

Control migratorio y salud pública: restricciones a la movilidad humana por razones médicas o sanitarias en tiempos del Covid-19

*Ramón Mayorga Mc Donald**

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto analizar (a propósito de la crisis sanitaria del Covid-19) el rol que ha jugado en el pasado, y hasta el presente, la protección de la salud pública en la limitación de la movilidad humana internacional. Los Estados son competentes para restringir la libre circulación, y eventualmente excluir a determinadas personas que desean ingresar a su territorio, cuando ello pueda significar una amenaza para la salud pública. No obstante, una decisión estatal en este sentido debe adoptarse con fundamentos estrictamente epidemiológicos, excluyendo cualquier otra clase de consideraciones que, en la práctica, han lesionado los derechos humanos de las personas migrantes.

Control migratorio; salud pública; pandemia

Migration Control and Public Health: Restrictions to Human Mobility for Medical or Sanitary Reasons in times of Covid-19

ABSTRACT

This paper analyzes (concerning the crisis of Covid-19) the past and present role of public health, limiting human mobility. Indeed, States have powers to restrict free movement, and eventually, exclude certain people who may be a danger to public health. However, any state decision that does this, must have a strictly epidemiological basis, and exclude any other type of considerations that, in practice, have affected human rights of migrants.

Migration control; public health; pandemic

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, Universidad Austral de Chile. Profesor de Derecho Público del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Magallanes, Punta Arenas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2398-4183>. Correo electrónico: ramon.mayorga@umag.cl

Este trabajo fue financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) / Programa de Becas / DOCTORADO NACIONAL / 2019-21190529.

Artículo recibido el 25.7.2020 y aceptado para su publicación el 30.4.2021.

I. INTRODUCCIÓN

El inicio de esta década será recordado, sin duda, por la grave crisis sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19, que ha enfermado y cobrado la vida de cientos de miles de personas alrededor del mundo. Pese a tratarse de un virus que tuvo un primer brote en la ciudad de Wuhan, en China central, su propagación fue tal, que se reportaron casos en algunos de los lugares más remotos del planeta. Esto fue posible gracias al carácter globalizado, crecientemente interdependiente e interconectado, del mundo contemporáneo. En este contexto, no solo las personas, sino también bienes y servicios consiguen, con mayor o menor éxito, cruzar las fronteras estatales. Los peligros a la salud pública que pueden exportarse de un país a otro han significado desde el surgimiento del derecho migratorio moderno una preocupación y un desafío para los Estados. Y es que la movilidad es en sí misma un potencial riesgo sanitario a nivel internacional.

Este virus altamente contagioso demandó de los Estados esfuerzos inéditos para su contención y reducción de sus dramáticas consecuencias. La entidad de estas medidas hizo imposible su adopción dentro del marco constitucional ordinario. La suspensión de la libre circulación, medida emblemática durante la pandemia, debió ser adoptada en contextos de excepcionalidad constitucional en la mayoría de los países. Fue, por ejemplo, el caso de Chile, país donde se decretó el Estado de Excepción de Catástrofe el 18 de marzo de 2020¹. Sin embargo, a medida que los Estados han ido superando cada una de las fases de la pandemia, la institucionalidad de cada uno de ellos ha debido plantearse el modo de retomar paulatinamente la normalidad jurídica. En esta “nueva normalidad”, la protección de la salud pública constituirá un fin prioritario para la acción estatal, de allí que resulte particularmente interesante anticipar la acción de los Estados una vez que cese la vigencia de los Estados de Excepción adoptados por cada uno de estos.

El objetivo central de este artículo es analizar el rol que ha jugado en el pasado, y hasta el presente, la protección de la salud pública en la limitación de la movilidad humana internacional, y así extraer algunas lecciones para el futuro de la gobernanza migratoria por parte de los Estados. Las preguntas que nos ocuparán serán: ¿puede constituir la protección de la salud pública un criterio para restringir válidamente la movilidad humana? ¿En qué medida? ¿Permite ello excluir a determinadas personas migrantes que desean ingresar a un país? Para ofrecer una respuesta a estas interrogantes, recurriremos a la experiencia comparada y a los estándares que, en el derecho internacional de los derechos humanos, se han establecido respecto de la exclusión de migrantes enfermos. Esta revisión nos permitirá sostener que si bien la protección de la salud pública es un criterio que los Estados pueden lícitamente aplicar para restringir la movilidad humana, siempre debe hacerse por razones estrictamente epidemiológicas, y no por otra clase de motivos cuestionables, como ha sucedido en la práctica con desafortunadas consecuencias.

¹ Decreto Supremo N° 104, 2020.

Para el desarrollo de estas ideas, el itinerario será el que sigue. En primer lugar, expondremos brevemente algunos antecedentes históricos y la regulación del criterio médico o sanitario como límite a la movilidad, tanto en el derecho internacional como en el derecho migratorio comparado. A continuación, nos referiremos a su contenido a la luz de la experiencia y los estándares internacionales en la materia. Para ello, resultará especialmente importante el caso más emblemático en esta materia: el de las personas portadoras del VIH/SIDA, quienes han sido excluidas por las legislaciones migratorias de muchos Estados. Por último, la sección final de este trabajo reseñará las principales problemáticas que enfrentan los migrantes frente a las medidas restrictivas a la movilidad adoptadas por los Estados.

II. CONTROL A LA INMIGRACIÓN POR RAZONES MÉDICAS O SANITARIAS: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN

Los Estados cuentan con competencias para el diseño y la implementación de políticas de control a la inmigración. Esta es una premisa difícilmente controvertible en el marco del derecho internacional migratorio. La principal fuente de estas competencias es la costumbre internacional², no siendo posible identificar norma positiva alguna que las consagre de modo explícito, sin perjuicio de la existencia de diferentes instrumentos internacionales que hacen referencia a algunas de ellas, ofreciendo un reconocimiento implícito de las mismas³. Una cuestión más discutible dice relación con el alcance de estas competencias. Para el derecho internacional clásico, las políticas de control migratorio son un asunto exclusivo de la jurisdicción estatal interna, y, en consecuencia, corresponde que sea manejado discrecionalmente por cada Estado. En este sentido, la regulación específica de cada una de estas competencias quedaría enteramente confiada al derecho interno, atendiendo a intereses puramente estatales, y apenas reservando un “estándar mínimo” de derechos a los extranjeros⁴.

Sin embargo, en el derecho internacional contemporáneo no tiene sentido concebir estas competencias como enteramente discrecionales. Por el contrario, resulta más adecuado plantear que progresivamente han pasado a integrar el ámbito propio de las competencias regladas. Esto es así fundamentalmente por dos motivos. El primero dice relación con que en el derecho internacional contemporáneo ninguna competencia estatal que regule y limite el ejercicio de libertades individuales puede sujetarse a estándares

² Históricamente, la costumbre internacional ha jugado un papel de extraordinaria relevancia en la construcción del derecho internacional migratorio. Ha sido mediante ella que se han justificado competencias tales como el derecho de admisión o el derecho de expulsión que tienen los Estados con relación a los extranjeros, o de igual forma, por medio de ella se han consolidado algunos estándares como “no devolución” o “unidad familiar”. CHETAIL, 2012, pp. 73-81; CHETAIL, 2019, pp. 119-144, pp. 145-151.

