

NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES IRREGULARES Y SU DERECHO A LA SALUD EN ESTADOS PRIMORDIALMENTE DE DESTINO

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la salud y el principio de no discriminación.* III. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos.* IV. *Niños migrantes irregulares y el derecho a la salud en Estados primordialmente receptores.* V. *Algunas líneas de acción en materia de acceso al derecho a la salud de niños migrantes irregulares y sus familias.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la salud es un derecho humano fundamental, los migrantes irregulares, en general, no tienen acceso a este derecho.¹ El debate público sobre migración irregular se expresa, en buena medida, en términos tendenciosos y despectivos, que transmiten la impresión no sólo de que los migrantes irregulares no tienen derecho de estar en el Estado de destino, sino, también, de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden a excluir a los migrantes explícitamente del acceso a los derechos, especialmente los sociales, adoptando una retórica que los equipara con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.²

En este sentido, los niños migrantes irregulares se encuentran afectados por las leyes y políticas de control de la migración irregular, las cuales, al no tener un enfoque compatible con sus derechos como niños, no diferencian, en la mayoría de las veces, si son niños o adultos, y restringen su acceso a

¹ World Health Organization, “International Migration, Health, and Human Rights”, en *Health and Human Rights Publication Series*, núm. 4, 2003, disponible en: <http://www.who.int/hhr/activities/en/FINAL-Migrants-English-June04.pdf>.

² Koser, Khalid, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

derechos humanos básicos. Esto ha sido resaltado, entre otros, por la Corte Europea de Derechos Humanos³ y por organismos internacionales, como la UNICEF, que ha reconocido que “al carecer de los documentos apropiados, pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley”.⁴

Los niños y las familias en situación irregular están expuestos a mayores riesgos de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia, que el resto de los migrantes.⁵ La criminalización de su condición migratoria y la de sus familiares hace que vivan en la ‘invisibilidad’ y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados. Como resultado, los niños migrantes irregulares pueden experimentar dificultades en el acceso a derechos, en particular los sociales; además de correr el riesgo de convertirse en apátridas si nacen en el Estado de destino por la falta de registro de sus nacimientos.⁶ Por estas restricciones impuestas a sus derechos o a los de sus padres, su desarrollo en los países de tránsito y destino se ve gravemente afectado.⁷

Las múltiples formas de discriminación, violencia y explotación a las que se enfrentan los niños migrantes irregulares afectan directamente su sa-

³ Véase el caso de Tabitha Mitunga, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos condenó al gobierno belga por tratamientos inhumanos en contra de un niño: *CoEDH, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda 13178/03, sentencia del 12 de octubre de 2006.

⁴ UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional*, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

⁵ Al respecto, el Comité de Protección Social de la Comisión Europea ha señalado que “Los niños que viven en un ámbito familiar migrante se enfrentan a riesgos de pobreza más altos de aquellos cuyos padres nacieron en el país de acogida. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza al que se enfrentan llega al 30% y es entre dos y cinco veces más alto del que tienen los niños cuyos padres han nacido en el país de residencia”. Comisión Europea, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo, Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008, disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2008/ke3008251_en.pdf.

⁶ Se estima que anualmente dejan de registrarse unos cincuenta millones de nacimientos, de los cuales una proporción considerable la integran los niños nacidos en el contexto de la migración. Las razones para dejar de registrar a un niño no sólo pueden ser las relativas a que la legislación correspondiente lo impida por el estatus de los padres, sino también al miedo de ser detectados, desconocimiento del idioma, de las formas de registro o las elevadas tasas para realizar el trámite. Unión Interparlamentaria, “Protección de la niñez y la adolescencia”, *Manual para parlamentarios*, núm. 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008, p. 47.

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29, para. 26, 33.

lud física y mental. Además, pueden padecer afecciones que en los Estados de destino no se conocen ni entienden bien. Incluso, en los países en los que sí tienen acceso a los servicios de salud, cabe la posibilidad de que éstos no tengan en cuenta las necesidades, la cultura o el idioma de los migrantes. Esto, como se señaló anteriormente, se ve agravado por la existencia de los obstáculos jurídicos y socioeconómicos a los que se enfrentan por su condición de migrantes y de irregulares.

Los Estados que reciben a un gran número de migrantes se enfrentan a diversos desafíos, entre los cuales se encuentran el aumento de la diversidad de la población y los consiguientes cambios en su perfil cultural y las perspectivas de salud de los pacientes. Todo esto, sin duda, modifica las labores usuales de los profesionales de la salud y debe, también, influir en la gestión de los Estados de los sistemas de salud, pública y su acceso por parte de la población migrante, de modo que dichos sistemas puedan hacer frente al volumen, la velocidad, la diversidad y la disparidad de los flujos migratorios modernos.

Es preciso notar que el desarrollo progresivo del derecho internacional público desde la segunda mitad del siglo XX ha llevado aparejado que las normas y los tratados internacionales sobre derechos humanos reconozcan a toda persona el derecho a gozar del mayor grado de salud física y mental posible, al igual que también ocurre con los principios de igualdad y no discriminación. De este modo, es preciso que los Estados de destino de migrantes ajusten sus políticas en materia de salud a los estándares internacionales de derechos humanos respecto de los cuales se han obligado, y que garanticen que todos los migrantes tengan acceso al derecho fundamental a la salud, especialmente los grupos vulnerables de migrantes, entre los que se hallan los niños irregulares.

Excluir a los migrantes de un enfoque de salud basado en los derechos es una mala práctica de salud pública, pues aumenta la vulnerabilidad, crea discriminación y desigualdades sanitarias y las exacerba, genera un mayor gasto sanitario para los migrantes y, en general, viola sus derechos humanos. En cambio, atender las necesidades de salud de los migrantes puede mejorar el estado de salud y los resultados sanitarios, facilitar la integración, evitar gastos sanitarios y sociales prolongados, contribuir al desarrollo social y económico, y, lo más importante, proteger la salud pública y los derechos humanos.

Dada la compleja interrelación que existe entre los derechos humanos, la salud y la migración internacional, y teniendo en cuenta las diversas circunstancias nacionales, el presente trabajo se enfoca en reflexionar sobre la situación actual que guarda el derecho a la salud de los niños migrantes

irregulares en diez Estados desarrollados, principalmente de destino, y su contraste con lo que disponen los estándares de derechos humanos. Se enfatiza la vulnerabilidad de los migrantes irregulares como grupo humano y la necesidad de proveer acceso a los servicios públicos de salud a todas las personas sin discriminación alguna.

II. EL DERECHO A LA SALUD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es el instrumento internacional de derechos humanos del sistema universal que consagra el derecho a la salud. Al igual que el resto de tratados internacionales de derechos humanos, parte del supuesto de la universalidad de los derechos humanos, no haciendo diferencia, la mayoría de las veces, entre los derechos de nacionales y extranjeros, ni distinciones basadas en el estatus migratorio de las personas. Como señalan los Principios de Limburgo: “Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado”.⁸ El artículo 2.2 del PIDESC corrobora esta afirmación al establecer el principio de no discriminación:

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Como se puede apreciar, entre los motivos prohibidos de discriminación no se encuentra la de ser extranjero (aunque sí la del “origen nacional”),⁹ por lo que se ha discutido si es un supuesto válido la diferenciación entre nacionales y extranjeros en el aseguramiento de los derechos contenidos en el PIDESC. Al respecto, Lillich señala que los supuestos señalados en

⁸ ONU, *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, NU Doc. E/CN.4/1987/17, Anexo, reproducido en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, para. 42.

