



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA:
UNA PUERTA ABIERTA AL ABANDONO DE NIÑOS APÁTRIDAS POR
PARTE DEL ESTADO.

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

CAROLINA ANDREA ALVARADO SAAVEDRA
MACKARENA NICOLE MANRÍQUEZ FARIAS

PROFESOR GUÍA: PAULINO VARAS ALFONSO

Santiago, Chile

2016

AGRADECIMIENTOS

Queremos dedicar esta tesis a nuestras familias, que han sido un apoyo fundamental a lo largo de toda esta carrera, sin ustedes nada de esto habría sido posible.

También nuestro reconocimiento a todos aquellos compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que llegaron a ser amigos entrañables.

De la misma forma, agradecemos a todos quienes fueron nuestros profesores en la facultad, por todos los conocimientos que nos entregaron, y por la calidad humana de cada uno de ellos. En especial queremos agradecer a nuestro profesor guía, Paulino Varas Alfonso, quien no sólo nos enseñó a ser mejores profesionales, sino a ser mejores personas. Creemos que representamos el sentir de nuestros compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al decir que don Paulino Varas Alonso es un profesor inspirador, pero por sobre todo, una gran persona.

INDICE

Contenido

INDICE.....	3
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: DERECHO DEL NIÑO A UNA NACIONALIDAD.....	12
Título I: Aproximación al derecho a una nacionalidad en los niños.....	12
Título II: Consagración del derecho del niño a una nacionalidad a nivel internacional.....	22
Título III: Consagración del derecho del niño a una nacionalidad en la legislación Chilena.....	28
A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	31
B) La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	31
C) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	31
D) Convención de los Derechos del Niño.....	32

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN DEL DERECHO A UNA NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS HIJOS DE INMIGRANTES IRREGULARES QUE NACEN EN CHILE.....35

Título I: Interpretación del artículo 10 n°1 de la Constitución Política de la República.....35

a) Interpretación que hace la autoridad administrativa.....38

b) Interpretación de la Corte Suprema.....49

Título II: Deficiencia de la legislación nacional frente a la normativa internacional ratificada por Chile.....56

a) Convención de los Derechos del Niño.....56

b) Convención Americana de Derechos Humanos.....58

CAPÍTULO III: PROBLEMAS DE LOS NIÑOS APÁTRIDAS.....59

Título I: Dificultades de no contar con una cédula nacional de identidad.....59

a) Dificultades para acceder a los servicios públicos de salud.....62

b) Dificultades en el ejercicio del derecho a la educación.....66

c) Otras dificultades para los migrantes en la sociedad chilena.....	71
 Título II: Solución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de niños apátridas por ser hijos de inmigrantes irregulares. Análisis de caso particular.....	77
-Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.....	77
 CAPÍTULO IV: NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL QUE GARANTICE EL DERECHO DE LOS HIJOS DE PADRES MIGRANTES IRREGULARES EL DERECHO UNA NACIONALIDAD.....	84
Título I: Consideraciones preliminares.....	84
Título II: Análisis de Reforma Constitucional.....	90
 CONCLUSIÓN.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	100
ANEXOS.....	108

RESUMEN

La Constitución Política de la República de Chile señala en la primera parte de su artículo 10° que “Son chilenos: 1°.- Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”. El problema jurídico es que la Constitución no ha definido el concepto “transeúntes”, razón por la cual analizaremos la interpretación que se ha dado a este concepto por parte de la autoridad administrativa y la autoridad judicial. La falta de explicación de este concepto puede acarrear serios inconvenientes, como considerar hijos de extranjeros transeúntes a los niños nacidos en Chile hijos de padres migrantes en situación irregular en Chile, lo cual es incompatible con los parámetros constitucionales e internacionales.

El objetivo de estas líneas es analizar la situación de los niños nacidos en Chile que son hijos de padres que se encuentran en territorio chileno de manera irregular, los cuales son inscritos en el Registro Civil como “hijo de extranjero transeúnte”, quedando privados del derecho a una nacionalidad, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, en la Convención Americana de Derechos Humanos, y en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 10.

¿Cuáles son las consecuencias de privar a un niño de un elemento de su identidad como lo es la nacionalidad? La gran dificultad que

enfrentan las personas apátridas, como veremos en esta memoria, es que al no encontrarse bajo el amparo de ningún Estado, se ven gravemente vulnerados sus derechos civiles, políticos, sociales y económicos.

INTRODUCCIÓN

Una persona en calidad de apátrida se considera actualmente, como un problema por los organismos internacionales, considerándola una crisis masiva que viven aproximadamente 12 millones de personas en el mundo¹. Pero, ¿cómo podemos definir lo que es un apátrida? Se puede señalar que *“de acuerdo a las palabras germánicas stateless, staatenlos (sin Estado) se podría interpretar como una persona que no tiene vínculo con el Estado; por otro lado, la palabra francesa (apatride) y la palabra española (apátrida), nos dan a entender que el apátrida es una persona sin patria, es decir, sin un vínculo emocional hacia un país. Por último, por la palabra italiana (apolide) se puede comprender que es la persona que no tiene vínculo con la polis o comunidad política”*². Más allá de una definición etimológica de la palabra, podemos señalar que *“la definición jurídica específica la entrega la Convención del Estatuto de los Apátridas de 1954, que señala que es **toda persona que no sea considerada como nacional de ningún Estado conforme a su legislación**”*³.

Como se señaló anteriormente, se puede afirmar que *“según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR),*

¹ GYULAI, G., 2011, “La apatridia: significado, magnitudes y alcances de la protección”, Aportes Andinos, Revista electrónica de derechos humanos Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador N° 29 Apatridia y derechos humanos, Tema Central, p. 1.

² Ídem.

³ Ídem.

*existen alrededor de 12 millones de apátridas en el mundo, pero la realidad es que no se sabe la cifra exacta, ya que muy pocos países cuentan con estadísticas o procedimientos específicos para cuantificar esta situación*⁴. Cada día la cifra aumenta en forma exponencial, debido a la falta de compromiso de los Estados por revertir dicha situación, y no dar cumplimiento en lo absoluto, o en el mejor de los casos en forma parcial, a las distintas cláusulas establecidas en tratados y convenciones internacionales firmados y ratificados por los mismos, lo que provoca que *“la ausencia de referencia a la obligación del Estado con respecto a la adquisición de la nacionalidad en las declaraciones (...) debilita el reconocimiento de este derecho, dejando a los Estados una discreción amplia en cuanto a las modalidades de incorporación al derecho interno”*⁵.

La apatridia tiene importantes consecuencias en la vida de las personas, debido a que la nacionalidad como atributo de la personalidad resulta esencial en la configuración de cada ser humano, y es a su vez indispensable para que se asegure la participación plena en la sociedad, siendo requisito para que pueda disfrutarse de la totalidad de los derechos fundamentales que el Estado debe proveer a las personas.

⁴ Ídem, p. 2.

⁵ O'DONNELL, D., 2007, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericanos”, 2ª Ed., p. 564.

En esta oportunidad, nos referiremos en particular a los niños que nacen bajo la condición de apátrida, y todo lo que dicha situación conlleva, partiendo por lo que resulta más obvio, vale decir, la ausencia de protección de los derechos de ese niño frente a toda situación de vulneración, debido a que su falta de nacionalidad impide que puedan ser aseguradas las garantías fundamentales, pues nos encontramos frente a un ser humano que no se encuentra vinculado a ningún Estado que tenga la obligación de garantizar sus derechos.

Este impedimento de protección y de garantías generará una restringida posibilidad de desarrollo de los niños, ya que el hecho de no contar con la documentación mínima de identificación, para tener la calidad de ciudadano de un país, provoca una serie de dificultades que lo afectarán, desde el acceso a los derechos básicos tales como: salud y educación, y otras situaciones cotidianas como poder viajar fuera de su país natal o incluso poder casarse en el futuro. Esto sin duda imposibilita llevar una vida normal dentro de una sociedad como parte de un determinado país.

Cabe destacar que esta condición hace a los niños mucho más vulnerables, debido a que pueden ser objeto de vejámenes en su integridad física y psíquica, lo cual se contrapone al deber del Estado que radica en nuestra Constitución Política de la República, la cual señala en su artículo 1 inciso 1 que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, dignidad y derechos que se verían afectados en la condición de apátridas, y que sin duda los pone al margen del resto de

los niños nacidos en nuestro territorio sin la etiqueta de apátrida, por lo que no serían en la práctica “iguales”. Además cabe mencionar que en el inciso 3 del mismo artículo se señala que *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Dicha realización espiritual y material se ve limitada por la consideración de apátrida, que merma la protección de los derechos y los limita, no permitiendo a los niños desenvolverse plenamente en la sociedad.

La apatridia es una crisis que ha sido generada exclusivamente por el ser humano, y que para su solución requiere de la voluntad política y la promoción de esta situación como un problema que necesita ser erradicado, partiendo simplemente por otorgar la nacionalidad a todos los niños nacidos en un Estado determinado, con independencia del estatus migratorio de sus padres. Otorgar la nacionalidad permitiría que 12 millones de apátridas en el mundo aproximadamente puedan acceder a las garantías y derechos que las naciones otorgan a sus ciudadanos, y pertenecer finalmente a una sociedad, sentirse parte de una comunidad; y por supuesto, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, pues la condición de apatridia *“atenta contra los Derechos Humanos”*⁶.

⁶ RAMÍREZ NECOCHEA, M., 1997, “Nacionales y Extranjeros”. En: GUZMÁN LATORRE, D., en “Tratado de Derecho Internacional Privado”. 3ª Ed. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, p. 109.

CAPÍTULO I: DERECHO DEL NIÑO A UNA NACIONALIDAD

Título I: Aproximación al derecho a una nacionalidad en los niños.

Desde el momento del nacimiento, le es inherente al ser humano su derecho a obtener una identidad, un sello que lo diferencie y singularice de otras personas. Este derecho incluye, por ejemplo, el tener determinado un nombre y apellido, sexo, determinación de uno o ambos progenitores y la nacionalidad. Dicha determinación permite a una persona definirse como tal, hacerla distinta de quienes le rodean y forman parte dentro de una sociedad.

En cuanto a esto, podemos señalar que la nacionalidad es definida por el diccionario de la Real Academia Española en su segunda acepción como aquel *“vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ciudadano de ese Estado en función del lugar en que ha nacido, de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habersele concedido la naturalización”*⁷. La nacionalidad cobra vital importancia en la vida de toda persona, por cuanto lo hace formar parte de un espacio geográfico determinado, de una cultura arraigada, de un lenguaje específico y principalmente, de todos los derechos que como nacional de cierto país puedan asistirle. Además, se puede mencionar que *“el derecho a la nacionalidad recoge un doble aspecto: por una parte significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las*

⁷Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea] <<http://dle.rae.es/?id=QBsHcL7>> [consulta:17 junio 2016].

*relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado. Por otra parte, implica protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque (...) se le estaría privando de la totalidad de sus Derechos políticos y de aquellos Derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo*⁸. Es así que se puede señalar que en términos generales, una persona puede adquirir su nacionalidad de dos formas distintas, ambas contenidas en el artículo 10 de nuestra Constitución:

1. Nacionalidad adquirida por sangre o de forma originaria, en donde el recién nacido va a adquirir la misma nacionalidad que posean sus progenitores desde el momento mismo de su nacimiento.

2. Nacionalidad por residencia, en donde el recién nacido adquiere la nacionalidad del país que lo vio nacer, incluso cuando sus padres cuenten con una nacionalidad distinta.

Esto sin perjuicio de la solicitud de nacionalización, que en el caso de Chile, se requiere en términos genéricos⁹:

1. Ser extranjero.

⁸ Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2005", 2005, Centro de documentación defensoría penal pública, Santiago, Chile, p. 216.

⁹ Requisitos para solicitar la nacionalidad chilena por nacionalización, última modificación Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005, [En línea] < <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/NCH%20ISO.pdf>> [consulta: 17 junio 2016].

2. Haber cumplido 21 años de edad o 18 si es hijo de padre o madre chileno por nacionalización.

3. Tener más de 5 años de residencia continuada en el territorio de la República (Este plazo se computará a partir de la fecha de otorgamiento de la primera visación de residencia).

4. Ser titular de permiso de Permanencia Definitiva Vigente.

5. No haber sido condenado ni estar actualmente procesado por crimen o simple delito.

6. Estar capacitado para ganarse la vida.

7. Llenar y firmar personalmente el formulario “Solicitud de Carta de Nacionalización” adjuntando la documentación que corresponda.

La nacionalidad según José Manuel Estrada es *“aquella condición jurídica en cuya virtud los individuos son pacientes de ciertos deberes, agentes de ciertos derechos y beneficiarios de ciertas garantías particulares de los súbditos de una soberanía”*¹⁰, y en donde el hecho mismo del nacimiento, sin embargo, no otorga per se nacionalidad; vale decir, este hecho natural requiere para su formalización de un trámite esencial, que se constituye en el momento en que el recién nacido es

¹⁰ ESTRADA, En: GUZMÁN LATORRE, D., “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1997, 3ª Ed. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, p. 101.

inscrito en el Registro Civil del país que lo ve nacer, estableciendo un nexo entre éste y dicho país. Al respecto, se puede señalar que *“la nacionalidad ha sido concebida por nuestro Legislador como un atributo que viene a completar la personalidad. Para que una persona sea completa, es menester que tenga una nacionalidad. Por ello es que en el artículo 55 del Código Civil don Andrés Bello, después de definir las personas, agregó que ellas serían divididas en nacionales y extranjeras”*¹¹.

Desde el momento en que el recién nacido o el niño en cuestión es inscrito en el Registro Civil correspondiente, se le reconoce como nacional de dicho país, y esto trae como consecuencia que éste será reconocido como un miembro más de esa sociedad, lo que le otorga una serie de derechos y obligaciones respecto de la misma, y que por ende, les brinda la protección legal de dicho país con todo lo que ello involucra.