³ Es, por ejemplo, el caso de la competencia de expulsión, que tiene un relativo reconocimiento en el derecho convencional, al imponerse a los Estados determinadas exigencias para su ejercicio. Así ocurre con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ DE VATTEL, 2008, pp. 311-319; ODA, 1973, pp. 461-465.

menos exigentes en materia de respeto por los derechos humanos⁵. El segundo motivo tiene que ver con el progresivo desarrollo y robustecimiento del derecho internacional migratorio como estatuto jurídico para el tratamiento estatal de las migraciones. En la actualidad, puede decirse que integran esta rama del derecho internacional a lo menos cuarenta tratados internacionales, lo que se suma a otras fuentes como el propio derecho internacional consuetudinario, y el *soft law*, que juega un papel de gran importancia en la complementación e interpretación de instrumentos internacionales, y en la proyección de una incipiente gobernanza global de las migraciones⁶.

1. *Antecedentes históricos*

Puede decirse que Estados Unidos fue el primer país en adoptar políticas de control sanitario asociadas al control de la inmigración. Durante el *boom* migratorio de finales del siglo XIX, la aprensión de sus nacionales por admitir únicamente a inmigrantes sanos empujó al gobierno federal a aplicar las regulaciones sanitarias que hasta entonces estaban en manos de los gobiernos de cada uno de sus estados. En 1892 se abrió, entre otros, el establecimiento federal de inmigración en Ellis Island (New York), donde se procedía a la inspección de las capacidades físicas y psíquicas de los inmigrantes, se les colocaba en cuarentena, y eventualmente se les prohibía el ingreso⁷. En 1917, la exclusión por razones médicas se institucionalizó por medio de la ley de inmigración de ese año, que optó por prohibir el ingreso de dementes, epilépticos, personas con tuberculosis o discapacidades físicas, entre otros⁸. Esta legislación fue muy influyente en América Latina, donde las nacientes legislaciones acerca de la materia replicaron estas exclusiones⁹. Sucedió en Brasil, primer país de la región en excluir a personas con discapacidad visual, física o psíquica, como también a quienes padecieran de enfermedades incurables o graves¹⁰. Ocurrió también en Colombia y Perú¹¹.

En Estados Unidos, los nacidos en el extranjero venían siendo estigmatizados como portadores de enfermedades desde mucho antes del *boom* migratorio¹². En la década de 1830, por ejemplo, los inmigrantes irlandeses empobrecidos fueron sindicados como portadores del cólera, de igual modo que a fines del siglo XIX, la tuberculosis fue

⁵ Si el asunto se aborda exclusivamente desde la óptica del derecho internacional clásico, el hecho que estemos en presencia de una materia propia de la "jurisdicción interna" de los Estados justificaría que se tratase de competencias que pueden ejercerse de modo "más laxo", lo que no es así. VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 54.

⁶ En la actualidad, puede hablarse del derecho internacional migratorio como un estatuto jurídico que, aunque fragmentado, tiene una "riqueza y diversidad (que) probablemente no tengan comparación". PERRUCHOUD, 2012, pp. 1-7. Allí puede también hallarse el catálogo de tratados internacionales que lo integran.

⁷ KRAUT, 2010, pp. 124-125.

⁸ USA Immigration Act, 1917.

⁹ ACOSTA, 2018, p. 98.

¹⁰ Decreto N° 4.247 (Brasil), 1921.

¹¹ Ley N° 48 (Colombia), 1920; Ley N° 4145/1920 (Perú), 1920.

¹² KRAUT, 2010, p. 125.

denominada una “enfermedad judía”. En 1900, la muerte de un inmigrante chino en *Chinatown* (San Francisco) generó una ola de temor y nacionalismo. El barrio completo fue puesto en cuarentena, y las autoridades inocularon a la fuerza a los asiáticos por las calles de la ciudad con un fármaco cuya eficacia y seguridad apenas estaba testeándose¹³. Algo similar ocurrió más tarde, cuando en 1918, durante la pandemia de “gripe española”, los ciudadanos alemanes fueron culpados de propagar la enfermedad como arma de guerra¹⁴.

En este contexto surgieron los primeros instrumentos internacionales que se pronunciaron concernientes al asunto. En 1892, se adoptaron las Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros del Instituto de Derecho Internacional. Estas establecieron que excepcionalmente los Estados podían prohibir el libre ingreso de extranjeros a su territorio, en tiempos de epidemias¹⁵. De igual manera, este documento incluyó dentro del catálogo de extranjeros “excluíbles”, a quienes “sufrieran de una enfermedad que podría poner en peligro la salud pública”¹⁶. El auge de la inmigración transoceánica estimuló la celebración de la Conferencia sobre Emigración e Inmigración de Roma de 1924, donde los Estados de origen de los migrantes de la época asumieron compromisos relativos a la educación sanitaria de los viajeros, y también a la implementación de controles en los puertos de salida¹⁷.

2. Regulación en el derecho internacional y comparado

Tuvo que pasar largo tiempo antes que este asunto fuera abordado explícitamente de nuevo por la comunidad internacional. Los instrumentos internacionales paulatinamente adoptados por los Estados a partir de la posguerra apenas mencionan la salud pública como uno de los límites de los derechos asociados a la movilidad humana, expresamente reconocidos: la libre circulación en el orden interno, el derecho a emigrar y el derecho al retorno. Así ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer que los derechos de libre circulación no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley y sean necesarias para proteger, entre otros intereses, la salud pública¹⁸. De igual modo, la Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares¹⁹, la Convención

¹³ LEE, 2019, pp. 88-89, 109.

¹⁴ KRAUT, 2010, p. 125

¹⁵ Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, 1892, artículo 6.

¹⁶ Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros 1892, artículo 12.

¹⁷ TORPEY, 2018, p. 126. Se les manifestó a los Estados la necesidad de que informen a los emigrantes “sobre nociones básicas de limpieza e higiene personal y colectiva (...), y sobre medios de prevención y defensa contra las enfermedades infecciosas o contagiosas a que pueden estar propensos (...)”. Además, se les instó a instituir “visitas sanitarias antes de la salida, lo bastantes rigurosas para reducir al mínimo la posibilidad de rechazo (...)”. Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Emigración e Inmigración de Roma, 1924, párrafo 2.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.

¹⁹ Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 8.

Americana sobre Derechos Humanos²⁰, y el Protocolo N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹, incorporan esta cláusula en idéntico sentido.

En el orden regional, incluso aquellos sistemas en que la libre circulación ha tenido un desarrollo más contundente se reservan la competencia de limitación por razones sanitarias. Así sucede en el que probablemente sea el caso más emblemático: el espacio europeo. Tanto el Tratado de la Unión Europea²² como el Tratado de Funcionamiento de la misma²³, reconocen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión al interior de su espacio como un principio fundamental, implementado mediante la creación del Espacio *Schengen*. Sin embargo, el segundo de estos tratados igualmente contempla limitaciones a este derecho justificadas por razones de salud pública²⁴. Idéntica cuestión puede decirse del sistema desarrollado al alero del Mercado Común del Sur (Mercosur). El Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados reconoce a los nacionales de los Estados parte el derecho a residir en el territorio de cualquiera de ellos, pero los Estados se reservan el derecho de exigir una certificación médica acerca de la aptitud psicofísica del solicitante²⁵.