⁹ El Comité ha señalado que “origen nacional” se refiere al Estado, la nación o el lugar de *origen* de una persona, lo cual no implica su nacionalidad. La “nacionalidad” la incluye dentro del rubro “otra condición social”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General núm. 20, 42o. periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, para. 24, 30.

el artículo 2.2 no son exhaustivos, si bien el PIDESC no tiene una norma general de no discriminación contra los extranjeros en comparación con el PIDCP.¹⁰ Goodwin-Gill anota que la disposición es lo suficientemente amplia como para limitar las circunstancias en que la discriminación en contra de los extranjeros está justificada, pero señala que el artículo 2.3 puede debilitar este argumento.¹¹

Klerk indica que, desde un punto de vista estricto, el uso de las palabras “por motivos de” en vez de “tales como” no necesariamente significa que la lista de motivos prohibidos de discriminación tenía la intención de ser exhaustiva, dada la falta de discusión sobre este aspecto en el proceso de elaboración del Pacto. Aún más, observa que los redactores vieron que la inclusión de supuestos adicionales como la “asociación con grupos minoritarios” era innecesaria al estar adecuadamente cubiertos en la disposición por términos como “sin discriminación alguna” y “cualquier otra condición social”.¹² Warzazi señala, por el contrario, que la mayoría de los redactores consideraron que la palabra “discriminación” daba a los Estados suficiente libertad para hacer distinciones entre nacionales y extranjeros con respecto a ciertos derechos, en particular con el derecho al trabajo y los beneficios sociales, los cuales los gobiernos consideran deben seguir siendo limitados a los nacionales.¹³

La práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por otro lado, indica que la lista de motivos señalados en el artículo 2.2, en efecto, sólo es ilustrativa. La inclusión de “cualquier otra condición social” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría,¹⁴ en virtud de que el carácter de la discriminación varía según el contexto, y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos

¹⁰ Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pp. 47 y 48.

¹¹ Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 68.

¹² Klerk, Y., “Working Paper on Article 2 (2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, p. 256.

¹³ Warzazi, Halima E., *Exploitation of Labour Through Illicit and Clandestine Trafficking*, Preliminary Study, New York, United Nations, 1974, p. 30, para. 93.

¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General núm. 20, 42o. periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, para. 15.

expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.¹⁵ Entre los motivos comprendidos en la categoría de “cualquier otra condición social” ha señalado: discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social,¹⁶ así como la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.¹⁷

En cuanto a la nacionalidad se refiere, el Comité ha señalado que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el PIDESC por razones de nacionalidad;¹⁸ por ejemplo, todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado parte, incluidos los irregulares, tienen derecho a recibir educación, alimentación adecuada y atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.¹⁹ Por lo anterior, se puede afirmar que los Estados tienen prohibida la discrimi-

¹⁵ *Ibidem*, para. 27.

¹⁶ *Ibidem*, para. 28-35.

¹⁷ *Ibidem*, para. 27.

¹⁸ Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, cuyo texto es: “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”.

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., nota 14, para. 30. Cabe señalar que, sobre la base de un estudio de las observaciones generales y finales del Comité, Sepúlveda observó: “En cuanto al alcance personal... todos los derechos contenidos en el Pacto se aplican para cada una de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado Parte, con independencia de su condición de legalidad dentro de él”. No obstante, “el estudio mostró que, aunque el Comité ciertamente ha enfatizado este principio en sus Observaciones Generales, al considerar los reportes de los Estados Partes no lo ha aplicado de una forma estricta. El grado de flexibilidad en la aplicación del principio depende de las diferentes categorías de no nacionales involucrados y los derechos en cuestión”. Y que, “en cuanto a la aplicación territorial del Pacto, la investigación concluyó que allí no hay dudas de que el Pacto se aplica a cada uno dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Esta es la interpretación señalada consistentemente por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes, como en sus observaciones

minación de los extranjeros y los trabajadores migrantes, regulares e irregulares, al asegurar los derechos contenidos en el PIDESC.

1. *Limitación general de los derechos de los extranjeros*

El artículo 2.3 del PIDESC establece una clara limitación de los derechos de los extranjeros al señalar que: “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”.²⁰

Como Lillich señala, esta disposición constituye una *carte blanche* para los países en vías de desarrollo para dar prioridad a sus nacionales en el aseguramiento de los derechos económicos.²¹ Sin embargo, el objetivo de esta disposición fue permitir a los Estados en vías de desarrollo el rectificar el legado del colonialismo que dejó a ciertos grupos de extranjeros con una indebida influencia sobre sus economías.²² Esta razón no ha salvado de críticas a esta disposición.²³ De hecho, en el proceso de elaboración del PIDESC, varios delegados la vieron como contraria al espíritu de universalidad e igualdad que subyace al Pacto y con posibilidades de suscitar toda clase de discriminaciones en contra de los extranjeros.²⁴

Ahora, cabe recordar que el artículo 2.3 no significa que los Estados puedan discriminar a los extranjeros ni en general ni en particular bajo el

generales”. Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 425.

²⁰ Goodwin-Gill señala que esta disposición es acorde con algunas resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo: AG Res. 1803 (XVII) de 1962, Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; AG Res. 3281 (XXIX) de 1974, por la cual se adopta la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Goodwin-Gill, 1978, *op. cit.*, p. 68.

²¹ Lillich, R. B., 1984, *op. cit.*, p. 47.

²² La disposición fue adoptada en una cerrada votación de 41 votos a favor y 38 en contra con 12 abstenciones. McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press; Oxford University Press, 1983, p. 201; *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*, para. 43.

²³ Por ejemplo, McKean señala que el artículo 2.3 debe ser considerado como una “infortunada inclusión en un convenio de esta naturaleza y probable de causar odiosas e irrazonables distinciones en contra de los extranjeros sobre la base de su nacionalidad extranjera”. *Ibidem*, p. 201.

²⁴ Sohn, L., Supplementary Paper: A Short History of United Nations Documents on Human Rights, en Commission to Study the Organization of Peace (ed.), *The United Nations and Human Rights*, Metuchen, Scarecrow Press, 1968, p. 116.

PIDESC, pues las disposiciones de derechos humanos serían totalmente innecesarias si en general los Estados pudieran discriminar a los extranjeros.²⁵ Esto significa que los derechos económicos de los extranjeros sólo pueden ser limitados y no anulados.²⁶ Al ejercitar el artículo 2.3, los Estados en vías de desarrollo deben dar la debida consideración a los derechos humanos, asegurando todos aquellos que no son económicos y se encuentran incluidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a su economía nacional, lo que significa que sólo deberán ejercitar esta disposición si la economía nacional así lo requiere.²⁷

Además, a pesar de que el artículo 2.3 ha sido criticado por socavar el concepto de la universalidad de los derechos humanos, probablemente otorga a los Estados no desarrollados el mismo grado de discrecionalidad que los países desarrollados ya disfrutaban en esta materia. En la práctica, estos últimos Estados siempre han protegido los derechos económicos de sus nacionales al imponer exigentes requisitos de entrada y permanencia a los extranjeros y, en general, al controlar sus economías.²⁸ Eso sí, el artículo 2.3 deja claro que los Estados desarrollados no pueden excluir manifiestamente a los extranjeros de la protección de sus derechos económicos.

