



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

Apatridía y Tráfico Ilícito de Migrantes: ¿Son excepciones al Derecho de Acceso a la
Justicia en nuestro país?
Análisis, respuestas y desafíos

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

CHRISLIE ANDREA FERNÁNDEZ VEGA
FREDDY MOISÉS HENRÍQUEZ CELEDÓN

PROFESOR GUÍA: MARCELO EDUARDO CHANDÍA PEÑA

Santiago, Chile

2015

Por ser personas únicas y maravillosas, que me han acompañado desde siempre en mi vida: A Silvia y René. Mis padres. Gracias por enseñarme que significa el amor. Por instruirme con su ejemplo el respeto, la constancia y el valor.

A mis hermanas Caty y Yenny, por su apoyo constante.

Y a mis sobrinos por ser una luz en mi vida.

Las flores florecen aunque nadie las vea, decía Ingrid, palabras que abrigan una hermosa verdad; Crecemos incluso en la oscuridad más penetrante y en la soledad más fría. Gracias hermana por tu sabiduría. Gracias Papá Juan por tu esfuerzo impecable, Gracias Mamá Leonor por tu amor impecable, Gracias Teresita por tu incondicionalidad impecable, Gracias Juanato por tu silencio impecable. Gracias José por tus conjeturas impecables, Gracias Renato Nicanor por tu sonrisa impecable, Gracias a la familia que me ha acompañado en esta vida y a aquellos que orgullosamente he llamado “amigo”, “amiga”. De todos he aprendido a ser quien soy, les estaré por siempre agradecido.

Agradecemos la colaboración del equipo de profesionales de la Oficina Especializada de Derechos Humanos, de la Corporación de Asistencia Jurídica, luz de esperanza para los problemas humanos más complejos de lidiar.

De igual modo, y de forma encarecida, el apoyo y la inteligencia de don Marcelo Chandía Peña, profesor asistente del departamento de Derecho Procesal, y guía de este trabajo.

ABREVIATURAS

CAJ	Corporación de Asistencia Judicial.
CDN	Convención Derechos del Niño
CELADE	Centro Latinoamericano de Desarrollo Empresarial
CIDH	Comité Interamericano de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR	Constitución Política de la República.
CS	Corte Suprema
DEM	Dirección de Extranjería y Migración
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
LECH	Ley de Extranjería Chilena
LTF	Ley Tribunales de Familia
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
SCA	Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia Corte Suprema
SRCel	Servicio de Registro Civil e Identificación
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

ÍNDICE

Contenido

ABREVIATURAS	5
ÍNDICE	6
RESUMEN.....	14
INTRODUCCIÓN.....	16
Capítulo I. ACCESO A LA JUSTICIA E INMIGRANTES, ¿FÓRMULA INQUIETANTE? 22	
1. Consideraciones Preliminares.....	22
1.1. Aproximación conceptual a los paradigmas: Acceso a la justicia e Inmigración. 24	
2. Acceso a la Justicia. Enfoque y relevancia.....	26
2.1. Delimitación conceptual sobre el Acceso a la Justicia.	28
2.1.1. Definición de Acceso a la Justicia.	30
2.1.2. El Acceso a la Justicia como un Derecho Fundamental.	32
2.1.3. El Acceso a la Justicia como Derecho Humano.	33
2.2. Acceso a la Justicia. De sus principios, supuestos y componentes.....	34
2.2.1. Principios del Acceso a la Justicia.....	35
A. Reconocimiento y respeto de la diversidad cultural y jurídica.....	35
B. Reconocimiento versus negación de justicia tradicional.....	35
C. Participación y no exclusión.....	36
D. Desformalización.....	36
E. Transparencia versus el oscurantismo.....	36
F. Igualdad.....	36
G. Proximidad.....	36
H. Servicio Público.....	37
I. Diversificación versus univocidad.....	37
J. Integralidad.....	37

K.	Gratuidad.....	37
L.	Descentralización.....	38
M.	Imparcialidad.....	38
N.	Efectiva tutela.....	38
2.2.2.	Supuestos del Acceso a la Justicia.....	38
A.	Transparencia.....	38
B.	Cambio cultural de los operadores del sistema.....	38
C.	Participación y Democracia: Reconocimiento de todos los actores fundamentales. Coordinación entre colectivos, organización y colaboración internacional.....	39
D.	Institucionalidad: Servicios profesionalizados, de calidad e independencia. 40	
E.	Capacitación a los operadores.....	40
F.	Fiscalización y evaluación permanente.....	40
G.	Reconocimiento de la Justicia indígena.....	40
H.	Concepción del Acceso a la Justicia dentro de los Derechos Humanos.....	41
2.2.3.	Componentes del Acceso a la Justicia.....	41
A.	Prevención: Alerta temprana.....	41
B.	Información u orientación: Decisión informada del ciudadano.....	41
C.	El Empoderamiento.....	41
D.	Facilitación de acuerdos: Protagonismos, diversificación, abrir el abanico.....	41
E.	Acercamiento de la justicia formal.....	41
F.	Monitoreo constante.....	42
2.3.	El Debido Proceso. Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.....	42
2.4.	Derecho a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses. Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.....	45
2.5.	Igualdad ante la ley y no discriminación. Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.....	47
2.6.	Barreras para el acceso a la justicia.....	49
2.6.1.	Barreras financieras.....	51
2.6.2.	El tiempo.....	51
2.6.3.	Legislación sustantiva y adjetiva defectuosa o insuficiente.....	51

2.6.4.	Deficiencias en la organización de los tribunales y otros órganos de resolución de conflictos.....	52
2.6.5.	Barreras culturales.....	52
2.6.6.	Renuncia a utilizar la ley.....	53
A.	Vivir en la ilegalidad.....	53
B.	Desconfianza de la ley.....	54
C.	El lenguaje extraño de la ley.....	54
D.	Formalidades y falta de poder.....	54
2.6.7.	Acceso a información y capacitación legal.....	54
2.6.8.	Representación legal inadecuada.....	54
2.6.9.	La justicia tardía equivale a una denegación de justicia.....	55
2.7.	Acceso a la justicia y personas vulnerables.....	55
3.	Inmigración: Enfoque y relevancia.....	58
3.1.	Emigración e Inmigración, dos caras de una misma moneda.....	59
3.2.	Inmigración en Chile.....	64
3.3.	Saldo Migratorio.....	67
3.4.	Marco Jurídico en materia Migratoria. Consideraciones.....	69
3.4.1.	La Constitución Política de la República informa sobre derechos a los inmigrantes.....	70
3.4.2.	Decreto Ley 1.094 o Ley de Extranjería: Pervivencia de criterios de seguridad interna del Estado y selectividad del migrante.....	71
3.4.3.	Mecanismos de protección atinentes a la migración, en el Derecho Interno. 73	
A.	Oficio Circular N° 1.179 de enero 2003 del Departamento de Extranjería y Migración y Oficio ORD. A 14 N° 3.229 de junio 2008 del Ministerio de Salud.	76
B.	Circular N° 07/1008 (1531).....	76
C.	Oficio Circular N° 1.179 de enero 2003 del Departamento de Extranjería y Migración y Oficio ORD. A 14 N° 3.229 de junio 2008 del Ministerio de Salud. Acción Especial de Protección de la Maternidad.....	76
D.	Resolución Exenta N° 1.914 de marzo de 2008. Convenio facilita el Acceso al Sistema Público de Salud de niños y adolescentes.....	77
3.4.4.	Mecanismos de protección atinentes a la migración, desde el Derecho	

Internacional.	77
3.5. Condición de vulnerabilidad del Inmigrante. Distinción entre regularidad e irregularidad Migratoria.	79
Capítulo II. ¿ESTÁ ASEGURADA LA TUTELA JURIDISCCIONAL A LOS “HIJOS DE EXTRANJEROS TRANSEÚNTES” EN CHILE? CASO APATRIDÍA.....	82
1. Consideraciones preliminares, especialmente sobre el caso investigado.....	82
2. Derecho a la Nacionalidad.	84
2.1. Concepto y características.....	84
2.2. Relevancia.....	87
2.3. Manifestación Nacional.....	88
2.4. Manifestación Internacional.	91
A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	92
B. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.	92
C. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.	92
D. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	92
E. Convención de los Derechos del Niño.....	93
2.4.1. Sobre su relevancia Internacional, basada en características del mismo derecho.93	
3. Apatridía.	95
3.1. Apatridía en Chile.	97
3.2. El concepto de “hijo de extranjero transeúnte”.....	97
3.2.1. Concepto administrativo de Hijo de extranjero transeúnte.	98
3.2.2. Concepto de Hijo de extranjero transeúnte según la Jurisprudencia de la Corte Suprema.	101
A. Sentencia de fecha 28 de diciembre 2009. Causa Rol N° 6073-2009.	102
B. Sentencia de fecha 22 de agosto de 2012. Causa Rol N° 3255-2012.	104
C. Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013. Causa Rol N° 4108-2013.	
106	
4. Reclamación por pérdida o desconocimiento de Nacionalidad ante la Excelentísima Corte Suprema.	109
4.1. Características.....	110
A. Procede contra actos o resoluciones de índole administrativo.	110

B.	Naturaleza jurídica.....	111
C.	Causales.....	112
C.1.	Acto o resolución de naturaleza administrativa priva a un sujeto de su nacionalidad chilena.....	112
C.2.	Acto o resolución de naturaleza administrativa desconozca a un sujeto su nacionalidad chilena.....	112
4.2.	Aspectos procesales.....	113
A.	Tribunal competente.....	113
B.	Plazo.....	115
C.	Comparecencia.....	116
D.	Legitimación activa.....	117
E.	Legitimación pasiva.....	118
F.	Efectos.....	118
F.1.	Efectos Procesales.....	118
F.2.	Efectos de la sentencia favorable.....	120
G.	Procedimiento.....	121
H.	Recursos.....	122
I.	Cosa juzgada.....	123
4.3.	Escrutinio sobre los aspectos procesales de la Reclamación Constitucional a la luz del Acceso a la Justicia.....	123
4.3.1.	Principios defraudados.....	124
A.	Participación y no exclusión.....	124
B.	Igualdad y Proximidad.....	124
C.	Diversidad.....	124
D.	Descentralización.....	125
E.	Efectiva tutela.....	125
4.3.2.	Supuestos defraudados.....	125
A.	Participación y Democracia.....	125
B.	Institucionalidad.....	126
4.3.3.	Componentes defraudados.....	127
A.	Información u orientación, y empoderamiento.....	127
B.	Acercamiento de la justicia formal.....	127

4.3.4.	Derechos defraudados; Tutela Judicial Efectiva de Derechos e Intereses, e Igualdad ante la Ley.....	127
5.	Mecanismo jurisdiccional alternativo.....	130
5.1.	Planteamiento del caso.....	130
5.2.	Tribunales de Familia.....	134
5.3.	Estructura orgánica, organización y competencia.....	135
5.4.	Principios del Procedimiento.....	140
5.4.1.	Oralidad.....	141
5.4.2.	Concentración.....	142
5.4.3.	Inmediación.....	142
5.4.4.	Actuación de oficio.....	142
5.4.5.	Colaboración.....	143
5.4.6.	Publicidad.....	143
5.4.7.	Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.....	143
5.4.8.	Procedimientos, especialmente sobre la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.....	145
A.	Características.....	146
B.	Tramitación.....	147
6.	Reflexión: ¿Existe afectación del derecho de Acceso a la Justicia en el caso investigado? Conveniencia de la propuesta.....	149
6.1.	Estadística.....	151
6.1.1.	Análisis de los resultados estadísticos.....	153
6.2.	Respuesta sobre la conveniencia de la propuesta y la afectación del derecho de Acceso a la Justicia.....	154
Capítulo III. DESENCADENAMIENTO DE LOS PROCESOS, ¿QUÉ OCURRE CUANDO SON INCOMPATIBLES? CASO TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES.....		
1.	Consideraciones preliminares, especialmente sobre el caso investigado.....	157
1.1.	Precisiones: Sobre las consecuencias de la condición migratoria irregular..	159
2.	Tráfico ilícito de Migrantes.....	163
2.1.	Consagración del delito en el Derecho Internacional.....	163
2.2.	Consagración del delito en el Derecho Interno.....	164
2.2.1.	Breve análisis sobre el delito en el ordenamiento jurídico nacional.....	165

3.	Desencadenamiento del Proceso Migratorio: Anacrónica Ley de Extranjería. ...	167
3.1.	Potestades del Ministerio del Interior, dentro del proceso migratorio. Contrapesos jurídicos.	168
3.2.	Características del Proceso Migratorio atingente: “La Expulsión”.	171
3.2.1.	Breve análisis sobre la naturaleza jurídica de la medida.	171
3.2.2.	Aspectos procesales de la medida de expulsión.	173
3.3.	Precisiones: ¿Es posible observar y/o exigir la garantía del debido proceso en el ámbito migratorio?	175
3.4.	Defensa Judicial ante la medida de Expulsión: El “Habeas Corpus” como vía efectiva de acceso a la justicia.	178
3.4.1.	Fundamentación de la Acción de Amparo: Observancia de la Ley N°19.880.	180
4.	Desencadenamiento del Proceso Penal: Nuevo Código Procesal Penal.	183
4.1.	Precisiones: Sobre la importancia y exigibilidad del Proceso y el Debido Proceso en el ámbito penal.	185
4.1.1.	El Debido Proceso, elementos mínimos.	186
4.2.	Fases del Proceso Penal.	188
4.3.	Principios del Proceso Penal.	189
4.3.1.	En Consideración a Instrumentos Internacionales.	189
A.	Principios o Garantías Jurídicas Políticas.	190
B.	Principios o Garantías Procesales.	190
C.	Principios o Garantías Procedimentales.	190
4.3.2.	En consideración al Código Procesal Penal.	191
4.4.	Sujetos Procesales e Intervinientes.	194
4.4.1.	Ministerio Público.	195
A.	Obligación genérica del Ministerio Público de adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas.	197
B.	Actividades del Ministerio Público en conjunto con la Policía en favor de las Víctimas.	199
4.4.2.	La Víctima.	202
5.	Reflexión: ¿Existe afectación del derecho de Acceso a la Justicia en el caso investigado?	204

5.1. Estadística.....	204
5.1.1. Análisis de los resultados estadísticos.....	206
5.2. Respuesta sobre la incompatibilidad de los procesos y la afectación del derecho de acceso a la justicia.	207
CONCLUSIÓN.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	224
ANEXOS	235

RESUMEN

El Derecho de Acceso a la Justicia en el caso de los Inmigrantes, ¿deviene en una realidad inquietante para el caso de Chile?

La forma de abordar la cuestión será mediante una aproximación al ejercicio de este derecho desde la óptica del Derecho Procesal, desarrollando para ello dos líneas de investigación, referentes a determinadas problemáticas que han afectado, y siguen afectando, a los extranjeros en Chile, cuales son el tráfico ilícito de migrantes y los apátridas.

En ese orden de ideas, el primer capítulo será el encargado de contextualizar al lector en lo que significa el derecho de acceso a la justicia, sumergiéndolo de lleno en el conjunto de principios, supuestos y componentes que lo integran, reconociendo las barreras que se interponen en su efectiva concreción social, pero también los derechos con lo que se encuentra íntimamente relacionado, tales como la igualdad ante la ley y el debido proceso, resultando difícil delimitar el campo de acción de uno respecto del otro. Además, el primer capítulo refiere sobre el fenómeno migratorio, principalmente desde la óptica nacional, es decir, caracterizado de acuerdo a las normativas que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las cuales ha imperado, con anacrónico criterio de nuestra realidad social, el Decreto Ley 1094 del año 1975.

En relación a los **apátridas**, capítulo segundo de la presente tesis, la problemática investigada consiste en que el Servicio de Registro Civil e Identificación -en virtud de criterios impuestos por el Departamento de Extranjería y Migración- no inscribe como chilenos a los hijos/as de personas migrantes que se encuentren en situación irregular, en consideración a la situación migratoria de los padres, confundiendo los conceptos de irregular con el de transeúnte, negando con ello, el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio. Esta situación deja a estos/as menores de edad en la más absoluta desprotección, calificándolos de hijos de extranjeros transeúntes en su certificado de nacimiento. La situación (aberración) descrita, no solo implica desconocer el principio emanado de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte

IDH, en virtud del cual la calidad migratoria de los padres no puede jamás alcanzar a sus hijos/as, sino que también genera la imposibilidad, de estos/as niños/as, de acceder a los servicios básicos establecidos para los nacionales, como la educación y la salud.

Producida la afectación del derecho (a la nacionalidad, o a ser nacional de este país), solo resta ejercer el mecanismo jurídico asegurado por la Constitución Política de la República, además de los asegurados por los Tratados Internacionales Ratificados por Chile, mediante el ejercicio del Derecho de Acceso a la Justicia. Dicho lo anterior, el análisis de esta problemática versará sobre la “suficiencia” de la acción constitucional de reclamación de nacionalidad ante la Excelentísima Corte Suprema, y la conveniencia de regular una vía alternativa desde el punto de vista del proceso jurisdiccional.

Si se encuentra o no asegurado el acceso a la justicia de los hijos “apátridas” de las personas migrantes, en virtud del único mecanismo procesal contemplado en la norma suprema, es una interrogante que será respondida en las siguientes líneas.

Por último, en relación a la investigación sobre el **Tráfico Ilícito de Migrantes**, desarrollado en el tercer capítulo, constaremos la pugna existente entre el Acceso a la Justicia (y la tutela efectiva de los derechos de los inmigrantes, víctimas de este delito, en el marco del proceso penal) y el tratamiento jurídico que hace de esta misma persona migrante el Decreto Ley 1094, al desencadenarse en su contra, dentro del marco del proceso migratorio, la medida de expulsión del país, reuniendo entonces, la persona migrante, el “estatus” de víctima de tráfico ilícito e infractora del Decreto Ley.

Principios básicos de protección a la víctima, potestades del Ministerio Público (en la investigación y persecución de hechos constitutivos de delitos), exigencia de un debido proceso dentro del proceso migratorio, serán algunas de las interrogantes que responde el capítulo final de esta tesis.

INTRODUCCIÓN

“Y verás cómo quieren en Chile, al amigo cuando es forastero (...)”

Chito Faró. “Si vas para Chile”. Vals.

En un mundo ‘globalizado’, con grandes consensos sobre principios y reglas de convivencia, la realidad da cuenta que el fenómeno de la migración ha alcanzado a estas alturas grados de intensidad y de universalidad tales, que llega a ser cierto que no existe país en el mundo que no experimente el ingreso de personas extranjeras. Entre otras derivaciones, ello trae consigo que el poder estatal para gestionar los movimientos migratorios no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, protegidos tanto por los ordenamientos internos como por los diversos instrumentos de Derecho Internacional¹. En efecto, la migración dejó de ser un asunto de exclusiva competencia doméstica de los Estados para convertirse en una materia que requiere de la cooperación internacional para abordarla efectivamente. La comunidad internacional y regional se ha dotado de varias iniciativas dirigidas a profundizar el debate sobre la migración internacional y consensuar cursos de acción.

En América Latina y el Caribe, el fenómeno migratorio tiene un rol importante en la configuración demográfica, en la dinámica económica, y en la caracterización social y cultural de los países. Según datos del Centro Latinoamericano de Desarrollo Empresarial (en adelante CELADE), durante el quinquenio 2005-2010 para la mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, el saldo migratorio fue negativo, es decir, el número de personas que emigraron fue mayor que el número de personas que inmigraron al país, afectando negativamente al volumen de la población. El caso de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil y República Bolivariana de Venezuela, este saldo

¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Caso Cuartel Borgoño. Sentencia de 9 de marzo de 2013. Rol 351-2013, considerando tercero.

migratorio se mantuvo equilibrado y por lo tanto, no afectó al volumen poblacional. Sólo en el caso de Chile, Costa Rica y Panamá el saldo migratorio fue positivo, por lo que su población crece por el efecto de la migración².

Si bien es cierto que los flujos de personas extranjeras que llegan a nuestro país son más numerosos que los chilenos que migran, dichos extranjeros que llegan a Chile se enfrentan a una institucionalidad que no está preparada para su llegada. Nuestro país no cuenta con un cuerpo normativo único, claro y accesible para todas las personas. Tampoco existe una política pública migratoria, sino acciones en las que el Estado, muy correctamente, ha reaccionado ante los problemas más urgentes que han afectado a poblaciones en riesgo –como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes en condición de irregularidad–, pero que no constituyen medidas programáticas.

Nuestro país carece de una política explícita en materia migratoria, reaccionando ante el fenómeno migratorio sobre la base normativa del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, el Decreto Supremo N° 597 de 1984, ambos dictados durante el Gobierno de facto del General Augusto Pinochet, y, adicionalmente, la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 27 de Abril de 1953.

Si bien existen ciertas modificaciones al conjunto de normas señaladas, se mantiene el sesgo de hostilidad patente con otras naciones, tributaria de la época de su dictación. No obstante, el Decreto Ley N° 1.094, dictado efectivamente en un período en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional, debe contrastarse a la luz del texto constitucional. Es decir, esa condición de titular del derecho a emigrar de su país que tiene todo extranjero y del derecho a inmigrar que posee el extranjero, estableciendo deberes correlativos en el Estado receptor, debemos verificarla en la preceptiva fundamental.

² MACHÍN ÁLVAREZ, Macarena. "Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural". Santiago, 2011, p. 10.

La Constitución Política identifica tres ámbitos para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, tanto genérica como específicamente ligado a cada derecho. El primer reconocimiento lo realiza la Carta Fundamental en el epígrafe del artículo 19 al disponer que *“la Constitución asegura a todas las personas”*. El segundo ámbito es aquel relativo a cómo se entiende la categoría de *“extranjero”* dentro del derecho de igualdad configurado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Y, finalmente, la titularidad específica del derecho involucrado la sostiene el texto constitucional al disponerlo, expresamente, en el artículo 19 N° 7, literal a), de la Constitución. Conjeturas que demuestran que los extranjeros son sujetos de derechos -fundamentales-.

Es así como dentro de los derechos de los extranjeros deberían considerarse el derecho a no ser discriminados, igualdad de derechos laborales, sociales y civiles con los nacionales, libre circulación, derecho a recurrir de las decisiones administrativas, *acceso a la justicia*, a comunicación con los representantes diplomáticos de sus países, entre otros. La expresión de los derechos de los extranjeros en el país será útil en la medida que, en el desarrollo de la legislación, se vean materializados a través de mecanismos eficaces para ejercerlos. Así pues, si se expone el derecho a no ser discriminado, en el desarrollo de la ley deberán establecerse los límites claros al ejercicio de la discrecionalidad y los recursos de que dispondrá el afectado para impugnar los actos administrativos del caso.

Ahora bien, en el caso de Chile observamos que la movilidad de flujos migratorios ha devenido en el surgimiento de determinadas problemáticas jurídicas antes no previstas por nuestro ordenamiento jurídico -caso del tráfico ilícito de migrantes-, o bien, causadas por interpretaciones erróneas de sus normas, por parte de determinados organismos públicos -caso apátrida-. Justamente, visualizar dichas problemáticas desde la óptica del Derecho Procesal es un objetivo central de esta investigación. Y específicamente, el Acceso a la Justicia -como principio esencial de todo sistema jurídico- será el encargado de explicar que todas las personas pueden ejercer sus derechos y dar solución a sus conflictos en forma eficiente y oportuna. Sin distinción entre nacionales y extranjeros.

En efecto, el Acceso a la Justicia consiste en brindar la posibilidad a todas las personas por igual, de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios de justicia cercanos a los usuarios, centrados en sus necesidades prioritarias, que reconozcan su protagonismo e incorporen a los sectores más vulnerables de la población entre sus beneficiarios. En virtud de tal, el sistema judicial, y el debido acceso a este, se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas, especialmente en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela. En efecto, las personas vulnerables encuentran mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos, por lo que los poderes públicos deben llevar a cabo una actuación más intensa para eliminar o mitigar dichas limitaciones.

Vulnerabilidad que alcanza a la persona migrante, pues deben sortear desde un comienzo diferentes obstáculos en la protección y garantía de sus derechos. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas, así como la ausencia de poder político, dificultan la relación de las personas migrantes con las autoridades estatales, incidiendo de manera negativa en el acceso a servicios y programas estatales. Ellas no sólo encuentran trabas para acceder a los programas y servicios a cargo del Estado, sino también para demandar la protección de las autoridades cuando son víctimas de delitos o de abusos.

Así las cosas, demostrar la efectividad del derecho de acceso a la justicia en Chile, al ser contrastado con los casos propuestos, se erige como otro objetivo central de este trabajo. Pues, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

La *Apatridía*, primer caso desarrollado en el capítulo segundo, observamos que el artículo 10 de la Constitución formula el principio del *ius soli*, en virtud de cual, como regla general, todas las personas nacidas dentro del territorio nacional tienen derecho

a acceder a la nacionalidad chilena, con excepción de los hijos de extranjeros transeúntes. El Registro Civil no inscribe como chilenos a los hijos/as de personas migrantes que se encuentren en situación irregular en consideración a la situación migratoria de los padres, confundiendo los conceptos de irregular con el de transeúnte, negando el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio. Conculcación que deriva en una privación mayor de derechos, de acuerdo a los efectos jurídicos de la falta de nacionalidad, que solo puede ser revertida mediante el recurso de reclamación de nacionalidad.

Sobre el mecanismo judicial, en tanto manifestación del Acceso a la Justicia, nos preguntamos, ¿de qué sirve que nuestra Constitución asegure que toda persona, sin excepción, pueda reclamar ante la Corte Suprema, si este mecanismo –por cierto único mecanismo judicial- no salvaguarda efectivamente el derecho transgredido? Desde la óptica del Derecho Procesal, ¿podría existir otra vía jurisdiccional más idónea y garantista, que se ajuste de mejor manera al contenido del acceso a la justicia, para estos niños, niñas y adolescentes apátridas?

Nos proponemos examinar la vía jurisdiccional existente para reclamar la nacionalidad en Chile, y la centralización que la caracteriza, y proponer una vía alternativa en sede judicial que se ajuste a los requerimientos del Acceso a la Justicia.

En virtud del *Tráfico Ilícito de Migrantes*, segundo caso desarrollado en el capítulo tercero, comprobaremos la pugna existente entre el acceso a la justicia, y la tutela efectiva de los derechos, de los inmigrantes, víctimas de este delito, -en el marco- del proceso penal, y el tratamiento jurídico que hace de esta misma persona migrante el Decreto Ley 1094, al desencadenarse en su contra la medida de expulsión respectiva, en el marco del proceso migratorio, reuniendo la persona migrante el “estatus” de víctima de tráfico ilícito e infractora del Decreto Ley.

En el mismo orden de ideas, nuestro Código Procesal Penal consagra como uno de sus principios básicos la protección a la víctima, tarea entregada específicamente al Ministerio Público en la investigación y persecución de hechos

constitutivos de delitos. Por lo tanto serán analizados sus facultades y atribuciones como interviniente y sujeto procesal. También será analizada la condición jurídica de víctima, en similares términos.

La investigación propuesta representa un gran desafío, pues converge el escrutinio público de diferentes ámbitos del saber, que en lo atingente desde la óptica del Derecho, es particularmente abundante. El Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos, el Constitucional, Administrativo, Penal, Familia, y por supuesto el Derecho Procesal, fijan límites difusos de competencia sobre la materia, existiendo más bien matices, de crítica, difusión y sinergia colaborativa. Las problemáticas que viven las personas migrantes será la realidad socio jurídica que nos proponemos mejorar.

Son parte de nuestra sociedad, desde sus inicios.

Por último, esperamos que nuestro aporte entregue, de modo especial, ciertas luces al forastero migrante que llega a Chile, sobre el cariño que “vive” intensamente en nuestro folclor, para él, y su familia.

Capítulo I. ACCESO A LA JUSTICIA E INMIGRANTES, ¿FÓRMULA INQUIETANTE?

