

NACIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Coautoras:

Macarena Rodríguez Atero

Abogada

Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos.

Directora de Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado, Chile

mrodrigu@uahurtado.cl

Delia Valdés Riesco

Estudiante de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Chile.

devaldes@alumnos.uahurtado.cl

Rama del Derecho: Derecho Migratorio – Derecho Constitucional.

NACIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Resumen

La acción constitucional de reclamación de nacionalidad ha adquirido, en los últimos años, mayor relevancia. Ello obedece a la inscripción por parte de las autoridades administrativas, de los hijos/as de inmigrantes nacidas/os en Chile, no como chilenos sino como *hijos de extranjeros transeúntes*, por encontrarse sus padres en situación migratoria irregular.

En este estudio se realiza un análisis de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, y los principales criterios jurisprudenciales expuestos al respecto. De igual manera se analiza el desarrollo argumentativo de las sentencias y se sugieren propuestas para incorporar en su razonamiento.

Palabras clave: Reclamo- nacionalidad- extranjero transeúnte- domicilio-derecho fundamental- justificación interna y externa.

NATIONALITY ACCORDING TO THE SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

In recent years, the constitutional writ to claim for Chilean nationality has become more relevant. This is due to the registration, by the Registry Office Authorities, of daughters and sons of migrants, born in Chile, not as Chileans but as a "child of foreign in transit", because their parents have undocumented status.

This paper, analyses the Supreme Court decisions and the main legal criteria adopted by the Court. Likewise, it discusses the argumentative development of these decisions and suggest proposals to incorporate into the Court's reasoning.

Keywords: constitutional writ- nationality- child of foreign in transit – place of residence- domicile – fundamental right - internal and external judicial decision justification.

1. Introducción

1.1 Descripción de antecedentes generales:

Según lo dispuesto en el Artículo 10 de la Constitución Política de la República –en adelante CPR- y aplicando, como regla general, el principio del *ius soli*, se reconoce que son chilenos "1º.- Todos 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..."

Por su parte y haciendo uso de las facultades que le otorga la actual Ley de Extranjería¹, en orden a proponer la política nacional migratoria y supervigilar el cumplimiento de la legislación en la materia², el Ministerio del Interior (hoy Ministerio del Interior y Seguridad Pública), mediante oficio N° 6241 de 25 de octubre de 1995, "fijó su posición respecto a la inscripción de nacimiento de hijos de extranjeros ilegales y regulación jurídica de los hijos de extranjeros transeúntes."³

Al respecto, señaló que "existía la necesidad de explicitar el concepto constitucional de extranjeros transeúntes mientras no se promulgara la ley correspondiente, por lo que a su juicio, interpretándolo en su sentido natural y obvio, extranjeros transeúntes son aquellos que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, **o en forma irregular en el territorio nacional.**"⁴ (El destacado es nuestro).

De esta forma, se modificó la posición que el Ministerio del Interior había mantenido hasta el año 1995, por la que se exigía a los padres -para no ser considerados transeúntes- una permanencia en el país igual a superior a un año, sin importar su condición migratoria. Se efectuó así, una nueva interpretación administrativa del concepto, incorporando en la categoría de hijos de extranjeros transeúntes, a los hijos de extranjeros en situación de irregularidad migratoria, calificando a ésta última como una condición identificadora per se y desatendiendo en este caso, al componente de permanencia o transitoriedad en el país.

Consecuentemente con lo anterior, y dando cumplimiento a las indicaciones entregadas a través del referido oficio, el Servicio de Registro Civil e Identificación -en adelante SRCel-, ha dictado desde esa fecha, diversas circulares tendientes a detallar la manera y los casos en que deben efectuarse las inscripciones de nacimiento de los hijos de extranjeros y particularmente, de los hijos de extranjeros cuyos padres se encuentran de manera irregular en el país.⁵

De acuerdo a la información entregada por el Departamento de Extranjería y Migración -en adelante DEM-, se estima que actualmente viven en Chile 415.540 inmigrantes⁶. Sin embargo, esta cifra, por razones lógicas, no contempla a quienes se

¹ Contenida en el D.L. 1.094 del Ministerio del Interior, de 1975.

² Art. 91 N° 1 y 2 del D.L. 1.094 del Ministerio del Interior, de 1975

³ Según lo indica en OF. ORD N° 3/1953 de 17 de abril de 1996

⁴ Según se desprende de la respuesta entregada por la Contraloría General de la República con fecha 17 de febrero de 1998 a la consulta efectuada por el servicio de Registro Civil

⁵ Las instrucciones mencionadas constan en Circular DG N° 51/95 de 26.10.96, en Circular DG N° 05/96, de 14.04.96, en Circular DG N° 28/96 de 23.07.1996, en SDO ORD N° 735 de 21.10.99, en DN CIR N° 20/99 de 22.10.99, en Circular DN N°20/08 de 01.10.08 y en Circular DN N°18/09 de 07.05.09

⁶Solicitud de acceso a la información realizada al Departamento de Extranjería el 12 de marzo de 2014, bajo código de ingreso AB001W0002557. Respuesta entregada el 11 de abril de 2014.

encuentran indocumentados y que constituyen, precisamente, el grupo a quienes se les aplica la interpretación administrativa ya mencionada.

Complementando el escenario, señalaremos que el SRCel, ha informado que en el período que media entre el mes de enero de 2008 y el mes de enero de 2014, se inscribieron en el Registro de Nacimientos, con la anotación ET (hijo de extranjero transeúnte), 1.414 casos. Ello entrega un promedio de 235 inscripciones por año e implica, entre otros efectos, que a esos niños o niñas se le deberá otorgar una visa para residir en el país, hasta que cumplan la mayoría de edad, y que el reconocimiento de sus derechos, particularmente económicos y sociales, quedará sujeto, en los hechos, a su condición de extranjero.

De igual manera, con el desconocimiento de la nacionalidad de niños y niñas, se cierra una posibilidad de regularización de sus padres, quienes no pueden optar en este caso a una de las categorías de residencia que la legislación nacional contempla, esta es, la residencia temporaria por vínculo con chileno.

Por su parte, el recurso de reclamación de nacionalidad está contemplado en el artículo 12 de la CPR en los siguientes términos: "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."

Si bien el recurso de reclamación tiene dos posibles fuentes que dan origen a su interposición -la privación para alguien que ya posee la nacionalidad chilena y el desconocimiento para quien no la ha adquirido-, de la lectura de las actas de la Comisión Constituyente⁷ es posible concluir que el sentido principal de este recurso era, originalmente, otorgar una garantía a aquellos a quienes se les ha privado de la nacionalidad.

Es por ello que el Auto Acordado que rige esta acción y que fue dictado en el año 1976, reglamenta el recurso de reclamación por pérdida de la nacionalidad chilena,⁸ para aquellos casos en que por Decreto Supremo se disponía la pérdida de la nacionalidad, por la causal prevista en el N° 4 del artículo 6 de la CPR. Dicho numeral fue incorporado a la Carta Fundamental de 1925, mediante el Decreto Ley N° 175 de 10 de diciembre de 1973 y señalaba que la nacionalidad chilena se perdía, por atentar gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado, durante las situaciones de excepción previstas en el artículo 72 N° 17 de la mencionada Constitución Política. Así, en el texto del Auto Acordado que regula la tramitación de este recurso, no se hace referencia a su interposición, por desconocimiento de la nacionalidad.