El hito más reciente en la materia ha sido la adopción del Reglamento Sanitario Internacional en 2005, instrumento cuya finalidad es “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública”²⁶. Por su intermedio, los Estados asumen compromisos en materia de vigilancia, notificación y verificación de eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional. Con relación a la posibilidad de restringir el ingreso de extranjeros a un país, este señala que la autoridad sanitaria internacional podrá recomendar a los Estados Parte “denegar la entrada de personas sospechosas o afectadas”²⁷. A su vez, contempla determinadas atribuciones estatales relacionadas a la llegada o salida de viajeros²⁸, o con su entrada al territorio del Estado²⁹. Con relación al trato que los Estados deben dar a los viajeros, el principio fundamental es que respetarán “su dignidad, sus derechos humanos y sus libertades fundamentales y reducirán al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas”³⁰.

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.

²¹ Protocolo N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1968, artículo 2.

²² Tratado de la Unión Europea, 1993, artículo 3.2.

²³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957, artículo 21.1.

²⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957, artículos 45.3 y 52.1.

²⁵ Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercado Común del Sur, 2002, artículo 4.1 f).

²⁶ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 2.

²⁷ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 18.

²⁸ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 23.

²⁹ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 31.

³⁰ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 32.

Respecto del reconocimiento del criterio médico o sanitario en el derecho migratorio comparado, puede decirse que tiene un transversal reconocimiento en las leyes de inmigración internas. En el caso de España, el régimen general de admisión exige al extranjero no constituir una amenaza para la salud pública, de conformidad al Reglamento 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo³¹. Asimismo, cuando lo determine la autoridad, se exige a los extranjeros presentar en frontera un certificado sanitario o someterse a su llegada a un reconocimiento médico para comprobar que no padece ninguna enfermedad potencialmente epidémica u otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas³². El Reino Unido, otro país europeo con altas tasas de inmigración, contempla también este criterio en su legislación. Allí se prohíbe el ingreso de un extranjero cuando un inspector médico lo considere aconsejable, salvo casos excepcionales³³. En cuanto a la exigencia de exámenes médicos, toda persona extranjera con la intención de permanecer en el país durante más de seis meses debe ser remitida a un examen de salud. El mismo examen puede solicitarse si el extranjero menciona motivos de salud o tratamiento médico como motivo de su visita, o si “su apariencia o conducta sugiere que no goza de buena salud”³⁴.

En América Latina el panorama no es diferente. Chile prohíbe el ingreso al país de aquellos extranjeros que padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria determine³⁵. Perú, a su vez, prohíbe el ingreso de aquellos extranjeros que la autoridad sanitaria considere un riesgo para la salud pública nacional, conforme con las normas del Código Sanitario y de acuerdo con un listado de enfermedades establecido por resolución exenta³⁶. Lo mismo sucede en Ecuador, cuya ley establece como causal de inadmisión el que el extranjero “no porte el carnet o certificado de vacunación de conformidad con lo que determine la autoridad sanitaria”³⁷. Uruguay, en tanto, establece como causal de rechazo para el ingreso al país las “razones de orden público de índole sanitaria en concordancia con lo establecido en el Reglamento Sanitario Internacional vigente”³⁸. En este último caso destaca la referencia al instrumento adoptado el 2005.

³¹ Reglamento (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de *Schengen* de segunda generación (SIS II), 2006, Artículo 6.1.

³² Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 10; en relación a, Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, artículo 2, apartado 21).

³³ UK Immigration Rules, HC 395, 2016, párrafo 320(7).

³⁴ UK Immigration Rules, HC 395, 2016, párrafo 36. Si la persona es nacional de determinados países, se le exigirá someterse además a un examen médico para detectar la tuberculosis, previo a su ingreso al Reino Unido. UK Immigration Rules, HC 395, 2016, apéndice T.

³⁵ Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería de Chile, 2021, artículo 32 n° 2.

³⁶ Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), 2017, artículo 48.2.

³⁷ Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, 2017, artículo 137 n° 9.

³⁸ Ley N° 18.250 de Migración de Uruguay, 2008, artículo 45 f).

III. OBJETO Y FIN DEL “CRITERIO MÉDICO O SANITARIO”: EVITAR LA PROPAGACIÓN INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES INFECCIOSAS

El ejercicio de los derechos asociados a la movilidad humana puede limitarse, al igual que el ejercicio de casi cualquier otro derecho. En la mayoría de los casos, los derechos no son considerados absolutos y los Estados pueden restringirlos, configurando los cauces de su ejercicio, cuestión que a estas alturas parece “una opinión evidente e incluso trivial”³⁹. El fundamento de la limitación de los derechos es la necesidad de conciliar el ejercicio de cada derecho con la protección de determinados bienes valiosos para el interés general, o con el ejercicio de los derechos de terceros. No obstante, resulta particularmente problemática no solo la identificación de estos límites, sino que también la determinación del contenido y alcance de las restricciones permitidas por el ordenamiento jurídico⁴⁰.

La salud pública es uno de aquellos intereses protegidos que habilita a los Estados a limitar el ejercicio de derechos. Lo son también otros, como la “seguridad nacional”, el “orden público” o la “moral pública”. Todas estas expresiones suelen tener un contenido altamente indeterminado, cuestión que demanda un complejo ejercicio para determinar su sentido y alcance, sobre todo en el caso concreto. No obstante, a diferencia de otras, la expresión “salud pública” parece presentar un contenido y unos perfiles más definidos y objetivables aplicada en el contexto del control migratorio⁴¹. Esto es así, debido a que el fundamento de este criterio obedece a razones técnicas propias de la ciencia médica, y particularmente, de la epidemiología, es decir, del “estudio de la distribución y los determinantes de estados o eventos (en particular de enfermedades) relacionados con la salud y la aplicación de esos estudios al control de enfermedades y otros problemas de salud”⁴².

El que subyazca un fundamento científico, ha permitido que la justificación moral de las exclusiones basadas en razones médicas o sanitarias sea menos controvertida que aquellas basadas en criterios económicos o de seguridad. Aunque el asunto de la justificación moral de las políticas de control migratorio ha sido intensamente discutido, paradójicamente la protección de la salud pública no ha estado entre los principales argumentos involucrados⁴³. La discusión acerca de la justificación moral de la aplicación del criterio médico o sanitario en el ámbito del control a la inmigración no ha tenido demasiado desarrollo. En esta línea, se ha planteado que, como cuestión de principio,

³⁹ ALEXY, 2017, p. 239; PECES-BARBA, 1995, p. 590.

⁴⁰ ALEXY, 2017, p. 239.

⁴¹ MARTÍN MARTÍNEZ, 2014, pp. 777 y 792.

⁴² La Organización Mundial de la Salud (OMS) define de esta manera esta disciplina de la ciencia médica en su sitio web: <https://www.who.int/topics/epidemiology/es/>.

⁴³ El argumento más frecuente para justificar el control de la inmigración por los Estados está asociado a la autodeterminación política del Estado, tratándose de una extensión natural de la propia soberanía. En esta postura, destacan MILLER, 2007; WHELAN, 1988; o WALZER, 2008.

los Estados pueden legítimamente pretender restringir la inmigración en los casos en que esta pueda representar una clara y grave amenaza para la salud pública⁴⁴.