1. Consideraciones Preliminares.

Podemos constatar que *“la preocupación por mejorar el acceso efectivo a la justicia es un problema moderno, en el sentido de que no data de más de un siglo y medio. Tomó mucho tiempo adquirir conciencia del problema de la justicia desigual. No fue identificado sino mucho después de que surgiera la idea de la igualdad ante la ley y de que fuera consagrada en las leyes y Constituciones de los países accidentales. Aunque los dispositivos legales que tratan de remediar la falta de acceso a la representación jurídica en juicio datan del siglo XIX, el movimiento de acceso a la justicia nace como tal en la segunda mitad del siglo XX, en la década de los 60, en los países industrializados de Occidente”*³

Movimiento de acceso a la justicia que en poco tiempo sembró y cosechó su sentido reivindicativo. Buena cuenta de ello es que, en el presente, *“toda sociedad para alcanzar la justicia y la equidad, y para garantizar la dignidad a todas las personas que la componen, no sólo debe reconocer formalmente y obligarse al respeto de los derechos fundamentales y humanos -básicos-, sino que debe desarrollar mecanismos que garanticen un efectivo conocimiento y ejercicio por parte de todos y cada uno de sus integrantes. El acceso a la justicia es, en tal sentido, un principio y condición esencial del Estado de Derecho, por cuanto todas las personas deben conocer y poder ejercer sus derechos, y asegurar que sus conflictos sean tratados y solucionados de manera eficaz y oportuna por un órgano jurisdiccional, predeterminado, independiente e imparcial. Alcanzar la justicia y garantizar la dignidad mediante el respeto de los derechos que son comunes a todo ser humano, requiere de la implementación de*

³ Los esfuerzos por definir que es justicia, en cambio, datan por lo menos de tiempos de Aristóteles, quien optó por no definirla, probablemente porque lo consideró imposible o inútil. Esos esfuerzos continúan, y, aunque no hay acuerdo sobre un único concepto de justicia, lo hay en que la justicia es un valor de fundamental importancia y en que la igualdad es un ingrediente importante de la justicia. Es además un hecho que las sociedades humanas se encuentran todavía lejos de alcanzar la justicia y que, además, las desigualdades sociales son muy pronunciadas y de difícil solución en la mayoría de las sociedades. CASAL, Jesús María; ROCHE, Carmen Luisa; RITCHTER, Jacqueline; CHACÓN HANSON, Alma. “Derechos Humanos, equidad y acceso a la justicia”, Caracas, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), 2005, p. 45.

*mecanismos efectivos para su debido conocimiento al momento de ejercitarlos, y por la persona que sea*⁴.

Se parte, entonces, del presupuesto que *“la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva”*, y se afirma que el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como *“el requisito más básico -el derecho humano más fundamental- en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”*⁵. Y como derecho humano más fundamental es reconocido a todas las personas, “sin distinción”.

Llevado lo anterior al plano nacional, desde hace más de una década el Estado de Chile se ha propuesto la modernización global de la administración de justicia. El punto de partida fue la reforma procesal penal del año 2000 que tuvo como eje central satisfacer las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución Política (en adelante CPR) y diversos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile. A la reforma procesal penal le siguieron la reforma a la justicia de familia y laboral, las cuales en su proceso de implementación no han estado exentas de dificultades. Ambas reformas, siguiendo la misma línea que la reforma procesal penal, tuvieron como propósito garantizar y acrecentar el acceso a la justicia a sectores tradicionalmente excluidos⁶.

En una sociedad con altos niveles de desigualdad como la chilena, el desarrollo de reformas procesales debe contemplar mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los grupos más desventajados. Toda reforma corre el riesgo de fracasar en el intento de proveer mejores niveles de acceso a la justicia si no se complementa con el

⁴ Es importante traer a colación que cuando se incorporan a la lista de los derechos humanos los derechos sociales y económicos, se impone la idea de que al Estado le corresponde desempeñar un papel activo para que estos derechos se hagan efectivos, a través de políticas y acciones dirigidas a asegurar el goce de ellos por todos los ciudadanos, especialmente por los pertenecientes a los grupos sociales de menores recursos. Comienza a surgir entonces también la preocupación por hacer efectiva la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan reclamar sus derechos individuales y sociales a través de los órganos encargados de hacer cumplir las normas que los consagran, por abrir a todos los ciudadanos las instituciones que sirven para el reclamo de los derechos, como una vía para hacerlos realmente. *Ibíd*em, p. 50.

⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: “El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). “Situación de los Derechos Humanos en Chile”. Informe Anual 2013, p. 56

desarrollo de los mecanismos que asuman la desigualdad material presente en la sociedad⁷.

Sentada la importancia del acceso a la justicia para la cohesión social, nos proponemos examinar un determinado grupo de personas como parte constitutiva de la sociedad chilena, los inmigrantes, y de cómo en los últimos años destacan por su acelerado crecimiento, dejando un consecuente saldo migratorio positivo⁸. Dicha movilidad de flujos migratorios ha devenido, en lo atingente a la presente investigación, en el surgimiento de problemáticas jurídicas antes no previstas por la normativa interna (caso del tráfico ilícito de migrantes), o bien, causadas por interpretaciones erróneas de las normas que la componen, por parte de determinados organismos públicos (caso apátrida). Dilemas que, según nuestro criterio, han puesto en tela de juicio el acceso a la justicia en Chile.

1.1. Aproximación conceptual a los paradigmas: Acceso a la justicia e Inmigración.

Si bien la Constitución Política de la República no contiene ninguna disposición explícita que reconozca de manera expresa el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia, este derecho puede considerarse implícito en el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagrado en el artículo 19 N° 3, y también ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En algunas ocasiones el Tribunal Constitucional (en adelante TC) se ha referido a él como el derecho de acceder al órgano jurisdiccional; también lo ha definido como el derecho fundamental al proceso, y en otras oportunidades lo ha equiparado a un derecho a la acción o a la tutela judicial⁹.

Por su parte, la inmigración es un fenómeno planetario antiquísimo que da y ha dado forma a las diferentes civilizaciones y sociedades. Un concepto íntegro de

⁷ Ibídem, p. 65

⁸ Para una mejor comprensión del concepto, ver título 3.3, de este capítulo, que recibe el mismo nombre.

⁹ INDH (2013), Óp. Cit., p. 61

Inmigración es dado por la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM), definiéndolo como *“el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica a otra, a través de fronteras administrativas o políticas, que desean establecerse definitiva o temporalmente, en un lugar distinto a su lugar de origen”*¹⁰. Dinámica planetaria respecto de la cual nuestro país no ha sido ajeno, pues la naturaleza abierta de nuestra economía, orientada a la reducción de las barreras arancelarias, promotora de la adopción amplia de tratados de libre comercio y con resultados que implican más de una veintena de acuerdos con 60 países, con accesibilidad a mercados potenciales de más de 4.200 millones de personas en todo el mundo¹¹, incita precisamente la movilidad de seres humanos.

Como natural consecuencia de dicha apertura y estabilidad económica, a la que podemos sumar la paz social imperante, Chile se ha posicionado en un lugar preferente para los extranjeros, que están dispuestos a sortear las vicisitudes que trae aparejada la incertidumbre de migrar. Sobre todo si *“a la ausencia de legislaciones adecuadas se suman prácticas institucionales y conductas discriminatorias, xenófobas y excluyentes en las sociedades de destino”*¹².

Así enunciada la cuestión, la inmigración y el impacto socio – jurídico que ha provocado en nuestro país es la “fracción de realidad” observada e investigada desde la óptica del derecho procesal, específicamente desde el acceso a la justicia referido. Inquietante, sostenemos, es la fórmula que pretenda conciliar ambos en el derecho nacional, teniendo a la vista los casos de apátrida y tráfico ilícito de migrantes, como quedará de manifiesto en los próximos capítulos.

En lo atingente al desarrollo de este primer capítulo, resulta fundamental sentar las respectivas bases teóricas para comprender el por qué deviene en problemática - jurídica- los casos de apátrida y tráfico ilícito de migrantes cuando intentamos armonizar tales con el derecho de acceso a la justicia en nuestro país. Principiamos

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea] <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>> [consulta: 09 diciembre 2014].

¹¹ www.direcon.cl, Dirección Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2014.

¹² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). “Situación de los Derechos Humanos en Chile”. Informe Anual 2012, p. 163.

entonces el capítulo con los diferentes matices jurídicos sobre Acceso a la Justicia y concluimos con los flujos migratorios, explicando su génesis histórica, pasando por la actual regulación migratoria, para llegar al reconocimiento de la condición de vulnerabilidad de los inmigrantes.

2. Acceso a la Justicia. Enfoque y relevancia.

Alexis de Tocqueville nos ilumina sobre la importancia del acceso a la justicia y/o del poder judicial para una sociedad, especialmente cuando se trata de garantizar a personas, o grupos de personas, “vulnerables”¹³ señalando que *“es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder de ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiados asilados para poder contar con la ayuda de sus semejantes”*¹⁴

El Acceso a la Justicia -principio esencial de todo sistema jurídico- implica que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y dar solución a sus conflictos en forma eficiente y oportuna. Ha sido difícil, sin embargo, cambiar la concepción estrictamente legalista y jurisdiccional del acceso a la justicia. La idea y práctica tradicional y vigente por mucho tiempo apuntó a entender el acceso a la justicia como acceso a los tribunales, circunscribiéndolo al solo ámbito judicial y causando que el tema sea sólo importante y tratado por algunos sectores especializados, y no como un tema central de importancia para toda la ciudadanía, para la confianza en la democracia y sus

¹³ Vulnerabilidad tributaria de los Inmigrantes. Para una mayor comprensión, ver título 3.5. de este mismo capítulo.

¹⁴ Cita recogida por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en “Democracia, jueces y control de la Administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 154.

instituciones¹⁵.

Actualmente la concepción predominante de este derecho es la denominada “enfoque de Acceso a la Justicia”. En virtud de tal, *“el sistema judicial, y el debido acceso a este, se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas, especialmente en condición de vulnerabilidad: poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela. En efecto, las personas vulnerables encuentran mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos, por lo que los poderes públicos deben llevar a cabo una actuación más intensa para eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”*¹⁶.

El reconocimiento de un derecho -cualquiera- por la norma jurídica carece de sentido si el Estado no configura un mecanismo que permita su aplicación efectiva, es decir, que posibilite su cumplimiento eficaz en caso de violación o desconocimiento: el sistema judicial asume un relevante papel en este ámbito, coadyuvando a la efectividad de los derechos reconocidos por la normativa legal. Efectivamente, frente a la violación de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico (conflicto) originada por la actuación de un particular o de una institución pública, el Estado debe ser capaz de dar protección al ciudadano titular del derecho, amparo que se realiza a través del otorgamiento a un órgano público de la facultad de resolver el conflicto mediante la aplicación de la Ley (función jurisdiccional o judicial). Como vemos, se trata de una función del Estado estrictamente necesaria tanto para evitar que las personas resuelvan el conflicto por su propia mano, facilitando la convivencia, como para proteger a los ciudadanos frente a los abusos de los poderes públicos; en definitiva, tutelar los derechos e intereses legítimos de las personas, así como controlar la acción

¹⁵ FORJA, ONG. “Acceso a la Justicia. Realidades-Tendencias y Propuestas”. Santiago, 2006, p. 17.

¹⁶ El especial interés por las personas o grupos vulnerables a quienes debería servir el acceso a la justicia, cobra toda su fuerza y sentido en el fortalecimiento que esta representa para la cohesión social de un país, lo que, en ningún caso indica, que sean estos los únicos beneficiados. ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA. Lineamientos para una guía de buenas práctica. Santiago 2007, p. 91.

de los gobernantes para garantizar su pleno sometimiento al Derecho.¹⁷

El enfoque de Acceso a la justicia reconoce los obstáculos que padecen los más vulnerables de la sociedad en el ejercicio de este derecho, propendiendo a la supresión de dichas barreras.

2.1. Delimitación conceptual sobre el Acceso a la Justicia.

Hay una diferencia fundamental entre reconocer la igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley estableciendo la aplicación uniforme de las normas que (de acuerdo con una ficción del derecho) se reputa conocida por todos, y establecer la obligación del Estado de proveer la asistencia jurídica con el objeto de asegurar que todos los habitantes conozcan sus derechos y puedan accionar los mecanismos institucionales existentes para asegurar su debido ejercicio. En esos términos, plantear el acceso a la justicia como garantía indispensable para el ejercicio libre de los derechos reconocidos por tratados internacionales, constituciones y leyes, y para el ejercicio mismo de la ciudadanía, requiere precisar el alcance del concepto, así como sus limitaciones. Obstáculos y estrategias para asegurarlo¹⁸.

En los países occidentales surgió una atención particular hacia lo que se denominaría el acceso a la justicia, la cual comenzó por el establecimiento de servicios o programas públicos dirigidos a satisfacer las necesidades de asistencia y representación jurídica de los más pobres, y después incluyó la previsión de mecanismos para la defensa de intereses difusos o colectivos. Más recientemente se impuso un enfoque del acceso a la justicia que ha colocado el énfasis no tanto en los requerimientos de representación o asistencia legal de los justiciables, es decir, en la entrada al sistema judicial, cuanto en la propia configuración y funcionamiento de este sistema, con todo lo que ello implica en cuanto a la revisión crítica de la organización

¹⁷ La relación aquí entre los “derechos” que puedan asistir a los inmigrantes cuando son víctimas de tráfico ilícito o perjudicados por la condición de apátrida de sus hijos, y los “mecanismos legales” franqueados por el ordenamiento jurídico para su plena protección, es directa, y clara manifestación del contenido efectivo de la garantía de acceso a la justicia -o sistema judicial.

¹⁸ BIRGIN, Haydée y GHERADI, Natalia (Coordinadoras), “La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales”. Colección Género, Derecho y Justicia. México, 2008, p. xiii.

judicial, de los procedimientos, de las acciones disponibles y de los métodos de resolución de conflictos. Tal consideración del sistema judicial conduce en muchos estudios a una visión del acceso a la justicia en la cual se da preferencia al análisis de las circunstancias de variada índole que se traducen en barreras para el acceso a la justicia de los pobres o de grupos sociales vulnerables, lo cual permite revisar críticamente estructuras judiciales que a menudo se orientan a la resolución de controversias preponderantes en estratos sociales medios y altos¹⁹.

En otras palabras, la evolución del concepto de Acceso a la Justicia radica en la correlativa evolución de su contenido, pudiendo identificar tres estadios de comprensión: (i) De asistencia y representación jurídica de los más pobres (y/o vulnerables); (ii) Mecanismos para la defensa jurídica de intereses difusos o colectivos; (iii) Enfoque de acceso a la justicia, es decir, análisis de las barreras para el acceso a la justicia de los grupos vulnerables de la sociedad.

Luego, a partir de las diferentes aproximaciones a la noción de acceso a la justicia puede establecerse una distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto de acceso a la justicia. De acuerdo con el primero, el acceso a la justicia es un derecho consistente en la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole previstos por el ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos o intereses o la resolución de conflictos, lo cual implica la posibilidad cierta de acudir ante las instancias facultadas para cumplir esta función y de hallar en éstas, mediante el procedimiento debido, una solución jurídica a la situación planteada. En un sentido estricto el acceso a la justicia es un derecho adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva, también llamado derecho a un juicio justo o al debido proceso, o derecho a la justicia o a la jurisdicción, consagrado en los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se contrae a la posibilidad efectiva de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses²⁰.

¹⁹ CASAL, y otras. (2005), Óp. Cit., p. 22.

²⁰ El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un "derecho" que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o intereses o para la resolución de conflictos. Las diferencias comienzan cuando se consideran aspectos como la naturaleza jurídica del propio acceso a la justicia -*derecho genérico vinculado o asociado a un*

A mayor abundamiento, acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento jurídico. Esta posibilidad requiere varias etapas. En primer lugar, es necesario reconocer la existencia de un problema. En segundo lugar, identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, identificar la persona (pública o privada) responsable de haberlo causado o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo, y sostener el proceso que fue consecuencia de la judicialización del problema con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso con la ayuda profesional necesaria, en su caso. Por último, una vez lograda la decisión judicial o administrativa, corresponderá hacer efectiva la resolución judicial o administrativa²¹.

En definitiva, la secuencia de circunstancias aludidas anteriormente, demuestran la complementariedad entre el sentido estricto y amplio del Acceso a la Justicia, desde un enfoque centrado en detectar los obstáculos al sistema judicial, respecto de ciertas personas.

2.1.1. Definición de Acceso a la Justicia.

Expuesta la ausencia de consagración explícita en la Carta Suprema, la doctrina ha definido el Acceso a la Justicia como el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta completa e imparcial²².

CAPELLETTI y GARTH reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a

conjunto de derechos humanos específicos, o derechos adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva o derecho a un juicio justo-, y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurarlo -para algunos un servicio público-, al igual que al determinar si el acceso a la justicia se refiere, además de a los tribunales, a órganos administrativos o a instancias encargadas de la resolución alternativa de conflictos. CASAL, y otras. (2005), Óp. Cit., p. 23

²¹ BIRGIN y GHERADI (2008), Óp. Cit., pp. 169-170.

²² ACCESO (2007), Óp. Cit., p. 96.

la justicia; *“En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos. En segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia. Desde este punto de vista, el acceso a la justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad, la protección de un derecho. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas”*²³.

El Acceso a la Justicia nos habla de brindar la posibilidad a todas las personas por igual, de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios de justicia cercanos a los usuarios, centrados en sus necesidades prioritarias, que reconozcan su protagonismo e incorporen a los sectores más vulnerables de la población entre sus beneficiarios. Por tal motivo, el Acceso a la justicia ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de Derecho: todos/as los/as ciudadanos/as deben poder conocer y ejercer sus derechos y además asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente. Además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos, la promoción de derechos y de mecanismos colaborativos de solución de controversias, donde participan variados actores sociales, del sector público y privado, constituyen áreas esenciales del Acceso a la Justicia²⁴.

Finalmente, podemos señalar que el tema de Acceso a la Justicia es un continuo, esto quiere decir por una parte que las personas puedan conocer sus derechos, puedan ingresar a la administración de justicia sin barreras, así como la posibilidad de mantener el proceso durante todo el tiempo que implique su tramitación hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia o decisión²⁵.

²³ CAPELLETTI y GARTH (1978).

²⁴ ACCESO (2007), Óp. Cit., pp. 49-50.

²⁵ *Ibíd*em, pp. 17-18.

2.1.2. El Acceso a la Justicia como un Derecho Fundamental.

En primer lugar, aclararemos que los derechos humanos son propios de la condición humana y, por tanto, “universales”. Los derechos fundamentales, en cambio, son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto (con la mayor o menor extensión que una sociedad quiera reconocer). Es decir, son derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado determinado. No son “creados” por el poder político, ni por la Constitución (que, si bien los propugna, no los crea)²⁶.

Es así como el acceso a la Justicia, como derecho fundamental, tiene un fundamento ético y valórico que arranca de la dignidad de todas las personas, lo que garantiza y exige la igualdad ante la ley y la no discriminación. El Estado tiene la obligación de reconocerlo y garantizarlo, lo que asoma, como natural contrapartida, al derecho del ciudadano de resolver sus conflictos por vías institucionales. Su impulso permite fortalecer las relaciones de convivencia, basados en los principios de dignidad y diversidad de todos los seres humanos²⁷.

Como se dijo, el acceso a la jurisdicción, constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva el cual tiene por objeto, entre otros, que el proceso sea eficaz. En este sentido, según juristas como Aguirrezabal Grünstein²⁸, se ha señalado que el *“principio de efectividad no es apenas una directiva para el legislador sino también un principio hermenéutico del Derecho vigente”*. Lo anterior encuentra consagración legislativa en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución chilena,

²⁶ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Ciudadano Global. OIT. Oficina Especializada de Derechos Humanos, CAJ. Instituto Católico Chileno de Migración. Libertades Públicas A.G. 2013. “Un Chile abierto”. Propuestas para una nueva ley de Migración, p. 19.

²⁷ El Acceso a la Justicia es un concepto complejo que implica repensar la idea y fin sociopolítico de la justicia, exige preguntarse el motivo por el cual existe. Su objetivo es construir relaciones pacíficas de convivencia al interior de los países y de la comunidad de naciones, y en este entramado de relaciones, la justicia pasa a ser un elemento central de gobierno, que permite la conformación y reforzamiento de la identidad social y democrática de un país. De allí que el concepto de justicia esté ligado indefectiblemente con el modelo de Estado que estamos construyendo y con el valor que se asigne a la comunidad, así como con la capacidad de reconocer a los seres humanos, como creadores de los derechos y obligaciones para convivir. *Ibíd*em, p. 15.

²⁸ INSTITUTO CHILENO DE DERECHO PROCESAL [en línea] <<http://www.ichdp.cl/tutela-judicial-efectiva-y-acceso-a-la-justicia>> [consulta: 15 marzo 2015].

que dispone que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. En definitiva, el derecho fundamental de acceso a la justicia lo podemos reconocer implícitamente en gran parte articulado del 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental.

2.1.3. El Acceso a la Justicia como Derecho Humano.

En el plano jurídico internacional, el derecho de acceso a la justicia está consagrado de forma genérica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el marco del sistema universal de derechos humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los artículos mencionados implican un mandato para los Estados de crear una institucionalidad que permita desarrollar y mantener mecanismos de protección de los derechos en el derecho interno. Dichos mecanismos, tanto judiciales como administrativos, son determinantes para el efectivo respeto y garantía de los derechos, especialmente de los grupos vulnerables²⁹.

En virtud de su dimensión normativa (explicada en título 2.1), el acceso a la justicia se relaciona, con otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos: el derecho a la tutela judicial³⁰, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la igualdad. Este conjunto de derechos tiene por objeto garantizar el

²⁹ INDH (2013), Óp. Cit., p. 61.

³⁰ El acceso a la justicia, además de garantizar el ejercicio de otros derechos, se encuentra conectado con un conjunto de derechos humanos. **Al respecto, el derecho que primera y fundamentalmente debe ser considerado es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o derecho a un juicio justo**, consagrado en los artículos XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) Aunque el tenor de cada una de estas disposiciones no es idéntica, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica, en esencia, la posibilidad real de acceder, en condiciones de igualdad, a un órgano jurisdiccional dotado de independencia e imparcialidad y cuya competencia haya sido establecida con anterioridad por la ley, facultado para pronunciarse con base en el Derecho y mediante un procedimiento que asegure ciertas garantías procesales, sobre las obligaciones civiles o de otro carácter de una persona, o sobre una acusación penal formulada en su contra (énfasis agregado). CASAL y otras (2005), Óp. Cit., p. 25.

acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado, independiente e imparcial³¹ que decida basándose en el derecho, tras un proceso que respete las garantías procesales, en un sistema que las prevea y donde el acceso sea garantizado a todas las personas, sin distinciones que no puedan ser justificadas con argumentos objetivos y razonables³².

Cabe señalar que en la medida en que el orden jurídico se asienta sobre los derechos humanos y es sensible a los requerimientos de los sectores más vulnerables, el acceso a la justicia repercute favorablemente en el disfrute efectivo de los derechos y libertades y en el pleno desenvolvimiento de la personalidad o ciudadanía de cada persona³³.

De tal modo, un aspecto importante en la justicia oficial de los países iberoamericanos han sido los procesos de ratificación de tratados de derechos humanos; la creación o fortalecimiento de mecanismos de protección de derechos fundamentales a nivel internacional, e internamente, a través de los recursos o acciones constitucionales como los recursos amparo y protección, o la acción de tutela en algunos países³⁴.

2.2. Acceso a la Justicia. De sus principios, supuestos y componentes.

En la reunión de expertos en Acceso a la Justicia y conferencia de Ministros de

³¹ Para una mejor comprensión, ver: MONTERO AROCA, Juan. "Sobre la Imparcialidad y la Incompatibilidad de Funciones Procesales". Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

³² DESPOUY (2008), pp. 116-117. Citado en: BIRGIN y GHERADI (2008), p. xv.

³³ Conviene no olvidar que una de las funciones del sistema de justicia es proporcionar la garantía de los derechos, los cuales pierden el carácter de tales si no es posible acudir ante una autoridad independiente facultada para asegurar la observancia de los deberes correlativos. La garantía judicial de los derechos es la prueba definitiva de la real existencia de un régimen de libertades y de un Estado de Derecho, pues ante el quebrantamiento de los derechos el orden jurídico ha de demostrar, del modo más enérgico, que éstos no son simples declaraciones con valor retórico, sino instrumentos operativos al servicio de la dignidad humana. CASAL y otras (2005), *Óp. Cit.*, p. 16

³⁴ De este modo, la justicia debe ser vista como una de las estructuras de un país o comunidad de naciones, destinadas a organizar nuestra posibilidad de convivir con las decisiones compartidas. El tema de los Derechos Humanos, ya es una construcción de la comunidad de naciones a la cual nuestras comunidades nacionales fácilmente acceden, a través de la firma de los correspondientes tratados, pero difícilmente adoptan las medidas correspondientes para que sus instituciones los cumplan. ACCESO (2007), *Óp. Cit.*, p. 16.

Justicia de los Países Iberoamericanos, realizada en Santiago de Chile en noviembre de 2007, se abordó esta temática. La instancia arrojó como fruto, específicos “Lineamientos para una guía de buenas prácticas”³⁵, a ser tenido por cada país participe como “brújula orientadora” de los desafíos y cambios que debían aplicarse en cada uno de los ordenamientos jurídicos internos. En dicho documento se reconocieron y acordaron, lo que podríamos denominar, “pilares fundantes” del acceso a la justicia, siendo tales; principios, supuestos y componentes.

Nos interesa dejar establecidos dichos pilares ante las problemáticas jurídicas a ser desarrolladas en los próximos capítulos.

2.2.1. Principios del Acceso a la Justicia.

A. Reconocimiento y respeto de la diversidad cultural y jurídica.

La existencia de múltiples realidades culturales y jurídicas en Iberoamérica exige que la Justicia, sus sistemas y servicios sean también diversos y plurales. Esto implica, entre otras cosas, el reconocimiento de sistemas jurídicos propios, y la obligación de los Estados de garantizar el derecho de acceso a dichos sistemas en condiciones de eficiencia y eficacia.

B. Reconocimiento versus negación de justicia tradicional.

Una manifestación de la diversidad es el reconocimiento y protección de los sistemas tradicionales de Justicia. Por ejemplo, el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos.

³⁵ En palabras del texto referido, un análisis del Acceso a la Justicia desde una visión integral, temporal, especial y materialmente, que identifique cuáles son los actores; el antes y el después, el espacio en la sociedad, sus diversas dimensiones, para abordarlo en su integralidad y no sólo a retazos. Se puede tomar un pedazo pero entendiendo la globalidad. Sólo si entendemos la integralidad podremos ser eficientes en el pedazo que a cada uno nos toca para resolver el Acceso a la Justicia. En base a las páginas 19 a 34, del texto “*Lineamientos para una guía de buenas prácticas*”, es desarrollada la exposición del presente título.

C. Participación y no exclusión.

Este principio implica considerar a las personas plenamente capaces de conocer y ser partícipes del proceso que los afecta. De lo que se trata es de contribuir a su empoderamiento.

D. Desformalización.

Implica volver a la simplicidad de los procedimientos dejando la forma sólo en cuanto implique una garantía para el ciudadano.

E. Transparencia versus el oscurantismo.

Significa que la administración de justicia se ha caracterizado tradicionalmente por la falta de información³⁶.

F. Igualdad.

La igualdad ante la ley no es sólo igualdad formal sino que también igualdad material o real. Se coloca también explícitamente el principio de no discriminación. Se transgrede este principio, por ejemplo, cada vez que las personas de provincias tienen que transportarse cientos de kilómetros para recibir prestación, a diferencia de lo que pasa respecto de las que viven en la capital. El respeto de la igualdad implica el reconocimiento de la proximidad territorial de los servicios.

G. Proximidad.

La proximidad integra la idea de la necesaria cercanía respecto de las personas, pero referida no sólo al territorio sino, además, al lenguaje comprensible y

³⁶ En el caso de Chile, existe la Ley sobre Acceso a la Información Pública, N° 20.285, promulgada el día 11 de agosto de 2008, y publicada en el Diario Oficial el día 20 de agosto del mismo año.

preciso; al trato personal y cálido, lo que se relaciona con la necesidad de que los servicios lleguen a las personas y no las personas a los servicios. En ese marco se trataría más que de un acceso “a la justicia”, de un acceso “de la” justicia.

H. Servicio Público.

El acceso a la justicia es un derecho de las personas y correlativamente un deber ineludible del Estado como representante de los intereses públicos, que debe estar consagrado en sus constituciones políticas. Este servicio debe ser de calidad y debe ser gozado en igualdad de condiciones por todas las personas, especialmente los más vulnerables y discriminados.

I. Diversificación versus univocidad.

Se deben ofrecer múltiples salidas, de manera que se tenga la oportunidad de elegir aquella preferencia más cercana, pertinente y adecuada a las necesidades y expectativas de quien acude en busca de ayuda. Se trata de reconocer diversos sistemas alternativos, comunitarios, etc.

J. Integralidad.

El acceso a la justicia es un derecho que debe estar garantizado en todo momento, no sólo cuando se ha desatado un conflicto. Hay que tener presente las fases o tiempos en que los conflictos se desarrollan.