Cuando un niño no cumple el requisito de inscripción de su nacimiento en el Registro Civil correspondiente, traerá como consecuencia que éste no tendrá nacionalidad, vale decir, no será reconocido por ningún país, ni albergado por ninguna legislación, siendo considerado internacionalmente como un “apátrida”. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 define en su artículo 1 (1) al apátrida como: *“una persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”*. Al respecto, podemos

¹¹ GUZMÁN LATORRE, D., “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1997, 3ª Ed. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, p. 109.

señalar que el niño en cuestión no posee un rasgo de identidad, el que resulta fundamental en la protección de los derechos que le asisten, siendo de esta forma un desconocido y desprotegido por la sociedad.

Se puede señalar asimismo, que existen dos tipos de apátrida¹²:

- 1.- Apátridas de iure, o apátridas jurídicamente, en donde existe a nivel internacional un rechazo al reconocimiento de un determinado país, a sus singularidades y a su identificación, y por consecuencia, también a quienes lo habitan. Este es el caso de Palestina, quienes representan el grupo más grande de apátridas en el mundo; de los 12 millones de palestinos que existen, sólo 4 millones de ellos se encuentran registrados, en su mayoría como israelíes o jordanos, los únicos países que han otorgado nacionalidad a refugiados palestinos¹³.

- 2.- Apátridas de facto o de hecho, en donde un país se opone a otorgar la nacionalidad a un niño por distintos motivos, basados principalmente en el incumplimiento de algún requisito básico y establecido en la ley para otorgar dicha nacionalidad, ya sea que este requisito sea exclusivo del hecho de su nacimiento (como la partida de nacimiento) o bien, que éste dependa de un factor

¹² “Apátridas e invisibles, niños sin identidad”, [en línea] < <http://www.humanium.org/es/apatridas-invisibles>.> [Consulta: 01 julio 2016].

¹³ Ídem.

externo (como podría serlo la condición de ilegales de sus progenitores)¹⁴.

Ahora bien, es importante señalar que las causas que producen la situación en la que un niño es identificado como un apátrida son bastante variadas, como por ejemplo:

- Motivaciones políticas, en cuanto son los países quienes no dan la importancia que debieran al registro de quienes nacen dentro de sus fronteras, en donde el rol estatal es el principal y el más importante motor para llevar a cabo este proceso, siendo muchas veces así producto del temor al ingreso desmedido de inmigrantes, refugiados o fugitivos de otras naciones, como ocurre actualmente en países de Europa, respecto a los refugiados provenientes de Siria.
- Motivaciones legislativas, en cuanto muchos países tienen profundos vacíos legales en materia de registros de nacimiento, ya que no existen leyes específicas al respecto, lo que en muchas ocasiones debe ser completado por funcionarios, los cuales pueden llegar a proceder de forma arbitraria, lo que provoca que el proceso sea sumamente complejo. Este es el principal problema, que como veremos más adelante, tiene nuestra legislación.

¹⁴ Es menester señalar que éste tipo de apátridas son el foco en el cual centraremos nuestra atención en las páginas siguientes.

- Motivaciones administrativas, en cuanto que en muchos países la inscripción puede significar una serie de trámites complicados y demasiado burocráticos.
- Motivaciones económicas, ya sea del Estado, cuando existe un déficit monetario para cubrir esta necesidad de registro, o bien desde la familia del niño, cuando no cuentan con el dinero para la inscripción o la emisión de certificados. Un ejemplo de esta situación es la realidad que se vive en República Dominicana, en donde la falta de recursos de los progenitores muchas veces impide la inscripción del niño recién nacido y genera la apatridia del mismo, situación que es bastante común en dicho país y que ha generado la preocupación de Organismos no Gubernamentales, como lo es Amnistía Internacional, para intentar poner un freno a este tipo de barreras¹⁵.
- Motivaciones geográficas, por tener dificultades para acceder al lugar físico de la inscripción, lo que sin duda se torna complicado llevar a cabo dicho trámite, por lo que podemos deducir que en sectores rurales debiese existir un menor cumplimiento en general, por el difícil acceso y por la lejanía. Se puede señalar a modo de ejemplo que *“en Papua Nueva Guinea existe solamente una oficina de registro de nacimientos, ubicada en la capital (Port Moresby), para atender a una población de alrededor de 4 millones de*

¹⁵ Amnistía Internacional, “Basta de situaciones de apatridia en República Dominicana”, [En línea] <<https://www.amnesty.org/es/get-involved/take-action/end-statelessness-in-dominican-republic/>> [Consulta: 01 julio 2016].

personas (...). No es sorprendente que en septiembre del 2000 la Oficina del Registro Civil haya recibido solamente 122 formularios de registro de nacimiento en un país donde se calcula que el promedio de nacimientos es de 8.000 por mes”¹⁶

- Motivaciones de conflicto entre dos legislaciones, por cuanto existe una colisión entre ambas, lo que se genera “*cuando aplicando ordenamientos jurídicos diversos, la persona no adquiere ninguna nacionalidad*”¹⁷. Se puede señalar que estos conflictos de nacionalidad se producen “*debido a la pluralidad de legislaciones que regulan el tema. Pueden ser positivos: Una misma persona tiene dos o más nacionalidades, o bien negativos: Una persona es rechazada como nacional de los Estados a los cuales quiere pertenecer. Este último es el caso de los apátridas.*

*Otro tipo de conflictos se da en razón al sistema de nacionalidad adoptado por cada Estado, como es el que algunos aplican el *lus Sanguinis*, otros el *lus Soli*. Para dar solución a estos conflictos se ha acudido a cuatro sistemas: (1) Aplicar el mismo sistema a nacionales y extranjeros, (2) Acuerdos de reciprocidad, (3) Imponer medidas para que nadie carezca de nacionalidad y*

¹⁶ LALICON CARLITO, B., “Addressing the Challenge of Unregistered Children in Papua New Guinea”, 2000, preparado para UNICEF y el gobierno de Papua Nueva Guinea.

¹⁷ RIVERA NEUMANN, T., 2004, “La Nacionalidad Chilena ante la jurisprudencia y la práctica administrativa”, Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo CI. N°1, Enero/Junio 2004: 3.

- *(4) No imponer nacionalidad hasta que no se haya renunciado a la otra*¹⁸

Desde desconocimiento de términos legales o formales, ausencia de medios socioeconómicos, pertenecer a alguna etnia o comunidad particular, o bien el tema que nos convoca, el de encontrarse los padres en alguna situación al margen de la ley en un país extraño, como lo es por ejemplo la condición de refugiados de sus progenitores, o no estar reconocidos como “legales” en un país del que no son nacionales, son las principales causas por las cuales se produce la condición de apatridia.

Esta condición trae consigo una serie de consecuencias frente a la sociedad que acoge al niño, siendo una de las más graves la ausencia de protección de los derechos de ese niño a todo nivel, por el hecho de no poder asegurar ninguna garantía frente a un ser humano que no tiene en términos legales, vínculo con ningún Estado. Esto sin duda mermará toda posibilidad de desarrollo del niño, en cuanto a que se verá privado incluso de derechos tan básicos como el de salud y educación, por no contar con documento legal alguno, que lo reconozca como persona que pertenece a una sociedad. Además, cabe destacar que esta condición los hace mucho más vulnerables que el resto de los niños de determinada sociedad, en el sentido de que se ven expuestos a

¹⁸RAMÍREZ J., “República Bolivariana de Venezuela, Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, Universidad "Dr. Rafael Beloso Chacín", 2008, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, Estado Zulia.

situaciones límites de gravísimos atentados hacia su integridad física y psíquica, como: maltratos, explotación infantil o incluso el secuestro con consecuencia de tráfico de órganos. Refiriéndose a este último punto, hará que se limite y dificulte la denuncia y alerta sobre la desaparición del niño, por cuanto no existe un Estado que tenga la obligación de protegerlo.

Título II: Consagración del derecho del niño a una nacionalidad a nivel internacional.

Como primera aproximación, podemos señalar como consagración del derecho del niño a una nacionalidad a nivel internacional, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA, IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia) del año 1948, que consagra en su artículo XIX que *“toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”*. Dicha declaración no ha sido ratificada por Chile.

Luego, podemos mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por Naciones Unidas un 20 de Noviembre de 1989 y ratificado por Chile el 14 de Agosto de 1990. Dicha convención tuvo por fin promover, proteger y consagrar los derechos de los niños y niñas alrededor de todo el mundo, con lo que se genera un gran cambio en cómo era concebida la época de la infancia hasta ese momento, y en donde se establecen ciertos principios base para la protección de la infancia: el interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y el derecho del niño a ser escuchado.

Al respecto, podemos señalar que en su texto la Convención sobre los Derechos del Niño, contempla este derecho a la nacionalidad en su artículo 7, donde se señala que:

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Se puede apreciar que se consagra en este artículo el derecho a tener una identidad, dentro del cual es un rasgo la nacionalidad, lo cual trae aparejado el hecho de que la sociedad debe reconocer a este niño que nace dentro de ella, acceder a registrarlo como parte de dicho país, y ésto se manifiesta por medio de un documento oficial que opera dentro de cada país (partida de nacimiento, certificado de nacimiento, etc.), y que permite que los niños y niñas queden amparados por la ley y no al margen de la misma, y así se reconozcan sus derechos. Al respecto, cabe mencionar que según datos de la UNICEF, sólo en el año 2000 existían algo así como 50 millones de niños y niñas no registradas al nacer¹⁹.

A continuación, el artículo 8 de la Convención señala lo siguiente:

¹⁹ UNICEF, "El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos", Innocenti Digest, N° 9, Marzo de 2002, [En línea] < <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>.> [Consulta: 02 julio 2016].

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Al respecto, cabe señalar que se consagra en dicho artículo la preservación de la identidad, en donde se encuentra de manifiesto la obligación del Estado de proteger al niño, y en el caso en que sus derechos ya hubiesen sido vulnerados, restablecer la identidad del niño, en caso de que éste hubiese sido privado de la misma, en todo o parcialmente, lo que por cierto incluye la nacionalidad.

Hacia 1954, se estableció la convención más importante en términos de apatridia hasta el momento: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Posteriormente, hacia el año 1961, se establece la Convención para reducir los casos de Apatridia. Ya en el año 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas le solicita al ACNUR (*Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*) que entregue asistencia legal de forma limitada, para luego en 1996 ordenarle que extienda su misión, solicitándole así que promueva la disminución de la cantidad de apátridas que existen alrededor de todo el mundo.

En el 2014 se cumplieron 60 años desde que se diera lugar a la Convención sobre los Estatutos de los Apátridas, sumado a los 50 años

de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, se dio la oportunidad para incrementar aún más los esfuerzos por contribuir a la erradicación total del problema de apatridia en el mundo, dándole un enfoque específico al carácter de crisis de los derechos humanos que presentan quienes viven bajo esta condición. Es a raíz de ésto que la ACNUR comenzó la campaña “I Belong” (“yo pertenezco”), que tiene justamente como misión la eliminación de la apatridia, dando como plazo hasta el 2024 para el logro de este objetivo.

“I Belong” tiene por objetivo hacer visible el problema de la apatridia y todos los conflictos que esta condición trae aparejados, poniendo su énfasis en la situación de los niños, e incluyendo también a los adultos, y así llevar al conocimiento y debate público este problema, buscando que los Estados se hagan parte de la solución.

Como soluciones para erradicar la apatridia, la ACNUR propone como medidas básicas que los Estados:

- Permitan que los niños y niñas obtengan la nacionalidad del país donde nacen, de otra forma, se convertirían en apátridas.
- Reformar las leyes que impidan a las madres transmitir la nacionalidad a sus hijos en igualdad de condiciones que los padres.
- Eliminar las leyes y prácticas que priven a los niños y niñas de la nacionalidad por su etnia, raza o religión.

- Garantizar el acceso universal al registro de nacimientos para prevenir la apatridia.

Podemos señalar asimismo, otras fuentes de consagración del derecho a la nacionalidad y a la importancia de éste, como lo son:

- Convención de La Haya sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad, del año 1930.
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, del año 1933.
- Convenio Europeo sobre la Reducción de Casos de Pluralidad de Nacionalidades y sobre Obligaciones Militares en el Caso de Pluralidad de Nacionalidades, del año 1963.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, del año 1965, por la cual los Estados Parte garantizan la igualdad de las razas en el disfrute del derecho a la nacionalidad.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del año 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966, cuyo artículo 24.3 reconoce que: “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), del año 1979, que en su artículo 9 dicta que los Estados Parte:

“otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad”.

- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, del año 1957.
- Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, del año 1985.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del año 1990, que indica que “todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a [...] una nacionalidad”.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del año 2006, que subraya su derecho a adquirir una nacionalidad, a que no se la denieguen de forma arbitraria debido a la discapacidad y a obtener, poseer y utilizar documentos que demuestren la nacionalidad. Además, contempla de forma explícita el derecho de los menores con discapacidad a adquirir una nacionalidad tras su nacimiento.

Además, existen algunos instrumentos de carácter regional, como lo es la Convención Europea sobre Nacionalidad del año 1977, que también favorecen la protección de los derechos de los apátridas. Cabe agregar, además, que en abril de 2008, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos aprobó el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad.

Título III: Consagración del derecho del niño a una nacionalidad en la legislación Chilena.

En Chile no existe una definición legal ni constitucional del término “nacionalidad”. Sin embargo, podemos utilizar la definición que ha dado la Corte Internacional de Justicia, definiéndose como: *“un lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social de vinculación, una solidaridad efectiva de existencia, intereses, sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes”*²⁰.

Por su parte, el artículo 56 de nuestra Constitución Política de la República señala que “son chilenos los que la Constitución del Estado declara como tales. Los demás son extranjeros”. Por su parte, el artículo 10 de la Carta Fundamental consagra el derecho a la nacionalidad, estableciendo para dicho efecto distintas fuentes, y expresando que “*Son chilenos:*

- 1. *Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;*
- 2. *Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes*

²⁰ RECUEIL, C.I.J.,1955, p.5 y sig. En: TORRES MORA, H., “Derecho Internacional de Extranjería”, 1984. Seminario de Titulación para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;

- *3. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley,*
- *4. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.*

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos”.