Otra crítica que ha suscitado el artículo 2.3 es la ambigüedad de algunos de sus términos.²⁹ Por ejemplo, a pesar de que los derechos no económicos contenidos en el PIDESC no se encuentran afectados por lo dispuesto en este artículo, no está enteramente claro cuáles son los derechos económicos. Si fueran definidos como “los derechos que permiten a una persona ganarse el sustento o que se relacionan con ese proceso”,³⁰ el derecho al trabajo establecido en el artículo 6³¹ estaría claramente afectado por el artículo

²⁵ Lillich, R. B., 1978, *op. cit.*, pp. 395-396; Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 769.

²⁶ Dankwa, E. V. O., “Working paper on article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 3, 1987, pp. 244 y 245.

²⁷ *Ibidem*, pp. 238 y 242.

²⁸ *Ibidem*, p. 247.

²⁹ Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 58.

³⁰ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, p. 240.

³¹ El artículo 6.1 señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende *el derecho de toda persona* a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

2.3, si bien también es considerado como un ‘derecho social’.³² La garantía del artículo 7 a ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’ también puede caer dentro de la categoría de derechos económicos.³³ Sin embargo, sería muy difícil justificar restricciones al artículo 7. Aunque los Estados no están obligados a garantizar a los extranjeros el derecho al trabajo en los mismos términos que a sus nacionales,³⁴ una vez que se ha otorgado a los extranjeros, regulares e irregulares, este derecho, deben tener el mismo derecho que los nacionales a gozar de ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’.³⁵

El término “países en desarrollo” también ha sido considerado como no suficientemente claro en el artículo 2.3. Al respecto, aunque no se otorga una definición de “países en desarrollo”, se entiende que son aquellos económicamente débiles, especialmente los que han estado sometidos por el colonialismo.³⁶ No obstante, la clasificación de países desarrollados y en vías de desarrollo no siempre es clara. El Banco Mundial señala que el término “economías en desarrollo” se usa para denotar al grupo de economías de bajo y mediano ingreso,³⁷ si bien dicho término “no implica ni que todas las economías pertenecientes al grupo estén en proceso de desarrollo, ni que aquellas que no estén en ese grupo necesariamente hayan alcanzado alguna etapa ideal o final de desarrollo”.³⁸ Lo que sí es claro, sin embargo, es que hay muchos más países en el mundo que se encuentran dentro de la clasificación del Banco Mundial de “economías en desarrollo” que dentro

³² Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, pp. 239 y 240.

³³ *Ibidem*, p. 240.

³⁴ Craven, Matthew C. R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 215 y 216.

³⁵ Goodwin-Gill, G. S., “Immigration, Nationality and the Standards of International Law”, en Dummett, A. (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, London, Cobben Trust, 1986, p. 14; Goodwin-Gill, G. S., Jenny, R. K., Perruchoud, R., “Basic Humanitarian Principles Applicable to Non Nationals”, *International Migration Review*, vol. 10, 1985, p. 558.

³⁶ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, pp. 236, 238.

³⁷ Para 2009, el Banco Mundial consideró como *economías de bajo ingreso* a aquellas con ingresos iguales o menores a 995 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB) y como *economías de mediano ingreso* a aquellas con ingresos de 996 a 3,945 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB). Véase Banco Mundial, *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, Country Analytical History. Disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

³⁸ Banco Mundial, *How We Classify Countries. A short History*, disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

de la de “economías desarrolladas”.³⁹ Presumiblemente, una vez que la economía de un país alcanza cierto nivel de desarrollo, dicho país no caerá por mucho tiempo dentro de la categoría de “economías en desarrollo”,⁴⁰ y, en consecuencia, no podrá imponer limitantes a los derechos de los extranjeros conforme al mencionado artículo 2.3.

Finalmente, otro término no definido en el artículo 2.3 es el de “no nacionales”. Aunque se han planteado dudas sobre si los migrantes irregulares pueden beneficiarse de los derechos contenidos en el PIDESC, el goce de los derechos contenidos en el Pacto,⁴¹ al igual que el de los contenidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no está restringido por la condición migratoria de las personas (salvo que así expresamente se señale como es el caso del artículo 12.1 del PIDCP). Como señala Cholewinski, “es importante evitar una construcción tan limitada de estos derechos si se quiere mantener su naturaleza universal”.⁴²

2. *El derecho a la salud bajo el PIDESC y derechos relacionados: el caso de los migrantes irregulares*

Además del artículo 2.3 (y el 4, que contiene una limitación general a los derechos reconocidos en el Pacto⁴³), no existen limitaciones específicas a los derechos de los extranjeros en el PIDESC. De hecho, el Pacto reconoce a todas las personas un amplio catálogo de derechos, algunos de los cuales son de suma importancia para los migrantes irregulares por su condición de vulnerabilidad. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la salud y algunos otros relacionados:

³⁹ De 214 países considerados, en 2009 el Banco Mundial clasificó a setenta países como *países de alto ingreso* (ingresos mayores a 12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 48 países como *países de ingreso medio alto* (ingresos entre 3,946 y 12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 56 países como *países de ingreso medio bajo* (ingresos entre 996 y 3,945 dólares americanos per cápita de INB); y a 40 países como *países de ingreso bajo* (ingresos menores a 995 dólares americanos per cápita de INB). Banco Mundial, *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, Country Analytical History. Disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

⁴⁰ Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.I, 1980, p. 8, para. 51.

⁴¹ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, p. 242.

⁴² Cholewinski, Ryszard, 1997, *op. cit.*, p. 59.

⁴³ Este artículo se analiza en la sección 4.4.3 de este capítulo.

- a) Derecho a la salud (artículo 12). Este derecho también está redactado de tal forma que no previene su disfrute a extranjeros o que diferencian su otorgamiento según su condición migratoria. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha anotado que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos, entre los que se halla la nacionalidad,⁴⁴ por lo que es claro que los trabajadores migrantes deben gozar de este derecho sin discriminación alguna por su carácter de extranjeros.
- b) Derecho a la seguridad social (artículo 9). Este derecho, también de importancia crítica para los trabajadores migrantes, está redactado de una forma en que no hace distinciones entre su disfrute por nacionales o extranjeros (regulares e irregulares): “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.⁴⁵ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha apuntado que, de conformidad con el artículo 2.2, que prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, y toda vez que el Pacto no contiene ninguna limitación jurisdiccional expresa, los trabajadores migratorios que han cotizado a un plan de seguridad social deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país.⁴⁶ Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse lesionados por el cambio del lugar de trabajo.⁴⁷

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación general, núm. 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, para. 12, 18, 19.

⁴⁵ La seguridad social en este artículo está contemplada en un sentido limitado, al referirse solamente a los esquemas de aseguramiento que garantizan el bienestar de los trabajadores y otras personas económicamente activas en situaciones de riesgo. Es decir, no contempla la asistencia de fondos públicos financiados con impuestos. Las Directrices generales núm. 9 del Comité delimitan ampliamente los estándares desarrollados por la OIT. Los Estados deben reportar sobre nueve ramas de la seguridad social: atención médica, prestaciones por enfermedad, seguro de desempleo, pensión por jubilación, prestaciones por accidentes de trabajo, prestaciones familiares, prestaciones por maternidad, seguro de invalidez y viudez. Scheinin, Martin, “The Right to Social Security”, en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina; Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1995, pp. 159-162.

⁴⁶ Véase el *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871)*, para. 98. También véase el artículo 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General 19, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, para. 36.

Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un periodo de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición migratoria, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia.⁴⁸ Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados —por ejemplo los trabajadores migrantes irregulares— deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales.⁴⁹

- c) Protección de la familia, la mujer embarazada y el niño (artículo 10). Esta disposición protege, sin discriminación alguna, a la familia, a la mujer embarazada y al niño. El apartado 1 del artículo 10 reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la familia y a contraer matrimonio. El apartado 2 hace hincapié en la protección especial que se debe otorgar a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto, y que, durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. Esta disposición es de especial importancia para las migrantes irregulares, quienes, a causa de su vulnerabilidad y la falta de oportunidades de educación en materia de planificación familiar, tienen una tasa mayor de embarazos no deseados y menores posibilidades de acceso a la atención prenatal, y, no se diga, de falta de prestaciones, como la concesión de licencia con remuneración o prestaciones de seguridad social. Por ello, es importante resaltar que las migrantes irregulares están protegidas por esta disposición, independientemente de su condición migratoria.

Por último, el apartado 3 del artículo 10 señala el deber de los Estados, de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en materia laboral a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, como lo puede ser su situación migratoria irregular o la de sus padres. Entre las medidas que establece están las de: protegerlos contra la explotación económica y social; castigar su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se

⁴⁸ *Ibidem*, para. 37.

⁴⁹ Véanse los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley; y la de establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. La protección que esta disposición otorga a los niños migrantes irregulares es de gran relevancia, pues éstos constituyen un grupo especialmente vulnerable a la violación de sus derechos humanos básicos, incluidos los de carácter laboral cuando entablan una relación de trabajo en los Estados de destino.

III. LOS NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS

1. *Nivel general*

Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, que se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los cinco tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Y a nivel regional, estas normas incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

2. *Nivel especializado*

Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por tres normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de los niños: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),⁵⁰ la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Traba-

⁵⁰ La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

jadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (CDTM)⁵¹ y los convenios de la OIT sobre trabajo infantil.⁵²

De estos instrumentos, la Convención sobre los Derechos del Niño, sin duda, es la que presenta mayor relevancia para nuestro trabajo, en virtud de ser un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de todos los niños. En la CDN se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados partes de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todas las protecciones y los estándares de ésta aparezcan reflejados en la legislación nacional.

Cabe señalar que la CDN es aplicable planamente a los niños migrantes irregulares: por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros (regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita en su Observación General 6 (2005), que

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.⁵³

De esta forma, la CDN protege a los niños migrantes irregulares, sin discriminación alguna, y los Estados que se han vinculado en sus términos

⁵¹ La CDTM tiene un récord bajísimo de ratificación, y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. Sobre las razones de la baja aceptación de la Convención, véanse Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010, pp. 13 y ss. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. Véase la situación de su ratificación y reservas disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en.

⁵² Convenio 138 de la OIT sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo de 1973, y Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999. Véanse las ratificaciones a estos convenios en: <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>.

⁵³ Comité sobre los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General, núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), para. 12.

están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales de la CDN en la implementación de leyes, políticas o prácticas nacionales:

a) Principio de no discriminación. Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a todos los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN (artículo 2). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio:

El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.⁵⁴

De este modo, cualquier ley, política de actuación o decisión adoptada por un Estado que afecte a los niños migrantes en situación irregular debe cumplir el principio de no discriminación en todo momento.

b) Interés superior del niño. Este principio implica que los Estados, a través de sus tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen, deben otorgar una consideración primordial al interés superior del niño (artículo 3.1). El Comité ha establecido de forma explícita que antes de tomar cualquier decisión que afecte a un niño, los Estados deben evaluar de forma exhaustiva su identidad, incluida su nacionalidad y su bagaje educativo, étnico, cultural y lingüístico, así como cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de

⁵⁴ *Ibidem*, para. 18.

protección que pudieran tener.⁵⁵ La CDN obliga también a los Estados a dar prioridad al interés superior del niño en todas las decisiones que afecten a la unidad familiar. Al respecto, el artículo 9 señala que la separación en contra de los deseos del niño sólo es posible cuando sea imprescindible para proteger el interés superior del niño, y cuando las autoridades competentes lo consideren estrictamente necesario. En este sentido, el Comité ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño.⁵⁶

c) Supervivencia y el desarrollo del niño. La CDN señala que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, lo cual va más allá de la mera supervivencia física, e incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración. Por ejemplo, se debe tener en cuenta el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo cuando un Estado considera la deportación de un niño a su país de origen. El derecho de supervivencia y desarrollo debe aplicarse a todos los niños, independientemente de su estatus migratorio.

d) El derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. La CDN afirma que “se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño” y “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (artículo 12). Al respecto, el Comité ha manifestado que los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres, en busca de trabajo o como refugiados, están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo, se debe respetar su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo, especialmente para evaluar cuál es su interés superior. Aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda perfectamente los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de migración se interpreten siempre de forma competente y accesible para los niños. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, para. 20.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, para. 123 y 124.

3. *¿Y los derechos humanos de los niños migrantes irregulares?*

Las protecciones legales internacionales garantizan el acceso de todos los niños a los derechos civiles, económicos, sociales y culturales. Todos los tratados internacionales de derechos humanos de aceptación general reconocen que todos los niños, sin importar si son nacionales o extranjeros o migrantes regulares o irregulares, tienen derecho a la educación,⁵⁸ a la asistencia sanitaria⁵⁹ y a una vivienda dignas.⁶⁰ Así, existe un marco internacional de derechos humanos que establece unos principios de no discriminación e igualdad de trato, y garantiza la protección de la mayoría de los derechos humanos a todas las personas.

De este modo, los niños migrantes irregulares se encuentran amparados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sin importar su condición migratoria. Su irregularidad no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario, toda vez que son triplemente vulnerables, al ser niños, migrantes e irregulares, requieren una atención especial diferenciada que los proteja. Así, las normas de derechos humanos les reconocen la totalidad de derechos, al igual que al resto de niños (nacionales y migrantes regulares). Sin embargo, en la práctica los Estados eluden sistemáticamente sus responsabilidades en esta materia. Utilizan la discriminación y la miseria de los niños y las familias irregulares como medida de control de la seguridad. Los discursos políticos nacionales apenas crean espacio para hablar de los “niños migrantes irregulares” y los problemas que afrontan. El resultado es la aceptación general, pública y política de que la exclusión de estos niños de los derechos humanos se puede justificar por su estatus irregular.

Como se verá en la siguiente sección, para los niños migrantes irregulares existen diversas barreras que impiden que los derechos humanos —especialmente los sociales como la educación, la salud o la vivienda— sean

⁵⁸ Artículo 26 DUDH, artículo 28.1 y 29.1 CDN, artículo 13 PIDESC, artículo 5.e.v CEDR, artículo 30 CDTM, artículo 34.h), 49.a), b), 50 Carta de la OEA (COEA); artículo XII Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADH); artículo 26 CADH; artículo 13 Pacto de San Salvador (PSS), artículo 2 Protocolo núm. 1 CEDH, artículo 17 Carta Social Europea revisada (CSEr), artículo 14 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

⁵⁹ Artículo 25.1 DUDH, artículos 24, 25 y 39 CDN, artículo 12 PIDESC, artículo 5.e.iv CEDR, artículo 28 CDTM, artículo XI DADH, artículo 10 PSS, artículo 3 CEDH (CoEDH, *Pretty v. Reino Unido*, demanda núm. 2346/02, sentencia del 29 de abril de 2002, para. 52), artículos 11 y 13 CSEr, artículo 35 CDFUE.