K. Gratuidad.

En referencia a las condiciones en las cuales las personas acceden a la Justicia. Su capacidad económica resulta, a veces, un obstáculo insalvable para gozar en igualdad de condiciones, y sin discriminación alguna, de sus derechos. Este principio implica que bajo ciertas condiciones predefinidas por el Estado, las personas puedan acceder sin costo alguno ante el sistema judicial o administrativo.

L. Descentralización.

Las personas pobres y excluidas, es decir vulnerables, no acceden al sistema judicial. Los servicios de justicia deben ser capaces de llegar, por ejemplo, a los más pobres y a la clase media empobrecida. Para ello se deben utilizar diversas estrategias y modalidades; entre ellas, la descentralización de los servicios jurídicos, de manera tal de llegar con atención periódica a las comunas, localidades y barrios.

M. Imparcialidad.

En un Estado de Derecho, en una sociedad posmoderna donde se reconocen las diferencias, los administradores de justicia deben ser imparciales pero no neutrales. Debe haber una independencia de todos los otros poderes formales o materiales que existan al interior del Estado.

N. Efectiva tutela.

El sistema jurídico debe garantizar de manera efectiva los derechos de las personas, anticipándose, por ejemplo, a su vulneración.

2.2.2. Supuestos del Acceso a la Justicia.

A. Transparencia.

Hay evidencia empírica que el Acceso a la Justicia en el sistema de justicia formal está reforzando y reproduciendo las desigualdades sociales por la forma en que están diseñados los sistemas de justicia.

B. Cambio cultural de los operadores del sistema.

La percepción negativa de la Justicia se justifica frente al excesivo formalismo,

distancia y dilación de la administración de justicia por parte del sistema vigente. El acceso a la justicia ante todo debe ser considerado como un servicio público, que debe ser entregado por el Estado, a través de instituciones públicas independientes y de calidad.

Lo anterior conlleva; (i) un cambio en la cultura del servidor judicial, los jueces, magistrados y demás operadores de justicia; (ii) la necesidad de contar con una política de género; y (iii) la democratización de la justicia, y por ende el reconocimiento de experiencias reales de la justicia comunitaria, aproximando la justicia a las comunidades, como un medio alternativo de solución.

C. Participación y Democracia: Reconocimiento de todos los actores fundamentales. Coordinación entre colectivos, organización y colaboración internacional.

Si bien los conceptos, fundamentos y principios que informan el acceso a la Justicia son esenciales, también lo son los mecanismos que aseguran este derecho. Todo ello en la búsqueda de tener, no sólo declaraciones internacionales, sino que políticas públicas, programas y unidades especializadas, concretas, financiadas, controlables, de multiprotagonismo; es decir, de adhesión, de protagonismo, de interés y beneficio para la ciudadanía³⁷.

³⁷ Como actor fundamental, con posibilidades de producir avances en el Acceso a la Justicia, aparece la sociedad civil organizada. Y en ella debemos considerar todos los actores, los colectivos que giran en torno a los poderes judiciales o los sistemas de solución jurisdiccional de conflictos. Asimismo a los propios poderes judiciales, a las defensorías, fiscalías, defensores del pueblo, abogados, ejecutivos y a los ministros de justicia. Por otra parte, la cooperación internacional entre países, a través de la suscripción de tratados, y el trabajo coordinado de diversas organizaciones es fundamental para los avances en el Acceso a la Justicia. Permite, entre otras cosas, asegurar el Acceso a la Justicia a nacionales en el extranjero, regular situaciones como la de los inmigrantes. Permite además, fortalecer las redes regionales, como es el caso de la Cumbre Judicial iberoamericana que está elaborando reglas mínimas sobre acceso de grupos desfavorecidos a la justicia, en conjunto con la asociación Interamericana de Defensorías Públicas, de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, de la Unión Iberoamericana de Colegios y Barras de Abogados.

D. Institucionalidad: Servicios profesionalizados, de calidad e independencia.

Existen algunos estudios e informes a nivel Iberoamericano en los cuales se ha elaborado un catastro general sobre las instituciones específicas que proveen acceso a la justicia. Estos estudios han permitido conocer el progreso que han experimentado las defensorías públicas durante estas dos últimas décadas, las cuales han sido variables, diversas y con limitaciones³⁸.

E. Capacitación a los operadores.

Es importante contar con programas estandarizados de capacitación para los operadores de justicia en materia de Derechos, en especial para jueces, fiscales, defensores y abogados, los que generalmente no tienen conocimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos, y por lo tanto no los utilizan.

F. Fiscalización y evaluación permanente.

Para lograr la humanización de la justicia es necesario establecer sistemas que consideren la evaluación de desempeño, controles de gestión así como estándares mínimos para los operadores de justicia.

G. Reconocimiento de la Justicia indígena.

Hay que hacer una separación entre la justicia indígena propiamente tal y el trato que le da la justicia oficial.

³⁸ En algunos casos se pudo percibir que no existía propiamente un sistema, en otros se ha modificado para su fortalecimiento. En general, lo que se observa es una serie de insuficiencias a nivel de procedimientos de implementación, carencia de unidades especializadas para grupos vulnerables, etc.

H. Concepción del Acceso a la Justicia dentro de los Derechos Humanos.

El acceso a la justicia es un elemento central en un Estado de Derecho genuino, y para garantizar la igualdad ante la ley y la no discriminación.

2.2.3. Componentes del Acceso a la Justicia.

A. Prevención: Alerta temprana.

En pocas palabras, no se debe esperar a que surja el conflicto.

B. Información u orientación: Decisión informada del ciudadano.

El ciudadano debe tener un determinado nivel de conocimiento para poder adoptar una real decisión. El cumplimiento del Acceso la Justicia es burdo si la gente no sabe que tiene derechos, ni en que consiste su protección. La necesidad de información y difusión del Acceso a la Justicia es un elemento crucial.

C. El Empoderamiento.

El ciudadano está totalmente capacitado para acciones de prevención con la capacitación adecuada, facilitación de acuerdos y de la misma forma está preparado como contralor, para incidir en las políticas públicas, mediante actividades de calidad.

D. Facilitación de acuerdos: Protagonismos, diversificación, abrir el abanico.

Se refiere a Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos.

E. Acercamiento de la justicia formal.

Uno de los puntos más débiles en cuanto a la justicia formal es su lejanía territorial, pero también existe una clara lejanía personal. Por ello, se hace necesario

aproximar sus mecanismos más allá de lo territorial, incluyendo lo cultural, el lenguaje, información sobre aranceles, etc. Hay que proponer acciones concretas para efectivizar sus mecanismos, y se debe propender al asesoramiento desde el inicio hasta el final del conflicto en todas las clases de procedimientos.

F. Monitoreo constante.

Se debe mantener control constante de los diferentes factores que influyen en un real acceso a la justicia. En este monitoreo subyace la idea de la calidad de los servicios prestados y la elaboración de instrumentos de medición de tal calidad, instrumentos participativos, y multidimensionales que vengan de variados sectores.

2.3. El Debido Proceso. Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.

“No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción, y logren la tutela judicial efectiva a la que suelen referirse las Constituciones, terminología con la que actualmente suelen aludirse al derecho de acción. La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso, se está ante la actuación del Estado por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo, se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental...”³⁹.

Nuestra Constitución no da un concepto de debido proceso, no obstante le asigna tanto a la investigación como al proceso, los adjetivos racional y justo. “Al respecto la Corte Suprema (en adelante CS) señaló; según nuestro diccionario el vocablo racional significa arreglada a la razón y justicia es derecho, razón, equidad.

³⁹ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho procesal del siglo XX”. En Revista de Derecho Procesal. Escritos y propuestas de profesores procesalistas. Panamá, 2001, p. 32.

*Estos conceptos, son ciertamente genéricos. Sin embargo, la Comisión constituyente acordó dejar constancia en actas que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba correspondiente*⁴⁰.

En palabras del profesor Osvaldo Alfredo Gzaíni, el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediatamente cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la decimocuarta enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el debido proceso. Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte⁴¹.

A su turno, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la sentencia Rol N° 968, de fecha 30 de enero de 2008, emitió pronunciamiento sobre el mismo concepto: Considerando 17° *"... por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez*

⁴⁰ CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS. "Informe de Justicia Constitucional". 2010, p.121.

⁴¹ GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional", Revista Cuestiones Constitucionales, N° 7, julio-diciembre, año 2002, Buenos Aires, p. 2.

*en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual puede obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento. Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado*⁴²

Es así como, de diferentes precedentes jurisprudenciales emanados del TC, es posible sistematizar los siguientes presupuestos y principios orgánicos del debido proceso: (i) Tribunal Independiente; (ii) Imparcialidad del Tribunal⁴³; (iii) Derecho al tribunal predeterminado por la ley y prohibición de comisiones especiales⁴⁴; (iv) Derecho a la revisión de lo obrado y prohibición de la indefensión⁴⁵; (v) Derecho a la defensa y a la bilateralidad de la audiencia⁴⁶; (vi) Derecho a la prueba⁴⁷; (vii) Derecho a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses⁴⁸; (viii) Principio de Inocencia⁴⁹; y (ix) Motivación de la sentencia⁵⁰.

En términos equivalentes, el profesor GOZAÍN⁵¹, explica que las “*garantías esenciales para el debido proceso legal (son) aquellas que resguardan el acceso a la justicia (derecho de acción); que otorgan un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción), y específicamente las siguientes: (i) Derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz; (ii) Derecho a un proceso con todas las garantías*

⁴² CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS. Óp. Cit., pp. 128-129.

⁴³ Ver STC rol N° 46 del año 1987.

⁴⁴ Ver STC rol N° 184 del año 1994.

⁴⁵ Ver STC rol N° 198 del año 1994; STC rol N° 986 del año 2008; STC rol N° 1433 del año 2010.

⁴⁶ Ver STC rol N° 349 del año 2002; STC rol N° 389 del año 2003; STC rol N° 478 del año 2006.

⁴⁷ Ver STC rol N° 596 del año 2007.

⁴⁸ Ver STC rol N° 815 del año 2008; STC rol N° 946 del año 2008.

⁴⁹ Ver STC rol N° 739 del año 2007.

⁵⁰ Ver STC rol N°1373 del año 2009.

⁵¹ Mientras que el procedimiento penal contrae algunas garantías especiales, como son: (i) La presunción de inocencia; (ii) A ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación; (iii) Derecho al abogado o a la autodefensa; (iv) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; (v) Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria, y (vi) Derecho a la indemnización por error judicial. GOZAÍN (2002), Óp. Cit., p. 8.

de imparcialidad y justicia; (iii) Derecho a la prueba y a los recursos, o en otros términos, a la regularidad de la instancia; (iv) Derecho de acceso a la justicia, sea como garantía para ser oído en cualquier circunstancia, o como cobertura asistencial para el carente de recursos; y (v) Derecho a un proceso público, o de cara al pueblo”.

En virtud de lo señalado, podemos constatar no solo la relevancia que reviste la consagración del debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en atención a los presupuestos que engloba, sino también la estrecha vinculación que existe entre esta garantía y el acceso a la justicia, que dependiendo de cómo se le mire, pueden ser equiparados en cuanto derechos humanos fundamentales (sentido amplio), o bien, configurando una relación de genero especie (sentido estricto), encontrándose ambos derechos adscritos a otro derecho humano fundamental, de la “Tutela Judicial Efectiva de Derechos”, explicada a continuación.

2.4. Derecho a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses⁵². Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.

“El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales” Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso 10.194. Narciso Palacios-Argentina. 29 de septiembre de 1999.

Este derecho humano fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales

⁵² Todo este mundo jurídico pasó a los libros de historia cuando se produjo la ruptura entre derecho subjetivo y acción por obra de la doctrina alemana, concluyéndose que la acción es el derecho a la tutela jurídica por parte del Estado, de modo que: Existen dos derechos diversos, uno es el derecho subjetivo material, que se dirige contra un particular y que tiene naturaleza privada, y otro es el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y que tiene naturaleza pública. MONTERO AROCA (2001), Óp. Cit., p. 33.

el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas⁵³ como *“aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”*. Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias. Vemos aquí, una manifestación clara del denominado “sentido estricto” del concepto de acceso a la justicia (ya explicado).

CHAMORRO BERNAL, por su parte, explica que la Tutela Judicial Efectiva es el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales⁵⁴.

Según TOLLER, el derecho a la jurisdicción existe con independencia de su reconocimiento en convenciones internacionales de derechos humanos y en constituciones estatales –que se limitan a positivizarlo-, pues, como todo derecho humano, corresponde a todo hombre por el solo hecho de serlo, y es inherente a su personalidad, inalienable e irrenunciable. En este sentido, ya COUTURE decía que, si se examinan las instituciones esenciales del derecho procesal civil, se llega siempre a un punto en que éstas adquieren el rango de derechos fundamentales⁵⁵

Sobre su importancia, concluirá TOLLER que *“estos derechos a acceder a los tribunales, a que la judicatura decida con justicia y a que tutele los derechos e intereses de los sujetos jurídicos que litigan con razón, son principios básicos de un Estado de derecho y piedra de tope del sistema jurídico. En efecto, su negación*

⁵³ CÁMARA VILLAR, Gregorio, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2005. p. 215,

⁵⁴ CHAMORRO BERNAL, Francisco. “La Tutela Judicial Efectiva”. Bosch Casa Editorial SRL, 1094, Barcelona, p. 11.

⁵⁵ TOLLER M., Fernando. “Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva”. Editorial La Ley S.A., Buenos Aires, 1999, p. 427.

*conduciría a la desprotección del justiciable, y esto, en definitiva, significaría la frustración parcial o total de los fines del Derecho*⁵⁶.

En suma, la relevancia de este derecho fundamental estriba en su naturaleza inherente al ser humano, y por lo tanto anterior y fundante del reconocimiento que hace el Estado, dotando de contenido a lo que debemos entender por acceso efectivo a la justicia.

2.5. Igualdad ante la ley y no discriminación. Importancia y vinculación con el acceso a la justicia.

“Desde la antigüedad este principio pertenece al acervo de concepciones de cualquier cultura del derecho. Y se lo acepta como si fuera obvio por sí mismo. La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho, en los casos de disputa. En esta función adopta también el nombre de “justicia. El hecho de que ya no se pueda preguntar por otra fundamentación superior, es un indicio seguro de que tenemos ante nosotros una figura de alta relevancia teórica. Y agrega, “Uno de los principales indicadores de la existencia de un sistema jurídico de la sociedad, del mundo lo constituye, la creciente atención que se dispensa a las violaciones de los derechos humanos”. NIKLAS LUHMANN, en el Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft).

Con la apelación a la igualdad se ha pretendido aludir, a tenor de los diferentes contextos en lo que se ha llevado a cabo, a realidades o esperanzas, a verdades de la naturaleza o a programas revolucionarios, a explicaciones racionales de la condición humana o a pretensiones arbitrarias. En ocasiones, la igualdad ha sido considerada como una realidad vigente, otras veces, como una fantasía utópica, por lo que ha sido para unos punto de partida y para otros meta de llegada. En cualquier caso, es fácil

⁵⁶ Ibídem, p. 428.

advertir tras el término “igualdad” la alusión a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo muchas veces antagónicas⁵⁷.

Desde finales del siglo XVIII, especialmente con motivo de la Revolución Francesa, se produjo un importante avance en el igualitarismo jurídico, que se centró en la igualdad de los ciudadanos ante la norma jurídica. De esta manera, el Estado ha reconocido la igualdad de derechos ante la Ley, de tal forma que el ordenamiento reconoce a todos los ciudadanos (universalidad) los mismos derechos (igualdad formal). Pese a la enorme importancia de este reconocimiento, también es verdad que el mismo se ha demostrado insuficiente para la efectividad de la igualdad, de tal manera que en muchos lugares las desigualdades reales son cada vez mayores⁵⁸.

De lo anterior se desprende que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de modo uniforme, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales. De ahí que la concepción de la igualdad en un Estado de Derecho de una sociedad pluralista y democrática no pueda prescindir de las exigencias concretas de la realidad social para discernirlas y valorarlas en su específica peculiaridad⁵⁹. Aquí podemos observar con claridad la distinción entre igualdad formal e igualdad material. La tendencia en los Estados de Derecho contemporáneos es integrar ambas perspectivas de la igualdad, de tal manera que el principio de igualdad ante la ley no sea una mera declaración, planteando exigencias de contenido basadas en los criterios de diferenciación y equiparación que deben ser tenidos como relevantes⁶⁰.

En el mismo orden de ideas, a mediados del siglo pasado, se produce lo que BOBBIO denomina función promocional del ordenamiento, es decir, *“provocando o alentando la realización de los comportamientos socialmente deseados por parte del*

⁵⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique y otros. “Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica”. Editorial Tecnos, Madrid. 1997, p. 228.

⁵⁸ Así las cosas, las sociedades del siglo XX fueron abandonando el individualismo propio de las corrientes liberales, reconociendo obligaciones sociales de los poderes públicos. ACCESO (2007), Óp. Cit., p. 94.

⁵⁹ Óp. Cit., PEREZ LUÑO (1997), p. 229.

⁶⁰ Óp. Cit., CASAL y otras (2005), p.115.

*Estado. En este marco, muchos países han dado un importante paso hacia la efectividad de la igualdad facultando a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que impiden la igualdad sustancial o material*⁶¹.

Así las cosas, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha destacado la relación entre el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia, afirmando que *“la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos (...) Al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna”*. Es así como, *“este Tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio*⁶².

2.6. Barreras para el acceso a la justicia.

Siguiendo a CAPPELETTI y GARTH⁶³, *“una primera oleada en materia de acceso a la justicia tuvo su ámbito en los problemas relativos al asesoramiento legal, mediante la ayuda jurídica a las personas con menos recursos económicos; la segunda oleada se centró en reformas destinadas a dar representación legal a los intereses difusos (especialmente en materia de consumidores y protección medioambiental); mientras que la tercera oleada adopta el denominado enfoque del acceso a la justicia, que se centra en la identificación y actuación sobre las barreras que impiden el efectivo acceso a la justicia. Este enfoque supone el estudio crítico y reforma de toda la maquinaria jurídica, extendiéndose a todas las instituciones y recursos, el personal y los procedimientos utilizados, procesar y aun prevenir disputas en las sociedades*

⁶¹ BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en “Contribución a la teoría del Derecho”, Debate, 1989, pp. 375 y ss. En este marco, el funcionamiento del sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales (favoreciendo la cohesión social): coadyuvando a la eficacia de los derechos reconocidos por el ordenamiento, ya sea aquéllos cuya titularidad corresponde a la generalidad de los ciudadanos, ya sea los que se reconocen a un determinado grupo de población dentro de la acción positiva del Estado para mitigar la desigualdad. ACCESO (2007), Óp. Cit., pp. 95-96.

⁶² INDH (2013), Óp. Cit., pp. 60-61.

⁶³ CAPPELETTI, Mauro y GARTH, Bryant, “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1996, p. 24.

modernas". Vale decir, el "enfoque de acceso a la justicia" nos invita a analizar los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales ante el sistema judicial, y, consecuentemente, las medidas o soluciones posibles para su remoción.

Sobre lo mismo, CASAL, ROCHE, RITCHTER, y CHACÓN enfatizan en la importancia de un enfoque amplio del Acceso a la Justicia, dada su pertinencia y relación con el análisis de las barreras u obstáculos de este derecho. En palabras textuales, *"un enfoque amplio del acceso a la justicia desemboca de manera natural en el análisis de las barreras correspondientes, entendidas no sólo como obstáculos para llegar al órgano jurisdiccional formulando alguna pretensión, sino también y sobre todo como las dificultades para obtener una pronta y justa resolución de la disputa en que una persona se vea envuelta (...) Algunas de las barreras son de carácter económico, y se traducen en el elevado costo del proceso, en virtud del cual puede resultar sumamente difícil acceder al sistema judicial y hacer uso apropiado del mismo"*⁶⁴.

Sin perjuicio de las particularidades propias de distintos contextos históricos, sociales y geográficos, existen ciertas barreras comunes a los grupos sociales y económicamente desventajados que operan como obstáculos para lograr un efectivo acceso a la justicia. En general podemos identificar, en primer lugar la falta de información de los ciudadanos respecto de sus derechos y los mecanismos procesales para hacerlos valer. En segundo lugar, los costos económicos, referidos principalmente a los honorarios de los abogados. En tercer lugar, una extendida desconfianza en las autoridades públicas en general y las que pertenecen al sistema judicial en particular. Por último, los procesos de reclamos de derechos son resentidos por su larga duración e incertidumbre⁶⁵.

Así las cosas, examinaremos con mayor profundidad las barreras más importantes al acceso a la justicia, sirviendo a dicho propósito el estudio de las autoras mencionadas, sobre el Acceso a las Justicia, cristalizado en el libro titulado "Derechos

⁶⁴ Óp. Cit., CASAL y otras (2005), p. 39.

⁶⁵ Óp. Cit., BIRGIN y GHERADI, p. xv.

Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia”, advirtiéndonos desde un comienzo que la separación que hacen de las barreras es sólo con el fin de poder analizarlas, ya que ellas están íntimamente interrelacionadas en la práctica.⁶⁶

2.6.1. Barreras financieras.

Este tipo de barreras son las primeras que se mencionan por ser las más evidentes. Dentro de las mismas se incluyen, en primer lugar, los costos del litigio, ya que la resolución formal de controversias suelen ser costosa en la mayoría de las sociedades. Entre estos costos destacan los honorarios de los abogados y el empleo de algunos mecanismos probatorios. En todo caso, los pobres, y en general las personas de escasos recursos, están en franca desventaja a la hora de reclamar sus derechos, pues su condición socioeconómica les hace carecer incluso de las precondiciones básicas que requieren para reclamarlos.

2.6.2. El tiempo.

El tiempo que demora el procesamiento de los reclamos y disputas es otro factor que afecta el acceso a la justicia en muchas sociedades. La demora significa un mayor costo del litigio y de otros gastos concomitantes, por una parte, y por la otra, constituye una gran presión sobre la parte económicamente más débil o más urgida de obtener una decisión, quien no tiene capacidad para esperar el resultado que pudiere favorecerle, lo que la obliga en muchos casos a llegar a acuerdos en desmedro de sus derechos o abandonar el reclamo.

2.6.3. Legislación sustantiva y adjetiva defectuosa o insuficiente.

En el primer caso, la discriminación entre distintos grupos sociales, que afecta el acceso a la justicia de algunos de ellos, puede estar incorporada a la propia legislación, puede ser el caso de leyes civiles que protegen los derechos de contenido

⁶⁶ Óp. Cit., CASAL y otras (2005), pp. 60- 65.

patrimonial de los grupos sociales con mayor acceso a la riqueza, mientras desprotegen los de los grupos sociales con menos recursos. Esta discriminación en la propia ley crea dificultades para hacer valer derechos por parte de algunos sectores⁶⁷.

Respecto al segundo caso, las leyes procesales son particularmente críticas para hacer posible el reclamo efectivo de los derechos que las leyes sustantivas consagran. Los procedimientos engorrosos y llenos de tecnicismos pueden hacer demasiado costoso y lento el reclamo de los derechos y la resolución de los conflictos, lo que afecta el acceso a la justicia⁶⁸.

2.6.4. Deficiencias en la organización de los tribunales y otros órganos de resolución de conflictos.

Los problemas por falta de claridad en la asignación de las competencias, los criterios ineficientes para la distribución de los casos que ocasiona la sobrecarga de algunos tribunales mientras otros no tienen trabajo, así como la falta de criterios adecuados para la distribución de las competencias territoriales, entre otros muchos problemas de la organización de los tribunales.

2.6.5. Barreras culturales.

La cultura jurídica de los operadores del sistema jurídico así como de los

⁶⁷ El acceso a la justicia puede llegar a ser una falacia cuando la ley es poco clara y por ello el resultado de los reclamos es incierto. Cuando la incertidumbre del resultado rebasa ciertos límites los ciudadanos se abstendrán de reclamar.

⁶⁸ Esta barrera es especialmente dramática cuando se trata de reclamaciones de poca monta y de poca complejidad, para los cuales habría que prever procedimientos expeditos y sencillos, con pocos requisitos formales, que permitieran lograr una respuesta a las mismas con efectividad. Este es el caso, por ejemplo, de la denominada "justicia vecinal" cuyo fin perseguido es generar instancias de resolución de conflictos, en el ámbito vecinal, expeditas y con el menor rigor formal posible. En efecto, las Unidades de Justicia Vecinal son un programa desarrollado por el Ministerio de Justicia que busca acercar a la ciudadanía formas de resolución de conflictos vecinales y comunitarios, de una manera ágil, transparente y eficiente. Bajo estándares modernos, basados en experiencias nacionales e internacionales, las Unidades de Justicia Vecinal ponen a disposición de las personas un modelo de atención que involucra a profesionales altamente calificados en los siguientes mecanismos de resolución de disputas: Conciliación, Mediación y Arbitraje. CHILE ATIENDE [en línea] <<http://www.chileatiende.cl/fichas/ver/9704>> [consulta: 04 mayo 2015]

posibles usuarios del mismo, incluye con frecuencia aspectos que pueden constituir barreras para el acceso a la justicia. Baste con señalar aquí que la cultura jurídica, tanto de los funcionarios que operan un determinado sistema jurídico como la de los ciudadanos que pueden o no necesitar hacer uso de él, no es más que una parte de la cultura que integra la identidad de una sociedad determinada. Se llama cultura jurídica porque es el componente de la cultura de esa sociedad que se refiere al Derecho y a su funcionamiento, incluyendo los órganos del sistema jurídico, las normas y su interpretación y aplicación.

A continuación, y de forma complementaria, se exponen otras barreras, que destacan sobre todo en países en desarrollo como el nuestro, en base al texto titulado *“La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales”* coordinado por HAYDÉE BIRGIN y NATALIA GHERADI⁶⁹

2.6.6. Renuncia a utilizar la ley.

Comúnmente se señala que en muchas culturas existe cierta renuncia, particularmente entre los pobres (léase, vulnerables), a verse involucrados en asuntos de tribunales. En ocasiones esto se atribuye al estigma social fuertemente asociado con cualquier encuentro con la ley, sin que importe la naturaleza inocente de este encuentro. Como parte de su contenido, se encuentran:

A. Vivir en la ilegalidad.

Por ejemplo, en circunstancias de la rápida urbanización e insuficiencia de viviendas urbanas, los pobres usualmente construyen sus viviendas en terrenos ocupados en forma ilegal o en violación a las normas de planeamiento urbano. Lo mismo le ocurre a los nuevos migrantes, que llegan a la ciudad para iniciar sus vidas urbanas al margen de la ley y se mantienen vulnerables a la intervención policial mientras dure su estadía. También la mayor parte de la actividad económica del sector

⁶⁹ Óp. Cit., BIRGIN y GHERADI, pp. 23-28.

informal suele resultar contraria a la ley.

B. Desconfianza de la ley.

Un componente esencial de esta desconfianza es la falta de respeto por la ley originada en sus experiencias de ilegalidad, según lo antedicho.

C. El lenguaje extraño de la ley.

Para los pobres, y demás grupos de personas vulnerables, la ley usualmente se expresa en un lenguaje extraño. Esto es, literalmente cierto. La mayoría de los conceptos fundamentales de la ley, incluyendo nociones de identidad y relación de causalidad en sentido legal, normalmente resultan extraños a los marcos de referencia.

D. Formalidades y falta de poder.

La formalidad del lenguaje y la precisión del ritual son dos dispositivos mediante los cuales los sistemas legales se envuelven en un velo de legitimidad.

2.6.7. Acceso a información y capacitación legal.

En algunos países, la ausencia de un sistema integral que publique las leyes en forma oportuna acarrea importantes consecuencias para el Estado de Derecho. Por ejemplo, ocurre cuando esta actividad recae sobre publicaciones oficiales obsoletas y de la mala calidad, de manera que el conocimiento de la ley depende en gran medida de los contactos personales y la proximidad a la capital, aun para abogados y jueces.

2.6.8. Representación legal inadecuada.

En la mayoría de los sistemas legales, los ciudadanos no pueden presentarse ante los tribunales para argumentar su propio caso: la profesión legal detenta el

monopolio de acceso a los tribunales.

2.6.9. La justicia tardía equivale a una denegación de justicia.

Un estudio realizado en 1986 sobre el litigio por generación de daños en el estado de Maharashtra, demostró que el promedio de tiempo transcurrido entre el inicio de la demanda y la emisión de la decisión final fue de 17.4 años⁷⁰. Ejemplo claro de cómo la justicia tardía es equivalente a denegación de justicia.