⁷ Sesión N° 65 del 26 de agosto de 1974

⁸ Mediante Oficio N°5998 de 28 de enero de 1976

Dada la actual situación, de aumento sostenido y crecimiento exponencial de inmigrantes en Chile -algunos de ellos en condición migratoria irregular-, y la interpretación efectuada por el Ministerio del Interior, que extiende el concepto de hijo de extranjero transeúnte, a los niños y niñas de inmigrantes indocumentados, el recurso de Reclamación de Nacionalidad ha adquirido, en las últimas décadas, un renovado uso y finalidad.

Si bien ha sido una acción eficaz, en términos de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, dista de ser una garantía ampliamente ejercida. Por razones económicas, de ubicación geográfica, de escaso acceso a asesoría jurídica y de desconocimiento de los efectos de la inscripción como hijo de extranjero transeúnte, en el mismo periodo consultado (2008-2014), solo se han fallado 11 recursos de Reclamación de Nacionalidad.

Por último, es importante señalar que durante este año, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Departamento de Extranjería y Migración, a través de sus autoridades, han manifestado públicamente su conformidad con el criterio que ha dominado en las decisiones de la Corte Suprema. Así por ejemplo, mediante un oficio⁹ emanado de éste último Departamento, en el mes de agosto de 2014 y en el que se pronuncia respecto de la nacionalidad de un niña de padres en condición migratoria irregular, le indica al SRCel que corresponde inscribirla como chilena, toda vez que los únicos que deben ser considerados como hijos de extranjeros transeúntes son los niños y niñas hijos de turistas y tripulantes.

Señala que "...[A]l tratarse de una excepción al principio constitucional de *Ius Solis*, el precepto en comento debe interpretarse en forma restrictiva. Por lo anterior, no corresponde extender la aplicación del concepto de transeúnte a situaciones que no se encuadren estrictamente en el marco fáctico mencionado, como lo es la eventual irregularidad migratoria de los padres..."

Por su parte, el SRCel en el mismo período y recogiendo expresamente lo señalado por la Corte Suprema al conocer de los recursos de Reclamación de Nacionalidad, ha resuelto que se deben inscribir con la anotación de hijo de extranjero transeúnte, en la respectiva inscripción de nacimiento, a los niños y niñas cuyos padres tienen la calidad de turistas o tripulantes, siendo suficiente acreditar que uno de ellos no tiene tal calidad, para eliminar tal anotación.¹⁰

Se trata de un cambio significativo en la materia, sin embargo, aún son actos administrativos recientes y sin que hasta la fecha, las resoluciones previamente dictadas tanto por el Ministerio de Interior, como por el SRCel, y que razonan en un sentido diferente, hayan sido dejadas sin efecto.

⁹Oficio N°27601 de 14 de agosto de 2014, del Departamento de Extranjería y Migración.

¹⁰Mediante Resolución Exenta N° 3207 de 8 de agosto de 2014, del Servicio de Registro Civil e Identificación.

1.2 Objetivo del análisis jurisprudencial

Este estudio busca destacar los principales criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Suprema, en la decisión de las reclamaciones de nacionalidad interpuestas y resueltas en el período 2010-2014.

Dado que en la resolución de la mayor parte de estos reclamos, la Corte Suprema –en adelante la Corte- no ha adoptado las decisiones de manera unánime, se revisan en este documento, los criterios jurisprudenciales más relevantes, en el voto de mayoría y en el de minoría.

Las sentencias en estudio se refieren, principalmente, a aquellos casos en que el SRCel ha desconocido la nacionalidad de los niños y niñas nacidos en Chile, al momento de inscribirlos en el Registro de Nacimientos.

1.3 Estructura del informe

Para el presente análisis se revisaron las 11 sentencias dictadas entre los años 2010 y 2014.

En la primera parte, se destacan los criterios jurisprudenciales más relevantes en la decisión mayoritaria y en la minoritaria, haciendo una revisión de la manera como se expresan y conforman tales criterios.

A continuación, se señalan los hechos que fundamentan las reclamaciones de nacionalidad, describiendo aquellos que constituyen un patrón común en los recursos. Luego, se indican las normas de derecho nacional e internacional que se invocan para, finalmente, señalar cuál ha sido la decisión adoptada por el pleno de la Corte Suprema, actuando como jurado.

En el tercer acápite, y bajo la metodología propuesta por Jerzy Wróblewski¹¹, se analiza la justificación interna y externa de las decisiones y se sugiere la incorporación de ciertos estándares internacionales respecto del criterio jurisprudencial que reconoce el carácter fundamental del derecho a la nacionalidad.

Finalmente se elaboran conclusiones, a partir de la revisión efectuada.

2. Análisis de jurisprudencia seleccionada.

2.1 Identificación del criterio jurisprudencial que será objeto de análisis.

¹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, *Rechtstheorie* 1, 1974.

Como ya se indicó, en la identificación de criterios jurisprudenciales se distingue aquellos correspondientes al voto mayoritario, que acoge las reclamaciones de nacionalidad, de los del voto minoritario, que las rechaza. En ambos casos, el examen se centra en el núcleo argumentativo que permite a los sentenciadores llegar a la decisión.

Se advierte en la jurisprudencia revisada, que los criterios se reiteran de manera similar, por lo que se hará referencia a ellos considerándolos como una sola redacción, no obstante su exposición, con ciertos matices, en las diferentes decisiones.

I. Decisión de mayoría.

A. Residencia y ánimo de permanencia, como elementos centrales para la distinción de domiciliados o transeúntes.

En términos generales, se trata de un criterio utilizado de manera unívoca, permanente y transversal en todas las sentencias analizadas. En ellas se incorpora el concepto de domiciliado, como opuesto al de transeúnte, para luego, y conforme a dichos conceptos, determinar si la madre o padre del(a) menor nacido(a) en Chile puede considerarse residente con ánimo de permanencia (domiciliado) o transeúnte, y por consiguiente, si el menor adquiere la nacionalidad chilena, o por el contrario, se encuentra dentro de la hipótesis de excepción que contempla la CPR en su artículo 10 N°1, para el no otorgamiento de la nacionalidad, pese a haber nacido en Chile.

Así, luego de referirse a la regla general de adquisición de la nacionalidad chilena por el principio de *ius soli*, la Corte Suprema comienza a tratar la excepción a dicha adquisición, establecida en la misma norma constitucional, referida a los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y a los hijos de extranjeros transeúntes.

A continuación, dando contenido al criterio jurisprudencial, se realiza una interpretación del vocablo transeúnte y se entrega la definición legal de domicilio.

Advirtiendo la Corte, que nuestro ordenamiento jurídico no entrega una definición respecto del término transeúnte, se invocan las normas de interpretación, particularmente las que establece el artículo 20 del Código Civil, y que mandata a entender las palabras en su *sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas*. Para ello, se acude a la definición entregada por el diccionario de la Real Academia, entendiendo por transeúnte: al que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio.

Así, por ejemplo, en el considerando sexto de la sentencia Rol 300-2013, se razona de la siguiente manera:

“Estas expresiones –extranjero transeúnte- no se encuentran definidas específicamente por la ley, de modo que para desentrañar su sentido debe recurrirse a las reglas de hermenéutica previstas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil y a la normativa que sobre el particular se desprende de los artículos 54 y siguientes del referido Código. En cuanto a las reglas de interpretación, debe considerarse especialmente la prescripción contenida en el artículo 20 de ese Código, el que establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto, es dable atender al significado que al término “transeúnte” le otorga el Diccionario de la Real Academia, esto es: “el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio.”¹²

A continuación y para conformar adecuadamente el criterio, se efectúa el análisis del concepto opuesto y requerido en esta interpretación: el de domiciliado.