⁶⁰ Artículo 25.1 DUDH, artículo 27.3 CDN, artículo 11 PIDESC, artículo 5.e.iii CEDR, artículo 43.1 CDTM, artículos 34.k), 45.a) COEA, artículo 12 PSS, artículos 13.4, 19 CSEr; artículo 34.3 CDFUE.

asequibles para ellos sin discriminación alguna, impidiendo su cumplimiento efectivo. Es preciso destacar la interdependencia que existe entre los derechos sociales y los problemas que conlleva que su accesibilidad encuentre distintas barreras. Por ejemplo, sólo garantizando a los niños migrantes irregulares el acceso a alojamientos decentes se les puede garantizar el acceso a la educación y a la salud. Hay una estrecha interconexión: las malas condiciones de las viviendas tienen efectos considerables en la salud de los niños y en los bajos niveles educativos. Los niños en situación irregular con una buena formación y en buen estado de salud alcanzarán un mayor desarrollo cognitivo, social y físico, y aportarán más a la sociedad que aquellos que viven marginados, sin derechos y en una situación de indigencia de la que no pueden escapar. Su acceso a los derechos sociales es crucial, tanto para su propia seguridad y bienestar como para la sociedad en su conjunto. Ésta es la lógica de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos y su protección a todos los niños, sin discriminación alguna.

IV. NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y EL DERECHO A LA SALUD EN ESTADOS PRIMORDIALMENTE RECEPTORES

Los niños migrantes irregulares encuentran serias dificultades para acceder a una asistencia sanitaria completa, en términos de impedimentos burocráticos, falta de información adecuada (para migrantes y médicos) de que al menos tienen derecho a la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos y el poder discrecional del que gozan los médicos para decidir si les otorgan o no la atención.⁶¹ Por estos obstáculos es difícil que los niños irregulares tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por supuesto, el acceso al servicio dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

La protección que se otorga a los niños migrantes irregulares varía dependiendo del país de destino del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones en los Estados. En algunos, la legislación no prohíbe ni permite el acceso completo a la asistencia sanitaria de los niños migrantes irregulares, dejando el asunto a la discrecionalidad del médico de cabecera. En otros, toda la asistencia sanitaria, incluida la de urgencia, es de pago.

⁶¹ Al respecto, véase PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.

También están los países que distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los niños no acompañados tienen un estatus igual a los niños nacionales, mientras que los acompañados por sus padres sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria esencial, al igual que sus padres. Claramente, esto contraría los estándares internacionales en la materia, puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquellos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

1. *Estados Unidos*

No hay un programa de servicio médico universal, pero existe un programa de atención médica dirigido a personas de bajos recursos: Medicaid,⁶² que fue establecido por el gobierno federal en 1965, como parte de la Social Security Act. No obstante, los migrantes irregulares no tienen acceso a este programa, pues —entre otros requisitos— se pide que los solicitantes tengan un número de seguro social y una situación migratoria regular, ya que se pide que firmen —bajo pena por perjurio— una declaración de ciudadanía o “estatus migratorio satisfactorio”. El estatus migratorio es verificado a través del Systematic Alien Verification for Entitlements (SAE).⁶³

Anteriormente a la aprobación de la Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act de 1996, los niños irregulares podían acceder a Medicaid, puesto que se aceptaba su declaración de estatus migratorio regular sin verificarse, pero con la nueva ley ya no están permitidas este tipo de declaraciones. Sin embargo, existe un programa de atención médica especial para niños en el que pueden ser atendidos los hijos de los migrantes irregulares que hayan nacido en Estados Unidos. Este programa se llama “State Children’s Health Insurance Program”, y fue establecido en 1997 como parte de la Balanced Budget Act.⁶⁴ Además, a pesar de que como regla general sólo pueden acceder a Medicaid los migrantes regulares,⁶⁵ los

⁶² La regulación de *Medicaid* puede encontrarse en el título 42, sección 1396, del United States Code (USC), disponible en: <http://uscode.house.gov/beta.shtml>.

⁶³ Para mayor información sobre el programa *Medicaid*, en general véanse: *Medicaid: A Primer*, Kaiser Commission on Medicaid and the Uninsured, August 1999; *Medicaid’s Role for People with Aids*, Fact Sheet, The Henry J. Kaiser Family Foundation, December 1996.

⁶⁴ Schlosberg, Claudia, *Immigrant Access to Health Benefits. A Resource Manual*, Washington, D. C. National Health Law Program, 2000, p. 16.

⁶⁵ United States Code (U.S.C.), título 42, sección 1396 (b)(v)(1).

migrantes irregulares pueden recibir de forma gratuita tratamiento médico en caso de emergencia, la cual se define como

el surgimiento de una condición médica (incluido el parto) que se manifiesta con síntomas agudos de suficiente severidad (incluido dolor severo), en la que la ausencia de tratamiento médico inmediato pueda resultar en: 1) poner la salud del paciente en un riesgo serio, 2) la pérdida seria de las funciones del cuerpo, o 3) la disfunción seria de algún órgano o parte del cuerpo.⁶⁶

2. Canadá

Los migrantes irregulares pueden ser elegibles para recibir atención básica en el centro de salud de su comunidad y pueden recibir atención médica de urgencia en los hospitales, pero tienen que pagar por el servicio. De acuerdo con la Canada Health Act (R.S.C., 1985, c. C-6), tienen derecho al servicio médico sin costo todas las personas “aseguradas”, que son los residentes de Canadá, incluidos los extranjeros regulares que han permanecido al menos tres meses en el país (o menos, dependiendo de la regulación de cada provincia). La sección 2 del acta señala que son residentes las personas admitidas legalmente para permanecer en Canadá, que hacen del país su hogar y permanecen ordinariamente en una provincia canadiense, pero no incluye a turistas, visitantes o residentes temporales.

De este modo, están excluidos del servicio médico los “no asegurados”, entre los que se encuentran los migrantes irregulares. Sin embargo, hay provincias como Ontario en las que se otorga el servicio médico a estas personas, si bien es limitado, sujeto a largas listas de espera, hay varias personas rechazadas y usualmente los médicos tienen que decidir a quien atienden.⁶⁷ En otras provincias como Toronto no existe una política oficial sobre el trato que se debe dar a los migrantes irregulares. El estatus de estas personas hace que se dificulte su remisión a otros médicos o que se proporcione atención médica adicional; incluso algunos médicos pueden negarse a atender a determinadas personas por su estatus. Por ello, no se puede decir que el servicio médico para los migrantes irregulares en Canadá sea confiable o consistente.⁶⁸

⁶⁶ U.S.C., título 42, sección 1396(v)(3); Code of Federal Regulations (C.F.R.), título 42, sección 40.255.

⁶⁷ Bernhard, Judith K., “Living with Uncertain Legal Status in Canada: Implications for the Wellbeing of Children and Families”, *Refuge*, vol. 24, núm. 2, 2007, p. 105.

⁶⁸ Elgersma, Sandra, *Immigration Status and Legal Entitlement to Insured Health Services, Library of Parliament*, PRB 08-28E, 28 de octubre de 2008, p. 6.

Así, en términos generales, los migrantes irregulares, incluidos los niños, tienen que pagar por el servicio médico en caso de que lo necesiten, o comprar un seguro de gastos médicos, si bien los costos del aseguramiento privado son muy elevados y se encuentran destinados a la atención de emergencia, más que a la preventiva.⁶⁹ El problema de esto es que la atención de emergencia puede ser inadecuada para personas con condiciones como el embarazo o el sida. De hecho, se ha encontrado que en provincias como British Columbia el reconocimiento de seguros privados en clínicas y hospitales es limitado y se pide el pago por adelantado para poder ser atendido, lo cual es una barrera importante para los migrantes irregulares.⁷⁰ Los migrantes irregulares tienen grandes dificultades para poder acceder al servicio médico en Canadá, incluso si sus hijos son nacidos ahí, pues temen pedir su documentación por miedo a que los deporten. Esto tiene graves consecuencias; de hecho cada año se cuentan muertes⁷¹ por la falta de servicio médico, lo cual, sin duda, vulnera los derechos más fundamentales de estas personas.