Circunstancia similar acontece en nuestro país principalmente en el ámbito procesal civil. Por lo mismo, estamos viviendo la reforma del -código- procedimiento civil, pues dentro de sus múltiples falencias, encontramos la justicia tardía. En palabras del propio presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo: *“Insisto, la respuesta del Poder Judicial, para ser eficaz debe ser expedida en un breve plazo. Declarar un derecho con prontitud, genera certidumbre y seguridad”*⁷¹. Así, por ejemplo, si debiendo dictar un juez de letras una sentencia definitiva dentro de un plazo de 60 días (artículo 162 del Código de Procedimiento Civil), la pronuncia en 5 años, dicha conducta no viola el derecho a la tutela judicial (explicada) – que el ciudadano finalmente obtuvo-, sino el derecho a un debido proceso (también explicado), y en concreto, a un proceso en un plazo razonable⁷².

2.7. Acceso a la justicia y personas vulnerables.

“(…) difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones

⁷⁰ Con la serie de reformas de procedimientos ejecutadas en Chile, a la que hicieramos referencia en líneas anteriores, se logró cambiar el paradigma de la justicia tardía. Sin embargo, en el ámbito civil, las personas y usuarios del sistema judicial “saben” que confían el conflicto a un mecanismo heterocompositivo deficiente.

⁷¹ REFORMA PROCESAL CIVIL [en línea] <<http://www.reformaprocesalcivil.cl/presidente-de-la-corte-suprema-inaugura-ano-judicial-con-fuerte-apoyo-a-la-rpc/#more-1288>> [consulta: 04 mayo 2015].

⁷² FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos (coordinador). “La Constitucionalización del Derecho Chileno”. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 290.

*de igualdad con quienes afrontan esas desventajas*⁷³

THOMPSON⁷⁴ debió estar de acuerdo con esta idea, al afirmar que *“si bien la sociedad en general debe resultar beneficiada de todo proceso o iniciativa de modernización o fortalecimiento bajo el principio de solidaridad social, debe focalizarse la atención hacia aquellos grupos social, histórica y regularmente en condiciones desventajosas para la concreción de sus derechos”*. El autor no hace más que reconocer la situación desmejorada en la que se encuentran subsumidos ciertos grupos de personas dentro de cada sociedad, y de cómo la misma comunidad, al momento de mejorar cualquier tipo de proceso, o fortalecerlos, debe prestar mayor atención hacia ellos. Pues bien, en el marco de la presente investigación, lo que miramos como perfectible es la concreción del Derecho de Acceso a la Justicia para las personas -más- vulnerables.

Volcado el acceso a la justicia hacia la realidad de las personas vulnerables, desde el ángulo de la equidad, no se debe ignorar que la producción legislativa a menudo responde a realidades que sólo imperan en los círculos sociales más favorecidos económicamente, despreciándose de este modo problemas acuciantes de grupos tradicionalmente excluidos. Más aún, en ocasiones la legalidad se erige en obstáculo para la adopción de decisiones dirigidas a la consecución de la justicia social. Ante estas deficiencias normativas el sistema de justicia tiene un papel que jugar, según el orden de recursos y competencias, pero muchas dificultades deberán ser superadas mediante una lucha cívica y democrática que cristalice en reformas legislativas. Son muchos los factores que coadyuvan a los desajustes entre las exigencias de justicia de grupos numerosos de la sociedad⁷⁵ y el marco legal vigente.⁷⁶

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Derecho a la información sobre la asistencia Consular en el Marco de las garantías del Debido Proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 octubre de 1999. Serie A N° 16, párrafo 119.

⁷⁴ ACCESO A LA JUSTICIA Y EQUIDAD. “Estudio en siete países de América Latina”, editado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 20.

⁷⁵ Si se mejora su acceso a la justicia, se incrementan las posibilidades de esos grupos de superar la pobreza y la exclusión; de esta manera, el propio sistema de justicia podrá convertirse en motor de cohesión social. En caso contrario, el citado sistema judicial podría llegar a actuar como mecanismo perpetuador de las desigualdades. Este mismo planteamiento se está recogiendo en numerosos instrumentos internacionales. En primer lugar, en los trabajos de la Cumbre Judicial Iberoamericana, especialmente en la Carta de Derechos ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano

Se observa, además, que hace falta un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia de derechos en la sociedad para identificar el componente jurídico o legal de un problema. Las evidencias indican que la discriminación en el acceso a la justicia no es solo económica, sino sociocultural y que, por ese motivo, las condiciones que eventualmente permitirán su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad capitalista para tales fines⁷⁷.

Pero, ¿a quiénes podemos considerar personas vulnerables?

Según las definiciones de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, en 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.⁷⁸

Es así como el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad (desplazamiento externo) puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus

(noviembre 2002). También se ha ocupado de esta cuestión el Programa Naciones Unidas Desarrollo (PNUD), especialmente con motivo del Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia (Chile 2006), destacando el "Manual de Políticas Públicas de Acceso a la Justicia" (octubre 2005).

⁷⁶ Cabe mencionar, entre otros, la tendencia a extrapolar acriticamente cuerpos normativos originados en otras coordenadas sociales; el formalismo jurídico que a veces silencia los reclamos de la realidad; la ciega subordinación del juez a la ley, que prescinde de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos; el mayor poder de influencia de las élites sobre la instancia legislativa, o hasta la voluntad deliberada de atender con preferencia ciertas demandas y de posponer otras. CASAL y otras (2005), *Óp. Cit.*, p. 15.

⁷⁷ FUCITO, Felipe (2003). "Sociología del Derecho". 2^a. Edición. Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 289.

⁷⁸ Artículo 3 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia el 6 de marzo de 2008. Ahora bien, la definición de qué concretas personas o grupos de población deben ser incluidos es esta categoría dependerá de las características específicas de cada país, o incluso de su nivel de desarrollo económico: por ejemplo, refugiados y poblaciones desplazadas, personas en situación de extrema pobreza, ancianos, migrantes, población carcelaria, personas infectadas con VIH/Sida, entre otras. También hay que tener presente que la situación de vulnerabilidad aumenta si concurren varias circunstancias de desvalimiento en la misma persona o grupo de población: niños migrantes, mujeres discapacitadas, mujeres y menores desplazados como consecuencia de conflictos armados. En estos supuestos, está justificada una actuación aún más intensa de los poderes públicos para facilitar la efectividad de la tutela de sus derechos por el sistema de justicia.

familiares⁷⁹. Convergamos entonces que los inmigrantes quedan englobados dentro del concepto antedicho.⁸⁰

Volveremos sobre el tema de la condición de vulnerabilidad de los inmigrantes, una vez sentadas las bases teóricas sobre la misma.

3. Inmigración: Enfoque y relevancia.

Todos somos migrantes. Así reza un viejo y conocido adagio. La acción del ser humano de trasladarse de un lugar a otro ya en tiempos primigenios de nuestra historia fue nota característica de nuestra ocupación del planeta tierra. Sin haber nacido siquiera la idea de poseer el suelo ocupado, el instinto y la intuición de nuestros antepasados fueron la brújula que guio el destino de la naciente humanidad, sorteando amenazas que provenían no sólo de los cambios climáticos, sino también de un incontable número de seres vivientes sumamente peligrosos. El reconocimiento de esta simple sumatoria de factores permite hacernos una idea de cómo la evolución de los seres humanos dependió, en gran medida, de su capacidad de migrar.

Tal como lo señala STEFONI, *“estos movimientos migratorios han existido desde que el hombre habita la tierra. Gracias a ellos se han desarrollado todas las culturas y civilizaciones que conocemos hoy en día”*⁸¹.

El fenómeno migratorio ha sido una temática ampliamente analizada y estudiada por diferentes ramas del conocimiento, especialmente durante el siglo XX,

⁷⁹ Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional, según la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias de 1990. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

⁸⁰ También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida. ACCESO (2007), Óp. Cit., pp. 113-114.

⁸¹ STEFONI, Carolina. Inmigración peruana en Chile: Una oportunidad a la integración. FLACSO Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 16.

siendo una de las más representativas en el campo de la transnacionalización⁸² de la sociedad civil, el de las Relaciones Internacionales. Basta recordar el contingente migratorio que se desplazó desde Europa a América del Sur (especialmente a Argentina, Brasil y Venezuela) como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, y de cómo esta tendencia se fue invirtiendo progresivamente, hasta llegar a la actualidad, donde América Latina se ha constituido en una región eminentemente emigratoria. Por lo mismo, las migraciones internacionales es un tema que ha estado presente en la agenda de la sociedad internacional⁸³.

Gobiernos de todas partes del mundo, organizaciones internacionales, medios de prensa, universidades y la sociedad en general, han puesto su mirada en lo que sucede con los casi 175 millones de personas que viven en un país distinto al que nacieron. Si bien los inmigrantes no superan más allá del 3% de la población mundial, la intensidad del debate en torno a este tema pareciera producirse a través de una caja de resonancia construida sobre la tensión entre los discursos etnocéntricos, etnofóbicos y las voces que promueven la interculturalidad y el respeto a los derechos humanos⁸⁴.

3.1. Emigración e Inmigración, dos caras de una misma moneda.

Es indudable que el ser humano frecuentemente se ha cambiado del sitio de su residencia en busca de otro lugar donde llevar a cabo su subsistencia. No obstante,

⁸² Alta densidad de los vínculos formales e informales que se inscriben más allá de las fronteras de los Estados-naciones". STEFONI, CAROLINA; NUÑEZ, CAROLINA. "Migrantes andinos en Chile, ¿transnacionales o sobrevivientes? *Revista Enfoques*, 3, Ciencia política y administración pública, Santiago de Chile, Universidad Central de Chile, Instituto de Estudios y Gestión Pública, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, 2004. p. 274. A mayor abundamiento; transnacionalidad se entiende por "*un campo ocupado por un número creciente de personas que viven vidas duales; tienen su hogar en dos países, hablan dos idiomas y se ganan el sustento a través de contactos continuos y regulares a través de fronteras nacionales.*" *Ibidem*. Esta tiene como desafío el aprender y comprender cómo reconfigurar su identidad local a partir de los aportes interculturales que surgen de las comunidades transnacionales, lo cual implica no solo reformar estilos de vida, sino que plantear el tema en el contexto político y jurídico. VERA PÉREZ, PABLO. Derecho Migratorio. Aproximación de la realidad jurídica del extranjero en Chile. Tesis (Grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago. Universidad de Chile Facultad de Derecho 2013, pp. 48-49.

⁸³ ALARCON MUÑOZ, Gonzalo. "Las Políticas Inmigratorias en Chile en el Área Educativa. El caso de los peruanos en Chile". Tesis (Grado Magister en Estudios Internacionales). Santiago. Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2010, p. 38.

⁸⁴ FLACSO. Chile 2003-2004. Los nuevos escenarios (inter) nacionales. Chile, 2004, p. 267.

con los acontecimientos históricos, este acto ha ido adquiriendo connotaciones distintas hasta obtener las acepciones que hoy en día lo identifican, en particular, la definición de efecto o acción de pasar de un país a otro para establecerse en él. Aparecen entonces, las fronteras⁸⁵.

Al hablar de países se está haciendo referencia a las fronteras que le dan forma al Estado, estableciendo los límites de poder para el ejercicio de su soberanía. Los límites fronterizos actuales son el resultado de un proceso histórico de conformación de los Estados-Nación, es decir, de la configuración territorial que pone fin al orden feudal y lo reemplaza por organizaciones territoriales y poblaciones definidas en torno a un Gobierno que reconoce sus límites geográficos. En este proceso, el sujeto residente en el Estado-Nación pasa a ser ciudadano de esta unidad política y a tener acceso a ciertos derechos, entre ellos, la igualdad legal. Al mismo tiempo, en este mismo contexto, el sujeto que migra pasa a ser emigrante con respecto al país de origen y migrante y/o extranjero en relación al país de acogida⁸⁶

Sin afán de adentrarnos en las consecuencias de la configuración de los Estados-Naciones, la explicación anterior resulta ilustrativa sobre las dos caras de los flujos migratorios; ser emigrante e inmigrante a la vez.

Pero, ¿cuál es su alcance jurídico?

Respondiendo a la pregunta, JACQUES LECLERCQ afirmó que siendo los hombres iguales por naturaleza, siendo la sociedad para el hombre y no el hombre para la sociedad y consistiendo el fundamento de la sociedad en el consentimiento de los ciudadanos, cada individuo tiene en principio el “derecho” a elegir la sociedad de la que ha de formar parte. Pero con todos los derechos humanos, este derecho está

⁸⁵ MACHÍN ÁLVAREZ, Macarena. “Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural”. Santiago, 2011, p. 17

⁸⁶ Esto es, por lo tanto, el resultado del diseño de un escenario donde se posiciona al ciudadano con garantías (derechos) frente al extranjero migrante (no ciudadano). Ahora bien, es responsabilidad de cada persona el cuestionar este orden categórico; basándose en primer lugar, en el análisis del origen de los derechos fundamentales (quiénes son sujetos de derechos) y en segundo lugar, interrogarse acerca de quién o quiénes representan la ciudadanía y cómo se quiere que ésta se construya. MACHÍN (2011), *Ibidem*, pp. 17-18.

limitado por las obligaciones y los derechos de los demás hombres⁸⁷. El autor reconoce aspectos indiscutidos sobre la naturaleza humana, tales como la igualdad entre los hombres, además del poder o “derecho” de elegir la sociedad en la que desea vivir.

Y todavía más, dice que el derecho de emigrar abarca el derecho a marcharse del país de origen, el derecho a instalarse en otro país y el derecho del emigrado a convertirse en ciudadano del país en el que se establece. Cada uno de estos derechos se encontrarían limitados por los derechos adquiridos con anterioridad y por los derechos de los demás hombres⁸⁸.

Dos aspectos centrales se desprenden de la idea anterior; i) La emigración no se fundamenta únicamente en el “poder físico” de trasladarse, sino que también es considerado un “derecho”, o “poder de voluntad”; ii) Como tal, comprende el marcharse del país nativo e instalarse en el país no nativo, pudiendo ejercer los derechos que las personas nativas ejercen en este último.

Los excelsos planteamientos de LECLERCQ podemos verlos reflejados en un precedente jurisprudencial único, emanado del TC Chileno, en el año 2013, el cual caracteriza de manera muy clara la situación de la migración a nivel planetario y local, sosteniendo como punto de partida “que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país”. El tratamiento que hace el TC sobre el fenómeno migratorio, es importante desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando:

El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Este artículo ha sido objeto de desarrollo y concreción jurídica por parte del Pacto respectivo. Es así como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado

⁸⁷ LECLERCQ, Jacques. “El derecho y la sociedad”. Herder, 1965, p. 244.

⁸⁸ Ibídem, p. 247.

tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

Este simple constructo legal, junto con el resto de los instrumentos abarcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *“ha generado en los seres humanos la creencia de la existencia de un derecho, el derecho a emigrar, que si bien en su formulación genérica no tendría por qué ser problemático, sí que lo es una de sus dimensiones asociadas, como es la supuesta existencia de un derecho a ser recibido”*⁸⁹.

No es pacífica la relación entre el “poder emigrar”, o irse, y el “poder inmigrar” o a ser recibido, pues tras el telón de este último, nos encontramos con el poder Soberano. Ya lo sostenía BELLO a mediados del siglo XIX: *“Según el Derecho externo, el soberano puede prohibir la entrada en su territorio, ya constantemente y a todos los extranjeros en general, ya en ciertos casos, o a cierta clase de personas, o para ciertos objetos. Según el Derecho interno, la prohibición debe fundarse en justicia, en motivos razonables de seguridad o conveniencia. De todos modos, es necesario que sea pública, y que lo sean también la pena en que se incurra por la desobediencia, y las condiciones con que se permite la entrada”*⁹⁰

Años más tarde a lo sostenido por don ANDRÉS BELLO, los criterios que

⁸⁹ DE ASIS, Rafael. Cuestiones de derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 93. Citado en: Sentencia Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L No.1094, 04 de julio de 2013, Rol 2273, considerando décimo.

⁹⁰ Andrés Bello, Principios de Derecho Internacional, Parte primera, Capítulo V, Biblioteca Americana, www.cervantesvirtual.com. Citado en: Ibídem, considerando décimoprimerio.

contenía el derecho estatal y sus limitaciones evolucionaron, efectivamente, con las Declaraciones de Derechos Humanos. Especialmente a partir de la Convención sobre Condición de los Extranjeros (Conferencia Internacional Americana de 1928 de La Habana) y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Naciones Unidas, 1951). Los Pactos Internacionales concretaron los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en esa medida se han ido especificando tales contenidos⁹¹.

El Derecho juega, por lo tanto, un rol protagónico, cimentando estándares para quien migra a un país desconocido; *“el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados. En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”*⁹²

Queda, entonces, demostrado que el derecho a emigrar no tiene un correlativo

⁹¹ Es así como en la Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 27° período de sesiones de 1986, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se indica en su párrafo 5 que: *“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”*. Adicionalmente, la Observación General N° 27, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité en 1999, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sentido de que *“la cuestión de si un extranjero se encuentra *legalmente* dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”* (párrafo 4 parcial de la Observación General N° 27). Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando décimoprimer.

⁹² Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273. Óp. Cit., considerando décimoprimer. El conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar una serie límites, desde los Derechos Humanos.

simétrico en el derecho a inmigrar. Más bien constituyen dos caras de una misma moneda con particulares características, forjadas, por un lado, en las limitaciones que pueden imponer los Estados en base al ejercicio de la soberanía, dentro de la geografía nacional, y por otro, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.2. Inmigración en Chile.

Los estudios referentes a los temas migratorios en Chile han sido abordados desde distintos enfoques disciplinarios, entre los que vale destacar los estudios de carácter histórico, los trabajos eminentemente demográficos, algunos de corte antropológico y, recientemente, varias publicaciones originadas en el ámbito de la Sociología. En términos de contenido, el estudio de las colectividades de migrantes europeos ha sido muy común, pero últimamente ha crecido el interés por el caso de los inmigrantes peruanos y por otros aspectos de la migración reciente, como la feminización y la inserción laboral. Con todo, lo cierto es que la colección de publicaciones sobre el tema es todavía modesta y se trata de una materia que ha estado lejos de ser saturada⁹³.

Para explicar esta escasez bien podría argumentarse que Chile no es, ni ha sido en términos comparativos dentro de la región, un país de inmigración masiva y que la emigración de chilenos tampoco ha sido un fenómeno de porcentajes muy significativos. En efecto, los datos del CELADE indican que aproximadamente 2.000 inmigrantes en Chile representaban sólo 1.3 por ciento de la población nacional y que los chilenos emigrantes alcanzaban 2.9 por ciento. Pero esta es una explicación parcial, pues se trata de un fenómeno creciente, complejo, y de un impacto cualitativo relevante en todos los niveles de la sociedad. La tendencia y complejidad que alcanza la migración internacional en el caso de Chile exigen un compromiso directamente proporcional por parte de los investigadores, pues son muchos los temas que

⁹³ CANO VERONICA, Sofía Magdalena. "Los Estudios sobre Migración Internacional en Chile. Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada". [en línea] [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-74252009000300007&script=sci_arttext] [Consulta 2 de diciembre 2014].

permanecen inexplorados⁹⁴.

Pasando el análisis a un punto de vista historiográfico, nuestro país se ha caracterizado en el pasado por tres aspectos centrales, cuales son (i) el número poco significativo de inmigrantes llegados a Chile desde su nacimiento como República, (ii) la espontaneidad del fenómeno migratorio, y (iii) los efectos positivos de su llegada, principalmente en el plano económico.

Respecto a esta última, prácticamente no se discute en la literatura historiográfica el aporte innovador de los colonos e inmigrantes extranjeros en el pequeño comercio chileno, la industrialización y la creación de talleres, la actividad fabril y minera, la innovación tecnológica, el manejo de casas bancarias y de seguros, así como su contribución en la capacidad de ahorro y organización, y también en el desarrollo de infraestructura ferroviaria, puentes y caminos. Como se dijo anteriormente, aunque la magnitud de los inmigrantes fue pequeña, su aporte económico resultó significativo. Incluso ha destacado la inmigración como uno de los rasgos más positivos y fundamentales del proceso económico durante el siglo XIX, porque incrementó la capacidad empresarial del país y la mano de obra calificada. En 1914, por ejemplo, los extranjeros eran dueños de más del 49% de las industrias, entre las cuales se destacaban las fábricas de muebles, calzado, cerveza y aceites, las industrias de hilados y otros productos textiles⁹⁵. Son numerosos los autores que señalan que los inmigrantes europeos fueron mayoritariamente empresarios destacados, con notables cualidades de liderazgo y organización, que incrementaron la capacidad empresarial y la mano de obra calificada. Sin embargo, hay otras opiniones⁹⁶.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ CELADE (Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía). *Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio*. Santiago, CEPAL, 2009, p 14.

⁹⁶ Estas cualidades corresponderían solo a la segunda generación de inmigrantes, que llegó a engrosar las capas medias de la sociedad chilena y ascendió a posiciones empresariales, mientras que la primera generación de extranjeros se mimetizó más bien con los estratos bajos de la estructura social del país. Esta es la que podemos identificar como la otra inmigración, compuesta por proletarios y aventureros, con oficios de marineros, carpinteros, jornaleros, albañiles, fonderos, artesanos, entre otros, incluso tachados a menudo de viciosos, delincuentes, irresponsables e indigentes: la vía de ingreso más importante de ingleses, norteamericanos y franceses fue la deserción, aventureros-proletarios que difícilmente pudieron ingresar capitales o maquinarias entre sus improvisados bártulos.

A mayor abundamiento, observamos que entre 1865 y 1960 comenzaron a llegar inmigrantes árabes y asiáticos⁹⁷ que, a diferencia de los europeos, no contaban con concesiones ni ofertas concretas para asentarse en el país, porque su venida coincidió con el término de las políticas de atracción de inmigrantes y, además, porque provenían de naciones situadas en los niveles más bajos de la jerarquía que disponía la -pseudo- política migratoria de esa época. Pese a todo, el espíritu emprendedor que los caracterizaba les permitió finalmente asentarse, no obstante que, en su proceso de integración, debieron enfrentar fuertes prejuicios y discriminaciones por parte de la sociedad chilena⁹⁸.

En el plano jurídico, fueron promulgadas diferentes leyes y creadas ciertas instituciones con el objetivo de atraer la atención de extranjeros bien considerados por las autoridades locales, principalmente aquellos provenientes del continente Europeo, aun cuando, como queda de manifiesto, la inmigración limítrofe y espontánea fue la nota característica del concierto de los flujos migratorios en Chile. Es decir, dichas acciones estatales en ningún caso, revistieron una auténtica política migratoria sino más bien un ideario selectivo⁹⁹.

Esta afirmación contradice todo argumento que sostenga que la inmigración en Chile fue controlada y selectiva y desarrolló una gran movilidad ascendente, al menos hasta 1880. En efecto, hasta los inicios de la república, la inmigración fue más bien de carácter espontáneo y carente de regulación. *Ibidem*, p. 14.

⁹⁷ A mayor abundamiento sobre el inmigrante asiático, dentro de la migración de ultramar, existe bastante interés por estudiar la de origen asiático, en particular la de chinos, japoneses, coreanos y árabes, siendo estos últimos los más investigados. Dado que estos grupos no formaban parte del ideario selectivo impulsado por el proyecto colonizador, la forma de estudiarlos ha consistido en plasmar las características relativas a su historia de emigración y el desarrollo de estas culturas en el país, pero agregando un análisis específicamente social sobre su proceso de integración o marginación. En estos trabajos se suele concluir que la mayoría de estos grupos fue objeto de discriminación y rechazo por parte de la sociedad chilena, lo que habría afectado su proceso de integración, y además se acostumbra rescatar el aporte que han realizado a través del desarrollo económico de nuevos rubros y nichos comerciales no explorados hasta entonces en Chile. *Ibidem*, p. 23.

⁹⁸ CANO VERONICA, Óp., Cit.

⁹⁹ Es el siglo XIX un periodo de la Historia en el que podemos observar un enfoque político subsumido en un ideario colonizador, acrecentado con la anexión de los nuevos territorios del norte. El flujo de inmigrantes proveniente de países vecinos ha sido históricamente significativo y permanente. A fines del siglo XIX, los inmigrantes latinoamericanos —principalmente bolivianos, peruanos y argentinos— alcanzaban inéditamente 67 por ciento de los extranjeros residentes en Chile. El aumento de la inmigración limítrofe que hubo durante el siglo XIX se explica principalmente por la incorporación de nuevos territorios en el norte de Chile luego de la Guerra del Pacífico (1879), y por la proximidad geográfica que también facilitaría la mayor participación de peruanos y bolivianos en la explotación de salitreras, presencia que luego volvería a disminuir tras la decadencia del salitre. La inmigración

La Organización Internacional para las Migraciones en el año 2003, constataba esta situación: Chile nunca ha tenido políticas claras de inmigración. Éstas han sido más bien producto de coyunturas sociales y han estado marcadas, según se desprende de documentos oficiales, por consideraciones racistas que tenían como fin dotar al país de una estructura cultural, social y económica superior¹⁰⁰.

3.3. Saldo Migratorio.

Chile ha pasado de ser un país de emigrantes a ser un país de migrantes. El dato que lo confirma corresponde al saldo migratorio, es decir, la diferencia entre el número de migrantes y el número de emigrantes de un país en un determinado momento. En el caso de Chile, el saldo migratorio es positivo desde 1990 hasta ahora, y se estima que seguirá siéndolo puesto que Chile representa uno de los focos de estabilidad económica y democrática en la región¹⁰¹.

En efecto, hacia la década de 1990, cuando se restituye la democracia en Chile, el balance negativo de la migración se revierte, en parte, porque comienzan a regresar muchos exiliados durante la dictadura. Además, Chile empieza a mantener un ritmo constante de crecimiento y consolidación económica, disminuyendo notoriamente los índices de pobreza y desempleo. La confluencia de todos estos factores ayudó a posicionar al país como un destino relativamente atractivo para los inmigrantes dentro de la región. En la actualidad, los principales flujos de inmigración hacia Chile provienen de los países limítrofes: Perú, Argentina, Bolivia y Ecuador, los que en conjunto conforman 57 por ciento de la población extranjera. En general, se trata de una población más femenina, con residencia reciente, en edad laboral activa, altamente calificada e inserta principalmente en el servicio doméstico y el comercio minorista. Las expectativas de estos inmigrantes continúan relacionándose con el

argentina, por su parte, figura como una de las más antiguas en Chile, y se le atribuye un carácter de espontaneidad debido a la extensa frontera que comparten ambas naciones. A partir del siglo XIX se registra un flujo significativo de trabajadores argentinos desde Cuyo hacia los yacimientos mineros de Atacama, y otro grupo importante se estableció en Magallanes por la conexión de circuitos económicos y laborales. CANO VERONICA, Óp., Cit.

¹⁰⁰ CELADE (2009), Óp. Cit., p. 52.

¹⁰¹ MACHÍN (2011), Óp. Cit., p. 18.

mejoramiento de su situación económica y personal, en un país que se valora por el crecimiento de sus perspectivas de desarrollo y bienestar. A ello debe sumarse la cercanía geográfica y el deterioro de la situación económica de países vecinos, sobre todo de Perú¹⁰².

Nuestro país *“ha tenido un crecimiento sostenido de los flujos migratorios desde los noventa, duplicando prácticamente su número de migrantes desde 2002 a las estimaciones de 2010. Los nacionales de Perú, Bolivia, Colombia, Argentina y Ecuador concentran más de la mitad de la población total de migrantes en el país, de modo que la migración regional de países vecinos es una de las principales características de este fenómeno en Chile. Según cifras del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante DEM), actualmente el estimativo de población migrante en Chile es de un total de 415.540 extranjeros, de los cuales 220.841 son mujeres. Lo anterior no solo refleja que en los últimos 40 años se ha cuadruplicado la migración internacional, sino que también indica una tendencia a la feminización de la migración”*¹⁰³.

Sobre la migración regional, en el año 2013 los permisos de residencia otorgados por el DEM a personas de países vecinos ascienden a más de 130.000, casi duplicando el número de permisos otorgados en 2009. Adicionalmente, en el total de 385.630 permisos de residencia otorgados en cuatro años se mantiene la tendencia característica de una migración regional: Perú ha concentrado un total de 140.731 permisos de residencia; siendo el país con mayor número de personas en Chile; Colombia lo sigue con 64.599; Bolivia, con 54.383; y Argentina, con 18.112 El número de colombianos a quienes se otorgó alguno de los tipos de visa pasó de 7.468 en 2010 a 26.627 durante 2013, casi cuadruplicando la cantidad de autorizaciones de residencia regular en Chile en los últimos años¹⁰⁴.