Podemos observar que nuestra Constitución, como la normativa legal más alta que nos rige, contempla el derecho a nacionalidad de sus habitantes, ya sea que ésta se obtenga por ius solis, ius sanguinis, por carta o por gracia; sin embargo, realiza la siguiente salvedad: *“con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los **hijos de extranjeros transeúntes**”.*

¿Qué podemos entender entonces como “extranjeros transeúntes”? Ni la ley, ni la Constitución se hacen cargo de una definición para dicho estatuto, por lo que en estas próximas páginas revisaremos lo que han dicho las autoridades administrativas y judiciales al respecto.

En el año 1982, por oficio del Departamento de Extranjería y Migración se estableció que “extranjero transeúnte” sería quien tuviera menos de un año residiendo en el país. Luego, en 1996, ese oficio fue modificado, estableciendo que los hijos de extranjeros transeúntes tendrían que ser inscritos como tales cuando sus padres extranjeros estuvieran indocumentados o bien, en una situación irregular, sin importar el tiempo que llevaran en Chile y de si existe o no la voluntad de permanecer en el país, de regularizar su situación y realizar sus vidas acá. En Chile, conforme a los datos proporcionados por el Registro Civil e Identificación, al 18 de agosto del 2016 hay registrados 2.397 hijos de extranjeros transeúntes²¹. Una condición que por supuesto resulta conflictiva, pues se trata de personas “sin banderas ni derechos”.

Esto se vuelve tanto más grave, si consideramos que Chile ha ratificado distintos tratados internacionales y convenciones en que se compromete a tomar distintas medidas, enfocadas muchas de ellas en erradicar el problema de la apatridia, medidas que han resultado insuficientes o derechamente han sido inexistentes, lo que significa que Chile ha faltado a su obligación de ejecutar lo pactado en los tratados internacionales²².

²¹ Anexo N°1, Carta SED. N° 1069, 29 de agosto de 2016, Santiago.

²²Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, Viena. En su Artículo 26 dispone: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

A continuación, analizaremos algunos de los compromisos que Chile ha adquirido a nivel internacional, a través de los distintos tratados y convenciones que han sido ratificadas por nuestro país, como lo son:

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990), que en su artículo 15 señala que:

- “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad;*
- 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”*

B) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, a través del decreto N°873 del Ministerio de Relaciones Exteriores), que en su artículo 20 señala que tiene:

- “Derecho a la Nacionalidad:*
- 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.*
- 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.*

C) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, y publicada en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, a través del decreto N° 778 del Ministerio de

Relaciones Exteriores), que en su artículo 24 N°3 señala que *“todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”*.

D) Convención de los Derechos del Niño (ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990, y publicado en el Diario Oficial el 27 septiembre de 1990, a través del decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores), que en su artículo 7 señala que:

“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Al respecto, podemos señalar que si bien Chile ratificó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, considerado uno de los más importantes tratados que fija las bases en materia internacional, junto al resto de tratados anteriormente nombrados, éste no ha ratificado ningún tratado internacional que verse sobre apatridia, como lo es por ejemplo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas” de 1954 o la “Convención para Reducir los casos de

Apatridia” de 1961. Esto no resulta comprensible a la luz de las garantías establecidas en nuestra Constitución, ya que nuestro país no estaría dando cumplimiento a su deber de garantizar los derechos de quienes se encuentran en esta condición de apatridia, como lo son la igualdad ante la ley, la integridad física y psíquica, y la mayor realización, en términos de la Constitución, espiritual y material. Esta falta de compromiso por falta del Estado debe ser urgentemente subsanada por el legislador.

Debido a que ninguna ley se ha hecho cargo de definir lo que nuestra Constitución considera como un “extranjero transeúnte”, es que en Chile se han suscitado una serie de problemáticas, básicamente, porque al no existir esta definición, esto se traduce en que se interprete de forma arbitraria por parte de cualquier funcionario de turno, lo que sin duda genera un ambiente de inseguridad respecto a qué criterio atenerse.

Al respecto, se puede señalar que el término “extranjero transeúnte” ha evolucionado en nuestro país. En el año 1982, el Registro Civil e Identificación, dependiente del Ministerio de Justicia de nuestro país, definió “extranjero transeúnte” como las personas que siendo extranjeras, no tuviesen más de 1 año de permanencia en nuestro país, debiendo ser dicha permanencia de forma continua.

En el año 1996, se agrega a esta categoría de “extranjeros transeúntes” a los turistas, tripulantes y personas que mantengan una

permanencia dentro de nuestro territorio nacional, aun cuando esta tenga el carácter de irregular.

Cabe señalar que la Corte Suprema ya desde el año 1991²³, sólo considera a los turistas y tripulantes dentro de esta categoría de “extranjeros transeúntes”, mientras que a dichas personas que mantengan una permanencia irregular en nuestro país, no entrarían en dicha categoría. Al respecto, no cabe más que hacer presente que existe una discordancia entre lo que señala el Registro Civil como órgano administrativo del Estado, y lo que señala la Corte Suprema, como máximo estandarte del poder judicial.

Según consta en la base de datos del Registro Civil e Identificación, sólo entre el año 2000 y 2014, fueron inscritos 2.841 niños bajo la categoría de “hijo/a de extranjero transeúnte”²⁴. Podemos afirmar, entonces, que en Chile existen miles de niños que se encuentran sin nacionalidad, con todas las consecuencias gravosas para la protección y garantía de sus derechos que ésto acarrea; dicha apatridia sólo es evitable, cuando el país de origen de los padres de dicho niño los reconozca como nacionales de su territorio, todo lo cual se ve impedido, si los padres no llevan a efecto este reconocimiento de su nación, o bien, no regularizan su situación en nuestro país.

²³ Sobre lo cual profundizaremos en las páginas siguientes.

²⁴ información emanada de solicitud de acceso a la información, avalada por la Ley de Transparencia N°20.285.

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN DEL DERECHO A UNA NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS HIJOS DE INMIGRANTES IRREGULARES QUE NACEN EN CHILE

Título I: Interpretación del artículo 10 nº1 de la Constitución Política de la República

El artículo 10 de la Constitución Política de la República, establece que son chilenos:

“1º. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2º. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;

3º. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley.

4º. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.”

Señalando finalmente que “la ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y

cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos”.

La Constitución chilena establece entonces que la nacionalidad se obtiene, ya sea a partir de fuentes naturales u originarias, o bien de fuentes positivas o derivadas²⁵. Las primeras son de origen o biológicas y tienen que ver con el nacimiento y que se conocen como “lus sanguinis” o “derecho sanguíneo” si se asume la nacionalidad de los padres, rigiendo también para los hijos de padre o madre chileno que presten servicio en el extranjero y para los hijos de padres chilenos que nacieron en territorio extranjero y que hayan vivido por más de un año en Chile; o “lus solis” o “derecho del suelo” para quienes hayan nacido en territorio chileno. La excepción son los hijos de extranjeros que estén en el país sirviendo para su gobierno y los hijos de extranjeros transeúntes. Éstos pueden optar por la nacionalidad chilena desde los 21 años.

Por su parte, según las fuentes positivas o derivadas, el Estado puede otorgar la nacionalidad chilena a quienes lo soliciten por medio de una carta de nacionalización. Los requisitos para pedirla es haber cumplido 21 años y llevar cinco años o más de residencia continuada en nuestro país. Para esto, deben renunciar a su nacionalidad de origen,

²⁵FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A., I, “La nacionalidad en la constitución”, Revista de Derecho, Vol. XII, diciembre 2001, p.p. 175-190, [En línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000200012&script=sci_arttext >.[Consulta: 10 julio 2016]

excepto que haya un tratado de doble nacionalidad entre Chile y ese país, como por ejemplo, España²⁶.

Antes de la reforma de 2005, la Constitución exigía a aquel que quisiese nacionalizarse por carta la renuncia expresa de la nacionalidad anterior, pero dejaba la posibilidad de obtener la carta de nacionalización chilena, sin mediar la renuncia de la nacionalidad anterior, si ello se encontraba previsto en un tratado internacional²⁷. Esta disposición tenía su origen en una reforma a la Constitución de 1925 realizada en el año 1957²⁸ en la cual se agregó la frase: “No se exigirá la renuncia de la nacionalidad española respecto de los nacidos en España, con más de 10 años de residencia en Chile, siempre que en ese país se conceda este mismo beneficio a los chilenos”.

La Constitución de 1980 consideró la posibilidad de celebrar estos tratados con otros países y eliminó el plazo de residencia mínima, estableciendo como único requisito que “se conceda este mismo beneficio a los chilenos”, es decir, era necesaria la existencia de un tratado internacional ratificado por Chile y vigente, en base a la reciprocidad²⁹.

²⁶ Convenio entre los gobiernos de Chile y España sobre doble nacionalidad, que entró en vigencia el 15 de noviembre de 1958.

²⁷ Artículo 10, N.º 4 antiguo de la Constitución

²⁸ Diario Oficial de 15 de noviembre de 1958.

²⁹ RIVERA NEUMANN T., “La nacionalidad chilena luego de la reforma constitucional de 2005, la jurisprudencia y práctica administrativa”, p.p. 14 y 15, [En línea] <[http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La nacionalidad chilena luego de la reforma de 2005 -](http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La_nacionalidad_chilena_luego_de_la_reforma_de_2005_-)

Otra forma es la entrega de la nacionalidad por gracia, que es un honor que brinda el Estado a personas que se han destacado por su trabajo en nuestro país. En este caso, no se está obligado a perder la nacionalidad de origen.

Si bien resulta interesante el análisis de la totalidad del artículo recién señalado, en este trabajo nos enfocaremos en problematizar solamente el primer numeral, pues al excluir a los hijos de extranjeros transeúntes, sin mayores explicaciones, se abre la puerta de dejar a niños como “apátridas”, privándolos de un atributo de la personalidad, y vulnerando sus derechos, como el derecho a la identidad, que le permiten vivir con dignidad dentro de un país y acceder a garantías sociales.

Pero, ¿Quiénes son esos extranjeros transeúntes? Como ni la propia Carta Fundamental, ni la ley lo explican, las autoridades administrativas y judiciales han interpretado este término.

a) Interpretación que hace la autoridad administrativa.

El Servicio de Registro Civil e Identificación emitió la Orden de Servicio N° 4.946, de 14 de julio de 1982, según la cual, de conformidad con las normas constitucionales vigentes (Constitución 1980), había que distinguir entre extranjeros transeúntes y no transeúntes, considerando

[05 abril 2010 Libro soc. de Derecho Constitucional Francisco Cumplido.pdf?sequence=1](#)
[Consulta: 02 julio 2016].

como determinante el factor permanencia, siendo “transeúntes” aquellos extranjeros que no tenían un año de permanencia continuada en el país; y “no transeúntes” aquellos que tuvieran una permanencia continuada igual o superior a un año en el país³⁰.

Además para la inscripción de hijos de padre y madre extranjeros se requería la comprobación ante los Oficiales de Registro Civil, de esta residencia continuada de los padres, de a lo menos un año (contado hacia atrás desde el día del nacimiento de la persona). En este caso la inscripción se hacía sin observaciones, sino se inscribía con la observación “Hijo de extranjero transeúnte Art. 10 N°1 Constitución Política”.

Luego, la Subsecretaría del Interior, mediante Circular contenida en el oficio N°3/1953, de 17 de abril de 1996, señaló que la “residencia legal” (la que se concede por la autoridad competente), era el elemento principal para determinar si los extranjeros eran o no transeúntes y la única útil para efectos de adquirir la nacionalidad chilena. Por esto, se consideraban como extranjeros transeúntes a los turistas, tripulantes y también a aquellas personas cuya situación en el territorio nacional fuera irregular, y sus hijos, aunque nacieran en Chile no eran considerados chilenos, consignándose en su partida de nacimiento la antes aludida

³⁰ Ese criterio se mantuvo por la Circular N° 58, de 1994, de 25 de noviembre de 1994. En: GODOY ARAYA, R. y DIDIER VON DER HUNDT, M., “Comentarios de Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, 2014, Anuario de Derechos Humanos, N° 10, p. 144.

expresión “Hijo de extranjero transeúnte Art. 10 N° 1 Constitución Política³¹”.

Respecto de la circular en comento, la Contraloría General de la República, emitió el dictamen N° 6.197, de 1998, teniendo en vista que el artículo 1, incisos 2° y final, de la Constitución establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el Estado tiene el deber de darle protección, propender a su fortalecimiento y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, por lo que en este dictamen sostuvo que los hijos de extranjeros, que podrían llegar a ser chilenos según el artículo 10 N° 1 de la Carta Fundamental, “carecen de responsabilidad por la situación ilegal en que se encuentren sus padres”. Adicionalmente, y tomando en cuenta que la inscripción de nacimiento es un trámite para la individualización del hijo, y que la Ley sobre Registro Civil establece la obligatoriedad de dicha inscripción, concluyó que “el Servicio de Registro Civil e Identificación no puede negarse a practicar la inscripción de nacimiento de hijos de extranjeros cuando sea requerido por estos últimos sin acreditar su estadía legal en el país, sin perjuicio, por cierto, del deber de comunicar el hecho a la autoridad policial más cercana”.

Entonces la única forma de los hijos de extranjeros en situación irregular, afectados por anotación en las partidas de nacimiento de “hijo de extranjero transeúnte”, que implicaba el desconocimiento de la

³¹ Corte Suprema sostuvo una interpretación similar, sentencia de 29 de enero de 1993, “Se Woo Kang”, Fallos del Mes N° 410

nacionalidad chilena, era hacer uso de la acción constitucional de reclamación de la nacionalidad³² contra la Dirección General del Registro Civil e identificación o el Departamento de Extranjería y Migración.