3. Reino Unido

Tienen derecho a los servicios del National Health Service (NHS) todos los extranjeros que hayan residido de forma regular en el país por doce meses. Además, tienen derecho al servicio, libre de cargo, los niños no acompañados y los solicitantes de asilo rechazados que reciban algún tipo de ayuda de la UK Border Agency. El servicio es accesible para los migrantes irregulares en casos de emergencia. Si bien para poder ser atendido de forma cotidiana en una clínica familiar es necesario ser admitido por el médico titular de ésta, de quien depende si admite o no al migrante irregular.⁷² Para otros servicios en el hospital, el migrante irregular debe pagar el costo de la

⁶⁹ Oxman-Martinez, Jacqueline *et al.*, “Intersection of Canadian Policy Parameters Affecting Women with Precarious Immigration Status: A Baseline for Understanding Barriers to Health”, *Journal of Immigrant Health*, vol. 7, núm. 4, 2005, p. 254.

⁷⁰ Fairey, David, *Cultivating Farmworker Rights: Ending the Exploitation of Immigrant and Migrant Farmworkers in BC*, Canadian Centre for Policies Alternatives, Justice for Migrant Workers and the BC Federation of Labour, junio de 2008, p. 47.

⁷¹ Ruiz-Casares, Mónica *et al.*, “Right and Access to Healthcare for Undocumented Children: Addressing the Gap Between International Conventions and Disparate Implementations in North America and Europe”, *Social Science & Medicine*, vol. 70, 2010, p. 333.

⁷² The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2011, del 21 de junio de 2011. Entró en vigor el 1 de agosto de 2011.

atención.⁷³ De este modo, los hijos de migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita cuando sea “urgente” e “inmediatamente necesaria”, siendo sus padres o tutores responsables de los gastos de los tratamientos secundarios. Los tratamientos para los niños no acompañados también son “cobrables”: se entrega una factura a la persona que acompaña al niño y “se envían copias a sus padres”. Desde 2007 entró en vigor una nueva reglamentación, que señala que los médicos de cabecera pueden decidir discrecionalmente si registran a grupos excluidos legalmente como pacientes del NHS.⁷⁴

4. Francia

El artículo L 251-1⁷⁵ del Código Familiar y de Acción Social señala que cualquier extranjero que vive en Francia sin interrupción durante más de tres meses y no tiene seguro médico privado, así como los extranjeros en situación irregular, tienen derecho, para sí y sus dependientes, a recibir atención médica gratuita. De este modo, la atención médica es accesible a todos los migrantes irregulares en los hospitales públicos franceses. Esta cobertura incluye la atención médica proporcionada en el hospital, así como las prescripciones médicas. Los migrantes irregulares que pueden probar que han vivido por tres años sin interrupción en Francia pueden calificar para recibir atención médica fuera de la red de hospitales públicos (*les soins de ville*). Esto cubre los costos médicos de visitas médicas a domicilio, costos farmacéuticos, atención médica y dental, exámenes de laboratorio, abortos, entre otros. Así, los migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia médica gratuita del Estado, siempre que prueben que han estado viviendo sin interrupción tres meses en Francia. La emergencia médica de urgencia está exenta de esta disposición. Y, toda vez que los migrantes irregulares tienen derecho a la atención médica, los médicos y profesionales de la salud no tienen el deber u obligación de reportarlos ante las autoridades migratorias.⁷⁶

⁷³ Financial Planning & Allocations Directorate, Department of Health, *Access to the NHS by Foreign Nationals – Government Response to the Consultation*, 18 de marzo de 2011, p. 13, disponible en: <http://www.dh.gov.uk/publications>.

⁷⁴ Instrumento legislativo 2004 614’ (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; y *Me-dact, Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

⁷⁵ Modificado por la Ley 2010-1657 del 29 de diciembre de 2010 (artículo 188).

⁷⁶ Más información en PICUM: *Basic Social Rights-France*. Disponible en: <http://www.picum.org/nl/node/381>.

Existe un sistema llamado “Ayuda Médica del Estado” (Aide Médicale de l’Etat —AME—), que permite a los migrantes irregulares y a los que están a su cargo, acceder a la asistencia pública subvencionada si se respetan determinadas condiciones, como el llevar viviendo en el país tres meses. Los niños irregulares no acompañados tienen acceso a la asistencia sanitaria completa en el marco de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (CMU), siempre que la Ayuda Social para la Infancia (Aide Sociale d’Enfance —ASE—) se encargue de ellos.⁷⁷

5. Alemania

Los migrantes irregulares tienen acceso al servicio médico en caso de emergencia, embarazo y parto, de acuerdo con la Ley de Asistencia a los Solicitantes de Asilo —*Asylbewerberleistungsgesetz*— (secciones 4, 1, párrafos 5 y 6) y, en casos donde esto no sea aplicable, la Ley Federal de Asistencia Social —*Bundessozialhilfegesetz*— (sección 120.1). Estas leyes establecen que los extranjeros residentes en Alemania, sin hacer referencia a su estatus migratorio, deben recibir asistencia médica en los supuestos señalados.

Sin embargo, en la práctica este deber es muy difícil de cumplir, porque, de acuerdo con la sección 87 de la Aufenthaltsgesetz, todos los miembros de la administración pública tienen la obligación de reportar a las autoridades migratorias cualquier información que obtengan de un extranjero en situación irregular durante el cumplimiento de sus deberes. Como la ley señala que la información de los migrantes debe ser obtenida de este modo y los médicos no deben investigar como parte de sus deberes el estatus migratorio de sus pacientes, los médicos no tienen la obligación de denunciar a los migrantes irregulares. Sin embargo, la Oficina de Seguridad Social (Sozialämter) sí tiene la obligación de reportarlos, porque es parte de sus deberes establecer el estatus de residencia de sus asegurados. Por ello, aunque los migrantes irregulares tienen el derecho de recibir atención médica en caso de emergencia, embarazo y parto, muy pocos se arriesgan a entrar en un hospital para ser atendidos, aun en caso de lesiones severas.⁷⁸

El tratamiento médico es muy costoso para los migrantes irregulares porque tienen que pagar en efectivo o necesitan comprar un seguro médico

⁷⁷ Al respecto, véase el artículo 3 de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (*Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d’une couverture maladie universelle, Journal Officiel de la République Française of 28 juillet 1999*).