¹⁰² CANO VERONICA, Óp., Cit.

¹⁰³ INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2014. pp. 341-342. A la cifra total oficial de personas inmigrantes (hombres y mujeres), antes mencionada, se debe sumar aquella derivada del ingreso irregular al territorio. Este fenómeno se relaciona, entre otros factores, con el tráfico de drogas y el tráfico y trata de personas.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 348-349.

3.4. Marco Jurídico en materia Migratoria. Consideraciones.

Como se ha planteado, Chile nunca tuvo una política clara y coherente en materia migratoria, *“en general, nunca se propició la inmigración masiva, sino que por el contrario se promovió una inmigración individual y altamente selectiva, aun cuando se adoptaran políticas de inmigración libre durante ciertos períodos (1947 y 1959). Las leyes migratorias dictadas durante el siglo XIX y comienzos del XX se inspiraron en un ideario de desarrollo económico, social y cultural del país, y se pensaron de acuerdo a una política más bien cerrada y restrictiva”*¹⁰⁵

Respecto a los criterios normativos utilizados por el constituyente y por el legislador, en materia migratoria, a lo largo de los siglos XIX y XX, es posible deducir varias conclusiones. Primero, que el constituyente del 33 y del 25 ligó esta materia al principio de igualdad de trato entre los nacionales y los extranjeros. Y que tal determinación la profundizó con la normativa del Código Civil. Segundo, que el derecho de residencia y la libertad de locomoción los configuró para los “habitantes de la Nación”, preservando un margen de maniobra respecto de quienes aún no habitan tal territorio. Que tal criterio resultaba común a la sensibilidad jurídica predominante en los principios generales del Derecho Internacional Público de la época. Tercero, que este margen de maniobra fue utilizado por el legislador para establecer reglas que diferenciaron el ingreso de extranjeros turistas, residentes e inmigrantes. Asimismo, estableció prohibiciones de ingreso de extranjeros basadas en criterios ideológicos, sanitarios y delictivos. Cuarto, que en reiteradas oportunidades el constituyente quiso establecer reglas en la Constitución que reservaran potestades de policía de seguridad para los procedimientos de autorización de ingreso de extranjeros y, especialmente, para su expulsión, pero no las incorporó definitivamente al ordenamiento interno¹⁰⁶.

¹⁰⁵ CELADE (2009), Óp. Cit., p. 49.

¹⁰⁶ Además, el artículo 4 de la Ley de Extranjería afirma que los migrantes se regirán por el Decreto con Fuerza de Ley N° 69. Este decreto estableció la categoría de migrante como todo extranjero que ingresa al país con el objeto de trabajar. A su vez, esta normativa plantea la inmigración con elementos de selección que contribuyan a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza, esto se traducía en una inmigración especialmente de origen europeo. Si bien este decreto es una de las regulaciones que continúa vigente, ya que entre otras cosas da origen al Departamento de Extranjería, la categoría de migrante que en ella se establece está hoy en desuso. Inaplicabilidad (2013), Óp. Cit., vigésimo cuarto.

En la actualidad, Chile carece de una política explícita en materia migratoria, la legislación chilena actúa más bien reaccionando a los fenómenos migratorios. El Decreto Ley (en adelante DL) N° 1094 dictado durante el Gobierno de facto del General Augusto Pinochet en 1975 conforma la Ley de Extranjería junto con el Decreto Supremo (en adelante DS) N° 597 de 1984 sobre el Reglamento de Extranjería y, adicionalmente, se aplica el Decreto por Fuerza de Ley N° 69, de 27 de Abril de 1953. Dichos decretos si bien han sufrido modificaciones de acuerdo a las nuevas realidades migratorias del país, el grueso de estos data de la época de la Dictadura Militar y, por lo tanto, hay un sesgo de hostilidades patente con otras naciones que hace que la ley sea más una norma sumamente selectiva en la admisión de extranjeros y muy rigurosa en el control de las entradas y salidas que un instrumento de derechos y libertades de los migrantes y su integración social¹⁰⁷.

3.4.1. La Constitución Política de la República informa sobre derechos a los inmigrantes.

Sentadas las principales características de las leyes migratorias y el reconocimiento de la inexistencia de una política nacional afín, nos preguntamos sobre el alcance de la Constitución Política de la República cuando de migrantes se trata.

La Constitución identifica tres ámbitos para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, tanto genérica como específicamente ligado a cada derecho. El primer reconocimiento lo realiza la Carta Fundamental en el epígrafe del artículo 19 al disponer que “la Constitución asegura a todas las personas”. El segundo ámbito es aquel relativo a cómo se entiende la categoría de “extranjero” dentro del derecho de igualdad configurado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Y, finalmente, la titularidad específica del derecho involucrado la sostiene el texto constitucional al disponerlo, expresamente, en el artículo 19 N° 7, literal a), de la Constitución¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MACHÍN (2011), Óp. Cit., p. 14.

¹⁰⁸ Inaplicabilidad 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando vigésimo séptimo.

De los antecedentes constitucionales que originaron la norma del epígrafe del artículo 19 se pueden extraer las siguientes conclusiones. Primero, la superación de la ambigüedad terminológica que atribuía la titularidad de derechos fundamentales o constitucionales únicamente a los “habitantes de la Nación” desde la Constitución de 1833. En segundo lugar, estos estudios iniciales avalan la ampliación expresa de la titularidad a las personas jurídicas -con una deliberación basada profusamente en ese tema- y también a la realidad de los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras. En tercer término, que se trata de una ampliación condensada en la voz “personas” con un reconocimiento creciente a toda situación que enfrente un derecho en función de la naturaleza de los mismos. En cuarto lugar, que este mayor alcance y proyección normativa de la titularidad protegida tienen un límite natural, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial. Este criterio viene a fortalecer el caso de los derechos de ingreso de un extranjero al país, los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente¹⁰⁹.

3.4.2. Decreto Ley 1.094 o Ley de Extranjería: Pervivencia de criterios de seguridad interna del Estado y selectividad del migrante.

Estos criterios lamentablemente entregan un poder de discrecionalidad muy amplio a los funcionarios que la ejercen, presentándose problemas de arbitrariedad en el proceso de selección de quienes ingresan por paso fronterizo autorizado. Esta

¹⁰⁹ *Ibidem.*, considerando vigésimo noveno. La misma sentencia, de forma explícita señala en el título noveno (IX) que el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero, salvo expresa habilitación constitucional; Desde el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución se sostiene que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos . Por tanto, distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional.

ambigüedad está recogida en el primer párrafo del artículo 15 del Decreto 1.094, donde se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que *“propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”*. En el párrafo 2 de este mismo artículo se añade que, en general, serán expulsados aquellos que *“ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”*. Esto produce ciertas vaguedades a la hora de interpretarlo dejando a libre criterio del funcionario la aplicación de la ley y por lo tanto, abriendo la posibilidad de llevar a cabo un proceso de selección discriminatorio¹¹⁰.

La Ley de Extranjería es hija de una época determinada y en ella se refleja la realidad del momento, esto hace que en un país con una democracia asentada, la Ley de Extranjería resulte anacrónica en varios aspectos¹¹¹

El Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que es dictado en un período en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional, debe contrastarse a la luz del texto constitucional. Por tanto, esa condición de titular del derecho a emigrar de su país que tiene todo extranjero y del derecho a inmigrar que posee el extranjero, estableciendo deberes correlativos en el Estado receptor, debemos verificarla en la preceptiva fundamental¹¹².

Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir

¹¹⁰ MACHÍN (2011), Óp. Cit., p. 14-15.

¹¹¹ Ibídem, p. 15.

¹¹² Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando vigesimoquinto.

la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país¹¹³.

En definitiva, se hace urgente actualizar esta legislación, anacrónica con los tiempos de intercambio global e integración regional existentes. Más aún, existen claroscuros en esta normativa vigente, que condicionan la ciudadanía del migrante y su acceso a servicios sociales, haciendo depender de un contrato el acceso a la permanencia legal en el país. No se puede hablar de integración efectiva, si aún existen deficiencias en la legislación vigente, lo cual genera finalmente ciudadanos que no gozan de plenos derechos¹¹⁴.

3.4.3. Mecanismos de protección atinentes a la migración, en el Derecho Interno.

El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años por adecuar su legislación, y sus políticas públicas, en materia migratoria a los estándares internacionales de derechos humanos, en un contexto de cambio de paradigma sobre la regulación de la migración. Resultan igualmente dignas de elogio las múltiples declaraciones públicas de altos funcionarios de Gobierno, donde se reconoce que Chile es un país de acogida¹¹⁵.

¹¹³ Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando cuadragésimo.

¹¹⁴ RED CHILENA DE MIGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD (RedMI). Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Santiago, 2011, p.12.

¹¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Informe Complementario, Santiago, 2011. p.7. Prueba de ello son (i) las modificaciones a la legislación heredada de la dictadura, destinadas a hacer más eficiente la gestión migratoria; (ii) la coordinación intersectorial entre ministerios, particularmente de salud y de educación, para asegurar el pleno goce del derecho a la salud y a la educación de mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes en condición de irregularidad; (iii) las amnistías y procesos de regularización de la condición migratoria irregular; y, por supuesto, (iv) la ratificación de la convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias de 1990.

El tránsito que se ha producido en Chile en las políticas públicas en materia migratoria, desde la seguridad nacional (o interna del Estado) a los estándares de los Derechos Humanos es motivo de alabanza, en tanto profundiza la protección del inmigrante en su rol de trabajador que busca mejores oportunidades fuera de su país; La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son características que, tratándose de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, son especialmente relevantes. Lo anterior, pues a pesar de la formulación universal de los tratados internacionales de derechos humanos, habitualmente quienes son nacionales de un país cuentan con una protección más intensa de sus derechos fundamentales que quienes son extranjeros. Históricamente, los trabajadores migrantes y sus familiares han sufrido manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante en diferentes partes del mundo que les impiden un pleno goce de sus derechos humanos¹¹⁶.

Las declaraciones antedichas, son parte de la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, donde observamos sintetizados, parte importante de los esfuerzos realizados en nuestro país, precisamente en virtud del Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias de 1990, ratificado por Chile en marzo 2005 y publicada en mayo de ese año como Decreto, N° 84¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.5.

¹¹⁷ El principio fundamental sobre el cual descansa la Convención es el de la no discriminación. Por tal motivo, señala el artículo 7o: Los Estados Parte se comprometerán de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. La parte III de la Convención regula los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, derechos que se derivan de su dignidad personal, y que son independientes de su permanencia legal o ilegal en un país:
El derecho de libre circulación y residencia (artículo 8) a la vida (artículo 9), el derecho a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 10), a no ser sometido a esclavitud (artículo 11), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12), a la libertad de expresión (artículo 13), a la no-injerencia arbitraria en su vida privada y familiar (artículo 14), a no ser privado arbitrariamente de sus bienes (artículo 15), a la libertad, y seguridad personales (artículo 16), a ser tratado conforme a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural (artículo 17), al libre acceso a tribunales y a cortes de justicia (artículo 18), a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (artículo 22), a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país (artículo 23), reconocimiento a su personalidad jurídica (artículo 24), los hijos de los trabajadores

No obstante lo anterior, el Informe Complementario presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), ante el mismo Comité de Protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, indica que el tránsito o cambio de paradigma que habría acontecido en las políticas públicas en nuestro país, no parece ser tal. En efecto, el contrapunto planteado por el INDH dice relación con que *“a pesar de estos notables esfuerzos, estas acciones han resultado insuficientes para enfrentar los cambios que en los últimos 20 años han experimentado los flujos migratorios en nuestro país”*¹¹⁸

En ese mismo sentido, el INDH continua señalando que *“quienes llegan a Chile se enfrentan a una institucionalidad que no está preparada para su llegada. Nuestro país no cuenta con un cuerpo normativo único, claro y accesible para todas las personas. Tampoco existe una política pública migratoria, sino acciones en las que el Estado, muy correctamente, ha reaccionado ante los problemas más urgentes que han afectado a poblaciones en riesgo –como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes en condición de irregularidad–, pero que no constituyen medidas programáticas”*¹¹⁹.

Así el estado de las cosas, exponemos a continuación las medidas¹²⁰ concretas promovidas por el Estado en materia de inmigración:

migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento, nacionalidad y educación (artículos 29 y 30), respeto de su identidad cultural y a mantener vínculos culturales con sus Estados de origen (artículo 31), al terminar su permanencia en el Estado de empleo y transferir sus ingresos, ahorros y efectos personales (artículo 32) y a que le proporcionen información sobre sus derechos, requisitos de admisión, obligaciones legales y cualquier otra cuestión que permitan cumplir con las formalidades administrativas o de otra índole que establezca el Estado receptor (artículo 32).(pp. 7-8 Derecho de acceso a la justicia para los migrantes).

¹¹⁸ INFORME (INDH). 2011, Óp. Cit., p.7.

¹¹⁹ INFORME (INDH). 2011, Óp. Cit., p.7.

¹²⁰ Convenios para la Integración de la población migrante. [en línea] <http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/Convenios%20Sectoriales.pdf> [consulta: 9 diciembre 2014]

A. Oficio Circular N° 1.179 de enero 2003 del Departamento de Extranjería y Migración y Oficio ORD. A 14 N° 3.229 de junio 2008 del Ministerio de Salud.

Extranjeros en general. Los extranjeros que se encuentran en Chile sin haber regularizado aún su situación migratoria tienen derecho a la atención de urgencia. También pueden ser atendidos en forma privada cancelando el valor de las prestaciones médicas y hospitalarias.

B. Circular N° 07/1008 (1531).

Dentro del marco legal vigente, en agosto de 2005, durante el Gobierno de Michel Bachelet, el Ministerio de Educación lanzó la política denominada “Por el Derecho a la Educación: integración, diversidad y no discriminación”, que instruyó concretamente sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos (as) inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial.

C. Oficio Circular N° 1.179 de enero 2003 del Departamento de Extranjería y Migración y Oficio ORD. A 14 N° 3.229 de junio 2008 del Ministerio de Salud. Acción Especial de Protección de la Maternidad.

Es una medida conjunta con el Ministerio de Salud que consiste en facilitar el acceso a los servicios de salud pública a todas aquellas trabajadoras extranjeras, que residiendo en Chile, quedan embarazadas. Ellas podrán optar a un permiso de residencia temporaria certificando que controlan su situación de embarazo en el centro de salud que corresponde a su domicilio.

D. Resolución Exenta N° 1.914 de marzo de 2008. Convenio facilita el Acceso al Sistema Público de Salud de niños y adolescentes.

Acuerda proporcionar a todos los niños y adolescentes menores de 18 años extranjeros atención de salud¹²¹ en los establecimientos de la red pública de salud en igualdad de condiciones que sus pares chilenos, independiente de su situación migratoria en Chile y la de sus padres, tutores o representantes legales.

Coincidimos sobre este punto, en que estos programas están diseñados para resolver los síntomas, sin atacar la enfermedad que produce todos estos problemas, y cuya solución radica en una modificación de la Ley que integre como parámetro los derechos humanos de los y las inmigrantes¹²².

3.4.4. Mecanismos de protección atinentes a la migración, desde el Derecho Internacional.

El Derecho a inmigrar y el deber estatal de recibir al extranjero es fundado, principalmente, en cuatro pilares fundamentales del derecho Internacional¹²³: La

¹²¹ Aun contando con las acciones y convenios referidos en el área de salud, no existe una política concreta en relación a la atención médica de los extranjeros cuya condición migratoria es irregular, a excepción de los menores de 18 años y las mujeres embarazadas; no obstante, a pesar de este último convenio, no existe una política que abarque los derechos sexuales y reproductivos. Es necesario tener una visión completa de la situación de la población migrante en Chile desde una perspectiva interdisciplinaria, valorando aspectos sociales, económicos y culturales que puedan incidir a nivel sanitario. Por consiguiente, es obligación del Estado proporcionar información sobre las normas de acceso, derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario: incorporación del enfoque intercultural en la planificación y diseño de las prácticas; insistencia en la aplicación de un enfoque de igualdad de trato e inclusión en todo el sistema; y mejorar la comunicación entre profesionales sanitarios y otros actores sociales a nivel local.

¹²² RedMI (2011), Óp. Cit., p. 7.

¹²³ El conjunto de estos instrumentos, junto a Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente los artículos 27, 31, 38, 53 y 64 (ratificada en Chile el 9 de abril de 1981, promulgada por Decreto Supremo N° 381, del mismo año, publicado en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981), conforma la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos donde se definen los derechos humanos como inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles. PNUD, ¿Qué son los Derechos humanos? [en línea] <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> [consulta: 9 diciembre 2014]

Declaración Universal de Derechos Humanos¹²⁴, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁵.

Además, en el ámbito concreto de la inmigración, tienen especial relevancia las siguientes convenciones: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹²⁶ (aprobada en julio de 1951, con su Protocolo de 1967), la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas¹²⁷ (1954), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial¹²⁸ (1965), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹²⁹ (1979), la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes¹³⁰ (1984), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹³¹ (1989), y el Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias¹³² (1990).

Todos han sido ratificados por Chile y publicados en el Diario Oficial con excepción del Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas.

¹²⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada por los Estados Miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, entre ellos se encontraba Chile (1945).

¹²⁵ Junto con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos podemos identificar, además, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966) y sus respectivos protocolos facultativos (Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte)

¹²⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 28 de julio de 1951. Ratificado por Chile el 27 de abril 1972. Publicado en el Diario Oficial el 20 de julio de 1972, mediante el Decreto N° 293 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹²⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 28 de septiembre de 1954. No ratificada por Chile.

¹²⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 21 de diciembre de 1965. Ratificado por Chile el 15 de julio de 1971. Publicado en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1971, mediante el Decreto N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹²⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 18 de diciembre de 1979. Publicado en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989, mediante el Decreto N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹³⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 10 de diciembre de 1984. Ratificado por Chile el 30 de septiembre de 1988. Publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988, mediante el Decreto N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores. .

¹³¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 20 de noviembre de 1989. Ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990. Publicado en el Diario Oficial el 27 septiembre de 1990, mediante el Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹³² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 18 de diciembre de 1990. Ratificado por Chile el 21 de marzo de 2005. Publicado en el Diario Oficial el 8 de junio de 2005, mediante el Decreto N° 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.5. Condición de vulnerabilidad del Inmigrante. Distinción entre regularidad e irregularidad Migratoria.

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado¹³³.

En lo que atañe a nuestro Derecho, cabe recordar que el catálogo ‘de primera generación’, contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado ‘a todas las personas’, sin distinción alguna, de modo que el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentra en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de *vulnerabilidad*, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones¹³⁴.

La condición de vulnerabilidad de los migrantes, también se relaciona estrechamente con su condición migratoria, o administrativa, regular e irregular. Respecto del primero, los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y

¹³³ Corte IDH en su Opinión Consultiva (OC) sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr.112.

¹³⁴ *Ibidem*.

legalmente al país, esto es, por los lugares habilitados al efecto, con el control habitual de los organismos públicos de extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios y, excepcionalmente, bajo medidas de sanidad pública, se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estadía (cuando algunos de los requisitos de cumplimiento para su permanencia se dilatan en el tiempo) y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales y con la propia Constitución.

Es decir, el Decreto Ley N° 1.094 debe ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución. *“Hay una dimensión inicial y propia de los flujos migratorios que se produce en escenarios de frontera y de controles administrativos. Sin embargo, resuelto el paso y el ingreso al país, se impone la lógica de la integración, esto es, el plano de los derechos de los inmigrantes a permanecer en el país (...), pasa, ahora, a ser predominante la óptica de los derechos fundamentales del extranjero, los cuales pueden ser limitados como todo derecho constitucional, bajo los test propios de igualdad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial de los mismos, según las reglas constitucionales generales”*¹³⁵

En cambio, respecto del segundo, constatamos que la situación de un extranjero en posición jurídica incierta, por la falta de regularización de su permanencia, por la debilidad de sus títulos de estadía, o por haber ingresado ilegalmente al país, puede generar procesos de discriminación múltiples. No se refiere a una situación socioeconómica o política sino a una situación de vulnerabilidad que afecta prácticamente a la generalidad de sus derechos, condición de exposición personal emanada de la reducida posibilidad de obtener amparo o protección jurídica y social. Se trata de una situación fáctica en la que se tiene un menor acceso efectivo al ejercicio de los derechos. Es decir, afectación del derecho de acceso a la justicia.

¹³⁵ Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando cuadragésimo tercero.

Adicionalmente, puede ser discriminado por su idioma, su sexo o raza. La sociedad puede discriminarlo completamente. Es así como las promesas de contrato de trabajo, de pago de los derechos sociales y de condiciones dignas de vida y empleo, no tienen el mismo alcance para el extranjero en la situación de vulnerabilidad descrita que para el nacional. La vulnerabilidad del extranjero lo pone en condición de ser abusado en sus derechos y, lamentablemente, ya no el Estado sino que algunos miembros de la sociedad operan con la convicción de que los extranjeros “aún no son sujetos de derechos”. Algunos miembros de la sociedad sobrepasan los derechos del extranjero “en situación irregular” porque conocen la evidencia de su vulnerabilidad¹³⁶.

Finalmente, ante este contexto de discriminación hacia la población inmigrante y a la falta de medidas legales que protejan los derechos de grupos migratorios referidos a libre expresión, pensamiento y religión, terminan por obstaculizar las posibilidades de expresión y conservación de las creencias, costumbres y tradiciones de las culturas de origen de los grupos migratorios. Se ve dificultada la posibilidad de inclusión de diversas formas de vida, culturas e identidades propias de los inmigrantes, teniendo que someterse a la cultura dominante chilena. Por tanto, la diversidad cultural que los inmigrantes traen a la sociedad chilena es invisibilizada¹³⁷.

¹³⁶ Inaplicabilidad, 04 de julio de 2013, Rol 2273, Óp. Cit., considerando cuadragésimo sexto.

¹³⁷ RedMI (2011), Óp. Cit., pp.25-26.

Capítulo II. ¿ESTÁ ASEGURADA LA TUTELA JURIDISCCIONAL A LOS “HIJOS DE EXTRANJEROS TRANSEÚNTES” EN CHILE? CASO APATRIDIÁ

1. Consideraciones preliminares, especialmente sobre el caso investigado.

“El artículo 10 de la Constitución formula el principio del ius soli, en virtud de cual, como regla general, todas las personas nacidas dentro del territorio nacional tienen derecho a acceder a la nacionalidad chilena, con excepción de los hijos de extranjeros transeúntes. El Registro Civil no inscribe como chilenos a los hijos/as de personas migrantes que se encuentren en situación irregular en consideración a la situación migratoria de los padres, confundiendo los conceptos de irregular con el de transeúnte, negando el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio”¹³⁸.

En efecto, el artículo 10 N° 1 de nuestra Constitución Política República, consagra el principio del *ius solis*, en virtud del cual, todas las personas nacidas dentro del territorio nacional tienen derecho a la nacionalidad chilena, 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, a pesar de estas situaciones de excepción, podrán optar a la nacionalidad chilena a los 21 años de edad.

No obstante lo anterior, este derecho a la nacionalidad, se ve transgredido por el Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante SRCel), órgano de carácter administrativo, que haciendo eco de la excepción de “hijo de extranjero transeúnte”, se niega a inscribir como chilenos a los hijos de personas migrantes que se encuentren en

¹³⁸ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe anual sobre derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile. 2014, p. 351. Esta situación deja a estos/as menores de edad en la más absoluta desprotección, calificándolos de hijos de extranjeros transeúntes en su certificado de nacimiento. Ello no solo implica desconocer el principio emanado de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH, en virtud del cual la calidad migratoria de los padres no puede jamás alcanzar a sus hijos/as, también genera la imposibilidad de estos/as niños/as de acceder a los servicios básicos establecidos para los nacionales, como la educación y la salud.

situación *irregular*¹³⁹, homologando este último concepto al de *transeúnte*, negando así el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio nacional. De manera tal, que al no obtener la nacionalidad chilena, se les anota al margen de su certificado de nacimiento como “hijo de extranjero transeúnte”, situación que, en definitiva, los deja en condición de apátrida.

Como medio para salvaguardar el derecho a la nacionalidad, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 12 de la Carta Fundamental, el recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de Nacionalidad ante la Excelentísima Corte Suprema.

Sin embargo, podemos comprobar que los inmigrantes en Chile, por su condición jurídica de irregular (principalmente), reportan especial dificultad en el ejercicio efectivo de ciertos derechos, en especial –a nuestro juicio- del de acceso a la justicia, según lo explicado en el capítulo anterior, en lo atingente a las barreras de acceso. Siendo así, carece de utilidad que el Estado reconozca formalmente un derecho, como es el de reclamar el reconocimiento como chileno ante la Corte Suprema como es el caso propuesto, si su titular -padre o madre del niño- no puede acceder efectivamente al sistema de justicia para obtener su tutela.

La sumatoria de (i) las barreras al acceso a la justicia, que dificultan el uso del mecanismo jurisdiccional, junto con (ii) la estructura misma de la Reclamación Constitucional, entorpece irremediablemente el acceso al Sistema Judicial. Entonces, ¿de qué sirve que nuestra Constitución asegure que toda persona, sin excepción, pueda reclamar ante la CS, si este mecanismo –por cierto único mecanismo judicial- no salvaguarda efectivamente el derecho transgredido?

Desde la óptica del Derecho Procesal, ¿podría existir otra vía jurisdiccional más idónea y garantista, que se ajuste de mejor manera al contenido del acceso a la justicia para estos niños apátridas? Postulamos que existe.

¹³⁹ Para una mejor comprensión del concepto ver título 3.5.1., capítulo I.

Conforme a lo dicho, los objetivos propuestos son *examinar* la suficiencia de la reclamación constitucional, como instrumento para asegurar debidamente el acceso a la justicia de los hijos de inmigrantes irregulares, y *proponer* la conveniencia de una vía jurisdiccional alternativa.

Para satisfacer los objetivos, se ha estructurado el presente capítulo de la siguiente forma; en primer lugar, resulta necesario y oportuno exponer acerca del significado de la nacionalidad, sobre su relevancia, y cuál ha sido el tratamiento dado a nivel internacional y en la regulación nacional, particularmente desde la fuente que da origen a la problemática, es decir, el *ius solis* consagrado en nuestra Constitución.

Luego, será analizado el recurso de reclamación en torno a sus aspectos procesales, con el fin de comprobar su idoneidad como único mecanismo de tutela judicial que ofrece formalmente el ordenamiento jurídico. Aspectos procesales que serán contrastados, primeramente, con los pilares del acceso a la justicia abordados en el capítulo primero, y, en seguida, con una vía jurisdiccional alternativa, ante los Tribunales de Familia.

Y sobre la base del caso investigado, terminar el capítulo con una reflexión sobre la afectación del Acceso a la Justicia.

2. Derecho a la Nacionalidad.

Es, sin duda alguna, el vínculo jurídico de la Nacionalidad la condición más primigenia y esencial para el ejercicio de cualquier tipo de derecho, por parte de las personas. Honramos el papel que juega para las sociedades actuales en los siguientes títulos.

2.1. Concepto y características.

Etimológicamente la palabra nacionalidad proviene del latín “*natío*”, que deriva del verbo “*nacere*”, que significa nacer, desprendiéndose de esta forma, que en su origen la nacionalidad se encontraba ligada al nacimiento de una persona¹⁴⁰.

El diccionario de la Real Academia Española indica en su segunda acepción que nacionalidad es el “*estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación*”, y nación es un “*conjunto de personas del mismo origen étnico y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común*”¹⁴¹. Esta acepción de nacionalidad, atiende, por cierto, a un criterio sociológico, ya que desde el punto de vista jurídico, se trata más bien de un vínculo que genera derechos y obligaciones entre una persona y un Estado determinado. De forma que la esencia y característica de la nacionalidad, la constituye la relación de protección y subordinación del individuo a su Estado, concedida, además, en el sentido de vinculación del individuo a su grupo, por más o menos complejidad que esté tenga. Como la nacionalidad no es una idea simple sino que una institución compleja en todos sus aspectos, es difícil de definir y además se presenta bajo distintas formas teóricas y positivas con el fin de alcanzar el perfeccionamiento del individuo y de la sociedad¹⁴².

Es necesario aclarar desde ya, que en Chile no existe una definición legal ni constitucional del concepto en comento, por tanto, es menester realizar una aproximación jurídica de este mediante acepciones doctrinales y jurisprudenciales. Veamos.