Para ello se remite a la definición que entrega el Código Civil, en sus artículos 58 y 59. De esta forma, la Corte constata que 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. Por ésto, tal como lo indica, se encamina a encontrar, en los casos que someten a su decisión, hechos que permitan determinar la concurrencia de los elementos que los definen.

La Corte ha atendido, para efectos probatorios, a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, que a diferencia de lo que señala el artículo 63 -que restringe la presunción del ánimo de permanecer-, la amplía a circunstancias análogas a la de aceptar un empleo fijo en el lugar.

En esta materia, la Corte señala:

“Que, en esa línea de deducciones, es dable consignar que si bien la disposición del artículo 63 del Código de Bello, establece que no se presume el ánimo de permanecer en un lugar por el solo hecho de habitar por algún tiempo casa propia o ajena en él, no es menos cierto que el artículo 64 del mismo cuerpo legal -a la inversa de la situación descrita en el texto que le precede- dispone que se presume el ánimo de

¹² Sentencia Corte Suprema, Recurso de Reclamación de Nacionalidad *Cristopher Fabián Cantero Bernia con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 300-2013, considerando sexto. Razonamientos en el mismo sentido se encuentran en el resto de las sentencias analizadas, Sentencias Corte Suprema Recurso de Reclamación de Nacionalidad: *Mery Gamarra Palma con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 8.808-2010; *Ernesto Almarales Rivero con Servicio de Registro Civil e Identificación* Rol 7.580-2012; *Pascuala Retuerto Goñi con Servicio de Registro Civil e Identificación* Rol 9.168-2012; *Farah El Husein El Husein con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 3.255-2012; *Margarita Quenta Ticona con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 8.008-2012; *Melissa Angélica Rupay Chávez con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 5.482-2013; *Noemí Marianela Meza Goñi con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 9.422-2013; *René Choque Acho con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 10.897; *Jorge Luis Mendives Pastor con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol 12.551.

permanecer y avvicindarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él un empleo fijo y por otras circunstancias análogas”.

En las decisiones revisadas, se refuerza el criterio jurisprudencial, en orden a que es la residencia y el ánimo de permanecer en el país los que se consideran para determinar la calidad de transeúnte o domiciliado, del extranjero madre/padre del menor nacido en Chile, para efectos del reconocimiento de su nacionalidad chilena.

Así lo señala:

“Que, como se advierte de lo consignado, la esencia de la voz “transeúnte” está constituida por la transitoriedad de su estadía en algún lugar, es decir, por la ausencia de los requisitos que permiten entender convergente la residencia”¹³

“En otros términos, habrá de examinarse, en el caso, la presencia de eventos que permitan determinar la concurrencia de los elementos de la residencia para descartar la calidad de transeúntes de los padres del menor que reclama la nacionalidad chilena.”¹⁴

En suma, se concluye que la determinación para que un extranjero sea considerado transeúnte, será una cuestión de hecho que ha de analizarse en cada caso, donde los antecedentes serán interpretados a la luz de los elementos que constituyen los requisitos del domicilio (que la Corte indica como residencia), establecidos en el Código Civil.

B. Aceptación tácita de la permanencia del extranjero por parte del Estado, ante el no cumplimiento de la resolución de expulsión.¹⁵

Un interesante criterio interpretativo que se destaca dentro de algunas de las sentencias analizadas, es la valoración de los actos que ejecuta o no ejecuta la autoridad, para con el extranjero que presenta la reclamación.

Así, se entiende que la pasividad estatal para hacer cumplir los decretos de expulsión constituye una aceptación de la permanencia del extranjero dentro del territorio chileno y por consiguiente, de la nacionalidad chilena del niño o niña que aquí nace.

En efecto, la Corte considera que el no dar cumplimiento a una resolución de expulsión, implica asumir que el extranjero continuará su permanencia en el país, lo que fortalece indirectamente la idea que, a pesar de encontrarse en situación irregular, sus hijos nacidos en Chile adquieren la nacionalidad chilena.

¹³ Considerando séptimo sentencia Corte Suprema Rol 300-2013, ref.11.

¹⁴ Considerando octavo sentencia Corte Suprema Rol 300-2013, ref.11.

¹⁵ Este criterio se ha advertido en las sentencias Corte Suprema Rol 7580-2012; 9.168-2012 y 10.897-2013, ref. 11.

La Corte sostiene, en estas hipótesis, que la nacionalidad no puede desconocerse sin causa justificada "... máxime si la propia autoridad que ahora lo niega permanece sin cumplir el decreto y la resolución de expulsión por años en un caso y meses en otro, **lo que importa del Estado de Chile una aceptación de la permanencia de los padres de la menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio**"¹⁶(el destacado es nuestro)

C. Nacionalidad como derecho fundamental.

El entendimiento de la nacionalidad como un derecho fundamental, ha sido sostenido por la Corte Suprema en varias de las sentencias analizadas. Se trata de un criterio de incorporación reciente, -a partir del año 2012- donde más que el análisis de sus implicancias, se detiene en su reconocimiento como un derecho humano, apoyándose en la normativa internacional que lo prescribe en tal sentido.

El razonamiento que funda este criterio jurisprudencial, implica entender la nacionalidad como un derecho esencial, del que no puede ser privado una persona, por causa injustificada. Dependiendo del caso reclamado, se analiza la arbitrariedad de la decisión de la autoridad administrativa para negar la nacionalidad, utilizando, por ejemplo, como un elemento coadyuvante para afirmar dicha falta de justificación, la actuación de la administración respecto de los padres del niño o niña cuya nacionalidad se reclama.

En sentencia Rol 9.168- 2012 se señala:

"Como puede apreciarse, **la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, máxime si la propia autoridad que ahora lo niega permanece sin hacer las gestiones pertinentes para disponer la expulsión que anuncia**, lo que importa del Estado de Chile una aceptación de la permanencia de los padres de la menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio." (El destacado es nuestro)

Para reforzar dicho argumento cita la normativa internacional, indicando:

"Que, finalmente, resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, 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, 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 del derecho a cambiarla".¹⁷

¹⁶ Considerando octavo sentencia Corte Suprema Rol 7.580-2012, ref.11.

¹⁷ Considerando octavo sentencia Corte Suprema Rol 9.168-2012. Igual razonamiento es hallado en sentencias Corte Suprema Rol 9.168-2012; 7.580-2012 y 5.482-2013, ref.11.

Cuando el caso analizado se refiere a un niño o niña, la Corte se refiere específicamente los estándares que fija la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸, como en la sentencia Rol 10.897-2013, donde señala que:

“Por otra parte, teniendo en consideración que Carla Choque Zepita tiene a la fecha menos de un año de edad, resulta aplicable a su respecto la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, en cuyo artículo 70 (sic) se dispone que 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 ser cuidado por ellos”.

II. Decisión de minoría.

Los disidentes de las sentencias analizadas, en gran parte de las decisiones comparten los mismos argumentos y concuerdan en que, el aspecto jurídico a resolver, consiste en precisar el alcance de la excepción que establece el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política.

Dentro de los criterios jurisprudenciales utilizados, se encuentran algunos de carácter formal, como la expiración del plazo para ejercer el recurso, y otros que se refieren al fondo de la cuestión debatida.

A. La condición de extranjero transeúnte o domiciliado debe determinarse al momento del nacimiento del niño o niña.

Este criterio se ha desarrollado como contrapartida al razonamiento efectuado en el voto de mayoría, en el que se considera que el hecho de obtener posteriormente un permiso de residencia, aparta al padre o madre de la calidad de extranjero transeúnte, y, en consecuencia, confirma la nacionalidad chilena del menor.¹⁹

La argumentación que se desarrolla en torno a este criterio jurisprudencial comienza señalando que el aspecto jurídico constitucional a tratar “...queda centrado en precisar la excepción del artículo anteriormente señalado, según el cual, no son chilenos los nacidos en territorio nacional cuando sus padres tengan la calidad de extranjeros transeúntes.”²⁰

¹⁸Ratificada por Chile el 27 de septiembre de 1990.