⁷⁸ *Idem*.

privado. Si la administración del hospital teme que el costo del tratamiento no será pagado por el paciente, reporta dicha situación a la Oficina de la Seguridad Social y ésta, a su vez, a las autoridades migratorias. Por ello, los migrantes irregulares tienen que desarrollar sus propias estrategias para recibir atención médica. Algunos regresan a sus países, otros piden prestadas tarjetas médicas de otras personas como familiares o amigos para recibir la atención. La mayoría, sin embargo, recibe ayuda de redes sociales —como iglesias o activistas— que organizan asistencia médica para ellos, gratis o a bajo costo.⁷⁹

6. Italia

El artículo 35 del texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (decreto legislativo 286/1998) asegura atención médica a los migrantes irregulares en las siguientes áreas: atención médica de urgencia; programas médicos preventivos necesarios para salvaguardar la salud individual o colectiva; atención médica en el embarazo y la maternidad; atención médica para enfermedades menores; vacunas requeridas por la ley, y diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades contagiosas. Asimismo, existen centros de cuidado médico que son especiales para extranjeros —en su mayoría irregulares— que llevan a cabo investigación médica relacionada con patologías frecuentes en las condiciones de vida de sus pacientes. El costo del servicio médico es cubierto por el migrante, en las mismas condiciones que los italianos, salvo que se encuentren en estado de pobreza. Existen organizaciones no gubernamentales que tienen una red que otorga atención médica a los migrantes irregulares sin costo alguno (por ejemplo NAGA en Milán y CESAİM en Verona). Las actividades de estas ONG están permitidas por la ley, dentro de los límites definidos para las profesiones involucradas.⁸⁰

Cabe señalar que los médicos y los profesionales de la salud no tienen el deber de denunciar a los migrantes irregulares que acudan a solicitar atención médica, puesto que el artículo 35 del texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (decreto legislativo 286/1998) establece expresamente el derecho de estas personas a recibir atención médica. Otro aspecto a resaltar es que no está permitida

⁷⁹ Una de estas redes sociales es *Malteser Migranten Medizin of the Malteser Hilfsdienst e.V.*, la cual tiene presencia en Berlín y en Colonia. *Malteser Hilfsdienst e.V., Erfahrungsbericht nach 3 Jahren Malteser Migranten Medizin*, Berlín, 2004.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 37.

la expulsión de las mujeres hasta que sus hijos tienen seis meses de edad; de hecho, se otorga un permiso especial de residencia a las madres por seis meses. Aún más, la Corte Constitucional italiana señaló en el juicio 376, del 27 de julio de 2000, que en esos casos el esposo, si vive con la madre del niño, también tiene derecho de no ser expulsado por el mismo plazo, a pesar de ser irregular. Y a los niños no acompañados se les garantiza un permiso de residencia y de protección social que les permite registrarse en el sistema sanitario nacional. Sin embargo, esto no se concede a los niños irregulares acompañados, por lo que están sujetos a las mismas leyes que los adultos, y sólo tienen derecho a los tratamientos de urgencia o esenciales (STP).⁸¹

Si bien en la ley está previsto que se otorgue el servicio médico a los migrantes irregulares, en la práctica estas personas suelen no acudir, por la creencia de que los médicos los van a denunciar a las autoridades migratorias, lo cual, como ya se vio, no está permitido. Esto afecta especialmente a las mujeres embarazadas, quienes prefieren dar a luz en condiciones inseguras, que acudir a un hospital para recibir la atención adecuada. Otro factor que contribuye a ello es el desconocimiento de los profesionales de la salud de los derechos de los migrantes irregulares.

7. España

El derecho a la salud de los extranjeros en España está regulado por el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), la cual ha sido reformada en numerosas ocasiones desde su emisión.⁸² Anteriormente a la reforma de 2012, los migrantes irregulares tenían derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que estuvieran empadronados. No obstante, desde 2012 la LOEX remite la regulación del derecho a la salud al Real Decreto-ley 16/2012 del 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

⁸¹ Al respecto, véanse los artículos 34 y 35 de la Ley de inmigración no. 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

⁸² Pueden verse trabajos completos sobre este tema en: Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, "Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España", en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2009, pp. 195-202; Trejo Chacón, María Fernanda, "La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular", en *ibidem*, pp. 227-307; Arbeláez Rudas, Mónica y García Vázquez, Sonia, "El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes", en Aja Fernández, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 437-462.

De acuerdo con la regulación vigente del derecho a la salud en España, sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria los migrantes regulares que ostenten la calidad de “asegurados”,⁸³ dejando la “posibilidad” a las personas no “aseguradas” de recibir los servicios de salud a cambio del pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (artículo 3 decreto-ley). El acceso al sistema de urgencias está garantizado y es gratuito para todos los extranjeros presentes en el país que enfermen gravemente o tengan accidentes, para toda la duración de los tratamientos, de acuerdo con el artículo 3 ter del decreto-ley señalado, al igual que las mujeres embarazadas durante la gestación, el parto y el posparto. En cuanto al acceso a la asistencia sanitaria de los niños migrantes, dicho artículo establece que podrán acceder al sistema nacional español de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales.

8. *Bélgica*

En principio, la atención de emergencia es asegurada a todas las personas de forma gratuita, incluidos los migrantes irregulares sin necesidad de cumplir con requerimientos administrativos especiales.⁸⁴ De hecho, hasta los seis años de edad todos los niños tienen acceso gratuito al servicio médico preventivo, consistente en consultas y vacunas. Además, los padres de niños pequeños también tienen acceso al servicio médico de forma gratuita sin necesidad de contar con seguro médico. Los migrantes irregulares no tienen acceso al sistema universal de salud de los nacionales, pero sí a la “asistencia médica de urgencia”, que no sólo es de urgencia, como dice su nombre, sino que incluye los servicios preventivos y de rutina, además de cubrir todos los tratamientos cubiertos por el sistema básico nacional de salud.⁸⁵ Sin embargo, el hecho de que el nombre del servicio médico haga referencia a la atención de urgencia hace que muchos médicos se confundan y no otorguen toda la gama de servicios a los migrantes irregulares. El procedimiento para que los migrantes irregulares obtengan la asistencia

⁸³ Cabe señalar que el reconocimiento y control de la condición de asegurado corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social. A este respecto, los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar a este Instituto, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos para condición de asegurado o beneficiario. Además, la cesión al Instituto Nacional de la Seguridad Social de estos datos no precisará del consentimiento del interesado (artículo 3 bis decreto-ley).

⁸⁴ Al respecto, véase la Ley sobre asistencia médica de urgencia del 8 de julio de 1964.

⁸⁵ Decreto Real del 12 de diciembre de 1996 sobre asistencia médica del Estado.

médica consiste en registrarse en su clínica más cercana con el fin de obtener un carnet médico y que sea verificado que viven de forma irregular y habitual en Bélgica en condiciones de marginación. Este procedimiento genera retrasos y que los migrantes irregulares tengan que pagar las primeras consultas y tratamientos.

Los niños no acompañados, independientemente de su estatus, se pueden inscribir al sistema de seguro sanitario, al igual que los niños nacionales, pero deben haber asistido a una escuela primaria o secundaria por tres meses consecutivos.⁸⁶ Sin embargo, los niños irregulares acompañados sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria básica, salvo que estén alojados junto con sus familias en centros de acogida para solicitantes de asilo.⁸⁷

9. Países Bajos

La Ley de Conexión de 1998 establece que los migrantes irregulares sólo pueden recibir los “tratamientos que son médicamente necesarios”. En principio, ellos deben pagar el costo del tratamiento médico; pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado ‘Koppelingfonds’, que rembolsa directamente al proveedor de asistencia sanitaria, pero nunca al paciente. La ley hace una distinción específica en el caso de las mujeres embarazadas y sus hijos: todo tipo de tratamiento se considera necesario si es antes o después del nacimiento y si se encuentra relacionado con los tratamientos preventivos y vacunaciones del niño. Además, en 2007 se publicó un informe oficial en que se establecen los criterios para los tratamientos médicamente necesarios para los migrantes irregulares.⁸⁸

10. Austria

Toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago,⁸⁹ y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregu-

⁸⁶ Al respecto, véanse: *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006), y la circular OA n 2008/198 (9/05/2008).