Mediante la resolución exenta 3207 del 08 de agosto de 2014, se estableció que los Oficiales de Registro Civil no practicarán la anotación “Hijo Extranjero Transeúnte Art.10 N°1 Constitución Política”, en la respectiva inscripción de nacimiento, si uno o ambos padres no tiene la calidad de turistas o tripulantes³³.

Además en la misma resolución se establece se podrá requerir por el titular de la inscripción de nacimiento o por su representante legal, la rectificación administrativa de la misma, para eliminar la anotación “Hijo Extranjero Transeúnte Art.10 N°1 Constitución Política” acreditando que ambos padres no tienen la calidad de turistas o tripulantes³⁴.

Esta resolución exenta fue dictada considerando que una de las funciones del Registro Civil e Identificación, otorgada por su propia Ley Orgánica, es velar por la constitución de la familia y tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado

³² Artículo 12 de la Constitución Política de la República.

³³En el “Resuelvo” N° 1
https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf

³⁴En el “Resuelvo” N° 2
https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf

civil de las personas y su identificación. En ese orden, les corresponde llevar los registros y efectuar las actuaciones dispuestas por ley³⁵.

También se consideró³⁶ que en nuestro país, la regla general para la adquisición de la nacionalidad es el “ius solis”, consagrado en el Art. 10 N°1 de la Constitución Política de la República según el cual: “Son chilenos: Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”. Estas excepciones a la que alude el artículo recién citado no están expresamente definidas por ley.

Es por esto, que en la misma resolución exenta 3207, se recurre al artículo 20 del Código Civil Chileno, esto es, interpretarlas según su sentido natural y obvio, pues el legislador no las ha definido³⁷. El Diccionario de la Real Academia Española³⁸ define transeúnte como el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio.

³⁵Artículos 3 y 4 de Ley 19.477, Ley Orgánica del Registro Civil e Identificación” del 19 de octubre de 1996. [En línea] <https://www.registrocivil.cl/transparencia/funciones/Ley_19477.pdf > [Consulta: 26 mayo 2016].

³⁶En los “Condiderando” N° 2 y 3 [En línea] <https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta: 26 mayo 2016].

³⁷Artículo 20 del Código Civil Chileno: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

³⁸Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea] <<http://dle.rae.es/?id=aly7IDb> > [Consulta: 27 mayo 2016].

Además se ha tenido en consideración³⁹ lo dispuesto por el propio Código Civil Chileno en sus artículos 58 y 59⁴⁰ que distinguen claramente a las personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo la residencia en el ánimo real o presuntivo de permanecer en ella. Por su parte el artículo 64 del mismo cuerpo legal, dispone que se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y termina señalando “y por otras circunstancias análogas”⁴¹.

Por supuesto, la resolución exenta N° 3207 no pudo dejar de considerar que la normativa interna reglamentaria de la nacionalidad se encuentra complementada por el derecho internacional⁴², y en este

³⁹En el “Considerando” N° 4 [En línea]
<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta 26 mayo 2016]

⁴⁰Artículo 58 del Código Civil Chileno: Las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeúntes. 2. Del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella.

Artículo 59 del Código Civil Chileno: El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil.

⁴¹Artículo 64 del Código Civil Chileno: Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.

⁴²En el “Considerando” N° 5 [En línea]
<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta 26 mayo 2016]

sentido ninguna persona puede carecer de nacionalidad, y si se producen colisiones entre los ordenamientos jurídicos de países diversos, tanto por doble nacionalidad como por no asignar ninguna, se debe resolver la situación de las personas que se encuentren en ellas, puesto que no les son atribuibles dichas circunstancias. Por ello, señala la misma resolución exenta, resulta aplicable en estos casos la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", que en su artículo 20 señala que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiarla. Sobre esto último, profundizaremos en el apartado siguiente: la deficiencia de la legislación nacional frente a la normativa internacional ratificada por Chile.

La resolución exenta en comento, señala que nuestro ordenamiento jurídico tiene como herramienta para enfrentar aquellos actos o resoluciones emanados de la autoridad administrativa que han desconocido la nacionalidad chilena a hijos e hijas de extranjeros que la autoridad ha calificado como "transeúntes", la acción de reclamación de nacionalidad consagrada en el artículo 12 de la Constitución Política de la República⁴³. Se hace presente en la resolución que cuando los casos

⁴³Artículo 12 Constitución Política de la República: La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos.

han sido llevados ante la Corte Suprema, en casi todos los procesos se han acogido los reclamos, reconociéndose la nacionalidad chilena a aquellos hijos e hijas de extranjeros que han nacido en territorio nacional y que en el momento del nacimiento sus progenitores se encontraban en situación migratoria irregular⁴⁴, sobre el particular nos referiremos en el siguiente apartado sobre la interpretación de la Corte Suprema.

Como último argumento, pero no por eso menos importante, la resolución exenta N° 3207 señala que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley. Esto se logra no discriminando a las personas por su estatuto migratorio, razón por la cual éste último no puede ser una condición para el otorgamiento de la nacionalidad. Señala además que el estatuto migratorio no es comunicable a los hijos, siendo, el nacimiento en el territorio de un país, la única causal demostrativa para la adquisición de la nacionalidad⁴⁵.

Luego la resolución exenta N° 3509⁴⁶, tomando en consideración que el Servicio de Registro Civil e Identificación mediante resolución exenta N° 3.207, dispuso que los Oficiales no procederán a practicar la anotación "Hijo Extranjero Transeúnte Art. 10 N° 1 de la Constitución

⁴⁴En el "Considerando" N° 6 [En línea]
<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta 26 mayo 2016]

⁴⁵En el "Considerando" N° 7 [En línea]
<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta 26 mayo 2016]

⁴⁶ Publicada en el Diario Oficial el 8 de octubre de 2014.

Política", en la respectiva inscripción de nacimiento, si uno o ambos padres no tienen la calidad de turistas o tripulantes. Y que además señaló en dicha resolución que se podrá requerir por el titular de una inscripción de nacimiento o por su representante legal, la rectificación administrativa de la misma, a fin de eliminar la anotación "Hijo Extranjero Transeúnte Art. 10 N° 1 de la Constitución Política", acreditando que uno o ambos padres no tienen la calidad de turistas o tripulantes. Y considerando que, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública mediante oficio N° 27.601, de 14 de agosto de 2014, comunicó al Servicio que "sin perjuicio del pronunciamiento que caso a caso corresponde a este Departamento emitir sobre esta clase de asuntos cada vez que sea requerido al respecto, el suscrito puede informar que las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria de turista o tripulante según la normativa migratoria".

Además que, como consecuencia del criterio de interpretación informado por el Departamento de Extranjería y Migración, se instruyó a las Direcciones Regionales del Servicio de Registro Civil e Identificación, por medio de la circular DN N° 18, de 19 de agosto del presente año, respecto a las actualizaciones incorporadas a los siguientes procedimientos internos:

a) Procedimiento General de Inscripción de Nacimientos en Oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación;

b) Procedimiento de inscripción de Nacimientos en Oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación: Hijos de Filiación Matrimonial;
y

c) Procedimiento de Inscripción de Nacimientos en Oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación: Casos Especiales de Inscripción.

Considerando que los procedimientos precedentemente individualizados fueron aprobados por resolución exenta N° 213, de 19 de agosto de 2014, difundido en forma interna por medio del Sistema de Gestión Integral de la Calidad, también conocido como QSM (Quality System Management), haciendo presente además que los mismos serán publicados próximamente en el Diario Oficial, atendidos sus efectos generales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48, letra a), de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Por lo que resolvió que debía complementarse la resolución exenta N° 3.207, de 8 de agosto de 2014, en el sentido de establecer que las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria

de turista o tripulante según la normativa migratoria, conforme a lo informado a este Servicio en oficio N° 27.601, de 14 de agosto de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Ambas resoluciones exentas de 2014, posteriormente fueron dejadas sin efecto, aunque solamente para señalar por medio de la resolución exenta N° 102 de 2015⁴⁷, que ese servicio lo que hace es recoger el criterio interpretativo que se ha señalado por el Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública⁴⁸.

Pese a todos los avances mencionados, si revisamos la realidad, vemos que aún en Chile siguen habiendo niños que son inscritos como “Hijos de extranjeros transeúnte”; es más, según los datos del Registro Civil, cerca de 2.500 personas figuran en esta condición de hijo de extranjero transeúnte. Cabe considerar que muchos niños ya quedaron con sus papeles alterados con este calificativo, lo que les impide acceder a un RUT que les garantice los servicios básicos, como acceder a servicios de salud, administrativos y de educación. Aunque existe un procedimiento para cambiar los papeles de los niños afectados, resulta sumamente engorroso si es que no hay una nueva ley migratoria que proteja adecuadamente el derecho a la identidad de los menores.

⁴⁷ Publicada en el Diario Oficial de 31 de marzo de 2015.

⁴⁸ Oficios N° 27.601, de 14 de agosto de 2014 y N° 32.754, de 6 de octubre de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. La Dirección Nacional mantiene el criterio, pero esta vez dejando constancia de que ello es así, porque lo ha dispuesto el órgano competente, esto es, el referido Departamento de Extranjería y Migración.

b) Interpretación de la Corte Suprema.

Como vimos, en principio la práctica del Servicio de Registro Civil e Identificación había sido considerar que la única residencia útil para los efectos de adquirir la nacionalidad, es la residencia legal. Por esta razón los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile en una situación migratoria irregular no son chilenos por el hecho de nacer en Chile, consignándose en su partida de nacimiento que son "hijos de extranjeros transeúntes". Esta situación ha dado lugar a diversas reclamaciones ante la Corte Suprema.

En el caso **Se Wook Kang**, en que se debió resolver sobre la nacionalidad de una persona nacida en Chile, de padres coreanos que habían ingresado al país con visa de turista y cuya permanencia fue prolongada en Chile a consecuencia del estado de embarazo de la cónyuge del solicitante, la Corte Suprema señaló:

"4° (...) el haber permanecido en el país por más de un año, no altera el carácter de "extranjeros transeúntes" asignado al recurrente de autos y su cónyuge, por cuanto para que su residencia esté acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en el territorio nacional requiere, necesariamente, de su permanencia legal en él, lo que claramente en la especie no ha ocurrido y, así, la aludida permanencia, contrariando las normas sobre extranjería, no puede ser útil para hacer

que esta le asegure derechos que la autoridad administrativa no les ha concedido⁴⁹".

De lo que se colige también que cuando la Corte Suprema se ha encontrado ante residencias ilegales de larga data, con dudas acerca de la nacionalidad del padre o actuaciones de organismos públicos que han tendido a configurar una presunción de nacionalidad, siendo difícil negársele a quienes se han incorporado al país cultural y socialmente, aquí la Corte Suprema ha favorecido el fuerte arraigo al país, reconociendo la calidad de chileno por nacimiento, incluso en el caso de una residencia ilegal⁵⁰.

En el caso **Montevilla Condori**, en donde se reconoce la nacionalidad chilena a dos niños de madre boliviana con residencia ilegal en nuestro país, en donde por desconocimiento del paradero de la madre y por ignorarse el nombre y nacionalidad del padre, la justicia había emitido una orden para entregar la tuición de los niños a una mujer de nacionalidad chilena, la Corte Suprema indicó:

"2° Que es dable aceptar en este caso que los menores David Andrés y Oscar Alejandro Montevilla Condori, son chilenos, nacieron en

⁴⁹ Corte Suprema, Sentencia de fecha 29 de enero de 1993 (con voto de minoría), Revista Fallos del Mes N.º 410.

⁵⁰ RIVERA NEUMANN T., "La nacionalidad chilena luego de la reforma constitucional de 2005, la jurisprudencia y práctica administrativa", p. 8, [En línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La_nacionalidad_chilena_luego_de_la_reforma_de_2005_-_05_abril_2010_Libro_soc._de_Derecho_Constitucional_Francisco_Cumplido.pdf?sequence=1> [Consulta: 02 agosto 2016].

Chile, están inscritos en el Registro Civil indicado, y han permanecido toda su vida en el país, o sea, desde sus respectivos nacimientos hasta ahora, y si bien su madre es de nacionalidad boliviana (se ignora la de su padre, que puede ser chileno), no puede decirse que son hijos de "extranjeros transeúntes", esto es, que están de paso, que residen transitoriamente en el país (artículo 10 N.º1 de la Constitución Política de la República), ya que teniendo los menores una diferencia de edad de cuatro años, el primero tiene catorce años, y el segundo once años, la madre obviamente no estaba de tránsito en el país si bien su permanencia era irregular⁵¹".

Luego en el caso **Tangara Tangara**, tratándose de una niña que nació en Chile estando su madre ilegalmente en el país y que había obtenido cédula de identidad nacional por error administrativo, la Corte Suprema señaló:

"5º. Que si bien la visa de residente le fue concedida a doña Cristina Tangara Calle después que nació su hija Rosa Elena Tangara Tangara – ahora recurrente- se deduce claramente su ánimo de permanecer y establecerse en Chile desde esa época, razón por la que no puede considerarse una extranjera transeúnte.

6º. Que de acuerdo a lo antes razonado, Rosa Elena Tangara Tangara no es hija de extranjero transeúnte, sino de extranjero residente

⁵¹ Corte Suprema, Sentencia de fecha 4 de septiembre de 1989, disponible en revista Fallos del Mes N.º 370

en Chile, razón por la que debe reconocérsele su nacionalidad chilena, máxime si a ella se le otorgó, por la entidad competente, una cédula de identidad para chilenos"⁵².

La jurisprudencia reciente también es clara al respecto. El día 23 de agosto del año 2016, la Corte Suprema se pronunció frente al caso **Mamani Blanco**, en un recurso de amparo interpuesto en favor de un niño de padres bolivianos, en donde la disyuntiva está dada por el hecho de determinar si efectivamente este niño puede considerarse o no como “hijo de extranjero transeúnte”. Al respecto, se señaló que:

“1°) Que en el certificado de nacimiento del amparado Mamani Blanco consta que tiene anotación de “hijo de extranjero transeúnte” de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República -5 N° 1 de la Constitución de 1925 a la época de su nacimiento-, lo que lo habilita para optar por la nacionalidad chilena.