¹⁴⁰ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2004, p. 76. En este mismo sentido DIAZ REVECO, “*Como el vocablo nacionalidad proviene del verbo latino nascere (es decir, nacer), se entiende que la nacionalidad estaría dada por un fenómeno natural como es el nacimiento*”. DÍAZ REVECO, Rodrigo Antonio. Nacionalidad: causales de pérdida y su protección nacional e internacional. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Talca, Chile. Universidad de Talca. Facultad de Derecho. Año 2003, p.10.

¹⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua Española. 23° Edición. 2014.

¹⁴² SCHUCK DANNENBERG, Marianne Luisa. Artículo 12 de la Constitución Política del Estado de Chile. Recurso ante la Corte Suprema por privación de la nacionalidad por autoridad administrativa. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Chile, Concepción. Universidad de Concepción. Facultad de Derecho. 1990, p. 9.

El profesor JORGE QUINZIO¹⁴³, ha expresado que la nacionalidad consiste en *“el vínculo jurídico y político que une a un individuo con un Estado determinado, vínculo que implica, a su vez, derechos y obligaciones recíprocos. Es la situación jurídica en que está un individuo frente al Estado al cual pertenece, ya sea por nacimiento o por nacionalización o naturalización”*¹⁴⁴.

En el plano jurisdiccional, nuestra Corte Suprema ha establecido que se trata del *“vínculo que une a una persona con el Estado, y sociológicamente, el vínculo que la une a una Nación determinada”*¹⁴⁵.

Mientras que en el ámbito jurisdiccional internacional, la Corte Internacional de Justicia la define 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”*¹⁴⁶.

En suma, entre las características que se desprenden del mencionado derecho, se encuentran¹⁴⁷:

- A. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, por tanto, está no puede ser ignorada ni despojada.
- B. Constituye un derecho esencial de todo ser humano, lo que a la vez trae aparejado deberes y obligaciones correlativas.
- C. El vínculo se produce entre un Estado y una persona determinada, y no con

¹⁴³ QUINZIO FIGUEIREDO, Óp. Cit., p. 76.

¹⁴⁴ Según SILVA BASCUÑAN, *“nacionalidad es propiamente el vínculo que existe entre la persona y el Estado”*. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Volumen IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008, p. 182. En tanto, JOSÉ LUIS CEA, define la nacionalidad como *“el vínculo jurídico, fundado en la naturaleza o en el derecho positivo, que existe entre una persona y un Estado determinado, en virtud de la cual se declaran y establecen derechos y deberes recíprocos”*. CEA EGAÑA, Óp. Cit., p. 297

¹⁴⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2° P.S.S, p. 158, sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 31 de Octubre de 1989.

¹⁴⁶ C.I.J., RECUEIL 1955, pp. 5 y sig. En TORRES MORA, Hilda, Derecho Internacional de Extranjería, 1984. Seminario de Titulación para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Citado en: VERA PÉREZ, Pablo. “Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2013, p. 93.

¹⁴⁷ CEA EGAÑA, Óp. Cit., p. 297.

otro tipo de organización.

D. Toda persona tiene derecho a cambiar de nacionalidad, cumpliendo con la legislación respectiva.

E. Una persona pierde su nacionalidad, sólo si a su vez adquiere otra de manera simultánea.

F. Solo puede despojarse de su nacionalidad a una persona, bajo una resolución dictada por la autoridad competente y fundada en el derecho positivo.

2.2. Relevancia.

Más allá de los motivos que hacen a la identidad cultural, donde la nacionalidad es un atributo no despreciable de la misma, en sociedades complejas y anónimas, la existencia cotidiana del individuo depende enormemente de su existencia jurídica. La nacionalidad es un atributo de la personalidad¹⁴⁸, ya que toda persona nace con él, constituyendo el vínculo de unión con un país determinado. Por ser un atributo de la personalidad, tiene un rol muy importante en la sociedad actual, porque incorpora a los sujetos a un ordenamiento jurídico, dándole un estatuto que contempla numerosos derechos y obligaciones, dado que el estudio y regulación del mismo es objeto, a la vez, del Derecho Público interno –específicamente del Derecho Constitucional- y del Derecho Internacional, tanto el Público como el Privado. Pero la nacionalidad no solo tiene importancia para el Derecho Constitucional, sino que también adquiere importancia para el Derecho Laboral, Derecho Civil, etc.¹⁴⁹. En fin, podríamos buenamente decir, que la nacionalidad es fundamental en todas y cada una de las áreas del derecho, ya que posee importantes efectos, tanto en el Derecho interno como a nivel internacional¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Máximo Pacheco lo define como una serie de cualidades, propiedades o prerrogativas que pertenecen a la persona por el sólo hecho de serlo. PACHECO, Máximo. Teoría del Derecho. 4ta Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990, p.113.

¹⁴⁹ DÍAZ REVECO, Óp. Cit., p. 27.

¹⁵⁰ Efectos dentro de los cuales podemos destacar:

- a). Confiere a determinadas personas los derechos políticos y señala sus deberes militares.
- b). Habilita para desempeñar las funciones públicas o algunas de ellas y para ejercer determinados derechos o actividades, que generalmente están prohibidas a los extranjeros.
- c). Habilita para obtener pasaporte.
- d). Habilita para obtener la protección diplomática del propio país, en ciertos casos en que los

2.3. Manifestación Nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente las materias relativas a la nacionalidad, han tenido desde siempre una regulación a nivel constitucional¹⁵¹, situación que no se produce en otros países¹⁵², en que su reglamentación se entrega a leyes de carácter especial o al Código Civil.

El Capítulo II “Nacionalidad y Ciudadanía”, de la Carta Magna, como ya es sabido, regula la materia en comento. Esta regulación es acorde al artículo 56 del Código Civil que señala; “*Son chilenos los que la Constitución del Estado declara como tales. Los demás son extranjeros*”.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el artículo 10 de la Constitución Política de la República¹⁵³ señala cuales son las fuentes de la nacionalidad en Chile. Estas fuentes

derechos de las personas son lesionados en el extranjero.

E. Determina la ley aplicable a las personas. VERA PÉREZ. Óp. Cit., p. 106.

¹⁵¹ La primera Constitución en tratarla fue la de 1822, conocida como la segunda Constitución de don Bernardo O’Higgins, posteriormente la Carta de 1833 trataba sobre la nacionalidad en el epígrafe “de los chilenos”, del capítulo III, en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9; de ellos se desprende que el constituyente de aquella época confundía los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, los cuales, son distintos, no obstante tener cierta relación. La Constitución de 1925 trataba la nacionalidad en el capítulo II, bajo el epígrafe “nacionalidad y ciudadanía” en los artículos 5 y 6, este último fue modificado posteriormente por la Reforma Constitucional contenida en la Ley N°13.548 del 30 de septiembre de 1957. Mientras que en la Constitución de 1980 es tratada en el epígrafe “nacionalidad y ciudadanía”, en los artículos 10, 11 y 12. Regulación formal que se mantiene actualmente, no obstante la reforma sustancial de carácter constitucional mediante la ley 20.050 del año 2005. SCHUCK DANNENBERG, Óp. Cit., p. 12

¹⁵² Esto ocurre, según MARIANNE SCHUCK, en países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, en cambio, en las Constituciones latinoamericanas y en la de España, Portugal y otras se establecen las fuentes de adquisición de la nacionalidad y también las formas de perder este atributo. En tales países se justifica esta tendencia porque han sido países de inmigrantes, a los cuales se ha querido ligar jurídicamente al territorio en que desarrollan sus actividades. *Ibidem*, p. 12

¹⁵³ *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, y
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.

constituyen las causas o hechos, ya sean naturales o jurídicos, que confieren a una persona una determinada nacionalidad. La doctrina las clasifica en originarias y derivadas. Las fuentes originarias atienden a un hecho jurídico, ya sea al nacimiento o a la filiación, y estas corresponden al *ius solis* y al *ius sanguinis*, reguladas en el artículo 10 N°1 y 2 correlativamente. En tanto, las fuentes derivadas corresponden a supuestos contemplados en la propia Constitución, mediante los cuales se adquiere una nacionalidad distinta a la de origen, como ocurre en los supuestos del artículo 10 N°3 y 4¹⁵⁴.

Por resultar oportuno a los objetivos propuestos, solo expondremos el principio de *ius solis*¹⁵⁵.

En virtud de tal, la Carta Fundamental declara que se le otorga la nacionalidad chilena a todos los *nacidos dentro del territorio nacional*. Sobre el nacimiento, (i) el artículo 74 de nuestro Código Civil dispone que la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, y haber sobrevivido un instante siquiera. (ii) En lo que respecta al territorio, éste comprende el espacio continental e insular terrestre, marítimo y aéreo, demarcado por los tratados internacionales y otros instrumentos jurídicos que fijan nuestras fronteras, incluyendo además las ficciones territoriales, tanto terrestres como marítimas y aéreas. Son, de esta forma, parte del territorio chileno las naves y aeronaves públicas, de guerra o no, en cualquier lugar en que se hallen, y las privadas que se encuentren navegando, en alta mar o sobre ella, bajo pabellón chileno. Quien nace a bordo de tales naves o aeronaves es, por consiguiente, chileno para todos los efectos legales¹⁵⁶.

¹⁵⁴ La importancia de la clasificación precedente estriba en que, además de tratarse de las fuentes contempladas en la Constitución de 1980, queda de relieve que, de la nacionalidad generada por la naturaleza y reconocida en el ordenamiento positivo, en opinión de CEA EGAÑA, su titular jamás puede ser legítimamente despojado o privado, porque se trata de un derecho inherente a la persona humana y que constituye un elemento configurativo de su dignidad. En cambio, con relación a la nacionalidad derivada, su titular puede ser privado, pero sólo si se cumplen los requisitos que, de antemano y expresamente, el ordenamiento jurídico señala para revocarla, los cuales, además, se dice que deben ser conocidos por el sancionado antes de que se aplique tal pena y, en toda hipótesis, siempre susceptible de recurso ante tribunales independientes en un proceso justo. CEA EGAÑA, Óp. Cit., p. 299.

¹⁵⁵ Para ahondar en las fuentes de nacionalidad consultar CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Volumen I. 2da Ed. Santiago, Chile. Editorial Universidad Católica del Norte. 2008.

¹⁵⁶ CEA EGAÑA, Óp. Cit., p. 300.

Sentados los componentes anteriores, el principio en comento, posee dos importantes excepciones:

A. Los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno¹⁵⁷. Constituyen requisitos:

1. Que ambos padres sean extranjeros;
2. Que se hallen al servicio de su gobierno y;
3. Que se encuentren en territorio chileno al momento del nacimiento.

B. Los hijos de extranjeros transeúntes.

Constituyen requisitos:

1. Nacimiento en territorio chileno;
2. Hijo de padres extranjeros;
3. Que ambos padres sean transeúntes¹⁵⁸.

La Carta Fundamental confiere a las personas nacidas en Chile, en las dos situaciones de excepción al *ius solis*, el derecho de optar por la nacionalidad chilena a los 21 años de edad. Este procedimiento está reglamentado en el Decreto Supremo N°5.142¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CEA EGAÑA señala que la expresión "Gobierno" debe entenderse en sentido restringido, y por tanto solo abarca a los órganos que desempeñan funciones ejecutivas, administrativas y políticas.

¹⁵⁸ Se profundizará en la acepción "transeúnte" en el título 3.1 del presente capítulo.

¹⁵⁹ Publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1960, modificado por Decreto Ley N°1.432, de mayo de 1976, y por Ley N°18.005, de 25 de junio de 1981. En conformidad con el decreto en comento, los requisitos para nacionalizarse son los siguientes:

- a. Ser extranjero.
- b. Tener 21 años de edad en el caso de la opción de la Nacionalidad. (Artículo 10 número 1); y, en el caso de los hijos de extranjeros transeúntes.
- c. Tener 18 años si es hijo de padre o madre chileno por nacionalización, que tengan más de 5 años de residencia continuada en el territorio nacional.
- d. Ser titular del Permiso de Permanencia Definitiva. (Artículo 10 número 1).
- e. Renunciar a la nacionalidad de origen o la adquirida que la persona ostente al momento de ejercer el derecho.
- f. No haber sido condenado ni estar actualmente procesado por crimen o simple delito.
- g. Estar capacitado para ganarse la vida.

El interesado tiene el plazo fatal de un año a contar del día que cumpla los 21 años de edad, para presentar por escrito una declaración por la que opta por la nacionalidad chilena ante el Ministerio del Interior, o ante un agente diplomático o consular de la República, si estuviere en el extranjero. La solicitud debe acompañarse con la documentación necesaria para acreditar que el interesado nació en

Por último, respecto al marco normativo interno de la nacionalidad, esta deviene en importantes derechos y obligaciones recíprocos que vinculan a los nacionales¹⁶⁰.

2.4. Manifestación Internacional.

La nacionalidad constituye una de las materias respecto a las cuales existe particularmente una abundante normativa en el escenario internacional, especialmente a partir de la década de 1930, momento en el cual se acordó la celebración de convenciones, tratados y declaraciones de diversos organismos de carácter internacional¹⁶¹.

Destacamos las siguientes;

Chile y que sus padres eran extranjeros transeúntes o estaban en Chile al servicio de su gobierno cuando nació. Si este derecho de opción no se ejerce dentro del plazo señalado anteriormente, caduca por el sólo ministerio de la ley. SCHUCK DANNENBERG, Óp. Cit., p. 17.

¹⁶⁰ Los derechos que se tiene para con el Estado, que importan a su vez deberes especiales del Estado hacia el ciudadano, son los siguientes:

- 1.- Derecho a permanecer dentro del territorio nacional. La excepción la constituye un delito que traiga aparejada la pena de expulsión del país.
 - 2.- Derecho a refugiarse en su país, con ocasión de ser perseguido por un delito cometido en otro territorio, salvo que se acceda a la extradición.
 - 3.- Derecho a obtener un pasaporte.
 - 4.- Derecho a que el aparato Estatal le otorgue la protección de sus leyes y la tutela de sus magistrados.
 - 5.- Derecho a las garantías individuales establecidas en el artículo 19 de la Constitución.
- Dentro de los deberes, se incluyen:
- 1.- Servicio militar.
 - 2.- Derecho a sufragio.
 - 3.- Aceptar cargos concejiles.
 - 4.- Abstenerse de ejecutar actos que vayan contra la dignidad e interés del país.
 - 5.- No tomar las armas contra su nación de origen.
 - 6.- Acatar la ley nacional.
 - 7.- Pagar las contribuciones, obedecer a las autoridades constituidas, etc.(QUINZIO FIGUEIREDO, Óp. Cit., p 272.)

Cabe mencionar, que la condición jurídica de los extranjeros es distinta a la de los nacionales, sin perjuicio de que los Estados suelen asimilarlos en el goce de ciertos derechos. El estado reconoce un vínculo jurídico con el extranjero, pero la gran diferencia radica en la naturaleza de los derechos y obligaciones que genera dicho vínculo. Por lo demás, en Chile a pesar de que el artículo 57 del Código Civil establece que *“La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero”*, mientras el artículo 14 del mismo Código expresa que *“La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”*, la ley reconoce excepciones para el goce de ciertos derechos, por ejemplo, no pueden ser admitidos en ciertos empleos y funciones públicas, no pueden ser testigos en testamento solemne otorgado en Chile los extranjeros no domiciliados en nuestro país, etc.

¹⁶¹ PEÑA CUNI, Marcela Fernanda. El recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad. Artículo 12 de la Constitución Política de la República. Tesis. Universidad Francisco de Vitoria. Año 1999, p. 17.

A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶².

Artículo 15:

“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 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁶³.

Artículo XIX:

“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”.

C. La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁴.

Artículo 20:

“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”.

D. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁵

Artículo 24 N°3:

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

¹⁶² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 10 de diciembre de 1948. Ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990.

¹⁶³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. No ha sido ratificada por Chile.

¹⁶⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990. Publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, mediante el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. Publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, mediante el Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

E. Convención de los Derechos del Niño¹⁶⁶.

Artículo 7:

“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 velaran 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”.

2.4.1. Sobre su relevancia Internacional, basada en características del mismo derecho.

Respecto a los tratados y convenciones que mencionan el derecho a la nacionalidad, se extraen algunas conclusiones; (i) que existe el derecho humano a la nacionalidad derivado especialmente por *ius solis*; (ii) que existe un marco jurídico internacional para establecer legítimamente condiciones para la adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis*; (iii) el conjunto de reglas y principios referentes a la nacionalidad debe propender a evitar que se generen apátridas; (iv) y por último, la nacionalidad no puede ser causa de discriminación¹⁶⁷.

En perfecta concordancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: *“El derecho a la nacionalidad recoge un doble aspecto: por una parte significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las 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*

¹⁶⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 20 de noviembre de 1989. Ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990. Publicado en el Diario Oficial el 27 septiembre de 1990, mediante el Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁶⁷ AVILÉS H, Víctor Manuel. Evolución histórica, reformas y tendencias. Reforma Constitucional. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2005, p. 258

*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*¹⁶⁸.

De esta forma, la nacionalidad no es un mero vínculo entre un sujeto y un Estado determinado, sino que constituye un derecho fundamental protegido por los tratados y convenciones internacionales, las cuales propenden a establecer que toda persona tiene derecho a tener una nacionalidad, y aún más, a no ser privado arbitrariamente de esta, a garantizar los derechos civiles y políticos y a buscar la protección por parte del estado al cual el sujeto adhiere como nacional.

Este estatus del derecho a la nacionalidad como Derecho fundamental tiene una importante consecuencia, pues constituye un límite al ejercicio de la soberanía nacional, según lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2° de la Carta Magna¹⁶⁹. Como fuere señalado en líneas anteriores, no existe un “Derecho” a la nacionalidad reconocido expresamente en la Constitución, sin embargo, en virtud del citado artículo, se incorporan a nuestra legislación los Tratados Internacionales ratificados por Chile, en los cuales si se reconoce como derecho, considerándolo un atributo de la personalidad.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ señala que *“no cabe duda que la nacionalidad es un derecho y, más todavía, es de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, conforme a lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución*¹⁷⁰. No obstante lo anterior, cada Estado es soberano para determinar cuál es el régimen de adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad¹⁷¹.

¹⁶⁸ Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987-2005. Centro de documentación defensoría penal pública. Santiago, Chile. 2005. p. 216.

¹⁶⁹ *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana. Es deber de los órganos de Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

¹⁷⁰ FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. La Nacionalidad en la Constitución. Revista de derecho (Valdivia), dic. 2001, vol.12, no.2, p.176.

¹⁷¹ Este principio se encuentra enunciado en el artículo de la Convención sobre algunas cuestiones

3. Apatridía.

El problema de la Apatridía es uno de los menos conocidos y menos abordados que afronta actualmente la Comunidad Internacional. La posesión de una determinada nacionalidad es pre-requisito para el ejercicio de ciertos derechos básicos de la persona, como el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, al trabajo, a la propiedad, a la libre circulación, al ejercicio de otros derechos civiles y políticos, y, en última medida, a recibir asistencia y representación a nivel internacional. Carecer de nacionalidad implica, en definitiva, no existir como persona dentro de la comunidad internacional actual, formada por Naciones-Estados¹⁷²

Distintos Tratados Internacionales disponen la aplicación obligatoria del principio del *ius solis*, ya que al adoptarse este criterio por parte de todos los Estados, se eliminarían los casos de individuos carentes de nacionalidad. Este principio fue acogido por la Convención para reducir los casos de apátridas¹⁷³(1961), mediante la cual los Estados contratantes acordaron conferir la nacionalidad a un individuo en sus territorios, que de otra manera carecería de ella¹⁷⁴.

El Artículo 1 de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, de las Naciones Unidas, define el término “apátrida” como: “1. A los efectos de la presente

relativas a conflictos de leyes sobre nacionalidad, suscrita en la Haya en 1930, que señala: “Corresponde a cada Estado determinar en su legislación quienes son sus nacionales. Esta legislación debe ser admitida por los demás estados siempre que ella esté de acuerdo con las Convenciones Internacionales, La Costumbre Internacional y los Principios del Derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad”.

¹⁷² LEPOUTRE, Stephanie y RIVA, Ariel. Nacionalidad y Apatridía. Rol del ACNUR. Convención de 1054 sobre el Estatuto de los apátridas. Convención de 1961 para reducir los casos de apatridía. Buenos Aires. 1998, p. 3

¹⁷³ Artículo 1º:1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá:

- a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, o
- b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, la solicitud no podrá ser rechazada.

Todo Estado contratante cuya legislación prevea la concesión de su nacionalidad mediante solicitud, según el apartado b del presente párrafo, podrá asimismo conceder su nacionalidad de pleno derecho a la edad y en las condiciones que prescriba su legislación nacional.

¹⁷⁴ DÍAZ REVECO. Óp. Cit., p. 178.

Convención, el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación”¹⁷⁵. Dicha convención es complementada por la de 1961, “para reducir los casos de apatridía”¹⁷⁶.

ANTONIO BROTON define apátrida como “extranjero absoluto”, y según el profesor FERNANDO GAMBOA, apátrida es “aquel individuo que no posee una nacionalidad. Se puede nacer apátrida como se puede llegar a serlo por determinadas circunstancias que indican la pérdida de una nacionalidad de origen o adquirida”¹⁷⁷.

El profesor GAMBOA, indica, además, que existen dos conjunto de formas por las cuales se puede llegar a ser apátrida:

- (i) Apatridia de origen. Se presenta al momento en que se nace. Sería la hipótesis de un hijo de apátridas, que nace en carácter de transeúnte en un territorio determinado.
- (ii) Apatridia adquirida. Una persona con una nacionalidad determinada pasaría a adquirir la calidad de apátrida cuando ha perdido la nacionalidad, ya sea en forma voluntaria o forzada.

Dentro de dichos conjuntos, encontramos múltiples manifestaciones, entre las cuales destacan los conflictos de ley, transferencia de territorio o soberanía, leyes relativas al matrimonio, prácticas administrativas, discriminación, desnacionalización, renuncia, pérdida automática por imperio de la ley y el caso de los niños. Referir que los niños son potenciales perjudicados por la condición de apatridia tiene sustento en los siguientes motivos: 1) la falta de registro al nacer, 2) la situación de los niños abandonados y 3) la falta de aplicación efectiva del *jus solis* y/o del *jus sanguinis*¹⁷⁸. Es justamente este último caso, el que sirve de base para la investigación.

¹⁷⁵ Ibídem, p.7.

¹⁷⁶ La Convención de 1961 reconoce distintas formas de adquisición de una nacionalidad, la aplicación de los principios incluidos en la misma representaría un avance en el reconocimiento de este derecho y la reducción de los casos de apatridia. Cabe señalar, que esta Convención no ha sido ratificada por Chile.

¹⁷⁷ DÍAZ REVECO. Óp. Cit., p. 175.

¹⁷⁸ LEPOUTREN y RIVA. Óp. Cit., p. 9.

3.1. Apatridía en Chile.

En la actualidad no existe en Chile un marco jurídico que regule la situación de los apátridas, y propenda a respetar y garantizar los derechos de las personas bajo esta condición. A falta de aquello, la ratificación por parte de nuestro país de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas y la Convención para reducir los casos de apatridía, constituirían un avance al respecto, ya que les otorgaría un marco normativo especial del cual carecen. Sobre el asunto, cabe preguntarse, ¿por qué no se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico dichas convenciones?

El profesor DÍAZ REVECO explica; *“creemos que la razón de esta omisión se encuentra en que nuestro país no tiene una gran afluencia de extranjeros, y mucho menos de inmigrantes ilegales, como si ocurre en los Estados europeos. Pero, aunque no sea un problema relevante en nuestro acontecer nacional, no quiere decir que no exista (...)”*¹⁷⁹.

La observación de DÍAZ REVECO, fue realizada con miras al contexto social de la década pasada, que no se colige con el contexto social actual¹⁸⁰. Así, frente al actual escenario migratorio, cuyo saldo es positivo, se hacen presentes problemáticas jurídicas no previstas por el legislador, por tanto, resulta necesario adoptar medidas que subsanen estos vacíos legales en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. El concepto de “hijo de extranjero transeúnte”.

Como hemos expuesto, el Servicio de Registro Civil e Identificación no inscribe como chilenos a los hijos de personas migrantes que se encuentren en situación irregular, confundiendo el concepto de irregular con el de transeúnte, negando el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio nacional,

¹⁷⁹ DÍAZ REVECO. Óp. Cit., p. 181.

¹⁸⁰ Ver título 3.3., capítulo I, correspondiente al saldo migratorio.

conforme al principio de *ius solis* consagrado en la Constitución.

3.2.1. Concepto administrativo de Hijo de extranjero transeúnte.

Mediante el mecanismo de acceso a la información pública, consagrado en la ley 20.285 –art. 14-, se solicitó al SRCel a través de los contactos N° AK002C0004787 y N° AK002C0004801, los reglamentos vigentes relativos al procedimiento interno de inscripción de hijos de extranjeros.

Respecto a la información extraída de los reglamentos (anexo), exponemos lo siguiente¹⁸¹.

1. Con fecha 19 de agosto de 2014, se emitió el reglamento relativo al “Procedimiento general de inscripción de nacimientos en oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación”. En él se establece que son hijos de extranjeros transeúntes, aquellos *“Hijos(as) de Padre y Madre extranjeros, que se encuentren en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes”*.
2. Con fecha 24 de octubre de 2014, se emitió el reglamento relativo al “Procedimiento general de inscripción de nacimientos en oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación: casos especiales de inscripción”. En él se indica la misma instrucción anterior, relativa a la calidad de hijos de extranjeros transeúntes. Pero, además, se hace especial mención sobre los *“hijos de extranjeros sin residencia legal en el país”*, dictaminando que: *“aun tratándose del hijo de un extranjero que resida irregularmente en Chile, deberá admitirse la inscripción de su nacimiento (...), en razón del interés superior del menor, que*

¹⁸¹ De acuerdo a la información obtenida a través de esta consulta, en materia de nacionalidad es el Departamento de Extranjería y Migración –dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública– el organismo que fija las directrices, normas e instrucciones en la materia. Referente a esta facultad, se dictó por este organismo el Oficio N° 27.601, de 14 de agosto de 2014, señalando en lo pertinente que *“(…) las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de hijo de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria de turista o tripulante según la normativa migratoria”*. En función de este Oficio, el SRCel ha emitido los reglamentos relativos a la calidad de “transeúnte”.

requiere contar con la inscripción de su nacimiento, que es el que da certeza a su condición de persona, y a ejercer los derechos al nombre y a su vínculo filiativo, si lo hubiere”.

3. Con fecha 20 de marzo de 2015, se emitió la Resolución Exenta N° 102. En la cual se resolvió lo siguiente: **“PROCÉDASE** *por las Oficinas del Registro Civil e Identificación a practicar en las inscripciones de nacimiento la anotación “Hijo de Extranjero Transeúnte Art. 10 N° 1 de la Constitución Política”, solamente en el caso que ambos padres del inscrito o inscrita, tengan la calidad migratoria de turistas o tripulantes con permiso vigente”.*

En torno a lo enunciado podemos concluir, que el SRCel –en virtud de criterios impuestos por el Departamento de Extranjería y Migración (en adelante DEM)-, construye el concepto de “transeúnte” vigente, en atención al estado de “turista o tripulante” de los padres extranjeros del niño/a, respecto del cual se solicita su inscripción como chileno. Bajo este supuesto, resulta –a nuestro parecer- alarmante que no se acoja dicha instrucción, y las anteriores, que solo dan cuenta de cómo mediante mecanismos administrativos (rotativos según la data de cada instructivo) no es posible asegurar los derechos humanos fundamentales de las personas migrantes.

Así las cosas, deviene con fuerza la interrogante sobre, ¿qué facultades tiene estos organismos públicos para conceder o denegar una solicitud de inscripción como chileno verificándose los requisitos legales? Postulamos que ninguna.

Esta interpretación, antojadiza de acuerdo a MARITANO GONZÁLEZ, impone un requisito que no contempla ni la Constitución Política ni los tratados internacionales ratificados por Chile para la concesión de la nacionalidad: la regularidad migratoria de los padres¹⁸².