⁸⁷ Véase el Real Decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente a la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

⁸⁸ Al respecto, véanse la Ley del 26 de marzo de 1998, *Koppelingswet*; y *Commission on Medical Care for Failed Asylum Seekers and Illegal Migrants, Arts en vreemdeling*. Pharos, Utrecht, 2007.

⁸⁹ Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis. Véase *Tuberkulosegesetz*, BGBl Nr. 127/1968, secciones 2 y 10.

lares. Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, quedando a deber altos recibos médicos, lo cual tiene consecuencias para aquellos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda, que puede durar toda su vida.⁹⁰

V. ALGUNAS LÍNEAS DE ACCIÓN EN MATERIA DE ACCESO AL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS FAMILIAS

A pesar de los avances realizados en el campo de los derechos humanos, todavía no se ha producido una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de los niños migrantes irregulares a sus derechos humanos. Los marcos legales revisados demuestran que las distintas legislaciones nacionales siguen sin estar a la altura de los estándares internacionales de protección legal. Esto implica que los Estados están dejando de cumplir con la legislación internacional en materia de derechos humanos respecto de la cual se han obligado.

De esta forma, la normativa internacional aún debe reflejarse e incorporarse de forma apropiada en las leyes, en las políticas y en los programas nacionales que afectan de forma directa las vidas de los niños migrantes irregulares. Resulta, por lo tanto, necesario instaurar leyes nacionales que brinden garantías más completas para la protección de los derechos de estos niños. Es preciso resaltar que si bien los estándares internacionales son una herramienta útil en este proceso, la legislación nacional es fundamental, toda vez que es una forma más directa, rápida y efectiva de provocar cambios en la situación de grupos humanos tan vulnerables como estos niños.

En la práctica, los niños migrantes irregulares se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que el ordenamiento internacional y las propias legislaciones les otorgan. Por ello, los Estados deben reformar sus leyes y políticas migratorias para garantizar el acceso de estos niños a derechos civiles, económicos, sociales y culturales, así como a servicios básicos. La interdependencia entre los derechos hace necesario un enfoque intersectorial en la legislación, en las políticas y en las prácticas en el contexto de la migración, con el fin de que se garantice el acceso de los niños migrantes irregulares a todos los derechos que el ordenamiento internacional les confiere.

⁹⁰ Véase la Ley Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957, secciones 22 y 23.

El acceso a la asistencia en materia de salud es un derecho humano que se debe otorgar de forma irrestricta a todas las personas, sin importar su condición de nacionales o extranjeros, regulares e irregulares. Los instrumentos internacionales de derechos humanos son claros en este respecto. Sin embargo, como se ha visto, lo que sucede en la realidad dista mucho de esta afirmación, incumplándose lo que dicta el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones contraídas por los Estados en la materia. De este modo, es preciso que los Estados que tienen principalmente el papel de receptores de migrantes adecuen sus modelos de gestión de acceso al derecho a la salud, con el fin de garantizar este derecho de forma cabal a todas las personas, especialmente a las más vulnerables, como los niños, las niñas y los adolescentes migrantes irregulares.

En este sentido, es preciso que se adopten leyes y políticas que respeten el derecho de los migrantes a la salud, de conformidad con la legislación y las normas internacionales. Esto implicaría regulaciones que eliminen barreras administrativas en el acceso a este derecho por todas las personas, incluidas la denegación de forma discriminatoria la prestación del servicio médico y la solicitud de documentos que los migrantes irregulares no pueden presentar. Además, conllevaría cerciorarse de que los migrantes reciben servicios de salud de un modo cultural y lingüísticamente adecuado; capacitar a los profesionales de la salud sobre las particularidades de la salud de la población migrante, y ofrecer servicios de salud que integren a los migrantes de forma completa, coordinada y económicamente sostenible.

Lo anterior requiere desligar de una forma clara el acceso al derecho a la salud de la residencia regular de los extranjeros en los Estados de destino. En este sentido, el otorgamiento de los servicios de salud debe estar también desvinculado del control migratorio, y bajo ninguna circunstancia se debe requerir a los profesionales de salud el reportar a los migrantes irregulares que atiendan y/o compartir la información personal de sus pacientes. Por último, sería preciso establecer medidas proactivas que involucren a la sociedad civil, con el fin de hacerla empática con la problemática y crisis de derechos humanos que vive esta población.

VI. CONCLUSIONES

La salud es un derecho humano, y el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos; es decir, está estrechamente relacionado con el ejercicio de derechos como el derecho a la vivienda, a la alimentación, a la seguridad social, al trabajo y a la familia, y depende de

éstos. El derecho a la salud también está ligado al principio fundamental de no discriminación, que reconoce la dignidad inherente a todo ser humano, migrante o no migrante. Ese principio garantiza que los derechos humanos se apliquen a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, raza, color, sexo u otra condición. Por consiguiente, todo Estado tiene la obligación de proteger y promover los derechos de los migrantes, sin discriminación de ningún tipo. Además, deben eliminar cualquier clase de discriminación que se ejerza en su territorio.

Los principios de no discriminación y de igualdad de trato a todo individuo, incluidos los migrantes, son aplicables a distintos aspectos del derecho a la salud, de forma que los países han de velar por que los establecimientos, los bienes y los servicios de salud estén disponibles, y sean accesibles, aceptables y de buena calidad. Esas obligaciones son responsabilidad de todos los Estados partes en los tratados que consagran el derecho a la salud, ya sean países de origen, de tránsito o de destino.

Como se vio, a pesar de la vulnerabilidad de los migrantes y el hecho de que sus derechos sociales estén firmemente fundamentados en el derecho internacional, en la práctica muchos Estados restringen el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la salud de la población migrante, en particular de quienes están en situación irregular. Estas prácticas incluyen la exclusión de los migrantes y sus familiares de los sistemas nacionales de salud, la prestación de una cobertura de salud insuficiente, la limitación de su acceso a los servicios de emergencia y la denegación de admisión y residencia a los migrantes que padezcan alguna enfermedad; además de la evidente falta de competencia del personal sanitario en materia cultural, la falta de formación de los profesionales de la salud en el ámbito de los derechos de los migrantes y la salud, la seguridad ocupacional de los migrantes, la prestación de servicios de salud a los que retornan, la participación de los profesionales de la salud en el control de la migración y el uso generalizado de la detención de migrantes como instrumento de gestión migratoria. Todas esas cuestiones no sólo dificultan que los países puedan cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, sino que se consideran una mala práctica sanitaria pública. Negar a un migrante el derecho a la salud conduce a la marginación, aumenta la susceptibilidad a las enfermedades y exacerba las desigualdades sanitarias.

Además, al carecer de protección financiera y jurídica para acceder a los servicios de salud, muchos migrantes suelen tardar en acudir a los servicios médicos, y no van hasta que están gravemente enfermos y tienen que recurrir a costosos tratamientos de emergencia. Inevitablemente, esos retrasos tienen efectos a largo plazo en la salud de la población migrante. A

la postre, la exclusión de los migrantes de los servicios de salud se convierte en una carga económica para el país de destino y puede suponer un riesgo para la salud pública de las comunidades de acogida. Por ello, se requiere que los Estados adopten un enfoque comprensivo e integrador respecto del derecho a la salud de los migrantes que incluya estrategias que prevean sus necesidades sanitarias y su vulnerabilidad. La materialización de los derechos humanos de los migrantes es una práctica de salud pública acertada que beneficia a todos, aporta nueva información y permite alcanzar logros en materia de migración internacional, salud y derechos humanos.