Aunque en términos amplios la expresión “salud pública” es compleja, cuando se la invoca como interés protegido de los potenciales riesgos derivados de la movilidad humana, se está haciendo referencia a una cuestión bastante específica. Esto restringe las posibilidades interpretativas, y ofrece mayores garantías de seguridad jurídica frente a la potencial afectación de derechos fundamentales. Aquellos países por cuyas fronteras transita un mayor flujo de personas, son más vulnerables de sufrir cambios epidemiológicos en enfermedades erradicadas, controladas o incluso aquellas prevalentes, pero con un patrón epidemiológico conocido⁴⁵. En el mundo han existido ejemplos de países que han demostrado la influencia de las migraciones en la epidemiología local, lo que en ocasiones ha significado un aumento o estancamiento en las tasas de determinadas enfermedades infecciosas⁴⁶. Un efecto adverso de la movilidad es la propagación temprana de algunas enfermedades altamente contagiosas, tal como ha demostrado la experiencia reciente a nivel global con relación a la pandemia del Covid-19⁴⁷.

Todas las personas en contexto de movilidad, sean nacionales o extranjeros, constituyen un riesgo potencial de transmisión de enfermedades en una determinada sociedad. En el caso de los nacionales, estos podrían haber adquirido alguna patología durante un viaje al extranjero y traerla consigo a su regreso. En el caso de los extranjeros, hay quienes han planteado que el aumento de la inmigración en Chile podría importar patologías infecciosas tropicales no endémicas (como la histoplasmosis, la malaria, la leishmaniasis, la anquilostomiasis o la lepra), o patologías transmisibles por vectores (la malaria, la fiebre amarilla, el zika, el dengue o el cólera), respecto de estas el país no tiene la experiencia profesional, métodos de diagnóstico ni herramientas terapéuticas adecuadas⁴⁸.

Sin embargo, el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas transmisibles por parte de la población migrante es sustantivamente bajo⁴⁹. La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda a los países evitar estigmas, puesto que “no existe relación sistemática alguna entre la migración y la importación de enfermedades infecciosas”⁵⁰. Este es un punto en el que resulta necesario enfatizar, porque las advertencias del riesgo epidemiológico que acarrea un aumento en las tasas de inmigración, interpretadas aisladamente, alimentan ciertos mitos que poco tienen que ver con la realidad. Entre

⁴⁴ SONG, 2019, p. 162.

⁴⁵ VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 162.

⁴⁶ Ha sido el caso de países como España, donde existiendo una de las tasas de tuberculosis más altas de Europa, existe una sobrerrepresentación de la población migrante en dichas cifras. Un panorama similar se ha vivido en Australia, donde los pocos casos de tuberculosis reportados suelen corresponder a personas refugiadas e inmigrantes irregulares. VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 164-165.

⁴⁷ Por ejemplo, MARIA IACUS *et al.*, 2020.

⁴⁸ ALARCÓN y BALCELLS, 2017, p. 5; WOLFF, 2017, p. 114; ARMAS MERINO *et al.*, 2018, p. 16.

⁴⁹ CABIESES *et al.*, 2019, pp. 27-35.

⁵⁰ OMS, 2015.

ellos, el mito de que los inmigrantes importan enfermedades, y además colocan sobre el sistema de salud una excesiva presión ante la demanda de atención⁵¹.

Los principales riesgos a la salud de la población migrante no provienen de su país de origen, sino que de la situación de vulnerabilidad que enfrentan en muchos casos en el país de destino, producto de la pobreza, el hacinamiento, o la falta de acceso al sistema de salud⁵². La evidencia científica incluso ha demostrado que, por lo general, los inmigrantes son más saludables que la mayoría de quienes no migran en su país de origen. En efecto, se plantea que solo las personas más sanas logran concretar el proyecto migratorio, mientras que las demás quedan atrás. Esta es una realidad que se encuentra bastante documentada científicamente, y que recibe el nombre de “teoría del migrante sano” o “efecto del migrante sano”⁵³. En Chile, según datos informados por el Ministerio de Salud en 2018, el 87,65% de la población inmigrante calificó su estado de salud como bueno, en comparación con el 45,75% de la población nacida en Chile⁵⁴.

En el derecho migratorio internacional y comparado, los motivos de exclusión por razones médicas o sanitarias, así como su interpretación e implementación, han ido evolucionando y varían de un país a otro. Sin embargo, existen determinadas clases de patologías que han integrado el núcleo principal de este criterio. La mayoría de los Estados ha limitado el ingreso de personas portadoras de enfermedades contagiosas peligrosas, y en muchos casos asociadas con la estigmatización social, tales como la tuberculosis, la lepra y las enfermedades venéreas⁵⁵. También ha sido el caso de la exclusión de personas portadoras del VIH, cuestión que, como veremos en su oportunidad, es del todo cuestionable.

El Derecho Comunitario Europeo ha aportado una valiosa experiencia internacional con relación a la forma de determinar aquellas patologías que justifican la aplicación del criterio sanitario o médico. La Directiva 38/2004 de la Comisión Europea y el Reglamento (UE) 2016/399 (también conocido como Código de fronteras *Schengen*) especifican como una “amenaza para la salud pública” en materia de circulación internacional, a “aquellas enfermedades con potencial epidémico”⁵⁶ según los instrumentos correspondientes de la

⁵¹ “Especial atención genera el riesgo en salud pública que pudiese implicar la presencia de población migrante en el país de acogida, generándose con frecuencia información alarmista y poco fundada respecto a riesgos de transmisión de enfermedades hacia los habitantes locales, transformándose en foco de discriminación, vulneración de privacidad e incluso violencia”. ALARCÓN y BALCELLS, 2017, p. 4.

⁵² CABIESES, 2019, pp. 146-150. CABIESES *et al.*, 2012; OMS, 2016.

⁵³ “La literatura internacional y nacional han descrito el llamado ‘efecto de migrante sano’, que corresponde a un menor reporte o registro de enfermedades en población migrante internacional comparado con población local, lo que podría deberse a un proceso de selección natural del acto migratorio. Así también, podría responder a un sesgo o error de medición que escondería en un promedio puntual enorme variabilidad y diferencias de subgrupos de inmigrantes (...)”. CABIESES, 2019, p. 155.

⁵⁴ MINISTERIO DE SALUD, 2018.

⁵⁵ PERRUCHOUD, 2012, p. 131.

⁵⁶ Una enfermedad con potencial epidémico es aquella que se propaga rápidamente en una población determinada, afectando durante un determinado tiempo, a un alto número de personas simultáneamente. Si la propagación alcanza extensas zonas geográficas, como en diversos continentes, se le cataloga de pandemia.

OMS, así como otras enfermedades infecciosas⁵⁷ o parasitarias contagiosas⁵⁸ siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”⁵⁹. Una definición de estas características, que recurre a conceptos técnicos propios de la ciencia médica, reduce relativamente el riesgo de una aplicación del criterio sanitario por razones distintas de lo estrictamente epidemiológico. Esto es sumamente relevante, ya que ha sido una práctica común de los Estados recurrir a este criterio para excluir a personas por razones de diversa índole.