2°) Que, sin embargo, la calidad de “transeúnte” del extranjero no ha sido definida por la Constitución ni por la ley de la especialidad, por lo que ha de estarse a su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, conforme señala el artículo 19 del Código Civil, entendiendo por tal a la persona que está de paso en el territorio nacional, sin ánimo de residir en él, como tripulantes o turistas. Es así

⁵² Corte Suprema, Sentencia de fecha 19 de diciembre de 1997, Revista Derecho y Jurisprudencia, 1997, Tomo XCIV, N.º 3, Segunda Parte, Sección Primera, pág. 130, en la causa Tangara Tangara, Rosa Elena (reclamación de nacionalidad) .

como el propio Departamento de Extranjería recurrido, considera como “Hijo de Extranjero Transeúnte” -según la información que pone a disposición del público- a la “persona nacida en Chile, cuyos padres (o madre) extranjeros se encontraban en calidad de turistas”.

3°) Que, en el caso sub lite, no ha sido controvertido por la autoridad recurrida al evacuar el informe solicitado en esta causa, lo afirmado por el amparado en cuanto a que sus padres han residido de manera permanente en Chile, desde antes de su nacimiento, sin perjuicio que él fue llevado a Bolivia a los dos años y luego traído nuevamente a Chile a los 9 años. Es así como tanto los padres del amparado como éste obtuvieron permiso de permanencia definitiva en Chile.

4°) Que, así las cosas, no cabe calificar la situación del amparado Mamani Blanco como la de un “hijo de extranjero transeúnte” pues, como se dijo, la realidad de sus padres a la sazón estuvo lejos de ser equivalente a la de alguien que estaba de paso en Chile y, por consiguiente, no rige respecto del amparado la excepción al principio ius solis reglada en el artículo 10 N° 1 de la Carta Fundamental, debiendo ser considerado y tratado como chileno.

5°) Que, es más, como es de público conocimiento -basta revisar la información publicada por el propio Departamento de Extranjería y Migración en su sitio oficial-, la autoridad recurrida modificó recientemente su jurisprudencia administrativa, mediante la cual

estimaba a los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular en Chile como “hijo de extranjero transeúnte”, para considerarlos ahora como hijos de extranjero con residencia transitoria, quedando a salvo, por tanto, de la excepción del artículo 10 N° 1 de la Constitución y reconociéndoles a esas personas nacidas en Chile la calidad de chilenos, disponiéndose un trámite que no tiene por objeto “optar por la nacionalidad chilena” conforme establece el citado artículo 10 N° 1, sino únicamente “rectificar” la inscripción de nacimiento en el Servicio de Registro Civil e Identificación. De esa manera, aun si los progenitores del amparado se hubiesen encontrado en territorio nacional de manera irregular a la época del nacimiento de éste, lo cierto es que la misma autoridad administrativa recurrida reconoce que en ese caso se trata de un ciudadano chileno y que lo consignado en su certificado de nacimiento -“hijo de extranjero transeúnte”- constituye un “error” que puede ser enmendado mediante un mero trámite administrativo.

6°) Que, derivado de lo anterior, es que el estatuto legal que regula la situación de los extranjeros no resulta aplicable al amparado y, por ende, no ha sido posible decretar su expulsión basándose en dicha normativa, por lo que el decreto que así lo resolvió resulta ilegal y pone en riesgo, de la misma forma, su libertad personal, debiendo acogerse la acción de amparo intentada para restablecer el imperio del derecho vigente en este caso. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de diez de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el Ingreso N° 103-

2016 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de Santiago Félix Mamani Blanco, dejándose sin efecto el Decreto N° 681 de 4 de agosto de 2010, dictado por el Ministerio del Interior”⁵³.

Un aporte interesante de esta sentencia de la Corte Suprema es que además de precisar el alcance de la expresión “transeúnte”, corrobora la jurisprudencia administrativa, en particular del Departamento de Extranjería y Migración que dejó de considerar a los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular en Chile como “hijo de extranjero transeúnte”, para considerarlos ahora como hijos de extranjero con residencia transitoria, quedando a salvo, por tanto, de la excepción del artículo 10 N° 1 de la Constitución y reconociéndoles a esas personas nacidas en Chile la calidad de chilenos, disponiéndose un trámite que no tiene por objeto “optar por la nacionalidad chilena” conforme establece el citado artículo 10 N° 1, sino únicamente “rectificar” la inscripción de nacimiento en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Desatacando de esta forma el carácter de enmienda que nos ofrece el citado artículo 10 N°1 de la Constitución. Es la misma autoridad administrativa quien reconoce que en el caso se trata de un ciudadano chileno y que lo consignado en su certificado de nacimiento

⁵³ Sentencia Corte Suprema, de 23 de agosto de 2016 que falla recurso de amparo, revocando la sentencia apelada de diez de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el Ingreso N° 103-2016 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de Santiago Félix Mamani Blanco, dejándose sin efecto el Decreto N° 681 de 4 de agosto de 2010, dictado por el Ministerio del Interior. [En línea] <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=2373283&CRR_IdDocumento=1896476&Cod_Des_carga=11> [Consulta: 05 septiembre 2016].

“hijo de extranjero transeúnte”, constituye un error que debe ser enmendado mediante un mero trámite administrativo.

Título II: Deficiencia de la legislación nacional frente a la normativa internacional ratificada por Chile

a) Convención de los Derechos del Niño.

El artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que:

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

Claro está que es una obligación internacional impuesta a todos los Estados partes, entre ellos Chile⁵⁴ , que cada niño tenga una nacionalidad desde su nacimiento.

⁵⁴ La Convención de los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en el año 1990.

De otro lado, la identidad del niño y niña merece protección a todo evento. La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990, dispone en su artículo 8 que:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.⁵⁵”

De esta disposición podemos colegir que se deben cumplir con los estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento, que acredite su estatuto legal en el país para poder acceder a los servicios públicos, como a la educación y a los servicios de salud sin ningún obstáculo para ello. Y en el caso de que faltara algún documento de su país de origen, cualquiera sea el motivo de ello, las autoridades deben arbitrar las medidas pertinentes para solucionarlo, resguardo el derecho a la identidad del niño o niña⁵⁶.

⁵⁵ Convención de los Derechos del Niños, <http://unicef.cl/web/convencion/>

⁵⁶ UNICEF, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos.”, p.p 64 y 65. [En línea] <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/NINOS%20MIGRANTES%20baja.pdf> [Consulta: 27 julio 2016]

b) Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto al derecho a la nacionalidad el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁷ dispone expresamente que:

- “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.”

De esta norma contenida en el tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, se desprende claramente que no se puede dejar a nadie en condición de apátrida, y que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si es que no tiene derecho a otra.

Además, particularmente refiriéndose esta Convención a los derechos de los niños dispone en su artículo 19 que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. [En línea]<https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm > [Consulta: 27 julio 2016]

CAPÍTULO III: PROBLEMAS DE LOS NIÑOS APÁTRIDAS

Título I: Dificultades de no contar con una cédula nacional de identidad.

La cédula de identidad “es el **documento oficial** que acredita la **identidad de una persona chilena**. Entre los datos que contiene se cuentan: nombre completo, Rol Único Nacional (RUN) y sexo, además de la foto, firma y huella dactilar”⁵⁸. Además, cabe agregar que “la función de identificación fue establecida por el Decreto Ley N° 26 que creó el Servicio de Identificación y Pasaportes, dependiente de la Dirección General de Policías. Así, el decreto ley n° 26 del Ministerio del Interior del 7 de octubre de 1924, publicado en el Diario Oficial del 18 de noviembre de 1924, determinó que “estarán obligados a obtener su libreta de identidad todos los residentes en el territorio de la República, tanto nacionales como extranjeros”⁵⁹.

De acuerdo al Decreto Supremo N° 26/24, es obligatorio para toda persona mayor de 18 años poseer una cédula de identidad, sin perjuicio de que los menores de edad pueden igualmente solicitarla de manera voluntaria.

⁵⁸ Chile Atiende, “Cédula de identidad (obtención y renovación)”, [En línea] <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/3430>> [Consulta: 01 junio 2016].

⁵⁹Registro Civil, [En línea] <http://www.registrocivil.cl/PortalOI/html/faq/Cod_Area_2/Cod_Tema_4/pregunta_33.html> [Consulta: 01 junio 2016].

Ahora bien, para obtener la cédula de identidad en el registro civil, se debe cumplir con ciertos requisitos establecidos por dicho órgano administrativo, en donde se realiza de por sí la distinción entre si el solicitante es chileno o bien, extranjero. A saber:

“Los requisitos para solicitar la cédula de identidad son los siguientes:

Para chilenos:

Para obtener este documento por primera vez, el interesado mayor o menor de edad debe solicitarlo en oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, para lo cual debe:

-Indicar su número de RUN.

-Pagar el valor del documento.

-Actualizar sus datos (dirección y teléfono).

-Seguir el procedimiento de captura digitalizada de su fotografía, firma e impresión dactilar, o completar el formulario de solicitud para el caso de las oficinas que no cuentan con equipo computacional de captura de datos.

-Revisar la exactitud de los datos registrados en la solicitud.

-Debe adjuntar formulario F-12 si es mayor de edad y es primera vez que obtiene cédula.

Plazos de tramitación: Fecha estimada de entrega es de 8 días hábiles, el cual está sujeto a la verificación de identidad del solicitante. El trámite completo para el interesado consta de cuatro etapas: solicitud, investigación, fabricación y entrega.

Para extranjeros:

Debe solicitarse en alguna de las oficinas del Servicio, presentando los siguientes documentos:

- Pasaporte vigente, con la visa de residencia estampada en él y con la certificación de la inscripción en el registro de extranjeros de policía internacional.*
- Fotocopia simple de las páginas del pasaporte en las que consta: la identificación del titular, la vigencia del pasaporte y de la visa otorgada, la fecha de entrada al país (si la visa es consular), y de la tarjeta de registro para extranjero de la PDI.*

Plazos de tramitación: El plazo estimado es de 18 días hábiles, el cual está sujeto a la verificación de identidad del solicitante”⁶⁰.

De la enumeración de requisitos necesarios para la obtención del documento de identidad, podemos observar que no se hace alusión a

⁶⁰ Registro Civil, “Procedimiento y requisitos para solicitar la cédula de identidad”, [En línea] <http://www.registrocivil.cl/PortalOI/html/faq/Cod_Area_2/Cod_Tema_4/pregunta_24.html> [Consulta: 15 agosto 2016].

aquellos que no tengan la calidad ni de chilenos ni de extranjeros. Es más, se puede vislumbrar que en esta regulación se da por hecho que si se es extranjero, necesariamente se debe contar con un pasaporte que acredite la identidad del solicitante, y de la tarjeta para identificación que entrega la Policía De Investigaciones al momento en que el inmigrante ingresa a nuestro país, asumiendo que quien solicita una cédula de identidad ingreso a nuestro país por la vía legal. Es aquí donde cabe preguntarse qué ocurre con los niños hijos de extranjeros que se encuentren en situación migratoria irregular en nuestro país, condición de la que sin duda no tienen responsabilidad dichos niños, y de la cual el derecho administrativo no se ha preocupado, salvaguardando los derechos y garantías respecto de los mismos.

a) Dificultades para acceder a los servicios públicos de salud.

Como ya se ha señalado, el documento legal que tiene por función acreditar la identidad de toda persona en nuestro país es la cédula de identidad, o bien, el pasaporte, tratándose en este último caso de extranjeros en calidad de turistas en nuestro país. A raíz de esto cabe preguntarse qué ocurre cuando un extranjero se encuentra en calidad de ilegal en nuestro país, y qué ocurre a su vez cuando éste tiene hijos menores de edad en las mismas condiciones.

En noviembre del año 2006, el Ministerio de Salud de nuestro país organizó un equipo de especialistas cuya función sería determinar cuáles

eran los problemas que afrontaban los extranjeros al momento de intentar acceder a los servicios de salud. Dicho equipo estaba coordinado por el sociólogo Lorenzo Agar, quien señala en una entrevista a Ciper Chile en el año 2008 que *“desde 2003 hay una normativa entre extranjería y el Ministerio de Salud, por la cual la mujer embarazada, aunque esté irregular, tiene derecho a una visa de residencia transitoria y acceso al carnet de identidad y, con ese carnet, acceso a Fonasa, aunque sea en el nivel A, el de las personas sin recursos”*⁶¹. Al respecto, cabe destacar que frente al problema de los extranjeros ilegales en Chile, se les brinda cierta protección en términos de salud sólo a aquellas mujeres que se encuentren embarazadas, entendiendo que bajo esta consideración emanada desde el órgano administrativo subyace el interés superior del niño, contenido en varios tratados internacionales ratificados por nuestro país y complementado a su vez por nuestra Constitución en su artículo 19 N° 1: *“La ley protege la vida del que está por nacer”*. Pero, ¿y qué ocurre luego con los niños en situación de ilegalidad o de apatridia en nuestro país?

En una entrevista realizada por Ciper Chile, publicada en enero del año 2008⁶², y en la cual se realizó un trabajo de investigación en base al tema de la residencia ilegal de extranjeros en nuestro país con ocasión de un indulto que se realizaría en Chile al mes siguiente respecto de muchos de ellos, permitiéndoles pasar a ser residentes legales en

⁶¹ Centro de Investigación Periodística, “Los efectos del “perdonazo migratorio”: salud pública espera más de 30 mil nuevos usuarios” [En línea] <<http://ciperchile.cl/2008/01/04/los-efectos-del-perdonazo-migratorio-salud-publica-espera-mas-de-30-mil-nuevos-usuarios/>> [Consulta: 14 agosto 2016].