¹⁹ En el voto de mayoría en la sentencia Rol 8.008-2012 y respecto del hijo nacido en el mes de abril 2008, la Corte señala que “La calidad de transeúnte que se le atribuye al momento del nacimiento de su hijo queda indudablemente desmentida por el hecho de habersele concedido por resolución de abril de 2010 la permanencia definitiva”

²⁰ Consideración 3° voto disidente sentencia Corte Suprema Rol n° 8.808-2010

De este modo, continúa una de las sentencias de minoría, "corresponde decidir si Mery Gamarra Palma, al momento del nacimiento de su hija Keyra Dhamar Varillas Gamarra el 7 de julio de 2009, tenía la calidad de extranjera transeúnte".²¹

Luego de ello, advierte el voto, la calidad de extranjera transeúnte se debe determinar *al momento del nacimiento del(a) menor*, sin entrar a considerar para calificar dicha condición, si la madre o padre ha obtenido la residencia definitiva con posterioridad a ello.

Así, en la sentencia Rol 8.808-2010, en su considerando 5º, refiriéndose a la determinación de extranjero transeúnte, señala:

"Es del caso destacar inmediatamente que esa calidad corresponde sea precisada a la fecha del nacimiento y no otra posterior, debido a lo cual resulta impertinente que el padre o la madre, eventualmente, hayan dejado de ser extranjeros transeúntes con posterioridad."²²

De esta forma, en la sentencia Rol 8.808-2010 se sostiene: "Los antecedentes de hecho referidos por la requirente, además de no encontrarse acreditados, son de fecha posterior a las indicadas, razón por la que no procede considerarlos, de forma tal que no alteran lo concluido precedentemente, ya que deben concurrir a la fecha ya mencionada, sin que sea posible que sucesos posteriores tengan la virtud de regularizarlos."²³

B. La transitoriedad no depende únicamente de la voluntad del extranjero

Un criterio jurisdiccional utilizado en aquellos casos en que se ha dictado un decreto de expulsión en contra del padre o madre, es que no puede atenderse a los elementos que constituyen el domicilio, como el ánimo de permanencia, cuando la transitoriedad de su estadía ya no depende de éste o ésta, sino más bien de la autoridad.

En el considerando 5º del voto disidente de la sentencia Rol 8.808-2010, enfocándose en la calidad migratoria irregular en que se encuentra la madre al momento del nacimiento del niño o niña, se establece que corresponde calificar como extranjero transeúnte "a quien permanece irregularmente en el país sin someterse a los requerimientos migratorios regulares, y no puede menos que estar en conocimiento de esa situación precaria que posibilita su expulsión del territorio nacional conforme a la reglamentación vigente. De modo que su transitoriedad ya no depende únicamente

²¹ Consideración 3º voto disidente sentencia Corte Suprema Rol nº 8.808-2010

²² Voto disidente Ministra Pérez. Considerando 3º sentencia Corte Suprema Rol 3255-2012. Mismo argumento puede verse en el Ministro Muñoz en Sentencias Corte Suprema Rol 8.808-2010 y 8.008-2013, ref.11.

²³ Consideración 4º voto disidente Ministro Muñoz sentencia Corte Suprema Rol 8.808-2010, ref.11.

de su voluntad, sino que de la autoridad competente, quien puede compelerle a dejar el territorio nacional.”²⁴

Así, mientras en el voto de mayoría la existencia de una orden de expulsión no ejecutada (cumplida) por la autoridad implica una aceptación o reconocimiento por parte de ésta, de la residencia del extranjero, en el voto de minoría, dicha no ejecución de la resolución administrativa, deja al extranjero en una condición de transitoriedad, donde su permanencia no depende de su sola voluntad y en consecuencia, no puede interpretarse de ella un ánimo o voluntad propia en tal sentido.

C. Determinación de nacionalidad como parte del ejercicio de soberanía de cada país.

Siguiendo los estándares originalmente establecidos, tanto a nivel nacional como internacional, el voto de minoría desarrolla un criterio jurisprudencial que sostiene que las condiciones bajo las cuales se otorga la nacionalidad, así como la elaboración de la legislación sobre extranjería, corresponden a un espacio soberano de los Estados.

Constatando primeramente la armonía existente entre la legislación nacional con la internacional, “en el sentido que ninguna persona debe carecer de nacionalidad”²⁵ se cita normativa internacional que reconoce y asocia la determinación de nacionalidad, a la autonomía de cada Estado.

Así, en sentencia Rol 10.897-2013, señala:

“Que si bien la nacionalidad es un atributo básico del que deben estar dotadas y gozar todas las personas, no es posible sin embargo desatender los postulados que impiden reconocerla en los casos no previstos por el Constituyente, autoridad normativa a la que, en nuestro Estado, le ha correspondido tradicionalmente definir y decidir tales aspectos fundamentales. Del mismo modo, la normativa internacional ha radicado su reglamentación en el Derecho interno, correspondiendo a cada Estado determinar por sus leyes quiénes son sus nacionales (artículo 11 de la Convención de La Haya de 1930). Asimismo, si bien el Derecho ha reaccionado contra la privación arbitraria de la nacionalidad, ello no obsta a que, bajo determinadas circunstancias, le sea lícito restringir su otorgamiento (artículo 15 de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo anterior, la resolución que corresponde disponer, para garantizar el goce y ejercicio de los derechos que en un plano de igualdad le reconoce el ordenamiento jurídico a la menor Carla Choque Zepita como habitante de nuestro país, está referida a instruir a la autoridad gubernamental de Chile que regularice la situación migratoria tanto de la referida menor, aspecto que

²⁴ Consideración 5º voto disidente sentencia Corte Suprema Rol nº 8.808-2010. Mismo argumento utilizado en sentencias Corte Suprema Rol. 5.482-2013/12.552-2013/9.422-2013/10.897-2013, ref.11.

²⁵ Consideración 1º voto disidente sentencia Corte Suprema Rol 10.897-2013, ref.11.

provisionalmente ha sido atendido y que puede extenderse a otorgar los documentos de identificación y migratorios correspondientes, incluido pasaporte, pudiendo llegar a concederse la permanencia definitiva, según corresponda, pero en ningún caso reconocer la nacionalidad chilena que el ordenamiento constitucional no consagra, y que por tanto, resulta improcedente."²⁶

Es importante precisar en este aspecto, que este criterio del voto de minoría, no reconoce que aquellos a quienes se les inscribe como hijos de extranjeros transeúntes, pueden optar a la nacionalidad chilena al cumplir la mayoría de edad, por lo que la referencia a que el rol del Estado respecto de dicho niño o niña consiste en regularizar su situación migratoria, pudiendo llegar a concederse la permanencia definitiva, solo puede ser entendido como un estatus migratorio temporal, hasta antes de alcanzar la referida mayoría de edad.

2.2 Descripción de los hechos.

La mayor parte de los casos analizados tienen como común denominador: a) el ingreso a Chile de la madre y padre -en su caso- con permiso de turista y una posterior sobre estadía o b) la entrada por un paso no habilitado.

Se trata en su mayoría de inmigrantes de la región andina, que han llegado en las últimas décadas a Chile, atraídos fundamentalmente por el desarrollo económico del país, por las oportunidades laborales que existen en determinados sectores de la economía en que no se requiere de una calificación profesional y por las consecuentes ventajas comparativas que conlleva el trabajar en él.