Algunos de los principales motivos que la práctica estatal ha escondido tras la aplicación del criterio médico o sanitario, son los de índole puramente económica. Los Estados han caído lamentablemente en la tentación de prohibir la entrada o expulsar a aquellos extranjeros que, a causa de su estado de salud, supongan potencialmente una carga económica excesiva para el Estado de acogida. Durante crisis económicas, limitar la libre circulación invocando razones de salud pública suele perseguir una finalidad económica, sobre todo en tiempos de recortes presupuestarios al sistema de salud⁶⁰. Este ha sido un punto que el Derecho Comunitario Europeo también ha tenido presente, estableciendo que, al limitar la libre circulación europea, “en ningún caso la salud pública puede ser invocada con fines económicos”⁶¹.

Además, se han invocado razones de salud pública para encubrir exclusiones inaceptables por razones de “moralidad pública”. Así, se han excluido a hombres y mujeres dedicadas al comercio sexual por encontrarse supuestamente contagiados con enfermedades venéreas, a mujeres y hombres infectados con VIH, por absurdos prejuicios vinculados a su vida sexual, por mencionar apenas un par de ejemplos. Al igual que con otros criterios para limitar la libre circulación, como el de “seguridad nacional”, las exclusiones basadas en la salud pública se han construido y aplicado de manera “torcida”, perjudicial en la práctica para los derechos humanos de las personas migrantes⁶².

IV. EL CASO DE LA EXCLUSIÓN A LOS PORTADORES DE VIH/SIDA

El caso de exclusión por motivos sanitarios que mayor impacto había tenido, hasta ahora, en el respeto y garantía de los derechos humanos ha sido el de las personas portadoras

⁵⁷ Las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos patógenos como las bacterias, los virus, los parásitos o los hongos. Estas enfermedades pueden transmitirse, directa o indirectamente, de una persona a otra, o de un animal a una persona.

⁵⁸ Las enfermedades parasitarias contagiosas con aquellas enfermedades infecciosas causadas por parásitos (microorganismos, gusanos o insectos). Pueden adquirirse por medio del consumo de alimentos o agua contaminada, como también por la picadura de un insecto, o del contacto sexual.

⁵⁹ Reglamento (UE) 2016/399 que establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, 2016, artículo 2 apartado 21).

⁶⁰ MARTÍN MARTÍNEZ, 2016, p. 794.

⁶¹ Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, 2004, artículo 27.1.

⁶² SONG, 2019, p. 162.

del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Esta patología ha motivado medidas restrictivas de la libre circulación por parte de muchos Estados. En efecto, hasta ahora la propagación mundial del VIH había sido la principal pandemia de alcance global en un contexto de relativo reconocimiento y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados y la comunidad internacional. Al finalizar el 2018, aproximadamente 37,9 millones de personas vivían con el VIH en todo el mundo. Desde el comienzo de la epidemia, 32 millones de personas perdieron la vida a causa de enfermedades relacionadas con el SIDA⁶³.

Aún en un número importante de países del mundo, la sola condición de ser portador del VIH, habiéndose o no desarrollado el SIDA, restringe considerablemente la posibilidad de cruzar sus fronteras y circular dentro de ellos. Al 2019 existían 48 países o territorios que mantenían alguna clase de restricción de viaje relacionada con el VIH, tales como realizar test obligatorios o exigir declaraciones acerca del estado serológico de la persona como requisito para el ingreso al país, o para acceder a un permiso de residencia. Entre ellos, países como Australia, República Dominicana, Indonesia, Israel, Malasia, Nueva Zelanda, Paraguay, Rusia, Ucrania o Emiratos Árabes Unidos⁶⁴. Apenas el 2010 Estados Unidos levantó las restricciones de ingreso que pesaban sobre los portadores del VIH, impuestas durante la administración Reagan como una manera de excluir indirectamente a personas homosexuales, inaceptablemente prejuizadas como “inmorales” y “licenciosas”⁶⁵.

Esta exclusión ha sido doblemente objetada. En primer lugar, se ha sostenido que, tras el disfraz de una medida sanitaria, se ocultaría una discriminación arbitraria fundada en absurdos prejuicios relativos a la conducta sexual de los portadores del virus⁶⁶. Pero lo ha sido, además, porque aún aceptando un supuesto fundamento epidemiológico, la eficacia sanitaria de esta medida es cuestionable, pues a diferencia de otras enfermedades altamente contagiosas, el VIH no se transmite por el aire ni por el simple contacto personal. Además, no se justifica el hecho que la exclusión no aplique respecto de quienes ingresan con fines turísticos u otros fines de corta duración, como si durante un viaje turístico alguien no pudiera contraer o contagiar a otra persona el VIH.

Estas objeciones jurídicas y técnicas han motivado diversos pronunciamientos por parte de organismos internacionales, cuestionando esta exclusión e invitando a los Estados a erradicarla de su legislación interna. Entre aquellos pronunciamientos destacados, es posible mencionar, en primer lugar, las recomendaciones elaboradas el 2004 por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONU SIDA) en conjunto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Este documento fijó algunos de los más importantes estándares aplicables con relación al manejo de la pandemia del VIH por medio del control a la libre circulación. Aquí se sostuvo como

⁶³ ONU SIDA, 2019.

⁶⁴ ONU SIDA y PNUD, 2019.

⁶⁵ WINSTON y BECKWITH, 2011.

⁶⁶ SOMERVILLE y WILSON, 1997; PERRUCHOU, 2012, p. 131.

principio general en la materia, que “el VIH/SIDA no debe considerarse una condición que represente una amenaza para la salud pública con relación a los viajes porque, aunque es infeccioso, el virus no puede transmitirse por la mera presencia de una persona con VIH en un país, o por contacto casual”⁶⁷.

De igual manera, se han expuesto allí algunos criterios específicos para el tratamiento que los Estados han de dar a los extranjeros portadores del VIH. Entre ellos, el que “las restricciones al ingreso o estadía basadas en condiciones de salud (incluido el VIH/SIDA), deben implementarse de tal manera que cumplan las obligaciones de derechos humanos”⁶⁸. Ello significa que ni aún la amenaza de determinadas condiciones sanitarias justifica desconocer principios tales como la no discriminación, la no devolución, la protección de la familia y, en general, el respeto por los derechos humanos de quienes migran. Con relación a las pruebas para diagnosticar la presencia del VIH en un extranjero, la recomendación indica que estas deben “hacerse voluntariamente, sobre la base del consentimiento informado”⁶⁹. Además, en caso de que una persona portadora del VIH/SIDA sea expulsada de un país, la expulsión “debe ser coherente con las obligaciones legales internacionales, incluido el derecho al debido proceso legal y el acceso a los medios apropiados para impugnarla”⁷⁰.

El asunto de la expulsión de migrantes portadores del VIH o enfermos con SIDA ha tenido un interesante desarrollo a nivel de la jurisprudencia internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sostenido que la expulsión o devolución de una persona “podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o deterioro grave de la salud de la misma, o incluso, cuando pueda derivar en su muerte”⁷¹. En el caso en que la devolución redunde en dicha afectación, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esta “puede considerarse una forma de castigo severo y sería violatoria de sus derechos, y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”⁷².

En el Sistema Interamericano, esta cuestión se planteó a propósito del caso *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, en donde una ciudadana de nacionalidad jamaicana se encontraba bajo amenaza de deportación que de concretarse significaría la privación de medicamentos vitales para el tratamiento del VIH en su país de origen⁷³. En efecto,

⁶⁷ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 1.

⁶⁸ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 3.

⁶⁹ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 2.