Según CEA EGAÑA, *“para el Estado no es facultativo conceder o denegar la*

¹⁸² MARITANO GONZALEZ, José Ignacio. La desigualdad desigual: niños migrantes y derecho a la nacionalidad. 2014. [En línea] <<http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/la-desigualdad-desigual-ninos-migrantes-y-derecho-a-la-nacionalidad/>> [consulta: 25 febrero 2015].

nacionalidad solicitada, siendo su deber reconocerla cuando se reúnen todas las exigencias contempladas en el respectivo ordenamiento jurídico. No queda al arbitrio de la autoridad, entonces, optar por alternativas discrecionales, pues se trata de un derecho esencial que emana de la naturaleza humana. Eso es así en atención a que si el adquirente cumple todos los requisitos previstos por el derecho positivo al efecto, puede inferirse que es un acto administrativo reglado, respecto del cual no cabe admitir la libertad de apreciación del funcionario estatal competente”¹⁸³.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ; *“Tal declaración, por ende, tiene por finalidad que la persona sea chilena por el solo ministerio de la Constitución, esto es, basta con que ella se encuentre en alguna de las situaciones, de hecho o de Derecho, previstas en el artículo 10, para que se le considere nacional de Chile o para que tenga derecho a que nuestra nacionalidad se le reconozca sin más trámite”¹⁸⁴.*

Ahora bien, avanzando en el desarrollo de la idea, la alternativa de poder optar a la nacionalidad chilena a los 21 años, por parte de quien fuera inscrito como hijo de extranjero transeúnte, no salvaguarda en nada el hecho que la nacionalidad, que constitucionalmente le corresponde, es la chilena, que siempre se le debió haber otorgado, evitando la situación de apátrida y las consecuencias derivadas de ello en cuanto al goce de sus derechos. No sólo es el derecho a la nacionalidad lo que está en juego, sino a la nacionalidad que en justicia corresponde¹⁸⁵.

Finalmente, cabe ahondar en el análisis de la acepción “transeúnte”, mediante interpretaciones de carácter doctrinal y jurisprudencial. Según la Real Academia Española, *“transeúnte es el que pasa o transita por un lugar, el que está de paso, no reside sino que sólo permanece en un lugar en forma transitoria”¹⁸⁶.*

Para ALDUNATE LIZANA, *“se relaciona con quienes se encuentran de paso o de manera pasajera en nuestro país, entendiéndose en definitiva que corresponde a*

¹⁸³ CEA EGAÑA, Óp. Cit., pp. 299-300.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Óp. Cit., 176.

¹⁸⁵ MARITANO GONZÁLEZ, Óp. Cit. [En línea]

¹⁸⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua Española. 23º Edición. 2014.

*personas cuyo domicilio o residencia no es nuestro país y su paso por él es circunstancial*¹⁸⁷ .

De acuerdo a MOLINA GUAITIA, *“debemos decir que extranjeros transeúntes son aquellos que no tienen domicilio civil ni político en Chile; esto es, que no tienen el ánimo real ni presunto de permanecer en el país; su residencia es puramente transitoria, por motivos accidentales*¹⁸⁸ .

3.2.2. Concepto de Hijo de extranjero transeúnte según la Jurisprudencia de la Corte Suprema.

La jurisprudencia ha señalado que *“la determinación de si un extranjero es o no transeúnte corresponde a una cuestión de hecho que la Corte debe resolver caso a caso, al punto de que se ha determinado que, aunque la permanencia sea irregular, si se ha prolongado por largo tiempo, de ella puede derivarse que los hijos nacidos en Chile sean chilenos*¹⁸⁹ .

Ahora bien, en razón del carácter especial del recurso de reclamación de nacionalidad, la jurisprudencia en la materia no es abundante. Sin embargo, a fin de exponer sobre el tratamiento que ha hecho la CS con respecto al concepto “transeúnte”, y de su homologación a la irregularidad migratoria, haremos una breve revisión de algunos fallos ilustrativos.

¹⁸⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y jurisprudencia. Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters PuntoLex. 2009, p. 49.

¹⁸⁸ MOLINA GUAITIA, Hernán. Derecho Constitucional. 6° Edición. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2006, p. 109.

¹⁸⁹ Considerando 2° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema pronunciada el 4 de septiembre de 1989 publicada en “Fallos del Mes” N°370, página 529, citada en Fernández González, Miguel. La Nacionalidad en la Constitución. Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XII, Diciembre de 2001, p. 179.

A. Sentencia de fecha 28 de diciembre 2009. Causa Rol N° 6073-2009.

Deduca el reclamo, Helvi Claudia Nestares Alcántara, en contra del DEM, del Ministerio del Interior y del SRCel, por desconocer la nacionalidad chilena a su hija.

La reclamante expresó que con fecha 30 de octubre de 2007 nació su hija en territorio chileno, y el día 14 de noviembre de ese año procedió a inscribirla en el SRCel como chilena. Sin embargo, agregó, que el funcionario a cargo del procedimiento la registró como hija de extranjera transeúnte debido a que en el momento de la inscripción ella solamente tenía su pasaporte. Señaló la reclamante que durante su embarazo y hasta la fecha de la interposición de la acción había permanecido ininterrumpidamente en Chile, arrendando un inmueble en la comuna de Santiago, contrato que se extendería hasta el año 2011.

Expresó que tenía visa temporaria de residencia con fecha de emisión de 12 de octubre de 2008, al haber sido beneficiada por la amnistía que dictó el Ministerio de Relaciones Exteriores en octubre de 2007, para iniciar un proceso de regularización migratoria.

La Dirección General del SRCel indicó en su informe que con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Extranjería, corresponde al Ministerio del Interior definir qué documentos son válidos para acreditar residencia legal de los padres de aquellos hijos cuya inscripción de nacimiento se requiere, normativa que atribuye al DEM la facultad de pronunciarse acerca de la nacionalidad que a éstos corresponde.

El Ministerio del Interior en tanto, señaló que doña Helvi Nestares Alcántara ingresó en forma irregular a Chile burlando una medida de prohibición de ingreso al país, manteniéndose en la clandestinidad. La circunstancia de haber permanecido ininterrumpidamente en Chile durante todo el embarazo y arrendar un inmueble, - contrato que suscribió quince meses después de nacer la menor-, no le conferiría domicilio en Chile. Se indicó además que sólo el 4 de julio de 2008 manifestó algún ánimo de residir en el país, oportunidad en que remitió al DEM una solicitud para

acogerse al proceso de regularización migratoria dispuesta por el gobierno. Agregó el informe que el hecho de habersele otorgado una visación de residencia temporaria por un año, no saneaba las consecuencias jurídicas generadas con anterioridad.

La CS estuvo por acoger el reclamo deducido por doña Helvi Claudia Nestares. Alcántara ordenado la eliminación de su partida de nacimiento las expresiones: “hijo de extranjero transeúnte Art. 10 N°1 de la Constitución Política del Estado”, en virtud de los siguientes consideraciones:

“QUINTO: *Que de las situaciones de excepción que contempla la norma recién citada- art. 10 N° 1 CPR-, se atribuyó a la menor Valentina Meiling Alcántara Nestares el 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”.* **SEXTO:** *Que el criterio administrativo original para distinguir a extranjeros transeúntes de los que no lo son ha sido modificado, dejándose de considerar la permanencia continuada igual o superior a un año y prefiriéndose en cambio, como elemento principal, el de la residencia, y en este contexto se estima indubitablemente transeúntes a los turistas y tripulantes.* **SÉPTIMO:** *Que conforme a lo prescrito por 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. Útil resulta en este punto destacar que el artículo 64 del Código Civil al revés de la situación descrita en el texto que le precede- dispone que se presume el ánimo de permanecer y acercarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él un empleo fijo y por otras circunstancias análogas.* **OCTAVO:** *Que el interés desplegado por largo tiempo por la reclamante para permanecer en el país, el estar compartiendo habitación con familiares en un inmueble,*

indiscutidamente arrendado también por un plazo prolongado, unido todo ello a la circunstancia de haber solicitado y obtenido visa temporaria, que estaba vigente a la época de interposición del reclamo, así como la obtención de Cédula de Identidad, no puede sino llevar a concluir a esta Corte -actuando como jurado- que no obstante su desplazamiento irregular por el país en el año 2006, 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, evento en el que no puede ser considerada como extranjero transeúnte; y, por ende, la menor no ha quedado comprendida en la situación de excepción ya analizada del N°1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, razones por las que deberá acogerse el reclamo interpuesto”.

B. Sentencia de fecha 22 de agosto de 2012. Causa Rol N° 3255-2012.

Deduca el reclamo don Farah El Husein El Husein, en representación de su hijo, por desconocimiento de la nacionalidad chilena.

Señaló el reclamante que su hijo siempre fue considerado chileno, otorgándosele en reiteradas oportunidades pasaporte en que se indicaba que su nacionalidad precisamente era chilena y así fue considerado hasta los veintiocho años de edad para todos los efectos legales, no recibiendo durante todo ese tiempo notificación formal alguna que dispusiera lo contrario. No obstante lo anterior, se informó a su hijo que por un supuesto error administrativo se lo había considerado chileno sin serlo, pues a pesar de haber nacido en territorio chileno, era hijo de extranjeros transeúntes, en circunstancias que cuando se produjo el nacimiento, el reclamante y su cónyuge no se encontraban de paso en Chile, sino que tenían y mantuvieron residencia durante cinco años, desarrollando una actividad económica e incluso teniendo una segunda hija.

La Dirección General del SRCel al efectuar sus descargos indicó que constaba en sus registros la inscripción del nacimiento del niño, en 1981, nacido el 31 de enero

de 1980, hijo de padres de nacionalidad jordana, y que esta inscripción había sido practicada a requerimiento de don Andrés Sabal Tuma, quien al momento de efectuarlo no acreditó que los padres del inscrito fueran titulares de residencia en Chile, razón por la cual se inscribió al titular de la partida como hijo de extranjero transeúnte. Agregaba el informe, que obtuvo cédula de identidad y pasaporte por primera vez el 30 de julio de 1984, oportunidad en que el padre del menor lo identificó como de nacionalidad chilena.

En tanto, el DEM señaló que los padres ingresaron al territorio nacional en calidad de turistas el 5 de enero de 1979 y fueron titulares de visa de residencia temporaria el 4 de noviembre de 1981 por el término de un año, otorgándoseles la residencia definitiva por resolución de 22 de junio de 1984.

De acuerdo a estos antecedentes, concluye el informante, que al momento del nacimiento del reclamante sus padres se encontraban en condición migratoria irregular, al haber ingresado al país en calidad de turistas en 1979, sin registrar permisos de residencia entre ese ingreso y dicho nacimiento, por lo tanto, tenían la calidad de extranjeros transeúntes y de acuerdo al artículo 10 N° 1 de la Constitución son chilenos los nacidos en territorio de Chile, con excepción, precisamente, de los hijos de extranjeros transeúntes. Especificó el informe, por último, que los padres del reclamante sólo obtuvieron visa temporaria el 4 de noviembre de 1981, esto es, después de un año nueve meses de nacido éste.

La CS estuvo por acoger el reclamo deducido por don Farah El Husein El Husein, ordenando eliminarse de la partida de nacimiento de su hijo las expresiones: “hijo de extranjero transeúnte Art. 10 N°1 de la Constitución Política del Estado”, en virtud de los siguientes considerandos:

“SÉPTIMO: *Que el interés desplegado por largo tiempo por los padres del niño para permanecer en el país, que se desprende del hecho inequívoco de haber solicitado y obtenido en su oportunidad la permanencia definitiva en el país, no pueden sino llevar a concluir a esta Corte Suprema, actuando*

*como jurado conforme lo dispone el citado artículo 12 de la Carta Fundamental, que se mantuvieron en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no resulta procedente calificarlos, a la fecha de nacimiento del señor El Husein Saman, como extranjeros transeúntes. En tales condiciones, el niño no ha podido quedar comprendido 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. (...). **NOVENO:** 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. 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, le otorgó en su momento reconocimiento, como acontece en el caso de autos”.*

C. Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013. Causa Rol N° 4108-2013.

Deduca el reclamo Mary Ramos Cipriano, por habersele desconocido a su hijo la nacionalidad chilena.

Expresó la reclamante que en abril de 2008 ingresó a Chile proveniente de Perú, con expectativas de establecerse definitivamente, y el 2010 obtuvo visa sujeta a contrato de trabajo. Ese mismo año, el 4 de abril, agregó, nació en Santiago su hijo, pero al momento de requerir su inscripción le fue desconocida su nacionalidad chilena, pues el oficial del Registro Civil lo inscribió como “hijo de extranjero transeúnte, artículo 10 N° 1 de la Constitución Política”.

Seguidamente expuso que tenía su domicilio establecido en la ciudad de Santiago, ciudad en la que se había asentado por motivos laborales, al amparo de un permiso de visa temporal, tal como constaba en su cédula nacional de identidad que le había sido otorgada por el DEM.

La Dirección General del SRCel al efectuar sus descargos menciona que aun tratándose del hijo de un extranjero que resida irregularmente en Chile, debía admitirse la inscripción de su nacimiento, debiendo en tal caso registrarse al margen la notación “hijo de extranjero transeúnte. Artículo 10 N° 1 Constitución Política del Estado”.

Por su parte, el DEM informó, que para determinar si el menor era chileno o bien hijo de extranjero transeúnte, había que verificar la condición jurídica en que se encontraban sus padres al momento del nacimiento. En el certificado del menor, precisaron, sólo figuraba la madre, quien se encontraba en situación migratoria irregular por infracción al Convenio de Libre Tránsito de personas entre las ciudades de Arica y Tacna, cuya sanción era el abandono inmediato del territorio nacional. De este modo, concluyó la autoridad administrativa en este punto, la madre del menor debía considerarse como transeúnte y, por lo mismo, su hijo era extranjero porque queda comprendido en la situación de la citada norma constitucional.

La CS estuvo por acoger el reclamo deducido por Mary Ramos Cipriano, ordenando eliminarse de la partida de nacimiento de su hijo las expresiones: “hijo de extranjero transeúnte Art. 10 N°1 de la Constitución Política del Estado”, en virtud de los siguientes considerandos:

“Octavo: Que el interés desplegado por largo tiempo por la madre, para permanecer en el país, que esta Corte Suprema considera acreditado valorando en conciencia conforme lo dispone el citado artículo 12 de la Carta Fundamental los antecedentes que obran en el presente cuaderno, conducen a concluir que se mantiene en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, su hijo no ha

podido quedar comprendido 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”.

En torno a los fallos expuestos, podemos concluir que la CS resuelve los reclamos por desconocimiento de la nacionalidad invocando normas generales del Código Civil¹⁹⁰. En lo que respecta a la distinción entre personas domiciliadas y transeúntes, se remite a los artículos 58 y 59. Esta última disposición define el concepto de domicilio, mientras que el artículo 64 explica lo que debe entenderse por “ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar”.

En lo relativo a la acepción “transeúnte”, se remite al artículo 20 del mismo Código, utilizando como herramienta de interpretación la definición que emana del Diccionario de la Real Academia Española. Bajo estos criterios, la CS determina cuales han sido los hechos desplegados por el reclamante en los cuales se manifiesta el interés de permanencia en el país, para así desechar la calificación de transeúnte.

Se observa claramente que la Corte excluye la tesis de que la acepción de transeúnte se asemeje a la condición migratoria *irregular* de los padres, argumento que ha sostenido insistentemente el DEM en sus descargos.

Cabe destacar la mención que hace la CS al Pacto de San José de Costa Rica, mediante el cual se reconoce la nacionalidad como un derecho esencial que no puede ser desconocido sin causa justificada por los Estados partes.

Por último, hacemos presente que sobre los criterios analizados, han sido formuladas excelsas críticas. En palabras de Godoy Araya; *“A pesar de las victorias prácticas, donde el objetivo es cumplido cuando el Estado se decide por reconocer la nacionalidad chilena a un individuo determinado, el contenido de los fallos (razonamiento judicial) no es contundente. En primer lugar, la Corte Suprema resuelve*

¹⁹⁰ Cabe indicar que este criterio no sólo se hace presente en los considerandos del primer fallo expuesto, sino también en los restantes, los cuales no fueron reproducidos con el objeto de no repetirlos.

casos que involucran derechos fundamentales, reconocidos y garantizados por diversos tratados internacionales ratificados y hoy vigentes en Chile, invocando normas generales del Código Civil (...), y utilizando como herramienta de interpretación, las definiciones que consagra el Diccionario de la Real Academia Española (...); ejercicio de interpretación que no alcanza a satisfacer el estándar internacional que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...). En el mismo sentido, existe también un tímido control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales en materia de nacionalidad”¹⁹¹.

4. Reclamación por pérdida o desconocimiento de Nacionalidad ante la Excelentísima Corte Suprema.

La nacionalidad constituye en nuestra legislación un atributo de la personalidad y una garantía constitucional, por ende, resulta lógico, que dicho derecho se encuentre amparado por una acción de rango constitucional, como lo constituye el recurso de reclamación que nos dispondremos a analizar a continuación.

Al efecto, el artículo 12 de la Carta Magna¹⁹² reza 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 posición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”*.

¹⁹¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. ANUARIO N°10. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2014, p. 144.

¹⁹² Cronología del recurso de reclamación:

- 1.- Ley 3.446 de 1918, que reguló el ingreso y salida de los extranjeros del territorio nacional.
- 2.- Ley 12.548 de 1957, que modificó la Constitución de 1925 y por la cual el recurso alcanza consagración constitucional.
- 3.- Decretos Leyes dictados por la Junta de Gobierno; N°175 (1973), 335 (1974) y 1.301 (1975).
- 4.- Auto acordado sobre reglamentación del recurso de reclamación contra el decreto supremo que dispone la pérdida de la nacionalidad chilena por la causal prevista en el n°4 del art. 6° de la Carta de 1925.
- 5.- Constitución Política de la República de 1980.

4.1. Características¹⁹³.

Estas se desprenden del mencionado artículo 12, sin perjuicio de que se profundizará en alguna de ellas en los próximos puntos.

1. Se trata de una acción constitucional.
2. Procede solo contra actos o resoluciones administrativas.
3. Procede en razón de que la nacionalidad ha sido privada o desconocida.
4. El objeto del recurso es el restablecimiento de la nacionalidad.
5. El tribunal competente para conocer el recurso es la Corte Suprema.
6. El plazo para interponer el recurso es de 30 días, desde que el afectado toma conocimiento del acto o resolución administrativa que le priva de la nacionalidad.
7. Podrá recurrir el afectado o cualquier persona a su nombre.
8. La sola interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución administrativa que priva o desconoce la nacionalidad.

A. Procede contra actos o resoluciones de índole administrativo.

En efecto, puede suceder que se desconozca la nacionalidad sin haberse dictado propiamente una resolución¹⁹⁴. En palabras textuales del Sr. EVANS: *“si existe una sentencia judicial, es porque ha habido un proceso tramitado de acuerdo con las disposiciones de los artículos 11 y 12 de la Constitución, legalmente sustanciado, en que el afectado se ha defendido. Cómo entonces, se va a dar, si ha habido una sentencia judicial que lo priva de la nacionalidad, un recurso especial ante la Corte Suprema, si el afectado ya hizo uso de todas las instancias que la Constitución y la ley provee para ese proceso”*¹⁹⁵. Por lo tanto, es improcedente contra una ley y sentencias judiciales.

¹⁹³ GAETE MONTIEL. Óp. Cit., p. 101.

¹⁹⁴ HISTORIA DE LA LEY. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 12. Reclamación ante la Corte Suprema por actos o resoluciones administrativas que priven o desconozcan la nacionalidad, p. 14.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 10.

B. Naturaleza jurídica.

Es propiamente una acción de carácter constitucional, y no un recurso, ya que tiene por objeto dejar sin efecto un acto o resolución de naturaleza administrativa y no una sentencia judicial, como se explicó anteriormente. Destacaremos 3 aspectos:

En primer lugar, la doctrina ha esbozado que, “recurso”, es *“el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento”*¹⁹⁶.

En segundo lugar, que una “acción” es *“la facultad que tiene una persona para presentarse ante los tribunales de justicia solicitando el reconocimiento o la declaración del derecho que cree tener”*¹⁹⁷. Efectivamente, una “acción constitucional” es *“un derecho público subjetivo cuyo ejercicio, reconocido por la propia Constitución, tiene la virtud de poner en conocimiento al aparato jurisdiccional del Estado con el objeto de obtener la protección o cautela de un Derecho protegido por el ordenamiento Constitucional”*¹⁹⁸.

En tercer y último lugar, la ley N°19.880¹⁹⁹, en su artículo 3° define “acto administrativo”, como *“las decisiones formales que emiten los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”*.

¹⁹⁶ MOSQUERA RUIZ, Mario y MATORANA, Miquel, Cristian. Los Recursos procesales. 2da Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010, p. 27.

¹⁹⁷ CASSARINO, Mario. Manual de derecho procesal civil. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 1994, p. 109.

¹⁹⁸ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Acciones Constitucionales. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2003, p.11.

¹⁹⁹ Establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

C. Causales.

El recurso de reclamación resulta procedente en atención a las siguientes causales:

C.1. Acto o resolución de naturaleza administrativa priva a un sujeto de su nacionalidad chilena.

La consecuencia de este acto o resolución administrativa es eliminar, arrebatar, privar a una persona de la nacionalidad chilena que ostentaba. Dentro de esta causal, se encuentran;

(i) Aquella persona que ha sido privada de su nacionalidad de acuerdo al artículo 11 N°²⁰⁰, mediante Decreto Supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados.

(ii) Aquella persona que ha sido privada de su nacionalidad de acuerdo al artículo 11 N°3, por cancelación de la carta de nacionalización.

C.2. Acto o resolución de naturaleza administrativa desconozca a un sujeto su nacionalidad chilena.

El efecto de este acto o resolución administrativa es no reconocerle a un sujeto su calidad de nacional. Dentro de esta causal podemos encontrar;

(i) Aquella persona a quien se le ha desconocido su nacionalidad chilena

²⁰⁰ *Artículo 11.- La nacionalidad chilena se pierde:*
1º.-Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia sólo producirá efectos si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero;
2º.-Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados;
3º.-Por cancelación de la carta de nacionalización, y
4º.-Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.
Los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales establecidas en este artículo, sólo podrán ser rehabilitados por ley.

por *ius solis*, considerándola hijo de “extranjero transeúnte”, o bien, hijo de extranjero que se encuentra en Chile al “servicio de su gobierno”.

(ii) Aquella persona en calidad de extranjero a quien se le ha desconocido su derecho a optar a la nacionalidad chilena.

(iii) Aquella persona en calidad de extranjero, que reuniendo todos los requisitos, se le niega la carta de nacionalización.

4.2. Aspectos procesales.

Como bien se desprende del título propuesto, en adelante será desmembrado el recurso de reclamación constitucional en específicos elementos procesales.

Singular importancia representan los aspectos siguientes, por cuanto su análisis nos permitirá el escrutinio fundado desde la óptica del acceso a la justicia.

A. Tribunal competente.

El tribunal competente, en toda la evolución del referido recurso, ha sido desde siempre la Corte Suprema. Así fue establecido en la Constitución de 1925, por reforma constitucional de 30 de septiembre de 1957, y también en el Decreto Ley 335 de 2 de marzo de 1974, modificado por el Decreto Ley 1.301 de 1976. Durante la vigencia de la Constitución de 1925, el conocimiento del recurso era en Sala, con la dictación del auto acordado de 26 de enero de 1976, se estableció el conocimiento del recurso en Tribunal Pleno²⁰¹.

Las razones de por qué debe conocer de la reclamación este órgano jurisdiccional las encontramos en las actas de discusión de la Ley 3.446. En palabras

²⁰¹ CAÑAS LÓPEZ, Francisco. El recurso de reclamación por pérdida de nacionalidad ante el derecho procesal chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 1997, p. 43.

del Diputado CARLOS RUIZ; *“dada la importancia de esta ley, hay conveniencia de que sea una autoridad superior, única, la que decida en estos casos, y que no sean diversas autoridades que pueden tener diversos criterios y decidir en distintas formas”*²⁰².

A su vez, el Diputado GALLARDO expresó que *“si se entrega el conocimiento de dicha reclamación a las Cortes de Apelaciones podrían producirse desacuerdos, contradicciones, desorientaciones que conviene prevenir y evitar, lo que no sucedería si se entrega sólo a la Corte Suprema, por lo que se puede apreciar existe un temor en que los fallos no fueran uniformes, y esta sería otra de las razones para que sea la Corte Suprema la llamada a conocer de este Recurso”*²⁰³.

En palabras de PEÑA CUNI, *“conoce del recurso, ya que es un principio de nuestra legislación que nuestra Corte de Justicia conozca de las más importantes materias vinculadas con el Derecho Internacional, resguarda la unidad de la jurisprudencia y ofrece garantías de imparcialidad e independencia a las personas”*²⁰⁴.

Siguiendo el desarrollo de la idea, conocerá de esta acción la Excelentísima Corte de Justicia como jurado, es decir, apreciando los hechos y resolviendo en conciencia, y tal como se indicó precedentemente, en tribunal pleno. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que, *“la circunstancia de conocer la Corte Suprema como jurado de la acción, establecida en el artículo 12 de la Constitución, sobre pérdida o desconocimiento de la nacionalidad –lo que implica emitir un veredicto en conciencia-, no consiente evadir o sobrepasar los preceptos constitucionales aplicables al asunto”*²⁰⁵.

²⁰² RUIZ, Carlos. Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de la nueva Constitución Política de la República. Ministerio del Interior. Imprenta Universitaria. 1926. Santiago de Chile. Citado en: PEÑA CUNI, Marcela Fernanda. El recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad. Artículo 12 de la Constitución Política de la República. Tesis. Universidad Francisco de Vitoria. Año 1999, p. 49.

²⁰³ GALLARDO NIETO, Galvarino Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de la nueva Constitución Política de la República. Ministerio del Interior. Imprenta Universitaria. 1926. Santiago de Chile. Citado en: PEÑA CUNI, Ibídem.

²⁰⁴ PEÑA CUNI, Óp. Cit., p. 49.

²⁰⁵ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 25 de julio de 1988, reproducida en Repertorio citado

Esta facultad que posee la CS, de actuar en conciencia, *“significa permitir a los jueces sentenciar íntegramente en conformidad con su convencimiento personal, sin que para ello se vean obligados a justificarlo en forma legal u ordinaria, pero además requiere del análisis, la reflexión y las conclusiones de este tribunal revisar”*²⁰⁶. Así, por ejemplo, posibilita ponderar con mayor flexibilidad los argumentos y antecedentes añadidos por las partes; *“procede acoger el recurso si de las actuaciones que se imputan al reclamante en el decreto supremo que lo priva de su nacionalidad chilena por haber atentado gravemente contra los intereses esenciales del Estado, no aparecen comprobados con informaciones oficiales que haya obtenido el señor Ministro de Relaciones Exteriores de las misiones diplomáticas u oficinas consulares chilenas en el extranjero o de otras fuentes fidedignas”*²⁰⁷.

B. Plazo.

La Constitución de 1925 establecía un plazo de 10 días para interponer el recurso. El constituyente de 1980 acordó ampliarlo a 30 días conforme a la relevancia de la materia; *“se trata de una situación demasiado importante para el afectado como para concederle un término tan breve dentro del cual podrá oponer un recurso que le afecta de manera tan fundamental”*²⁰⁸. Debe entonces interponerse dentro del plazo de 30 días corridos, el cual además es fatal en conformidad al artículo 50 del Código Civil, contados desde el momento en que el afectado tuvo conocimiento del acto o resolución a través del cual se desconoció o privó de la nacionalidad chilena²⁰⁹.

en Fernández González, Miguel. La Nacionalidad en la Constitución. Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XII, Diciembre de 2001, p. 190.

²⁰⁶ CASTILLO, ORELLANA. Recursos de ámbito Constitucional. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas. Universidad Finis Terrae. 2003, p.41.

²⁰⁷ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 19 de diciembre de 1977, reproducida en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas Constitución Política de la República de Chile 1980. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1993, citado en Fernández González, Miguel. La Nacionalidad en la Constitución. Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XII, Diciembre de 2001, p. 190.

²⁰⁸ HISTORIA DE LA LEY. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 12. Reclamación ante la Corte Suprema por actos o resoluciones administrativas que priven o desconozcan la nacionalidad, p. 16.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 29.

Bajo las circunstancias; i) extranjero en Chile, en calidad de irregular; ii) por lo general, sin los conocimientos jurídicos mínimos; iii) ni con los medios económicos para salvaguardar la situación de apátrida de su hijo ante la justicia; parece ser que se trata de un plazo igualmente breve.

Concuerda con nosotros DÍAZ REVECO, señalando que *“otro de los reparos que se podrían efectuar a este recurso –aunque en realidad sea una acción- es el plazo. Consideramos que es demasiado breve, sobre todo por la envergadura del derecho que se conculca, y por una razón de orden práctico”*²¹⁰.

¿Qué ocurre si el legitimado activo no reclama oportunamente ante la Corte Suprema?

Fuerza concluir que no se dará curso a la tramitación de la acción, ya que la Constitución es clara al establecer como requisito que se entable dentro de 30 días, contados, según las actas de discusión de la ley, desde que el afectado tuvo conocimiento de la privación.