Una vez instalados en el país, dichos inmigrantes comienzan a realizar actos tendientes a regularizar su situación migratoria, con la intención de residir permanentemente en él. Normalmente han acudido al Departamento de Extranjería y Migración (o Intendencias Regionales) para regularizar su permanencia: aquellas que entran con visa de turista, solicitando visa sujeta contrato, temporaria o definitiva y pagando la sanción pecuniaria respectiva; aquellos que ingresan clandestinamente, acuden luego de haberse auto denunciado en Policía de Investigaciones.

Al momento del nacimiento del niño o niña, la madre o padre se encuentra con visa de turista, temporaria o sujeta a contrato de trabajo, vencida o simplemente indocumentadas, y en algunos casos con un decreto de expulsión vigente y no ejecutado.

²⁶ Consideración 5º voto disidente los Ministros señor Blanco y suplentes señores Escobar y Pfeiffer en sentencia Corte Suprema Rol 10.897-2013. En el mismo sentido, los votos disidentes de las sentencias Corte Suprema Rol 8.808-2010; 12.551-2013; 9.422-2013; 5.482-2013; 8.008-2012, ref.11.

El tiempo de permanencia en forma continua e ininterrumpida en el Chile, varía en cada caso y en todos ellos se acompañan documentos como certificados de control de embarazo, contratos de arriendo, declaraciones juradas, etc., que dan cuenta de esa residencia y de su intención de permanecer en el país.

2.3 Descripción del derecho.

El derecho citado en las sentencias, corresponde a normas constitucionales, legales y tratados internacionales, a todos los que se acude para orientar la construcción argumentativa.

En cuanto al derecho nacional la primera norma que se invoca y que da lugar al recurso interpuesto, es el artículo 12 de la Constitución Política de la República, que indica que 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 segunda norma supra legal que se invoca es el artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República, en conformidad al 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.

La normativa legal se circunscribe al Código Civil, al que acude para la construcción lógica argumentativa de la sentencia, al momento de determinar el concepto de extranjero "transeúnte" como excepción a la obtención de nacionalidad por *ius soli*. Así, las sentencias citan tanto las reglas de hermenéutica a utilizar para definir al transeúnte -artículo 20 de Código Civil- como los elementos distintivos del concepto de domicilio -artículos 58 y 59 del Código Civil-.

Para evidenciar cómo opera la presunción del ánimo de permanencia en nuestra legislación y así descartar, si procede, la calidad de transeúnte, se invoca el artículo 64 del Código Civil, como argumento a contrario sensu de lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo legal.²⁷

La normativa Internacional se ciñe a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 20 reconoce el derecho a la nacionalidad por *ius soli*, particularmente cuando, de no otorgarla se produce una situación de apatridia. En tres de las últimas sentencias,²⁸ además se invoca el artículo 70 (debiendo decir 7) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone, en lo que al recurso se refiere, que el niño o niña será inscrito inmediatamente después de su

²⁷ Considerando octavo sentencia Corte Suprema Rol 300-2013, ref.11.

²⁸Sentencias Corte Suprema Rol 300-2013; 10.897-2013; 8.808-2010, ref.11.

nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad.

2.4 Descripción de la decisión adoptada.

En las sentencias analizadas, la decisión de la Corte Suprema concluye con la afirmación de haberse acreditado el Interés desplegado por la madre o padre, de permanecer por largo tiempo en el país, valorando en conciencia, conforme lo dispone el artículo 12 de la Carta Fundamental, los antecedentes que obran en el expediente. Ello la conduce, en todos los casos, a concluir que se mantienen en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él.

Como consecuencia de dicha afirmación se señala, por ejemplo, en la sentencia Rol 7.580-2012 que "En tales condiciones, Xamira Salomé Almarales Orjuela no ha podido quedar comprendida en la situación de excepción ya analizada del N°1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, motivo por el cual deberá acogerse el reclamo interpuesto."²⁹

Finalmente, señala que por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas constitucionales y legales citadas y en el Auto Acordado de la Corte de 26 de enero de 1976, se declara que se acoge el reclamo deducido debiendo eliminarse de la partida de nacimiento las expresiones hijo de extranjero transeúnte.

3. Reflexiones y comentarios.

Como muy claramente lo distingue la Corte, no se trata en estos casos de determinar si la conducta desplegada por la reclamante se ajusta a la que administrativamente se ha definido como la de un extranjero transeúnte, sino a establecer, primeramente, quién es un extranjero transeúnte y en consecuencia, cuáles son los requisitos que se deben cumplir para quedar comprendido bajo esta categoría. Una vez definido aquello, se analiza, según lo dispone la norma constitucional, si la prueba rendida y los hechos probados, permiten concluir, en el caso concreto, que se trata de un extranjero transeúnte o por el contrario, de una persona domiciliada en el país.

De igual manera y como ya se ha señalado, en el estudio de las sentencias emanadas del máximo Tribunal en el período 2010-2014, se advierte que, en la totalidad de ellas los recursos han sido acogidos. Se desvirtúa, así, la calidad de hijo de extranjero transeúnte, bajo la que el Servicio de Registro Civil ha inscrito a los hijos de inmigrantes cuyos padres se encuentran en situación migratoria irregular.

No se ha evidenciado una modificación de los criterios jurisprudenciales en dicho período.

²⁹Considerando séptimo. sentencia Corte Suprema Rol 7.580-2012, ref.11.

Es importante precisar que a partir del año 2012 la Corte se ha preocupado de explicitar que sus decisiones se alinean con lo establecido por los tratados internacionales ratificados por Chile, que reconocen el derecho a la nacionalidad como esencial, y que requiere de especial protección en el caso de los niños y niñas.

Analizaremos en este apartado, en primer lugar, la concordancia y construcción argumentativa de las sentencias, utilizando el método que distingue entre justificación interna y externa de las mismas, propuesto por Jerzy Wróblewski³⁰ para, a continuación, comentar uno de los criterios jurisprudenciales que pudiere reforzarse, en las sentencias de los recursos de reclamación de nacionalidad.

a. Justificación interna y externa de la sentencia.

Como se indicó, en este apartado, bajo la distinción propuesta por Wróblewski, se analizará el voto decisorio de las sentencias de la Corte Suprema, que resuelven los recursos de reclamación de nacionalidad.

En primer término y respecto de la justificación interna de las sentencias, entendida como la consistencia entre la decisión adoptada y las premisas del razonamiento, -normativas y fácticas-, cabe señalar que, en todas las sentencias analizadas existe tal concordancia: la decisión de acoger el recurso y otorgar la nacionalidad es una consecuencia lógica de las premisas que la Corte utiliza para arribar a ello.

En efecto, en un comienzo, las sentencias refieren a la premisa normativa indicando que la inscripción como *hijo de extranjero transeúnte* constituye la excepción a la regla general de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, establecida en la norma constitucional (art. 10 n°1). Siguiendo las reglas de la hermenéutica, menciona que al no estar el concepto *transeúnte* definido en la ley, obliga al intérprete a entenderla en su sentido natural y obvio (art. 20 del Código Civil), acudiendo así al significado señalado por la Real Academia Española al respecto, esto es, el que no *reside* en el lugar sino por un tiempo determinado.

Luego de dotar de un significado al término *extranjero transeúnte*, y así a la premisa normativa constitucional, complementa el marco regulador, con la incorporación de la normativa del Código Civil que se refiere al domicilio (arts. 58, 59 y 64), pues entiende que el concepto de domiciliado -residencia y ánimo de permanencia-, es el opuesto al de transeúnte.