⁷⁰ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 7.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, párrafo 229; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19.05.2011, Vera Vera y otra v. Ecuador, párrafo 43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, párrafos 91.

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, párrafos 78, 85.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*.

la privación del acceso a dichos medicamentos acarrearía en un corto plazo la muerte de Andrea, quien además no contaba con familia ni amigos en Jamaica, porque ella y su familia vivían en Estados Unidos desde hace más de 30 años. Si bien las conclusiones de la Comisión fueron favorables a Andrea, al estimar que los efectos de la deportación serían equivalentes a condenarla a la muerte, la decisión llegó demasiado tarde para ella, ya que falleció en Jamaica producto de una enfermedad relacionada con el SIDA.

En el Sistema Europeo, también se planteó este asunto a propósito del caso *D. v. Reino Unido*, en que un nacional del pequeño país caribeño de San Cristóbal y Nieves, había sido deportado por porte de estupefacientes. Sin embargo, materializar la deportación implicaría también interrumpir el tratamiento médico por VIH, lo que reduciría considerablemente su esperanza de vida. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultó también favorable al solicitante, aunque con un alcance más limitado que en el pronunciamiento de la Comisión Interamericana, al considerarse especialmente el estado terminal de la enfermedad⁷⁴.

Si bien en ambos casos la expulsión no estuvo motivada por la condición de portador de VIH/SIDA de los afectados sino por su participación en ilícitos, los estándares en materia de derechos humanos allí establecidos, aportan interesantes consideraciones relativas al tratamiento estatal a migrantes gravemente enfermos. Algunos pronunciamientos más explícitos han emanado de organismos europeos, tanto en el marco de la Unión Europea como del Consejo de Europa. El Parlamento Europeo solicitó el 2008 la eliminación de todas las restricciones a la libre circulación de las personas con VIH⁷⁵. En 2011, a su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Kiyutin v. Rusia*, sostuvo por unanimidad que la negativa de las autoridades migratorias rusas a conceder un permiso de residencia a un ciudadano nacional de Uzbekistán por el solo hecho de ser portador del VIH fue una medida discriminatoria y arbitraria. La negación del permiso de residencia en razón de su calidad de VIH positivo significó una infracción al Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente en lo relativo a la prohibición de la discriminación y la protección del hogar y la vida familiar⁷⁶.

Por último, otros interesantes pronunciamientos acerca de esta materia han emanado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Recomendación de la OIT respecto de VIH/SIDA en el mundo del trabajo, del 2010, indicó que “los países de origen, de tránsito o de destino no deberían impedir la migración de trabajadores migrantes, o de trabajadores que deseen migrar por motivos de empleo, debido al estado serológico

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 02.02.1997, *D. v. Reino Unido*.

⁷⁵ Parlamento Europeo, 12.11.2008, Resolución sobre el VIH/SIDA: “Diagnóstico y tratamiento precoces”.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10.03.2011, *Kiyutin v. Rusia*, párrafo 57. En su fallo, el tribunal señaló que la mera presencia de una persona VIH-positiva en el país no constituía una amenaza para la salud pública y que la imposición selectiva de las restricciones de viaje relacionadas con el VIH solo a los extranjeros que solicitan residencia no estaba justificada.

respecto del VIH, real o supuesto, de estas personas⁷⁷". En el caso de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la misma organización, ha sostenido en repetidas ocasiones que, aunque en principio, "las pruebas médicas y la prohibición de la entrada de personas por el hecho de que puedan constituir un riesgo para la salud pública probablemente sea una precaución rutinaria y responsable antes de permitir la entrada de extranjeros, (...) los trabajadores migrantes, o aquellos que buscan emigrar por empleo, no deben ser excluidos de la migración por los países de origen, de tránsito o de destino en función de su estado de VIH real o percibido"⁷⁸.

V. PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS PARA EL CONTROL MIGRATORIO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DEL COVID-19

Durante la crisis del Covid 19, la situación de la migración en el mundo, y también en Chile, ha estado marcada por dos fenómenos que han impactado negativamente en el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes. El primero tiene que ver con el resurgimiento de discursos reactivos a la inmigración, señalando a las personas migrantes como potencial amenaza a la salud pública. Chile no ha estado al margen de este fenómeno. En noviembre de 2020, el alcalde de Iquique, Mauricio Soria, responsabilizó al ingreso masivo de migrantes venezolanos por pasos no habilitados del estancamiento de las cifras de contagio en la Región de Tarapacá. Para Soria, esta situación se ha debido "total y exclusivamente al poco compromiso que ha tenido el gobierno con el cuidado de nuestras fronteras y de nuestros iquiqueños, porque estamos totalmente desprotegidos"⁷⁹. Durante la crisis migratoria vivida en febrero de 2021 en la frontera de Chile con Bolivia, los medios de comunicación nacionales pusieron mucho énfasis en que un migrante venezolano fallecido en el altiplano, mientras intentaba ingresar clandestinamente al país, estaba contagiado, y fue reanimado en vano por más de treinta personas que también habrían adquirido el virus⁸⁰.

Este problema ha sido advertido por organismos internacionales, entre ellos el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias junto al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos

⁷⁷ Recomendación N° 200 de la OIT sobre el VIH y el SIDA, 2010, párrafo 28.

⁷⁸ Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 2017, Solicitud Directa de Guyana en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes, artículo 5; Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 2019, Solicitud Directa de Bélica en relación con el Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes, artículo 5.

⁷⁹ Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (30 de noviembre de 2020). "*Vinculan a migrantes venezolanos con estancamiento sanitario por Covid-19 en el norte de Chile*". Recuperado el 13 de enero de 2021, de <https://provea.org/refugiados-y-migrantes/vinculan-a-migrantes-venezolanos-con-estancamiento-sanitario-por-covid-19-en-el-norte-de-chile/>

⁸⁰ Cooperativa (3 de febrero de 2021). *Dos migrantes irregulares con síntomas de Covid-19 fallecieron cerca de Colchane*. Recuperado el 3 de febrero de 2021, de <https://cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-tarapaca/dos-migrantes-irregulares-con-sintomas-de-covid-19-fallecieron-cerca-de/2021-02-03/094749.html>

de los Migrantes, que han observado con preocupación “los discursos xenofóbicos o las expresiones que asocian la enfermedad del Covid-19 con los migrantes, sus etnias, o su identificación como nacionales de un país en particular”, instando a los Estados a “prevenir proactivamente la discriminación como “chivos expiatorios” de los individuos y grupos de migrantes”⁸¹. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en tanto, ha señalado que “las autoridades estatales deben garantizar que el discurso público y la respuesta a Covid-19 no contribuyan a la xenofobia y la discriminación racial”⁸².

El segundo fenómeno se relaciona con un uso más frecuente de los motivos sanitarios por parte de los Estados, para justificar así políticas migratorias restrictivas. El cierre de fronteras, el veto a nacionales de determinados países, la exigencia de examen PCR negativo y cuarentenas obligatorias han sido medidas adoptadas en distintas latitudes. Estas prácticas no se han dado (al menos aún) durante la aplicación ordinaria de las legislaciones migratorias. La excepcionalidad constitucional se ha extendido en la mayoría de los países por más tiempo del que muchas personas hubieren pensado. En Chile, las fronteras terrestres se han mantenido cerradas para los extranjeros no residentes desde marzo de 2020. Esta medida ha suspendido indefinidamente la migración regular, y se ha traducido en un aumento de la inmigración irregular por pasos fronterizos no habilitados, principalmente en la frontera con Bolivia. La respuesta del Estado ha sido militarizar la frontera con Perú y Bolivia, autorizando a las Fuerzas Armadas apoyar en el control del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas⁸³. Lo mismo ha pasado en países como Perú, que militarizó su frontera con Ecuador⁸⁴. Mientras esto ocurre, el Aeropuerto Internacional de Santiago ha reanudado sus operaciones para reactivar el turismo internacional.