⁶² Ídem.

nuestro país, se señala que en varios centros asistenciales de salud, e incluso en aquellos de atención primaria, existe una autodeterminación respecto de los requisitos que debe cumplir un extranjero que necesite de asistencia médica, no estando contenidos estos requisitos específicamente en alguna normativa que equipare los mismos.

Es así, como podemos apreciar que en algunos centros asistenciales de salud, se pide como requisitos que los extranjeros deben presentar para su oportuna atención los siguientes documentos de forma copulativa:

- Previsión al día
- Certificado de residencia, y
- Cédula de identidad.

Respecto a estas exigencias, podemos señalar que éstas son barreras que resultan ser bastante altas si consideramos a un extranjero residente ilegal en nuestro país, ello porque en primer lugar, con respecto al requisito de tener una previsión al día, lo que equivale a decir que se necesita estar afiliado o ser beneficiario de alguna institución previsional de la salud, ya sea Isapre o a Fonasa al momento de solicitar la asistencia médica, lo que en nuestro país se logra mediante un contrato de trabajo (en donde la exigencia de destinar el 7% de la remuneración mensual a alguna previsión de salud es obligatorio) o bien, mediante el pago de manera voluntaria de una prima en una Isapre o en Fonasa. En ambos casos, el extranjero debe tener documentación que

acredite que es legal en nuestro país. Por supuesto que este requisito sólo alcanza a extranjeros mayores de edad; sin embargo, si es un niño el que necesita de esta asistencia médica, deberá ser beneficiario de algún adulto afiliado, para así acreditar que el niño también posee previsión de salud.

Con respecto al requisito de poseer un certificado de residencia, ya sea respecto de un adulto o bien de un niño, que es nuestro foco de interés, es necesario tener en consideración que los extranjeros que viven indocumentados en nuestro país optan en su mayoría y por no contar con la documentación necesaria para arrendar un inmueble a su nombre, por subarrendar un lugar para vivir, lo cual genera que no teniendo un contrato de arrendamiento ni ninguna cuenta de servicios a sus nombres, documentos necesarios al momento de solicitar un certificado de residencia, no logren acreditar su residencia en dicho inmueble, dificultando el cumplimiento de este segundo requisito para la asistencia médica.

Por último y con respecto al último requisito de poseer una cédula de identidad, volvemos al punto anterior y a los requisitos para a su vez obtener este documento público, que es en sí mismo una barrera que impide el normal desarrollo de aquel extranjero que no lo posee, frente a todos aquellos nacionales y extranjeros que sí poseen la cédula.

b) Dificultades en el ejercicio del derecho a la educación.

Conforme a las instrucciones obligatorias de la Superintendencia de Educación, para todas las instituciones educacionales es necesario practicar un Registro General de Matrícula de cada estudiante. Éste corresponde a un registro obligatorio, según prescribe el artículo 28, número 15, del Decreto N° 315, de 2010, del Ministerio de Educación y el artículo 42, letra a), del Decreto N° 8.144, de 1980, del Ministerio de Educación; teniendo como finalidad sistematizar todos los datos personales de los alumnos regulares matriculados en un establecimiento educacional, hogar escolar o internado, el cual puede ser confeccionado en forma manual o computacional. El Registro General de Matrícula debe ser confeccionado, por cada nivel de enseñanza que imparta el establecimiento educacional en forma correlativa, cronológica y continuada⁶³.

Cabe tener presente que este Registro deberá constar como mínimo, con los siguientes datos⁶⁴:

- Número de Matrícula (Correlativo).
- R.U.N.
- Identificación del alumno (Apellido Paterno, Materno y Nombres).
- Sexo (Femenino o Masculino).

⁶³ Superintendencia de Educación, [En línea] <<http://www.supereduc.cl/fiscalizacion1/2014-01-09-04-16-14/colegios-municipales-y-particulares-subvencionados.html>> [Consulta: 15 agosto].

⁶⁴ ídem.

- Fecha de Nacimiento (día, mes, año).
- Curso.
- Local Escolar: En el caso de existir más de un local escolar, se debe señalar el local en el que se encuentra el curso: Principal o Anexo.
- Fecha de matrícula.
- Domicilio del alumno.
- Nombre de los Padres y/o Apoderados.
- Fecha de Retiro.
- Motivo del Retiro.
- Observaciones: Cualquier otro dato que sea necesario para un mejor entendimiento de la situación del alumno en el establecimiento educacional (Por ejemplo: Cambio de curso de un alumno; número y fecha de la Resolución que autoriza alumnos excedentes, Cambio de nombre del alumno).

De lo anterior, se puede desprender fácilmente que los niños que no tienen una nacionalidad definida no podrán cumplir con el requisito de registrar el R.U.N⁶⁵, dificultando enormemente su acceso a un

⁶⁵ El Rol Único Nacional, conocido por RUN, es el número identificador único e irreplicable que posee todo chileno, residente o no en Chile, y todo extranjero que permanezca, temporal o definitivamente, con una visa distinta a la visa de turista en dicho país. El organismo encargado de otorgar el RUN es el Servicio de Registro Civil e Identificación, que lo otorga a los nacidos en Chile al momento de la inscripción de su nacimiento en los repertorios respectivos. En los demás casos, se otorga el RUN al momento de solicitar la cédula de identidad, documento de porte obligatorio para los mayores de 18 años. Las personas jurídicas cuentan con un número identificador similar, el Rol Único Tributario (RUT), el cual es asignado por el Servicio de Impuestos Internos (SII) a solicitud del interesado. El RUN es también el Rol Único Tributario de las personas naturales. Ver: [En línea] <http://www.registrocivil.cl/PortalOI/html/fag/Cod_Area_4/Cod_Tema_30/pregunta_155.html> [Consulta: 17 agosto 2016].

establecimiento educacional, lo cual se opone a los tratados ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y a la propia Constitución Política de la República.

En su artículo 28, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho a la educación en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacerla enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

En el artículo 29 de la misma Convención se definen los objetivos de la educación, indicando que debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño. Con el fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya.

Al dejar sin el atributo esencial de la personalidad que es la nacionalidad a un niño, lo estamos privando de su desarrollo pleno, el cual en gran medida se forma en los establecimientos educacionales. Esto constituye un grave incumplimiento con nuestras obligaciones internacionales, y también una vulneración al derecho fundamental a la educación, consagrado en el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República el cual establece que la Constitución asegura a todas las personas:

“10°.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

El Estado promoverá la educación parvularia.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media, este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.”

c) Otras dificultades para los migrantes en la sociedad chilena.

Hasta ahora, hemos centrado el foco de la investigación en exponer cómo nuestro país no ha dado cumplimiento a sus compromisos internacionales, y cómo ha evadido una responsabilidad social en cuanto a la inclusión y la no discriminación de los niños apátrida a través de los años. Pero esta realidad es actualmente tanto más complicada frente a los niños migrantes, no necesariamente apátridas, a quienes se les encasilla a través del llamado “rut 100 millones”, pero ¿qué es el rut 100 millones? Para nuestro órgano administrativo conocido como registro civil, que entre otras tantas cosas, se encuentra encargado del registro de migrantes que existe en nuestro país, un “niño rut 100 millones” es aquel que se otorga a aquellos hijos de migrantes que no poseen un RUT o RUN definitivo, y que para que efectos de registro, se les consigna un rut que comienza con los dígitos 100 millones.

La motivación que sustenta esta inscripción que realiza el registro civil es que los padres de este niño en cuestión no poseen el sustento económico para acreditar su situación en términos monetarios, lo que les impide acceder a una visa, y con ello, a un RUT definitivo, lo que les asegura la protección de todos sus derechos en nuestra sociedad y de poder ejercerlos en su totalidad y que estos sean respetados.

Ahora bien, ¿Qué consecuencias trae aparejadas el hecho de contar con un “rut 100 millones”, o lo que es lo mismo, tener un rut temporal? En primer lugar, cabe señalar que *“según datos del Mineduc, para el año 2016, la matrícula de estudiantes migrantes llegó a 60.844, equivalente al 1,7% de la matrícula total, duplicándose con respecto al año anterior y aumentando seis veces desde el año 2005. La mayoría de estos estudiantes se encuentra en la educación básica (59%) y un 23% en la educación media”*⁶⁶. Es importante considerar que la cantidad de niños que se encuentran en esta condición segregada del resto de sus compañeros de aula no es menor, y que se condice con el fenómeno migratorio que desde ya hace algún tiempo viene observándose en nuestro país. Frente a esta realidad innegable de la migración, nuestro país ha tomado la decisión poco amigable de preponderar un requisito administrativo (como lo es acreditar sustento económico) por sobre el interés superior del niño migrante en este caso, impidiendo que este niño migrante se desarrolle libremente en sociedad y pueda alcanzar el máximo desarrollo personal y material posible, ello porque resulta *“preocupante (la) situación de niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes que por poseer RUN provisorio no podrán inscribirse para rendir la Prueba de Selección Universitaria (PSU)”*⁶⁷.

Resulta a todas luces necesario reformar este sistema administrativo formalista por uno en que el enfoque real se encuentre en garantizar los derechos de aquellos individuos más indefensos de la

⁶⁶ Fuente: El Dínamo <http://www.eldinamo.cl/blog/los-ninos-rut-100-millones-politicas-provisorias-y-exclusion-de-los-estudiantes-migrantes/>

⁶⁷ Idem.

sociedad, sin pretender establecer barreras de ningún tipo, y menos si se trata de segregar a quienes migran de sus países de origen en busca de más y mejores oportunidades. Es necesario eliminar el “rut 100 millones” principalmente porque *“el no otorgar RUN definitivo a los niños y niñas migrantes no permite el acceso de los niños a sus derechos en igualdad de condiciones; discrimina a los niños en razón de su país de origen, vulnerando sus derechos transformándolos en personas de “segunda categoría”: en “niños RUT 100”*⁶⁸.

Al respecto, se puede señalar que tener un “rut 100 millones” trae aparejadas una serie de consecuencias, especialmente en materia de educación, en donde un niño:

- *No puede acceder a los beneficios de apoyo escolar, útiles y becas de alimentación (JUNAEB).*
- *No pueden recibir su computador portátil en 7mo Básico (Programa "Me conecto para aprender").*
- *No pueden ser derivados a los COSAM en caso que necesiten apoyo terapéutico por derivación escolar.*
- *No puede acceder a los programas de apoyo pedagógico (PACE, PIE, SEP).*

⁶⁸Institución Change.org, petición RUN para detener la exclusión de los niños y las niñas migrantes, [En línea] <https://www.change.org/p/ministerio-de-educaci%C3%B3n-de-chile-run-definitivo-para-detener-la-exclusi%C3%B3n-de-los-y-las-nna-migrantes-en-chilenomasrut100?source_location=petitions_hare_skip> [Consulta: 29 agosto 2016].

- *No puede obtener su certificado de estudios por el MINEDUC y por lo tanto su trayectoria escolar no es reconocida (SIGE).*
- *No pueden contar con NEM ni Ranking de Notas para el ingreso a la educación superior.*
- *No puede inscribirse para rendir la Prueba de Selección Universitaria (PSU)⁶⁹*

Esta problemática la ha hecho visible el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM Chile), quienes a través de la organización no gubernamental *Change* han buscado poner este tema en la opinión pública, y han promovido una campaña denominada “*#NoMasRut100*”, mediante la cual buscan reunir una cierta cantidad de firmas que respalden la iniciativa y que se realicen una serie de modificaciones tendientes a eliminar el sesgo migratorio que existe actualmente en nuestro país, iniciativa que será dirigida como petición a las instituciones del Ministerio de Educación de Chile, Departamento de Extranjería y Migraciones de Chile, Ministerio de Justicia y Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile.

El SJM Chile a través de la campaña llevaba a cabo por la ONG *Change*, ha propuesto una serie de medidas tendientes a disminuir en el corto plazo estas barreras, como por ejemplo:

⁶⁹Ibid.

- *Eliminar la matrícula y rut provisorios, otorgando a todo NNA extranjero, un número de Registro Único Nacional (RUN) por el sólo hecho de ser niño, niña o adolescente, subordinado los trámites administrativos al goce de todos los Derechos y no a la inversa, como ocurre en la actualidad;*
- *Reemplazar el actual sistema de validación, convalidación y reconocimiento de estudios del Mineduc, por uno en el cual se respeten los procesos educativos que los niños y niñas extranjeros siguieron en su país de origen y en el que el Ministerio de Educación tome en sus manos la labor directiva respecto de contenidos y lineamientos técnico pedagógicos, sin dejar a los menores de 18 años a la discrecionalidad de los establecimientos educativos⁷⁰.*

Además, proponen como medidas inmediatas:

- *Registrar a todos los estudiantes con su RUN provisorio en el sistema SIGE, sin importar su situación migratoria, para obtener Certificado de estudios, NEM y Ranking.*
- *Permitir la inscripción a la PSU de todos los estudiantes que hasta el momento tienen su RUN provisorio, buscando las alternativas necesarias que permitan y garanticen el derecho a la Educación de los niños y niñas migrantes, en igualdad de condiciones.*

⁷⁰Ibid.

- *Ampliar el plazo de la Matrícula Provisoria de 3 meses al período escolar (hasta diciembre de cada año).*

- *Que la visa de estudiante sea renovada automáticamente, año a año por el sólo hecho de ser miembro de un establecimiento educacional, sin necesidad de tener que renovarla, como ocurre en la actualidad.*

- *Eliminar para la obtención de visa de estudiante el requisito de acreditar sustento económico (al igual que se eliminó para quienes tramitan la visa a través del Programa Escuela Somos todos) en razón de que condiciona el goce de los derechos de los niños y niñas a la capacidad económica de los padres, lo que va en contra de la CIDN⁷¹.*

⁷¹Ibid.

Título II: Solución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de niños apátridas por ser hijos de inmigrantes irregulares. Análisis de caso particular.

**Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.
Sentencia de 8 de septiembre de 2005.**

Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi, de 10 y 12 años respectivamente cuando acaecieron los hechos, eran dos niñas de ascendencia haitiana, pero nacidas en el territorio de República Dominicana. Los hechos se iniciaron el 5 de marzo de 1997, cuando al presentarse a una oficina del Registro Civil en dicho país con la finalidad de realizar la inscripción de sus nacimientos (de forma tardía), se les negaron sus actas de nacimiento, a pesar de que ambas nacieron dentro del territorio de la República Dominicana, en cuya Constitución se establece el principio del “ius solis” (*derecho a suelo*), determinando que en este caso las niñas serían efectivamente ciudadanas dominicanas.

El 11 de julio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpuso ante la Corte una demanda contra la República Dominicana, la cual se originó en una denuncia recibida en la Secretaría de la Comisión el 28 de octubre de 1998.

La Comisión, al interponer la demanda, señaló que *“el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una*

dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. Según la Comisión, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. La inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, son igualmente alegadas por la Comisión como violaciones a determinados derechos consagrados en la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que otorgue una reparación que comprometa una plena satisfacción por las presuntas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas. Además, pidió que el Estado adopte las medidas legislativas, o de otra índole, necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención y establezca directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños domínico-haitianos. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado pagar las costas y gastos razonables generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del sistema interamericano”⁷².

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 23 de noviembre de 2006, p. 2. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf> [Consulta: 26 junio 2016]

Es importante contextualizar este caso, señalando que *“los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados. La República Dominicana ha efectuado deportaciones de haitianos y de dominicanos de ascendencia haitiana independientemente del estatus migratorio de esas personas en el país. En estos casos las decisiones se han tomado sin un procedimiento de averiguación previo. En algunos casos las deportaciones han alcanzado decenas de miles de personas como ocurrió en los años noventa. En la República Dominicana ha habido casos en que las autoridades públicas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Como consecuencia, a los referidos niños les ha resultado difícil obtener la cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano; estudiar en escuelas públicas, y acceder a servicios de salud y asistencia social”*⁷³.

⁷³ National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic, 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 809 a 875); Glenn R. Smucker and Gerald F. Murray, The Uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children, Port-au-Prince, Haiti: USAID/Haiti Mission, 2004, págs. 124 a 125 (expediente de anexos al escrito del Estado de 10 de enero de 2005, folios 3060 a 3223); Human Rights Watch, “Personas Ilegales” - Haitianos y Dominicano-Haitianos en la República Dominicana. Nueva York: 2002 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 19, folios 310 a 320); Bridget Wooding y Richard Moseley-Williams, Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Desarrollo Humano de la República Dominicana, Informe

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó mediante sentencia de fecha 8 de septiembre de 2005 que:

1. El Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

2. El Estado violó los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

3. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena (padres de las menores)⁷⁴.

Nacional de Desarrollo Humano 2005 – Hacia una inserción mundial incluyente y renovada, pág. 128; Organización de los Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de febrero de 1992, y Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de octubre de 1999.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha Técnica: Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, en puntos resolutivos, [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=289&lang=es>[Consulta: 27 agosto 2016].

Al respecto, se condena a la República Dominicana a que:

1. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en la República Dominicana, al menos por una vez, tanto la Sección denominada “Hechos Probados”, sin las notas de pie de página correspondientes, como los puntos resolutivos de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

2. El Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas Dilcia Yean y Violeta Bosico, y a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en un plazo de seis meses, con la participación de autoridades estatales, de las víctimas y sus familiares, así como de los representantes y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición.

3. El Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes

pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, en los términos de la Convención Americana.

4. El Estado debe pagar, por concepto de indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 226 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, a la niña Dilcia Yean, y la cantidad fijada en el mismo párrafo a la niña Violeta Bosico.

5. El Estado debe pagar, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno e internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad fijada en el párrafo 250 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas a las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramén Bosico Cofi, quienes efectuarán los pagos al Movimiento de Mujeres Dominicano Haitianas (MUDHA), al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), y a la International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley para compensar los gastos realizados por éstos.

6. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento (...) ⁷⁵.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia de 23 de noviembre de 2006 , p. 88, [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf> [Consulta: 28 agosto 2016].

CAPÍTULO IV: NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL QUE GARANTICE EL DERECHO DE LOS HIJOS DE PADRES MIGRANTES IRREGULARES EL DERECHO UNA NACIONALIDAD

Título I: Consideraciones preliminares

Los derechos humanos son por definición universales, esto quiere decir⁷⁶:

1. Que toda persona humana, por el solo hecho de serlo, es titular de estos derechos.
2. Que aquellos derechos reconocidos como humanos son oponibles en contra de toda otra persona e institución, constituyendo el marco moral básico que regula las estructuras y prácticas de la vida política.
3. Que los derechos humanos son universalmente reconocidos y aceptados, en términos abstractos e ideales, por casi todos los Estados.

No obstante el carácter universal de los derechos humanos, el reconocimiento formal y material de los mismos está en gran medida restringido, en cuanto no se asegura verdaderamente el pleno goce de los derechos humanos respecto de ciertos grupos. Así, criterios como la

⁷⁶ DONNELLY, J., "Universal Human Rights in Theory & Practice", 2003, Second Edition, Cornell University, Ithaca and London, p. 1.

nacionalidad, el sexo, la edad, la raza, el género, la opinión política y las creencias religiosas, la posición social y económica, operan como factores diferenciadores que limitan ilegítimamente el carácter universal de los derechos humanos⁷⁷.

La comunidad internacional conociendo la especial vulnerabilidad⁷⁸ de determinados grupos, ha avanzado como hemos visto en las páginas anteriores, hacia la construcción de estándares legales reforzados de protección para los derechos de estos grupos⁷⁹.

Los migrantes frecuentemente ignoran las leyes e incluso el idioma del país receptor, deben enfrentar la hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. Dicha situación es particularmente grave en el caso de los migrantes en situación migratoria irregular, cuya situación

⁷⁷ Cfr., Corte Suprema de los Estados Unidos, *Korematsu v. United States*, 323 US 214; *Loving v. Virginia*, 4666 US 429 y; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05. Para una explicación de la doctrina de las categorías sospechosas ver, Ariel Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, en http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/4-Articulos/anuario03_articulo_01_%20Dulitzky.pdf, visitado el 23 de septiembre de 2011.

⁷⁸ Sobre la noción de vulnerabilidad de ciertas personas, grupos de personas y pueblos, ver Reglas Nº 3 y 4º de las Reglas de Brasilia: "(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico". Cfr., Reglas de Brasilia: sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124, visitado el 9 de septiembre de 2011.

⁷⁹ Cfr., Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convenio (169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros tratados, resoluciones, declaraciones, protocolos y planes de acción. Un catálogo de estos estándares en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>, visitado el 3 de noviembre de 2011.

los expone aún más a abusos, tales como arrestos arbitrarios; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos⁸⁰. La vulnerabilidad descrita se profundiza cuando existe un cruce entre dos circunstancias: ser niño y migrante al mismo tiempo.

Como vimos, la comunidad internacional ha generado un marco normativo especial, construido en base a dos tratados internacionales generales y de los cuales se derivan otras disposiciones y estándares internacionales y regionales particulares: la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990⁸¹.

De esta protección internacional se deriva la necesidad de que, al momento de diseñar sus políticas y legislación migratoria, los Estados

⁸⁰ UNICEF, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos”, p. 12, [En línea] <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/NINOS%20MIGRANTES%20baja.pdf> [Consulta: 10 agosto 2016].

⁸¹ Ambas convenciones han sido ratificadas por el Estado de Chile.

tengan especial consideración de las necesidades de protección de derechos de todos los migrantes, y de los niños y niñas migrantes en particular. Entonces debemos apuntar a la inclusión desde una óptica de los derechos del niño en las políticas y leyes sobre migración que reconoce todos los derechos humanos a todos los niños migrantes, sea cual sea su nacionalidad o estatus migratorio de sus progenitores⁸². Los niños y niñas migrantes al ser titulares de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y la propia Constitución Política de la República de Chile⁸³, son titulares de todos los derechos que se reconocen a la persona humana.

Sin duda la creciente inmigración es una realidad en nuestro país, lo que requerirá de una interpretación del artículo 10 N° 1 de la Constitución más integradora, acorde con las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos. A Chile cada vez llegan más ciudadanos extranjeros, con intención de permanecer en nuestro país, muchos no han regularizado su situación en el país. Como mencionamos anteriormente, según la información obtenida a través del requerimiento de código AK002C0010345, realizado en el marco de la Ley de

⁸² Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, p. 14, [En línea] <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/NINOS%20MIGRANTES%20baja.pdf> [Consulta: 29 julio 2016].

⁸³ “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Constitución Política de la República de Chile, artículo 5, [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [Consulta: 20 agosto 2016].

Transparencia, al Servicio de Registro Civil e Identificación, al 18 de agosto del 2016 hay registrados 2.397 como hijos de extranjeros transeúntes⁸⁴.

Respecto de la cifra exacta de extranjeros en nuestro país, el Servicio de Registro Civil e Identificación sólo maneja aquellos que han solicitado cédula y por lo tanto se les ha generado un número de RUN, los que al 18 de agosto del 2016, son 1.189.354⁸⁵, pero la cantidad de extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular no es conocida por esta institución.

Como revisamos anteriormente la jurisprudencia de la Corte Suprema, fue recogida por la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, en las resoluciones exentas N° 3207 y N° 3509 que la complementa, ambas de 2014, posteriormente dejadas sin efecto, aunque solamente para señalar por medio de la resolución exenta N° 102 de 2015⁸⁶, que ese servicio lo que hace es recoger el criterio interpretativo que se ha señalado por el Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública⁸⁷.

⁸⁴ Anexo N°1, Carta SED. N° 1069, 29 de agosto de 2016, Santiago.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Las dos primeras publicadas en el Diario Oficial de 8 de octubre de 2014 y la última, en el Diario Oficial de 31 de marzo de 2015.

⁸⁷ Oficios N° 27.601, de 14 de agosto de 2014 y N° 32.754, de 6 de octubre de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. La Dirección Nacional mantiene el criterio, pero esta vez dejando constancia de que ello es así, porque lo ha dispuesto el órgano competente, esto es, el referido Departamento de Extranjería y Migración.

En resumidas cuentas los hijos de padre y madre extranjeros, que se encuentren viviendo en Chile bajo situación migratoria irregular, son chilenos. Sólo se consideran “extranjeros transeúntes” o de paso a los turistas y tripulantes.

La interpretación sostenida por la Corte Suprema y recogida por los órganos administrativos, vino a corregir la injusta situación en que se encontraban los menores nacidos en el país, cuyos padres tenían una situación migratoria irregular, quienes incluso podrían tener la situación de apátridas, si el país de origen de sus progenitores tampoco les reconocía la nacionalidad. Con esto se vulneraba gravemente no sólo su derecho a la nacionalidad, sino que también les impedía o dificultaba en gran medida el ejercicio de sus demás derechos, como por ejemplo el derecho a la educación y a la salud.

Título II: Análisis de Reforma Constitucional

Si bien se encuentra en tramitación un proyecto de reforma constitucional, que agrega un inciso al artículo 10 N° 1, para que en caso de hijo de extranjeros, cualquiera sea su situación migratoria, puedan ejercerse en cualquier tiempo la opción por la nacionalidad chilena, y un proyecto de ley interpretativa de la Constitución, que determina el sentido y alcance de la expresión “extranjero transeúnte”, específicamente quienes quedan comprendidos en dicha expresión y a quienes no se aplica la excepción establecida en la disposición constitucional⁸⁸. En particular se consideró:

“1) Lo establecido en el N° 1 del artículo 10° de la Constitución Política de la República, a saber: "1°. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena".

2) En ese contexto, la regla general de adquisición de la nacionalidad chilena es el Principio denominado "Ius Soli", consagrado en el artículo 10 N° 1 de la Constitución; en tal sentido: son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de

⁸⁸ Presentados el 12 de agosto de 2014 (Boletín N° 9.500-17) y el 18 de diciembre de 2014 (boletín 9.831-07), respectivamente.

extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes.

“Para determinar "el sentido natural y obvio" del concepto "transeúnte", de conformidad al art. 20° del Código Civil, el Diccionario de la Real Academia atribuye a dicho término, el significado de "el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio".

3) A mayor abundamiento de lo anterior, podemos señalar que en los artículos 58° y 59° del Código Civil, es posible distinguir en Chile a personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella. Sin embargo, es en el artículo 64° del mismo cuerpo legal, dispone que se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él "... un empleo fijo" "... y por otras circunstancias análogas".

4) Así las cosas, el artículo 20° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

5) Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, en cuyo artículo 70° se dispone, que el niño será inscripto

inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, y a adquirir una nacionalidad.

6) Que si bien es cierto, en el art. 12° de la Constitución Política de la República, se establece la posibilidad de "recurrir por sí o por cualquiera a su nombre dentro del plazo de treinta días ante la Corte Suprema...." contra de actos o de resoluciones administrativas, "que prive de la nacionalidad chilena o la desconozca" No es menos cierto que como Estado, debemos cumplir y observar los convenios y tratados que hemos suscrito y ratificado a su respecto.

7) En razón de lo anterior, podemos señalar que la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido por el Estado de Chile sin causa justificada, menos en el caso de niñas o niños, para no hacerlos responsables de la situación fáctica de los padres."⁸⁹

Igualmente se tramita un proyecto de nueva Ley de Migración y Extranjería⁹⁰, aunque este último define al extranjero transeúnte, sin

⁸⁹ Boletín N° 9.500-17: Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Allende y Pérez San Martín y señores De Urresti, Harboe y Zaldívar que incorpora, en el numeral 1° del artículo 10 de la Constitución Política de la República, un párrafo segundo que faculta a los extranjeros transeúntes cuyo hijo haya nacido en Chile a ejercer el derecho del menor de optar por la nacionalidad chilena, en cualquier tiempo y con independencia de la situación migratoria de dichos progenitores. [En línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getCuenta&iddocto=52614#>> [Consulta: 15 agosto 2016].