La Corte, seguidamente, analiza el caso bajo las premisas fácticas de que dispone, de manera de determinar si ha existido por parte de la madre o padre, el ánimo de permanecer en Chile, más allá de su estatus migratorio.

De esta forma, indica que se acredita el ánimo de permanencia, por ejemplo, atendiendo a los intentos de regularizar su situación migratoria, o al empleo que han

³⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, *Rechtstheorie* 1, 1974, pp. 33-46.

desarrollado, por lo que concluye que el padre o madre no deben ser considerados en la categoría de *transeúnte*, y por tanto, a su hijo le corresponde la nacionalidad chilena.

Un considerando que refleja la conexión existente entre la conclusión y las premisas normativas y fácticas consideradas por la Corte, se refiere al ánimo de permanencia de la madre de la menor cuya nacionalidad se reclama.

En la sentencia Rol 8.808-2010, la Corte establece:

“Que el interés desplegado por largo tiempo por la reclamante para permanecer en el país -a la fecha ya más de tres años-, unido a la circunstancia de haber solicitado y obtenido en una oportunidad visa temporaria y mantener otra actualmente vigente, no pueden sino llevar a concluir a esta Corte Suprema ...que ella se ha mantenido en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, lo que la ha llevado a detentar la calidad de residente provisoria, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, la menor Keyra Dhamar Varillas Gamarra no ha podido quedar comprendida en la situación de excepción ya analizada del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, motivo por el cual deberá acogerse el reclamo interpuesto.”³¹

Por su parte, la justificación externa de la sentencia, entendida como la fundamentación y control de la solidez de las premisas, requiere de la revisión de las proposiciones fácticas y normativas utilizadas por la Corte en sus decisiones. En otras palabras, implica revisar la fundamentación de las premisas fácticas - argumentación para la determinación de los hechos- y normativa -argumentación para respaldar la interpretación de los enunciados o textos normativos en un sentido determinado-.³²

En primer término, respecto de las premisas fácticas que se utilizan en las decisiones, es importante precisar que no se aprecia en ellas una abundante argumentación para la determinación de los hechos, pues no se exponen en profundidad los antecedentes que lleven a la Corte a considerar ciertos hechos como probados y determinantes y que permitan, por ejemplo, establecer la diferencia entre domiciliados y transeúntes.

En algunos casos, no se evidencia totalmente en la decisión, la manera en que se infieren los hechos probados de la prueba presentada. En cuanto a su valoración, no se observan fundamentos que entreguen mayor solidez a ciertos hechos admitidos como probados respecto de otros que no lo son, es decir, no se realiza un completo ejercicio de ponderación. Es importante tener presente que en estas decisiones la Corte falla en conciencia, lo que de acuerdo a lo que ella mismo ha señalado “(...) no autoriza hacer simples estimaciones, por cuanto la conciencia debe formarse de conformidad con las normas que establecen la lógica y las leyes para dar

³¹ Considerando séptimo sentencia Corte Suprema Rol 8.808-2010, ref.11.

³² CARBONELL, Flavia. *Apuntes de clase Argumentación y Análisis jurisprudencial*, en curso de Teoría General del Derecho, año 2012.

conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, y la sentencia debe explicar las normas a que se sujeta para dar la razón de su final veredicto”³³

Así por ejemplo, un antecedente que debiera ser más desarrollado para efectos de otorgar mayor fuerza a la elección de las premisas fácticas (y, consecuencialmente, una más evidente refutación de los argumentos contrarios), es el que consta en la sentencia Rol 8.008-2012, en que se señala que se justifican las constantes entradas y salidas al país de la reclamante, por la *naturaleza de la actividad a la que ella se dedica*, sin dar por establecido, como hecho en la sentencia, la actividad que llevaba a la reclamante a desplazarse de la manera señalada.

La Corte señala:

“En efecto, si bien el informe de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile de fojas 41 da cuenta de constantes entradas y salidas del país de la reclamante, lo cierto es que ellas se explican por la naturaleza de la actividad a que ésta se dedica y la calidad de transeúnte que se le atribuye al momento del nacimiento de su hijo queda indudablemente desmentida por el hecho de habersele concedido por resolución de abril de 2010 la permanencia definitiva, lo cual supone además haber demostrado tener ingresos y desarrollar una actividad para mantenerse en el país”.

En otro orden, la valoración de haberse concedido a la reclamante la permanencia definitiva con posterioridad al nacimiento del hijo, como un hecho que, conforme a la premisa normativa, permite presumir el ánimo de residencia, puede ser refutado, como ocurre en los votos disidentes, puesto que la determinación de la calidad de transeúnte (de los padres), debe ser determinada al momento del nacimiento del niño o niña.

En general, es posible concluir que en los fallos de reclamación de nacionalidad analizados, hay cabida para una mayor justificación de las premisas fácticas que se consideran en la decisión.

Respecto de la justificación externa de las premisas normativas, señalaremos que la Corte atribuye un significado al enunciado normativo *extranjero transeúnte*, y para ello, recurre a un argumento interpretativo de carácter lingüístico, entendido como aquel en que se realiza un análisis de las normas como fragmentos de discurso, desde el punto de vista sintáctico y semántico.³⁴

Si bien la atribución de significado a la expresión de *extranjero transeúnte* podría realizarse recurriendo a la dogmática, lo cierto es que en este caso, tal posibilidad resulta difícil de desarrollar, más aún, en relación con el criterio administrativo restrictivo utilizado en el último tiempo.

³³ Sentencia Corte Suprema 15 de septiembre de 1955, *Muñoz con Corte de Apelaciones de Valparaíso*, (Queja) p. 41, considerando primero. En GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista chilena de derecho*, Abril 2006, vol. 33 n°1 p. 93-107.

³⁴CARBONELL, ref.30.

Al no encontrar una definición en el uso común, ni corresponder éste a un término definido por el legislador, la Corte debe acudir al uso técnico de la palabra *transeúnte*, para su debida conceptualización. Dicha significación se considera un pilar esencial para discernir entre transeúntes y domiciliados.

De acuerdo al criterio de justificación que toma como relevante la finalidad, algunos autores señalan que tales conceptualizaciones pueden ser *informativas (lexicográfica)*, cuando se pretende informar acerca de cómo la gente en general o alguien en particular usa la palabra, o *estipulativas*, cuando el objetivo es prescribir o recomendar cierto uso de un término.³⁵

Debido a que la Corte distingue entre *transeúnte* y *domiciliado*, recurriendo al diccionario, podremos sostener que, en principio, se trataría en este caso de una definición informativa. Sin embargo, ciertos autores sitúan a la Real Academia Española como formuladora de definiciones estipulativas, puesto que, a su juicio, *no se limitan a describir usos lingüísticos, sino que tratan de normarlos*³⁶.

En suma, la conceptualización del elemento central utilizado para el reconocimiento o desconocimiento de la nacionalidad (*transeúnte*), se obtiene a través de una argumentación lingüística, para luego continuar el desarrollo de la sentencia utilizando los elementos que la misma ley otorga para fundar la distinción y así descartar la condición de *transeúnte* al extranjero padre o madre del menor a quien se desconoció la nacionalidad.

Para la utilización de la argumentación lingüística mediante el uso gramatical de las palabras, es la propia ley quien la faculta (arts. 19 inc.1º, art. 20, y art.21 CC.).