La gestión de fronteras durante la pandemia del Covid-19 ha sido también un asunto que ha preocupado a organismos internacionales. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado al respecto, que la implementación de controles fronterizos y medidas más estrictas en las fronteras se realiza “garantizando la no discriminación, confidencialidad y dignidad. No debe implicar la detención obligatoria o indefinida”⁸⁵. Respecto de la inmigración irregular, a su vez, ha señalado que “los Estados deben considerar la suspensión temporal de devoluciones

⁸¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, 2020, punto 15.

⁸² Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

⁸³ Gobierno de Chile (12 de enero de 2021). “Presidente firma decreto que permite a las Fuerzas Armadas apoyar el control del tráfico ilícito de personas”. Recuperado el 13 de enero de 2021, de <https://www.gob.cl/noticias/presidente-firma-decreto-que-permite-a-las-fuerzas-armadas-apoyar-el-control-del-trafico-ilicito-de-personas-estamos-comprometidos-con-poner-orden-en-nuestra-casa-proteger-mejor-nuestras-fronteras-y-combatir-la-inmigracion-illegal/>

⁸⁴ El Mostrador (27 de enero de 2021). “Perú militariza frontera con Ecuador para bloquear ingreso de migrantes venezolanos”. Recuperado el 27 de enero de 2021, de <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/01/27/peru-militariza-frontera-con-ecuador-para-bloquear-ingreso-de-migrantes-venezolanos/>

⁸⁵ Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

forzadas durante la pandemia. Las devoluciones forzadas solamente se pueden realizar si cumplen con el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas, así como garantías procesales (...)”⁸⁶.

En general, medidas restrictivas a la movilidad son razonables si se consideran las graves consecuencias de la propagación de enfermedades infecciosas y altamente contagiosas. En la medida que cuenten con respaldo científico, y se adopten respetando los estándares internacionales en materia de derechos humanos, no puede privarse a los Estados de adoptarlas. La gran pauta a aplicar en esta materia dice relación con que la adopción de medidas no puede realizarse al margen del respeto y garantía de los derechos humanos de quienes se desplazan de un país a otro. Los Estados no deben diseñar o implementar políticas migratorias arbitrarias o discriminatorias invocando razones de salud pública, ni aun en tiempos de pandemia. En consecuencia, toda medida que signifique excluir a una persona extranjera, o limitar su ingreso o permanencia por motivos sanitarios, debe igualmente respetar todas y cada una de las exigencias sustantivas y procesales contempladas por el ordenamiento jurídico interno e internacional. En este sentido, uno de los principales desafíos para los Estados es inspirar el diseño y la implementación de sus políticas de control migratorio en estándares objetivos, aportados por la evidencia científica, y excluyendo medidas de corte populista.

VI. CONCLUSIONES

La movilidad humana internacional es, en sí misma, un factor de riesgo de propagación de enfermedades. La experiencia reciente, a propósito de la crisis sanitaria del Covid-19, nos ha recordado que vivir en un mundo globalizado supone también desafíos para la salud pública. No obstante, se trata de un riesgo tolerado por los Estados, en la medida que las posibilidades reales de contagio de patologías infecciosas desde el extranjero son sustantivamente bajas y acotadas a eventos excepcionales. El desarrollo de la epidemiología ha permitido conocer el real impacto de la inmigración en la transmisión de enfermedades infecciosas, aunque durante mucho tiempo las aprensiones de los Estados llevaron a excluir arbitrariamente a muchos inmigrantes estigmatizados como portadores de enfermedades.

En el derecho contemporáneo, la recepción del criterio médico o sanitario como límite a la movilidad humana está transversalmente extendida. Pueden encontrarse múltiples disposiciones que consagran este criterio en el derecho internacional, como también en el derecho migratorio y de extranjería comparado. El fundamento que subyace a la existencia de este criterio se encuentra en una preocupación de carácter epidemiológico, por lo que debe aplicarse siempre basado en la evidencia científica. Esta preocupación consiste en evitar la propagación de patologías epidémicas, infecciosas, o parasitarias contagiosas, que pudieran provenir del extranjero. También es la evidencia

⁸⁶ Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

científica la que plantea que este riesgo es reducido, porque, en términos generales, la población inmigrante se caracteriza por gozar de una mejor salud que la propia población nacional.

Un escenario como el que actualmente enfrentamos sugiere una aplicación más frecuente de este criterio para la adopción de políticas migratorias restrictivas. En repetidas ocasiones, los Estados han caído en la tentación de invocarlo para excluir a migrantes por razones diversas, entre las que destacan las razones económicas y morales. El resurgimiento de algunos discursos hostiles hacia el extranjero, desde una perspectiva de amenaza para la salud pública, podría ser indicio de un nuevo periodo de exclusiones injustificadas valiéndose de argumentos médicos o sanitarios. Para enfrentar este tipo de medidas, resulta de enorme utilidad conocer los estándares que se han ido desarrollando internacionalmente en relación con el tratamiento estatal de migrantes en contextos pandémicos. La experiencia en materia de VIH/SIDA ha sido la más emblemática e ilustrativa. Ni aun una pandemia justifica que los Estados actúen al margen del respeto y garantía de los derechos humanos, por lo que cualquier medida que suponga excluir a un migrante por razones médicas o sanitarias debe adoptarse de manera restringida, y basada en la evidencia epidemiológica. Cualquier otra clase de exclusión excede el objeto y fin de este criterio de limitación de la movilidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Diego, 2018: *The National versus the Foreigner in South America: 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge, University Press.
- ALARCÓN, Yasna y BALCELLS, María Elvira, 2017: “Enfermedades infecciosas y migración. Una responsabilidad compartida”, *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, vol. 42, n° 2, pp. 4-6.
- ALEXY, Robert, 2017: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARMAS MERINO, Rodolfo; CABIESES, Báltica; WOLFF, Marcelo; NORERO, Colomba; RODRÍGUEZ, José A., y REYES, Humberto, 2018: “Salud y proceso migratorio en Chile”, *Anales del Instituto de Chile*, vol. XXXVII, pp. 131-162.
- CABIESES VALDÉS, Báltica, 2019: “Salud y migración: un proceso complejo y multidimensional”, en Rojas Pedemonte, Nicolás y Vicuña, José Tomás (editores), *Migración en Chile: Evidencia y mitos de una nueva realidad*, Santiago, LOM, pp. 143-169.
- CABIESES, Báltica; LIBUY, Matías y DABANCH, Jeanette, 2019: *Hacia una comprensión integral de la relación entre migración internacional y enfermedades infecciosas*, Santiago, Colegio Médico de Chile.
- CHETAIL, Vincent, 2012: “Sources of international migration law”, en Opeskin, Brian; Perruchoud, Richard y Redpath-Cross, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, University Press, pp. 56-91.
- CHETAIL, Vincent, 2019: *International Migration Law*, Oxford, University Press.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIAS y RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES ONU, 2020: *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del Covid-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*. Versión digital disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCovid-19Migrants_SP.pdf
- DE VATTEL, Emer, 2008: *The Law of Nations*, Carmel, Liberty Fund Inc.