⁹⁰ Boletín n° 8.970-06. Mensaje ingresado el 4 de junio de 2013 para reemplazar el texto vigente, contenido en el DL N° 1.094, de 1975. El artículo 166 del proyecto contempla una definición de extranjero transeúnte según la cual, se entenderá por tal "a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular", agregando que en caso que el hijo de un extranjero transeúnte nacido en Chile no tenga derecho a nacionalidad alguna, cualquiera de sus

ajustarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia ni la interpretación administrativa, lo que podría mejorarse en su tramitación.

padres en su representación podrá optar a la nacionalidad chilena dentro del plazo de 1 año contado desde su nacimiento.

CONCLUSIÓN

Desde el momento mismo del nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad, la cual incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Esta identidad permite considerar a la persona como parte de una sociedad; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás⁹¹.

Si bien como hemos revisado anteriormente, existen importantes avances en la materia por parte de la jurisprudencia y la autoridad administrativa, para subsanar la problemática generada por la falta de definición del término “hijo de extranjero transeúnte” contenida en el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República, esto no llega a ser suficiente para asegurar a todos los niños que nacen en el país, que nada tienen que ver respecto de la situación migratoria irregular de sus progenitores, los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en especial lo relacionado con el interés superior del niño, principio rector que busca proteger a quienes se ven fuertemente expuestos a ser sujetos de vulneraciones en sus derechos.

Esta materia requiere de una regulación constitucional o al menos legal de carácter urgente. Durante el nuevo proceso constituyente

⁹¹ “Derecho a una identidad” [en línea] < <http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>> [Consulta: 15 agosto 2016].

creemos que debe estar presente en el debate sustantivo de un nuevo texto constitucional, una clarificación del mismo artículo 10 n°1 de la Constitución Política de la República, que proteja los derechos del niños, sin dejar ninguna puerta abierta a la condición de apatridia, pareciendo acertado el criterio que se establece en el proyecto de reforma constitucional recién aludido, que se condice con la jurisprudencia de la Corte Suprema y la interpretación contenida en las circulares aludidas recientemente⁹².

Concretamente proponemos incorporar a un nuevo texto Constitucional un articulado que explicita la obligación del Estado de proporcionar la nacionalidad chilena a todo niño nacido en Chile, cuyos padres no sean turistas o se encuentren en servicio de su Gobierno (sin perjuicio de su opción por la nacionalidad chilena), de manera de cerrar cualquier puerta abierta a la privación de la nacionalidad por alguna situación externa, como lo es por ejemplo la situación migratoria irregular de uno o ambos progenitores.

También proponemos que se establezca expresamente que en el caso de que se inscriba erróneamente a un chileno como “hijo de extranjero transeúnte”, se tomarán todas las providencias para enmedar dicho error.

⁹² AHUMADA, M., “La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular”, [en línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>> [Consulta: 20 agosto 2016].

Sugerimos una redacción de esta parte de la Carta Fundamental que se asemeje a los siguientes términos:

“Artículo 10. Son chilenos:

1º. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de turistas que se encuentran de paso en el territorio nacional, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2º. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;

3º. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley.

4º. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos; respetando siempre los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En caso de que erróneamente se inscriba a un chileno como “hijo de extranjero transeúnte”, la autoridad administrativa tomará todas las providencias necesarias para rectificar rápidamente este error, debiendo resarcir cualquier perjuicio que el desconocimiento ilegítimo de su nacionalidad le ocasione.”

De otro lado, nos parece sumamente reprochable el hecho de que nuestro país hasta la fecha no ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas⁹³, dejando entre ver su falta de compromiso en la erradicación de la apatridia en nuestro país y a su vez, incumpliendo tratados que sí han sido ratificados, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el compromiso con el principio del interés superior del niño; pero el hecho de no haber ratificado esta Convención no libera al Estado de Chile de su obligación internacional de proteger los derechos del niño, que no pueden ejecutarse sin primero garantizar el derecho a una identidad, y dentro de este, el derecho a una nacionalidad. Esto, especialmente teniendo en consideración que Chile sí se ha obligado internacionalmente al respecto mediante:

⁹³ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39 Serie Tratados de Naciones Unidas N° 5158, Vol. 360, p. 117, [En línea]
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006>> [Consulta: 25 agosto 2016].

I. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990), en su artículo 15 ⁹⁴.

II. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, a través del decreto N°873 del Ministerio de Relaciones Exteriores), en su artículo 20⁹⁵.

III. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, y publicada en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, a través del decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores), en su artículo 24 N°3⁹⁶.

IV. Convención de los Derechos del Niño (ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990, y publicado en el Diario Oficial el 27 septiembre de 1990, a través del decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores), en su artículo 7⁹⁷.

⁹⁴ “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad;
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”

⁹⁵ “Derecho a la Nacionalidad:
1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

⁹⁶ “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

⁹⁷ “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Todas estas consideraciones tienen especial relevancia, y requieren atención urgente por parte de las autoridades, pues el derecho fundamental de todo ser humano a una identidad, es a su vez condición necesaria para poder ejercer y beneficiarse de los otros derechos fundamentales que el Estado debe garantizar. Todo esto teniendo presente que el Estado está al servicio de la persona humana, y debe contribuir a su mayor realización material y espiritual, que sólo es posible de alcanzar cuando se tiene a lo menos una identidad completa.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

BIBLIOGRAFÍA

ESTRADA, En: GUZMÁN LATORRE, D., “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1997, 3ª Ed. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile.

GODOY ARAYA, R. y DIDIER VON DER HUNDT, M., “Comentarios de Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, 2014, Anuario de Derechos Humanos, N° 10

GUZMÁN LATORRE, D., “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1997, 3ª Ed. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile.

GYULAI, G., 2011, “La apatridia: significado, magnitudes y alcances de la protección”, Aportes Andinos, Revista electrónica de derechos humanos Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador N° 29 Apatridia y derechos humanos, Tema Central.

LALICON CARLITO, B., “Addressing the Challenge of Unregistered Children in Papua New Guinea”, 2000, preparado para UNICEF y el gobierno de Papua Nueva Guinea.

O'DONNELL, D., 2007, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericanos", 2ª Ed.

RAMÍREZ NECOCHEA, M., 1997, "Nacionales y Extranjeros". En: GUZMÁN LATORRE, D., en "Tratado de Derecho Internacional Privado". 3ª Ed. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile.

RAMÍREZ J., "República Bolivariana de Venezuela, Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, Universidad "Dr. Rafael Bellosillo Chacín", 2008, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, Estado Zulia.

RECUEIL, C.I.J.,1955, p.5 y sig. En: TORRES MORA, H., "Derecho Internacional de Extranjería", 1984. Seminario de Titulación para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2005", 2005, Centro de documentación defensoría penal pública, Santiago, Chile.

RIVERA NEUMANN, T., 2004, "La Nacionalidad Chilena ante la jurisprudencia y la práctica administrativa", Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo CI. N°1, Enero/Junio 2004.

Fuentes documentales

Chile. Código Civil, DFL N°1, 30 de Mayo del año 2000.

Chile. Constitución Política de la República. Texto coordinado, refundido y sistematizado por el Decreto N° 100 de 17 de septiembre de 2005.

Chile. Oficios N° 27.601, de 14 de agosto de 2014 y N° 32.754, de 6 de octubre de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Chile. Requisitos para solicitar la nacionalidad chilena por nacionalización, última modificación Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005, [En línea] <

<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/NCH%20ISO.pdf>> [consulta: 17 junio 2016].

Chile. Resolución Exenta N° 102. Publicada en el Diario Oficial de 31 de marzo de 2015.

Chile. Resolución Exenta N° 3207 [En línea] <https://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_3207.pdf> [Consulta 26 mayo 2016].

Chile. Resolución Exenta N° 3509. Publicada en el Diario Oficial el 8 de octubre de 2014.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convenio (169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros tratados, resoluciones, declaraciones, protocolos y planes de acción.

Estados Unidos. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39 Serie Tratados de Naciones Unidas N° 5158, Vol. 360. [En línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006>> [Consulta: 25 agosto 2016].

Suiza. Convención de los Derechos del Niños. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. [En línea] <<http://unicef.cl/web/convencion/>> [Consulta: 30 agosto 2016].

Viena. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969.

Fuentes electrónicas

AHUMADA, M., “La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular”, [en línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>> [Consulta: 20 agosto 2016].

Amnistía Internacional, “Basta de situaciones de apatridia en República Dominicana”, [En línea] <<https://www.amnesty.org/es/get-involved/take-action/end-statelessness-in-dominican-republic/>> [Consulta: 01 julio 2016].

“Apátridas e invisibles, niños sin identidad”, [en línea] <<http://www.humanium.org/es/apatridas-invisibles.>> [Consulta: 01 julio 2016].

Boletín n° 8.970-06. Mensaje ingresado el 4 de junio de 2013 para reemplazar el texto vigente, contenido en el DL N° 1.094, de 1975.

Boletín N° 9.500-17: Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Allende y Pérez San Martín y señores De Urresti, Harboe y Zaldívar que incorpora, en el numeral 1° del artículo 10 de la Constitución Política de la República, un párrafo segundo que faculta a los extranjeros transeúntes cuyo hijo haya nacido en Chile a ejercer el derecho del menor de optar por la nacionalidad chilena, en cualquier tiempo y con independencia de la situación migratoria de dichos progenitores. [En línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getCuenta&iddocto=52614#> >

[Consulta: 15 agosto 2016].

Centro de Investigación Periodística, “Los efectos del “perdonazo migratorio”: salud pública espera más de 30 mil nuevos usuarios” [En línea] <<http://ciperchile.cl/2008/01/04/los-efectos-del-perdonazo-migratorio-salud-publica-espera-mas-de-30-mil-nuevos-usuarios/>>

[Consulta: 14 agosto 2016].

Chile Atiende, “Cédula de identidad (obtención y renovación)”, [En línea] <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/3430.>> [Consulta: 01 junio 2016].

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]
<<http://dle.rae.es/?id=QBsHcL7>> [consulta:17 junio 2016].

Institución Change.org, petición RUN para detener la exclusión de los niños y las niñas migrantes, [En línea]
<https://www.change.org/p/ministerio-de-educaci%C3%B3n-de-chile-run-definitivo-para-detener-la-exclusi%C3%B3n-de-los-y-las-nna-migrantes-en-chilenomasrut100?source_location=petitions_hare_skip>
[Consulta: 29 agosto 2016].

Registro Civil, [En línea]
<http://www.registrocivil.cl/PortalOI/html/faq/Cod_Area_2/Cod_Tema_4/pregunta_33.html> [Consulta: 01 junio 2016].

UNICEF, “El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos”, Innocenti Digest, N° 9, Marzo de 2002, [En línea] < <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>.> [Consulta: 02 julio 2016].

Anexo N° 1

Carta SED. N° 1069, 29 de agosto de 2016, Santiago.



Carta SED. N° 1069
SANTIAGO, 29 de agosto de 2016

SEÑORA
CAROLINA ALVARADO SAAVEDRA
carito.alvarado@live.cl
PRESENTE

El Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación, "por orden del Director Nacional", de acuerdo a lo resuelto mediante Resolución Exenta N°988, de 1° de marzo de 2012, y en relación al requerimiento de información realizado a través del Portal de Transparencia del Estado para el organismo Subsecretaría del Interior e identificado como AB001C0002326, y, el cual fue derivado a nuestro servicio por intermedio de la OIRS de nuestra oficina de Santiago, ubicada en Huérfanos 1570, ingresado como solicitud de información en virtud de la Ley 20.285 con la identificación AK002C0010345, el que es idéntico a su solicitud AK002C0010275, en el cual solicita "*...QUISIERA TENER INFORMACIÓN DE CUÁNTAS PERSONAS SE ENCUENTRAN ACTUALMENTE INSCRITAS EN EL REGISTRO CIVIL COMO HIJOS DE EXTRANJEROS TRANSEÚNTES DE ACUERDO AL ARTÍCULO 10 N°1 DE LA CONSTITUCIÓN. ADEMÁS QUISIERA SABER SI SE MANEJAN ESTADÍSTICAS SOBRE CANTIDAD DE INMIGRANTES QUE HA RECIBIDO CHILE Y CUÁNTOS DE ELLOS SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN ILEGAL...*" (Sic) informa a usted lo siguiente:

Respecto de su requerimiento, se hace presente a usted que podemos indicar que al 18 de agosto tenemos registrados 2397 (dos mil trescientos noventa y siete) hijos de extranjeros transeúntes.

Respecto a la información sobre extranjeros, este servicio sólo maneja a aquellos que han solicitado cédula y por lo tanto se les ha generado un número de RUN (Rol Único Nacional), los que a la fecha indicada en el párrafo anterior son 1.189.354 (un millón ciento ochenta y nueve mil trescientos cincuenta y cuatro) de los cuales 1.156.233 (un millón ciento cincuenta y seis mil doscientos treinta y tres) tienen inscrito su nacimiento. Además registramos Nacionalizados: 31.585 (treinta y un mil quinientos ochenta y cinco nacionalizados), de

los cuales 31.466 (treinta y un mil cuatrocientos sesenta y seis) tienen inscrito su nacimiento.

Cabe hacer presente que el Servicio de Registro Civil e Identificación elabora información en base a las actuaciones registradas en una fecha y hora determinada, las que son esencialmente variables incluso en lapso de segundos, no constituyendo, en consecuencia, una estadística oficial del Estado de Chile, materia que es de competencia del Instituto Nacional de Estadísticas.

Es todo cuanto podemos informar.

Sin otro particular, le saluda cordialmente.


GERARDO MARCHANT VILLANUEVA
Subdirector de Estudios y Desarrollo (S)

GMV/ffm
Distribución:
- La indicada
- Archivo SED