Así, citando normalmente el artículo 20 del Código Civil, la Corte advierte:

“Que de las situaciones de excepción que contempla la norma recién citada, se atribuyó a Xamira Salomé Almarales Orjuela ser hija de extranjeros transeúntes, calificación ésta que por no estar definida en la ley obliga a entenderla, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 20 del Código Civil, en su sentido natural y obvio. Sobre el particular, el Diccionario de la Real Academia atribuye al término “transeúnte” el significado de “el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio”.³⁷

De otra parte, Wróblewski define ciertas directivas lingüísticas, que encaminan el argumento del mismo nombre. Entre éstos, el razonamiento consecuencialista podría ser incorporado en la jurisprudencia analizada, pues no se advierte en ella argumentos que tomen en consideración las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica, como una razón para apoyar o rechazar dicha decisión. Se trata de consecuencias que pueden ocurrir en el mismo

³⁵ NINO, Carlos. Introducción al análisis del derecho, ed. Ariel, Buenos Aires, 2007, p. 254.

³⁶ NINO, ref. 33, p. 255.

³⁷ Considerando cuarto sentencia Corte Suprema Rol 7. 580-2012, ref.11.

ordenamiento jurídico o fuera de éste, como aquellas de carácter social, económico o político.³⁸

Como una consecuencia dentro del ordenamiento jurídico, podría relevarse aquella que contribuye a entregar seguridad jurídica respecto al tratamiento de la nacionalidad y que se confirma por la uniformidad en el razonamiento de las sentencias.

Podrían igualmente destacarse las consecuencias sociales de una decisión que reconoce el derecho a la nacionalidad chilena de esos niños y niñas y con ello podría la Corte realizar un balance de tales consecuencias, o en otras palabras, de justificación del carácter valioso de los elementos extrajurídicos que se derivan del otorgamiento de la nacionalidad como un derecho fundamental.

B. Hacia un reforzamiento de la idea de nacionalidad como un derecho fundamental.

Como lo mencionáramos anteriormente, el reconocimiento jurisprudencial de la nacionalidad como derecho esencial se advierte a partir del año 2012, incorporando la Corte en sus sentencias, desde ese momento, premisas normativas del derecho internacional de los derechos humanos en tal sentido.

La Corte Suprema, al señalar que la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, ha fijado el más alto estándar en su reconocimiento.

Si bien las sentencias analizadas efectúan una remisión a las normas de derecho internacional más importantes que lo fundamentan, es posible reconocer la existencia de otros argumentos que permitirían fortalecer este criterio, de manera de asentar en la jurisprudencia, una declaración sólida de la nacionalidad, como derecho humano y de las obligaciones que ello conlleva para el Estado chileno.

En el ámbito internacional, se reconoce que cada Estado es soberano para determinar el régimen de nacionalidad en su sistema jurídico. Sin perjuicio de ello, este principio - propio de un concepto clásico de democracia-, ha evolucionado en el tiempo, reconociéndose también ciertos límites a esta competencia, donde el Estado tiene un deber de reconocer la nacionalidad y por consiguiente, existe un derecho fundamental, a la nacionalidad.³⁹

³⁸ CARBONELL, ref. 30.

³⁹ Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 35 y sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, 8 de septiembre 2005, párrafo 138.

Los siguientes instrumentos internacionales, todos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, establecen un importante marco regulatorio al respecto:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15 señala que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad, y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”

En la misma línea y tal como ya lo ha manifestado la Corte Suprema en sus decisiones, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 20 reconoce que “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad o de su derecho a cambiarla.”

En consecuencia el principio de *ius soli* adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o estatus legal de los padres y cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de los niños y niñas contradice dicho principio.⁴⁰

Por su parte, el artículo 19 de la Convención Americana dispone 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.”

En virtud de esta norma, es posible sostener que existe una obligación para el Estado de adoptar las medidas necesarias, que tomen en cuenta el interés superior del niño y aseguren la protección de sus derechos. El argumento, fundado en la condición migratoria irregular de los padres, por el que se desconoce la nacionalidad chilena y se mantiene a un grupo de niños en un estado de vulnerabilidad legal –pues requieren de un permiso para residir en el país- y muchas veces social y económica, ya que de no contar con el permiso de residencia se les podrá negar el acceso a la salud y educación, constituye una vulneración a lo dispuesto por la Convención.⁴¹

El artículo 24 de la misma Convención dispone – al igual que la CPR- que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

En la interpretación de esta norma, se ha señalado que la creación y aplicación de regulaciones de carácter administrativo– como ocurre con las dictadas por el Departamento de Extranjería y Migración y el Registro Civil–resultan claramente discriminatorias en lo que respecta a la igual protección de la ley, estableciendo diferencias carentes de fundamento, para no inscribir a ciertos niños y niñas que al igual que otros, han nacido en territorio chileno.⁴²

⁴⁰ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 11, ref. 38.

⁴¹ En este sentido razona la Corte IDH en sentencia *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 110 y 115, ref.38.

⁴²Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana* párrafo 117, ref.38.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 24 N° 2 que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. En el N° 3 señala, que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Por su parte, la Convención de Derechos del niño, en su artículo 7 señala, de igual manera, el deber que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y que tendrá derecho desde que nace un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Al igual que en la Convención Americana, no se trata de una sola declaración de los derechos, sino que se impone una obligación a su respecto, a los estados signatarios:

Así, en el numeral 2 del artículo 7 se establece que 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.

El artículo 8 de la Convención es igualmente preciso en cuanto al deber de cada país de establecer los mecanismos necesarios de asistencia y protección, para restablecer los derechos vulnerados, señalando así: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad. Los Estados deberán prestar asistencia y protección apropiadas para restablecer su identidad."

En este escenario, es particularmente importante el recurso de reclamación de nacionalidad, pues a falta de una acción que permita revisar la decisión de la autoridad administrativa, por parte de un tribunal de primera instancia, el recurso consagrado en la CPR se constituye en la vía por la que el Estado da cumplimiento a su obligación de protección y restablecimiento del derecho a la nacionalidad, para aquellos a quienes les ha sido vulnerado, particularmente cuando se trata de niños y niñas.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH- en el caso de *las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*⁴³ resulta muy importante de considerar, pues se refiere a una situación similar a lo que ocurre en Chile. En efecto, las autoridades del Registro Civil negaron a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico la inscripción en el Registro de Nacimientos y la consecuente emisión de sus actas, a pesar de haber nacido en el territorio del Estado y que la Constitución de República Dominicana estableciera el principio del *ius soli* para determinar quienes son sus nacionales, pues sus padres se encontraban en situación de ilegalidad.

⁴³Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, ref.38.

El artículo 11 de la Constitución de República Dominicana –al igual que la chilena– establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son titulares de la nacionalidad, exceptuándose a los hijos de personas en representación diplomática o en tránsito en el país.

La Corte IDH señala al respecto, que:

“La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.”⁴⁴

Igualmente, sostiene que existe una restricción permanente de la competencia del Estado para determinar la nacionalidad, en orden a restringir la discrecionalidad de la autoridad al respecto, a fin de evitar arbitrariedades, que atentan contra la igualdad ante la ley que todo Estado debe garantizar a quienes habitan en él, así como prevenir y reducir situaciones de apatridia.⁴⁵

En efecto, la nacionalidad es un derecho que todos los Estados tienen la obligación de garantizar “a todos sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.”⁴⁶

Y es en razón del deber de otorgar protección igualitaria y efectiva de la ley, que los Estados “...deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos...”⁴⁷

“[L]a Corte considera que los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser establecidos con anterioridad, de forma objetiva y clara por la autoridad competente. En el mismo sentido, la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios.”⁴⁸

Finalmente se sostiene, que la inscripción de los niños y niñas como hijos de extranjeros transeúntes es improcedente, pues no se debe atribuir ni sancionar a ellos por la condición de sus padres.