- KRAUT, Alan M., 2010: "Immigration, Ethnicity, and the Pandemic", *Public Health Rep.*, 125 (Supplement 3), pp. 123-133.
- LEE, Erika, 2019: *America for Americans. A History of Xenophobia in the United States*, New York City, Basic Books.
- MARIA IACUS, Stefano; SANTAMARIA, Carlos; SERMI, Francesco; SPYRATOS, Spyros; TARCHI, Dario y VESPE, Michele, 2020: "Human mobility and Covid-19 initial dynamics", *Nonlinear Dyn.*, 101, pp. 1901-1919.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., 2014: "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, pp. 767-804.
- MILLER, David, 2007: *National Responsibility and Global Justice*, New York: Oxford University Press.
- MINISTERIO DE SALUD, 2018: "Informe Final Estudio Licitación Sistematización y Evaluación del Piloto Nacional de Salud de Inmigrantes", en Cabieses, Báltica; Alarcón, Alex; Astorga, Sofía; Bernales, Margarita y Martínez, Félix (editores), *Interculturalidad*, Santiago, Organización Internacional para las Migraciones y Universidad del Desarrollo.
- ODA, Shigeru, 1973: "El individuo en el derecho internacional", en Sorensen, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, pp. 451-505.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2020: *Covid-19 y los derechos de los migrantes: Guía*. Versión digital disponible en: <https://reliefweb.int/node/3708267>
- ONU SIDA, 2019: *Hoja Informativa – Día Mundial del SIDA 2019: Últimas estadísticas sobre el estado de la epidemia del SIDA*. Versión digital disponible en: <https://www.unaids.org/es/resources/fact-sheet>.
- ONU SIDA y OIM, 2004: *UNAIDS/IOM Statement on HIV/AIDS-related travel restrictions*. Versión digital disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/activities/health/UNAIDS_IOM_statement_travel_restrictions.pdf.
- ONU SIDA y PNUD, 2019: *Comunicado de Prensa: ONUSIDA Y PNUD hacen un llamamiento en 48 países y territorios para retirar todas las restricciones de viaje relacionadas con el VIH*. Versión digital disponible en: https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2019/june/20190627_hiv-related-travel-restrictions.
- OMS, 2015: *Migration and health: key issues*. Versión digital disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/migration-and-health/migration-and-health-in-the-european-region/migration-and-health-key-issues#:~:text=The%20most%20frequent%20health%20problems,migrants%20frequently%20face%20specific%20challenges%2C>.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- PERRUCHOU, Richard, 2012: "State sovereignty and freedom of movement", en Opeskin, Brian; Perruchoud, Richard y Redpath-Cross, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, University Press, pp. 123-151.
- SOMERVILLE, Margaret A., y WILSON, Sarah, 1998: "Crossing Boundaries: Travel, Immigration, Human Rights and AIDS", *Revue de droit de McGill*, Vol. 43, pp. 781-834.
- SONG, Sarah, 2019: *Immigration and Democracy*, New York: Oxford University Press.
- TORPEY, John C., 2018: *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge, University Press.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, 2017: *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- VÁSQUEZ-DE KARTZOW, Rodrigo, 2009: "Impacto de las migraciones en Chile. Nuevos retos para el pediatra. ¿Estamos preparados?", *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 80, n° 2, pp. 161-167.
- WHELAN, Frederick, 1988: "Citizenship and Freedom of Movement: An Open Admissions Policy?" en Gibney, Marc (editor), *Open Borders? Closed Societies? The Ethical and Political Issues*, Londres: Greenwood Press, pp. 3-39.
- WELLMAN, Christopher Heath, 2008: "Immigration and Freedom of Association," *Ethics*, n° 119, pp. 109-141.
- WINSTON, Sussana E., y BECKWITH, Curt G., 2011: "The Impact of Removing the Immigration Ban on HIV-Infected Persons", *AIDS Patient Care and STDs*, vol. 25, n° 12, pp. 709-711.
- WOLFF, Marcelo, 2017: "Epidemiología nacional de las enfermedades infecciosas e impacto de la inmigración: ¿qué está pasando?", *Conferencia pronunciada en Sesión Ordinaria de la Academia Chilena de Medicina*, 8 de noviembre de 2017.

Normas jurídicas citadas

- REGLAS Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de septiembre de 1892.
- UNITED States of America Immigration Act, aprobada el 5 de febrero de 1917.
- LEY N° 48 de 1920 sobre inmigración y extranjería (Colombia), aprobada el 3 de noviembre de 1920.
- LEY N° 4145/1920 sobre extranjeros peligrosos (Perú), aprobada el 21 de septiembre de 1920.
- DECRETO N° 4.247 que regula la entrada de extranjeros en el territorio nacional (Brasil), aprobado el 6 de enero de 1921.
- ACTA Final de la Conferencia Internacional sobre Emigración e Inmigración de Roma, aprobada en las sesiones del 30 y 31 de mayo de 1924.
- TRATADO de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de enero de 1957.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966.
- PROTOCOLO N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en vigor desde el 2 de mayo 1968.
- CONVENCIÓN Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.
- CONVENCIÓN Internacional para la Protección de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, adoptada el 18 de diciembre de 1990.
- TRATADO de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.
- ACUERDO de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercado Común del Sur, adoptado el 5 de julio de 2002.
- DIRECTIVA 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, adoptada el 29 de abril de 2004.
- REGLAMENTO Sanitario Internacional, adoptado el 23 de mayo de 2005.
- REGLAMENTO (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de *Schengen* de segunda generación (SIS II), adoptado el 20 de diciembre de 2006.
- LEY N° 18.250 de Migración de Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 17 de enero de 2008.
- REAL Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado el 20 de abril de 2011.
- REGLAMENTO (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, adoptado el 9 de marzo de 2016.
- UNITED Kingdom Immigration Rules, HC 395, publicada el 25 de febrero de 2016.

LEY de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), publicada el 7 de enero de 2017.
LEY Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, publicada el 6 de febrero de 2017.
DECRETO Supremo N° 104, que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, publicado el 18 de marzo de 2020.
LEY N° 21.325 de Migración y Extranjería de Chile, publicada en el Diario Oficial el 20 de abril 2021.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 2 de febrero de 1997, D. v. Reino Unido.
COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, informe de 25 de julio de 2008, Andrea Mortlock v. Estados Unidos.
PARLAMENTO Europeo, Resolución sobre el VIH/SIDA: “Diagnóstico y tratamiento precoces”, adoptada el 12 de noviembre de 2008.
ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo, recomendación de 17 de junio de 2010, n° 200 sobre el VIH y el SIDA.
TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de marzo de 2011, Kiyutin v. Rusia.
CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de mayo de 2011, Vera Vera y otra v. Ecuador.
CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.
COMISIÓN de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Comentario adoptado el 2017 sobre Solicitud Directa de Guyana en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes.
COMISIÓN de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Comentario adoptado el 2019 sobre Solicitud Directa de Bélize en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes.