⁴⁴ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 139, ref. 38.

⁴⁵ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 140, ref.38.

⁴⁶ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 155, ref.38.

⁴⁷ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 141, ref.38.

⁴⁸ Sentencia CIDH *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 191, ref.38.

La sentencia, señala expresamente que la calidad migratoria de los padres no puede alcanzar a sus hijos/as pues "... si bien es cierto, que los padres del menor viven en el país en un estado de ilegalidad, no menos cierto es que dicho estado de ilegalidad no puede, en modo alguno afectar a los menores, quienes pueden beneficiarse de la nacionalidad dominicana con sólo demostrar que han nacido en el territorio dominicano, y que sus padres no están cumpliendo función diplomática en el país ni están de tránsito en él."⁴⁹

En la doctrina nacional, también es posible encontrar posiciones que dan un tratamiento similar al concepto de nacionalidad:

Así, se sostiene que, el que la nacionalidad sea reconocida a quien la reclame, por el sólo ministerio de la Constitución, es producto del entendimiento de la nacionalidad como un derecho fundamental. En efecto, la declaración "son chilenos", tiene por finalidad que la persona sea chilena por el solo ministerio de la Constitución, bastando con que ella se encuentre en alguna de las situaciones, de hecho o de derecho, previstas en el artículo 10 para que se la considere nacional de Chile o para que tenga derecho a que la nacionalidad se le reconozca sin más trámite.⁵⁰

Igualmente, se ha hecho notar la importancia inherente de la nacionalidad como elemento principal del ser humano en su realización social, de tal modo que, para la persona, el vínculo jurídico que implica la nacionalidad nace como una necesidad natural.⁵¹

En síntesis, la multiplicidad de normas y jurisprudencia internacional, dan cuenta de la importancia del derecho a la nacionalidad y del correspondiente registro del nacimiento, que como se sostiene, "[E]s el umbral a la aplicación de otros derechos, muy limitado para la importancia vital que tiene. En realidad, va mucho más allá del cabal cumplimiento del derecho civil de la persona y más allá de un requisito indispensable para procesos electorales. Es el umbral a la efectiva aplicación de un sistema de protección integral de derechos del niño y el umbral a un sistema democrático, incluyente y garante de todos los derechos de todos sus habitantes."⁵²

⁴⁹ Sentencia CIDH *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párrafo 154, ref.38. (haciendo suyos los fundamentos de una sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional).

⁵⁰ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La Nacionalidad en la Constitución. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII, diciembre 2001, pp. 175-190.

⁵¹ GAETE MONTIEL, G. *La Nacionalidad y Acción de reclamación por pérdida o desconocimiento contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política de 1980 con la reforma del año 2005 introducida por la ley N° 20.050*. p. 17

⁵² ORTIZ. *Hacia el registro de nacimiento gratuito, universal y oportuno de todos los niños y niñas de América Latina y Caribe para el año 2015: situación retos y oportunidades*. Citada en, UMAÑA, Irene. *La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias. Una revisión de los casos presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009.

4. Conclusiones.

El reconocimiento permanente efectuado por la Corte Suprema, de la nacionalidad chilena para los hijos de extranjeros a quienes se les ha desconocido tal derecho, en atención a la condición migratoria irregular de sus padres, ha contrarrestado el criterio e interpretación restrictiva, efectuada por la administración, de la norma constitucional de adquisición de ésta por el *ius soli*.

La no inclusión de estos niños y niñas dentro del concepto de hijo de extranjero transeúnte se encuentra fundado, en las sentencias analizadas, en lo dispuesto en el ordenamiento interno e internacional y acorde con lo resuelto sobre la misma materia, por tribunales internacionales, particularmente por la Corte IDH.

Al identificar los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte es posible observar una adecuada y ajustada justificación de cada uno de ellos y una inclusión progresiva del reconocimiento de la nacionalidad, como derecho fundamental. Sin perjuicio de lo anterior, existe espacio para la incorporación de otros fundamentos y consideraciones tendientes a fortalecer la jurisprudencia que sobre la materia ha venido exponiéndose.

5. Bibliografía

CARBONELL, Flavia. *Apuntes de clase Argumentación y Análisis jurisprudencial*, en curso de Teoría General del Derecho, año 2012.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: La Nacionalidad en la Constitución, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII, diciembre 2001, pp. 175-190. [en línea]. ISSN 0718-0950. Disponible en:

http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000200012&script=sci_arttext

GAETE MONTIEL, Gastón. *La Nacionalidad y Acción de reclamación por pérdida o desconocimiento contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política de 1980 con la reforma del año 2005 introducida por la ley N° 20.050*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2012. [en línea]. Disponible en:

http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112830/de-gaete_g.pdf?sequence=1

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista chilena de derecho*, Abril 2006, vol. 33 n°1 p. 93-107. ISSN 0718-3437

MORALES, Diego. Hacia la definición de una agenda para la defensa y promoción constitucional de los derechos humanos de los migrantes. En GARGARELLA, Roberto (coord.) *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires. Siglo veintiuno Editores, 2011, P.118-127. ISBN 978-987-629-180-4.

NINO, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Ed. Ariel, Buenos Aires, 2007, 504 p. ISBN 9788434409781.

ORTIZ, Rosa María. *Hacia el registro de nacimiento gratuito, universal y oportuno de todos los niños y niñas de América Latina y Caribe para el año 2015: situación retos y oportunidades*. Miembro del Comité Derechos del Niño de Naciones Unidas. Paraguay. 1º Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento. 28 al 30 de Agosto, 2007. Asunción, Paraguay.

UMAÑA, Irene. *La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias. Una revisión de los casos presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26566.pdf>

WRÓBLEWSKI, J. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, *Rechtsstheorie*, 14,5 1974, pp. 33-46.

Jurisprudencia Citada

Muñoz con Corte de Apelaciones de Valparaíso (1955) Corte Suprema 15 septiembre 1955 (Recurso de Queja). *Revista chilena de derecho*, Abril 2006, vol. 33 n°1 p. 93-107.

Mery Gamarra Palma con Servicio de Registro Civil e Identificación (Rol 8.808-2010). Corte Suprema 15 de marzo 2011. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

Farah El Husein con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 3.255-2012). Corte Suprema 22 agosto 2012. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

Cristopher Fabián Cantero Bernia con Servicio de Registro Civil e Identificación (Rol 300-2013). Corte Suprema 29 abril 2013. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

Ernesto Almarales Rivero con Servicio de Registro Civil e Identificación (Rol 7.580-2012) Corte Suprema 22 enero 2013. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

Margarita Quenta Ticona con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 8.008-2012). Corte Suprema 11 marzo 2013. (Recurso de reclamación de Nacionalidad).

Melissa Angélica Rupay Chávez con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 5.482-2013). Corte Suprema 26 noviembre 2013. (Recurso de reclamación de Nacionalidad).

Pascuala Retuerto Goñi con Servicio de Registro Civil e Identificación (Rol 9.168-2012). Corte Suprema 11 marzo 2013. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

Jorge Luis Mendives Pastor con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 12.551-2013). Corte Suprema 7 marzo 2014. (Recurso de Reclamación de nacionalidad).

Noemí Marianela Meza Goñi con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 9.422-2013). Corte Suprema 6 enero 2014. (Recurso de reclamación de nacionalidad).

René Choque Acho con Servicio de Registro Civil e Identificación, (Rol 10.897). Corte Suprema 14 enero 2014. (Recurso de reclamación de nacionalidad).