C. Comparecencia.

Según MARCHANT LILLO, la redacción del artículo 12, “podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre”, implica que no es necesario dar cumplimiento a las normas de comparecencia ante la Corte Suprema, contenida en el artículo 398 del Código Orgánico de Tribunales, ni con la Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio. Esta nota característica, guarda relación con el fin del Constituyente de dotar de agilidad al reclamo. En palabras de J. GUZMÁN en la sesión N° 63 de 19 de agosto de 1974, de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, *“siempre que se priva a alguien de la nacionalidad, e incluso cuando se pretende desconocer ésta (...) debe existir el recurso ante la Corte Suprema como algo expedito, simple y rápido”*. En tanto, en opinión del Diputado CARLOS RUIZ, *“estas leyes de defensa sociales, necesitan en*

²¹⁰ DÍAZ REVECO. Óp. Cit., p. 191.

su aplicación procedimientos rápidos, y aun cuando haya el peligro de que alguna vez se extralimiten un poco más de lo ordinario, es indispensable que sea rápido el procedimiento para que el individuo no crea que los procedimientos dilatorios le van a permitir burlar la ley”²¹¹.

Sin embargo, es menester acotar que esta no siempre ha sido la interpretación de la Corte de Justicia, que en ocasiones, ha resuelto no dar lugar a la tramitación de la acción²¹², por no haber dado cumplimiento a las formalidades de comparecencia en juicio. Aclaremos eso sí, que esta situación ha sido de carácter excepcional.

D. Legitimación activa.

Para la interposición de esta acción, se faculta al propio afectado o cualquiera a su nombre, siempre que tenga, por cierto, capacidad procesal. A diferencia de la Constitución de 1925 que expresaba como único legitimario para interponer el recurso al nacionalizado por carta, y en él sólo evento que se cancelara dicha carta.

Al respecto, surgió la discusión de si esta calidad de sujeto activo, se traspasa a los herederos del afectado por el acto o resolución recurrida. La anterior regulación - Ley N° 1.301- señalaba: “El afectado podrá reclamar”, de manera que se concluía que sólo el afectado podía interponer el reclamo²¹³. En tanto, en la actualidad queda claro que al establecer que “la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se le desconozca”, de manera que utilizando la expresión “su”, limito el sujeto activo, en orden a que la persona que interpone el recurso o aquella en cuyo nombre se hace, ha de ser personalmente la afectada.

²¹¹ RUIZ, Carlos. Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de la nueva Constitución Política de la República. Ministerio del Interior. Imprenta Universitaria. 1926. Santiago de Chile. Citado en: PEÑA CUNI. Óp. Cit., p. 49.

²¹² Proveyendo “venga en forma el poder”, en causa Rol 12.989, interpuesto por Stephanie Hernández.

²¹³ La Corte Suprema en sentencia de 30 de enero de 1979, en causa Rol N°13.517, Orlando Letelier Ruiz y otros, concluyó que la redacción del legitimado activo no permiten incluir en ella a los herederos del afectado, ya que, la nacionalidad es un atributo de la personalidad y no es transmisible.

E. Legitimación pasiva.

Podrá entablarse en contra del órgano administrativo propiamente tal, o bien en contra de la persona natural que represente dicho órgano y bajo el cual radica la voluntad de este.

Al establecer el Constituyente la frase “autoridad administrativa”, incluyó un concepto amplio del sujeto pasivo, comprendiendo a todos los órganos y sujetos administrativos, y además como se indicó, al titular o persona natural en quien radica la voluntad técnica del órgano correspondiente. De manera que si se hubieran empleado voces como “Administración Pública”, “Administración del Estado” o “Servicios Públicos”, el alcance hubiese sido de orden más restringido.

F. Efectos.

F.1. Efectos Procesales.

La doctrina esta conteste en que la interposición del recurso en comento, suspende los efectos del acto o resolución recurridos, de manera tal que no es necesario solicitar a la Corte Suprema la orden de no innovar, bastando la sola presentación del reclamo ante la Secretaria de la Corte de Justicia. Por ende, basta una comunicación de tal Secretaria a la o las autoridades reclamadas, y a los órganos administrativos vinculados con la situación anómala, a través de la vía más expedita, ya sea fax, teléfono, etc.

La suspensión de los efectos del acto reclamado es una cualidad propia de la interposición del recurso, por lo que la Corte debería limitarse a ser operativa dicha suspensión. En caso contrario, la Corte estaría transgrediendo lo señalado en el artículo de la Carta Magna, ya que no estaría actuando en la forma prescrita por la ley. Lo más grave, de acuerdo a Castillo Orellana, es que estaría atribuyéndose una autoridad o derecho distintos a los expresamente conferidos por la Constitución, situación que traería consigo las responsabilidades y sanciones previstas en el

ordenamiento jurídico²¹⁴.

Siendo la nacionalidad uno de los atributos esenciales de la persona como sujeto de derecho, dicha norma se justifica plenamente, máxime si se consideran, además, principios tales como el del debido proceso y el del acceso a la debida defensa. No podemos olvidar que la privación de un derecho tan importante, y que conlleva relevantes consecuencias jurídicas, morales y éticas, se encuentra entregada al arbitrio –pero no a la arbitrariedad- de un órgano de naturaleza administrativa²¹⁵.

Sin embargo, a pesar de que la norma indica claramente la suspensión de los efectos del acto o resolución recurridos desde su interposición, y que la tendencia de la Corte en la práctica se condice con esta interpretación, hay quienes creen, que es menester una orden o que incluso, se trataría de una facultad entregada al arbitrio del órgano jurisdiccional.

Así las cosas, se han presentados situaciones en que la CS se ha dispuesto a calificar la procedencia de la suspensión. Esta interpretación constituye una barrera al acceso a la justicia, en la medida que se ejerce una actuación tardía por el órgano jurisdiccional, lo que conlleva a no resguardar los intereses del afectado, contradiciendo además en este caso, el texto expreso de la norma jurídica²¹⁶.

Coincidimos con PEÑA CUNI, al estimar sumamente errado que se comprenda

²¹⁴ CASTILLO ORELLANA. Óp. Cit., p. 40.

²¹⁵ SCHUCK DANNENBERG. Óp. Cit., p. 91.

²¹⁶ Situación que se contempla respecto a la causa rol N°19.074, en el recurso interpuesto por don Martín Skalweit Herter, con fecha 19 de junio de 1992; que a fojas 37, del primer otrosí del reclamo, señaló: *“En mérito de lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, y en atención a las circunstancias descritas en el cuerpo de este escrito, ruego a S.S. ordenar se suspendan absolutamente los efectos del acto recurrido. En particular, el Servicio de Registro Civil e Identificación, deberá abstenerse de su negativa de otorgarme pasaporte chileno, oficiando al efecto a fin de que dicho organismo me expida pasaporte mientras no se falle este recurso”*. La providencia de fecha 1 de julio de 1992 recaída en este otrosí fue: *“Al primer otrosí: Dese cuenta al Tribunal Pleno”*, en circunstancias de que debiese haber proveído: *“Como se pide, oficiándose al efecto”*. Luego con fecha 3 de julio de 1992, la Corte proveyó, que en orden a resolver la solicitud de suspensión, debía de esperarse el informe de la autoridad administrativa correspondiente. Para posteriormente, luego de tres semanas, con fecha 24 de julio del mismo año, acceder a lo solicitado oficiando al Servicio de Registro Civil e Identificación. Revista Fallos del Mes, N° 279, 1991, p. 376 y ss., citado en PEÑA CUNI, Óp. Cit., p. 78.

que la suspensión de los efectos del acto administrativo, que desconoce o priva de la nacionalidad, es una atribución facultativa entregada a la CS, en circunstancias, que, como ya se dijo, con esta calidad del recurso el constituyente pretendió evitar toda arbitrariedad. Además, cuando el constituyente quiso entregar una atribución de carácter facultativo a la autoridad judicial, empleó otros términos, como sucede en el artículo 20 de la Constitución, que señala: *“La Corte de Apelaciones adoptará de inmediato las providencias que juzgare necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”*²¹⁷.

F.2. Efectos de la sentencia favorable.

En relación a los efectos de la sentencia si la petición del afectado resulta acogida, esta tiene efecto retroactivo, dejando de este modo, nula la resolución o acto administrativo impugnado desde la fecha misma de estos, como si jamás se hubieran dictado.

De acuerdo a CASTILLO ORELLANA, el derecho y también atributo protegido por el recurso es, lógicamente, la nacionalidad, la cual involucra una serie de efectos, derechos, deberes, cargas y obligaciones, por lo que el recurso acogido pondrá en vigencia o mantendrá los efectos de diversa índole que involucra la nacionalidad, a saber: la honra de ser y sentirse chilenos, el sentido de pertenecía a la nación y la mantención o recuperación de las condiciones normales de existencia como nacional. El recurso acogido también pondrá en vigencia efectos de índole no patrimoniales, como por ejemplo, la calidad de ciudadano, el derecho de optar y ejercer cargos públicos, a adquirir derechos políticos, a entrar y salir del país sin otras restricciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico, sujeción al deber de honrar a la patria, cumplir el servicio militar entre otras cargas públicas²¹⁸.

²¹⁷ *Ibíd*em, p.78.

²¹⁸ CASTILLO ORELLANA, Óp. Cit., pp. 40-41.

G. Procedimiento.

El Decreto Ley N°1.301 de 23 de septiembre de 1975, contempló un Recurso de Reclamación ante la CS, contra el decreto supremo cancelatorio de nacionalidad por aplicación de la causal consistente en 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 Carta del 25. Lo que motivó que la CS dictara con fecha 26 de enero de 1976, el Auto Acordado que reglamentó la tramitación de dicho reclamo. De estas circunstancias, deriva la creencia, que el actual reclamo de nacionalidad cuenta con un Auto Acordado propio que reglamenta su tramitación, sin observar que dicho Auto Acordado fue dictado únicamente para el reclamo específico contra el decreto supremo cancelatorio de nacionalidad por la causal indicada²¹⁹.

En la práctica, lo que ha ocurrido es que la Corte ha asimilado la tramitación de la referida acción al procedimiento que se realiza para la tramitación de las demás acciones de carácter constitucional –Amparo, Protección, etc-. En este sentido, GAETE MONTIEL, explica claramente el procedimiento del recurso de la siguiente forma²²⁰:

(i) Junto con la resolución que da curso a la tramitación de la acción, se concede un plazo a la autoridad administrativa recurrida, -y a cualquiera otra que contribuya al esclarecimiento de los hechos- con el objeto de que informe respecto del acto o resolución a la cual se le atribuye que priva o desconoce la nacionalidad.

(ii) Vencido el plazo que se le otorga a la autoridad administrativa, o recibidos los antecedentes, se remiten los autos al Fiscal de la Corte Suprema a fin de que evacúe su informe, el que en ocasiones puede solicitar mayores antecedentes.

²¹⁹ La introducción de la causal de pérdida de la nacionalidad referida, significó la dictación de decretos leyes complementarias y modificatorias, y por consiguiente, necesariamente el establecimiento de un recurso de reclamación propio, al margen que aún no veía la luz la Constitución Política de 1980. MARCHANT LILLO, Cristian. El recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 1996, p.69.

²²⁰ GAETE MONTIEL, Gastón Antonio. La Nacionalidad y acción de Reclamación por perdida 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. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012, p.112.

(iii) Evacuado el informe del Fiscal, la causa queda en estado de “autos, en relación”.

La regla general, es que el recurso lo conozca el Pleno de la Corte a través de la Cuenta, en aplicación de los principios generales sobre conocimiento de los asuntos. A juicio de MARCHANT LILLO, que la Corte conozca en Cuenta y no a través de la Vista de la Causa, tiene asidero en la naturaleza de la nacionalidad, y en la labor entregada a la Corte a través del reclamo del artículo 12²²¹.

(iv) La sentencia debe dictarse en el plazo de 10 días una vez producido el acuerdo.

Debido a las innovaciones que la Carta Fundamental ha experimentado, se ha originado un natural desfase con el contenido del Auto Acordado del año 1976. De tal manera que no resulta eficiente al momento de proteger el derecho a la nacionalidad.

En suma, constatamos que dentro de la protección que le brinda la legislación chilena al derecho a la nacionalidad, no existe un procedimiento formal y específicamente establecido. A falta de aquel, resulta absolutamente necesario que a más de 40 años de su dictación, se adecue el Auto Acordado de 1976 a la normativa vigente, y no se continúe asimilándolo en la práctica al procedimiento de las demás acciones constitucionales.

H. Recursos.

El fallo de la Excelentísima Corte Suprema no es susceptible de impugnación. Lo cual resulta lógico, en atención a la inexistencia en Chile de un tribunal jerárquicamente superior.

²²¹ MARCHANT LILLO, Óp. Cit., p. 70.

I. Cosa juzgada.

Si el recurso de reclamación es rechazado, producirá cosa juzgada sustancial. Sin embargo, en el caso de ser acogido, como se trata de un recurso establecido en contra de actos de autoridades que signifiquen la pérdida o desconocimiento de la nacionalidad, puede ocurrir que después de acogido el recurso alguna otra autoridad, en otro acto de distinta naturaleza, incurra en un nuevo desconocimiento de la nacionalidad. Bajo esta hipótesis, cabe la interrogante, de si resulta necesaria la interposición de un nuevo recurso, o por el contrario, el fallo establece la calidad de nacional erga-hommes y podría ser invocado ante este nuevo desconocimiento.

Atendido el tenor literal del artículo 3° inciso 2° del Código Civil, las sentencias judiciales sólo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, por ende, aparentemente debería interponerse un nuevo recurso de reclamación, ahora en contra de esta nueva autoridad administrativa²²².

4.3. Escrutinio sobre los aspectos procesales de la Reclamación Constitucional a la luz del Acceso a la Justicia.

El desmembramiento de la Reclamación de Nacionalidad ante la Corte Suprema, en sus diferentes aspectos procesales, nos permite ahora contrastarlo con el contenido del derecho de Acceso a la Justicia abordado en el capítulo primero.

¿Es un mecanismo efectivo la reclamación constitucional? O, en otros términos, ¿permite la tutela efectiva de los derechos, un trato igualitario y la activación consecencial de un debido proceso, al inmigrante irregular en favor de su hijo/a? Interrogantes que en las siguientes líneas nos proponemos responder.

Los aspectos que merecen reparos son; (i) Tribunal Competente; (ii) Plazo; (iii) Efecto; (iv) Procedimiento; (v) Recursos; y, (vi) Cosa Juzgada.

²²² CAÑAS LÓPEZ. Óp. Cit., p. 44.

4.3.1. Principios defraudados.

A. Participación y no exclusión.

Puntualmente, el mecanismo de reclamación examinado no brinda ninguna posibilidad de crear participación activa de las personas, sobre todo por parte de quienes requieren hacer uso de él, pues el conocimiento técnico y procedimental necesario para el ejercicio de la acción constitucional, incluso es desconocido para gran parte de los letrados (abogados). Sobre lo desconocido resulta imposible concientizar, identificar, comunicar y finalmente empoderar, acerca de esta problemática jurídica.

Aquí, la crítica es formulada principalmente al “procedimiento”.

B. Igualdad y Proximidad.

Fueron particularmente preclaros los Ministros de Justicia de Iberoamérica al establecer ambos principios, colocando como ejemplo del primero, el de las personas de provincias que tiene que transportarse cientos de kilómetros para recibir prestación jurídica. Tal constituye, en efecto, una discriminación en relación a las personas que viven en la Capital.

Mientras que el segundo, abarca no solo la necesaria cercanía territorial de las personas con el sistema judicial, sino además un trato cordial y cercano, el que comprende entre otras cosas un lenguaje comprensible y preciso.

La crítica es formulada principalmente al “tribunal” y al “procedimiento”.

C. Diversidad.

Recordemos que es principio comprende básicamente la pluralidad de

mecanismos jurídicos disponibles ante la afectación de derechos. Y es sencillamente defraudada por la Univocidad de alternativas, ante un solo tribunal.

Si bien la crítica buenamente podría ser formulada hacia la autoridad legislativa, nos interesa sentarla en los aspectos procesales de la reclamación, puntualmente, el “tribunal”.

D. Descentralización.

Este es un principio especialmente inconcluso, pues el servicio de justicia o poder judicial no tiene la capacidad material de llegar a los más vulnerables, que en este caso son los inmigrantes irregulares, padres y madres de niños/as inscritos/as como “hijo de extranjero transeúnte”, que se encuentran residiendo por ejemplo en las regiones del norte grande y sur del país.

La crítica es formulada principalmente al “tribunal”.

E. Efectiva tutela.

El tratamiento de este principio es concordante a la comprensión de la tutela efectiva como derecho humano fundamental que será visto más adelante, dejando simplemente planteado que desde esta óptica garantista, los seis aspectos procesales aquí escrutados son susceptibles de críticas.

4.3.2. Supuestos defraudados.

A. Participación y Democracia.

Las organizaciones de la sociedad civil, en su mayoría de doctrina religiosa y centros académicos, se han encargado de satisfacer, en la medida de sus recursos y capacidades, las necesidades de la población migrante. Sin embargo, cabe consignar que es función del Estado el garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de

los migrantes a través de políticas públicas. En este lineamiento, las organizaciones sociales deben apoyar al Estado y no, como en el caso chileno, suplir la función de éste debido a su ausencia y vacío institucional²²³.

La constatación anterior es importante en la medida que si son agentes de la sociedad civil (entre ellas Organizaciones No Gubernamentales) quienes en gran medida se han encargado, no solo de integrar culturalmente a los migrantes, sino también, de apoyarlos jurídicamente (por ejemplo, Red de Migraciones), el procedimiento establecido y la univocidad de alternativas ante un solo tribunal representan, en efecto, impajaritables trabas.

B. Institucionalidad.

Servicios profesionalizados, de calidad e independencia, reza el contenido de este principio. Las defensorías públicas, por ejemplo, han representado un importante avance en el área penal. En el plano civil-administrativo, sin embargo, la institución específica encargada de proveer acceso a la justicia es la Corporación de Asistencia Judicial (en adelante CAJ). La capacidad técnica de las diferentes CAJ son en cierta medida uniformes, cuando de casos civiles y de familia se trata, sin adentrarnos en la calidad del servicio propiamente tal. La única unidad de la CAJ, con capacidades técnicas atinentes al caso investigado, es la Oficina Especializada de Derechos Humanos, existiendo una sola oficina en todo el país, encontrándose en la ciudad de Santiago.

Así las cosas, en la medida que la reclamación de nacionalidad siga siendo de competencia exclusiva de la CS (aspecto procesal criticado), las dificultades que enfrentan los justiciables son igualmente asumidas por el organismo público encargado de defender sus derechos, CAJ, especialmente en cuanto al desconocimiento técnico y

²²³ Otro dato es que, en su gran mayoría, están concentradas en la ciudad de Santiago, siendo pocas las que tienen la capacidad de viajar al norte de Chile, al paso fronterizo con Bolivia y Perú, donde se han detectado casos de violación a los derechos humanos. MACHÍN ÁLVAREZ, Macarena. Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. Santiago, 2011, p. 47.

procedimental necesario para una “adecuada defensa”.

4.3.3. Componentes defraudados.

A. Información u orientación, y empoderamiento.

Estos componentes, nos invitan a mirar directamente al afectado, víctima o persona que desea tutelar sus derechos ante el sistema judicial. En tal sentido, la forma de operar de las Cortes de Justicia, especialmente la CS, no propicia un escenario jurídico idóneo. El migrante debe tener un determinado nivel de conocimiento para poder adoptar una decisión real. El cumplimiento del Acceso a la Justicia es burdo si la persona no sabe que tiene derechos, ni en que consiste su protección. Aquí, la crítica es general, al igual que la siguiente.

B. Acercamiento de la justicia formal.

Uno de los puntos más débiles en cuanto a la justicia formal es su lejanía territorial, pero también existe una clara lejanía personal. Por ello, se hace necesario aproximar sus mecanismos más allá de lo territorial, incluyendo lo cultural, el lenguaje, entre otros. Acercamiento que no se produce respecto al mecanismo jurisdiccional en comento.

4.3.4. Derechos defraudados; Tutela Judicial Efectiva de Derechos e Intereses, e Igualdad ante la Ley.

Recordemos que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial, y tiende, además, a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción²²⁴.

²²⁴ CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS. Informe de Justicia

Como bien fuere señalado en su oportunidad, también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica, en esencia, la posibilidad real de acceder, en condiciones de igualdad a un órgano jurisdiccional. Igualdad que debe ser entendida en un doble aspecto, formal y material, de lo contrario, puede degenerar en una concatenación de desigualdades reales.

Pues bien, cada uno de los aspectos procesales examinados en este apartado –a nuestro juicio- viene a perturbar los derechos mencionados, al constituir reales trabas de acceso a la justicia, propiciando con ello, que actuaciones de organismos públicos conculcatorios de derechos (del Departamento de Extranjería y Migración, por ejemplo) queden en un ámbito de “inmunidad de facto” (existe mecanismo, pero no es utilizado). El efecto inmediato es que solo ciertas personas migrantes afectadas por la apatridia de sus hijos tengan la posibilidad real de tutelar sus derechos (los residentes en Santiago), generando un hito discriminatorio.

(i) Tribunal Competente: Que la CS sea el único tribunal llamado por ley a proteger el derecho a la nacionalidad, es ciertamente la principal traba para el ejercicio del mecanismo constitucional. La centralización no asegura el acceso a la justicia, aun cuando parte de la doctrina, como quedó de manifiesto en las páginas anteriores, esgrime fundadas razones para que así sea, siendo la principal, la uniformidad jurídica que brinda a materias vinculadas al derecho internacional.

Ocurre entonces un choque entre la protección del acceso a la justicia versus la protección de la seguridad jurídica (o uniformidad de criterios). Consecuentemente, resulta atingente la pregunta sobre cuál debería primar en este caso.

(ii) Plazo: Coincidimos con las críticas planteadas por la doctrina en orden a cuestionar la exigüidad del mismo, aspecto que no se condice con la tutela efectiva de derechos. Críticas a las que podemos sumar la condición de vulnerabilidad en que se

encuentran los migrantes irregulares en Chile, es decir, al menos temerosos de la ley, tardando más tiempo que el resto de las personas en identificar la envergadura jurídica de sus problemas, tal como ocurre con la inscripción de “hijo de extranjero transeúnte”.

(iii) Efecto: Nos parece interesante resaltar la discusión sobre la suspensión de los efectos del acto impugnado por la reclamación constitucional. La suspensión de los efectos del acto reclamado es una cualidad propia de la interposición del recurso, por lo que la Corte debería limitarse a ser operativa dicha suspensión. Siendo la nacionalidad uno de los atributos esenciales de la persona como sujeto de derecho, dicha norma se justifica plenamente, máxime si se consideran, además, principios tales como el del debido proceso y el del acceso a la debida defensa.

Por lo tanto, es objetable este aspecto procesal de la reclamación, desde los derechos en comento, solo en la medida que sea aceptada la postura jurídica contraria, es decir, que plantea la suspensión de los efectos como facultad de la Corte.

(iv) Procedimiento. No solo los derechos analizados resultan defraudados en razón de este aspecto procesal, sino además el debido proceso. Por una razón muy sencilla; el procedimiento aplicado viene a ser una mezcla entre la regulación específica para la cancelación de la nacionalidad (como ya fuera explicado) y la homologación del procedimiento contemplado para el resto de las acciones constitucionales. En otras palabras, no existe un procedimiento claro y preciso para tan importante mecanismo jurisdiccional.

(v) Recursos. Como bien es sabido no existe un recurso en contra de la sentencia dictada por la CS. Cuestionable, puesto que, tanto desde el derecho a la tutela efectiva como del debido proceso, el derecho al recurso es un elemento esencial de ambos. Constatamos, desde este prisma, que al ser la CS el tribunal llamado por ley (expresa) a conocer esta materia, prima la seguridad jurídica por sobre la consagración del derecho a recurrir de las resoluciones judiciales.

(vi) Cosa Juzgada. La doctrina parece conteste en que, ante una sentencia

favorable de la corte, con motivo del recurso de reclamación, bien puede acontecer otro acto de la autoridad administrativa que prive de la nacionalidad al hijo o hija del inmigrante irregular, viéndose obligado a interponer nuevamente este mecanismo jurisdiccional. Atendiendo dicha observación, este aspecto procesal es cuestionado por cuanto obliga a utilizar una herramienta jurídica con serias deficiencias, como ha quedado demostrado en los párrafos anteriores, incluso, generando sentencias contradictorias en casos análogos.

5. Mecanismo jurisdiccional alternativo.

Proponemos una vía jurisdiccional alternativa al recurso de reclamación de nacionalidad, ante la judicatura especial de familia. Dicha proposición surge a raíz de un caso particular suscitado en el Juzgado de Familia de Pudahuel el año 2013, ante quien se solicitó una medida de protección a favor de un recién nacido, debido a la vulneración de derechos de la cual era objeto (anexo 1).

5.1. Planteamiento del caso.

Tribunal: Juzgado de Familia de Pudahuel

Materia: Vulneración de derechos

Procedimiento: De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes

Causa RIT: P-1674-2013

Exposición:

Con fecha 26 de septiembre de 2013, doña Cindy Saavedra, Asistente Social del Hospital San Juan de Dios, interpuso solicitud en el siguiente tenor: *“Estimados solicito medida de protección para el NN que se encuentra Hospitalizado en el Servicio de pediatría, que ha sido vulnerado por sus derechos. Se solicita la autorización de la inscripción del niño en el registro civil y la incorporación a un hogar de lactantes”*.

Indica el informe de autos de fecha 24 de septiembre de 2013 lo siguiente:

- 1.- Que la madre era de nacionalidad boliviana;
- 2.- Que dio a luz en su domicilio, y llegó a la maternidad del Hospital San Juan de Dios junto a su hijo;
- 3.- Que al niño se le realizaron los exámenes de salud correspondientes, los que no arrojaron ninguna complicación médica;
- 4.- Que no se controló su embarazo debido a que le negaron la inscripción en los consultorios de la comuna, por carecer de documentación civil;
- 5.- Que la madre del niño llevaba residiendo en Chile un año y medio;
- 6.- Que trabajaba como auxiliar de cocina. Pero, al enterarse de su embarazo, sus empleadores le señalaron una fecha de término de sus labores, ya que se encontraba sin contrato;
- 7.- Que presentaba consumo problemático de sustancias;
- 8.- Que el padre del niño se encontraba recluido por robo con intimidación.

Con fecha 4 de octubre de 2013 se realizó la audiencia preparatoria a la que no compareció la madre. En esta se decretó que se informara al tribunal en cuanto el niño fuera dado de alta, a fin de resolver sobre el futuro de este.

Con fecha 22 de octubre de 2013, por orden del Tribunal, se procedió a la inscripción inmediata de NN en el SRCeI, en la que se anotó: "Hijo de extranjero transeúnte, Art. 10 N° 1 de la Constitución Política del Estado". Y con esta misma fecha se informó que había sido dado de alta, y que contaba además con una vacante en un Hogar de lactantes.

El niño se ingresó provisoriamente al Hogar Misión de María con fecha 23 de octubre de 2013, por medida de protección decretada por el juzgado atendido los antecedentes expuestos. En razonamiento de autos, *"por existir la valoración de un riesgo que afectaba su integridad, lo que determina que el diagnostico de origen tiene la calificación de grave, máxime su corta edad"*.

Constatando el Tribunal, mediante diversas gestiones, que el niño se encontraba en situación de abandono y que la madre no calificaba como transeúnte al

momento de su nacimiento, con fecha 24 de junio de 2014 ordenó al Registro Civil omitir de la inscripción del niño NN la referencia a ser hijo de extranjero transeúnte, en virtud de los siguientes argumentos:

“SEXTO: *Que, como bien ha dicho la Excm. Corte Suprema en sentencia de veintinueve de abril de dos mil trece ROL 300-2013, que la regla general de adquisición de la nacionalidad chilena es el “ius soli”, consagrado en 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 (...) 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”. Séptimo: “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, lo que concuerda con el criterio administrativo actual, el que sostiene que para la diferenciación entre extranjeros transeúntes de los que no lo son, debe atenderse principalmente a la residencia y, en este contexto, se estima indubitadamente transeúntes a los turistas y tripulantes. Por otra parte, conforme lo prevén 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.” **SEPTIMO:** *Que a juicio de esta Juez, el hecho que la madre llevara tres años residiendo en Chile, aún en calidad de indocumentada, lleva a concluir que la misma no tenía calidad de transeúnte, ya que dicha palabra evoca una noción de temporalidad breve de la cual carece la estadía de doña Patricia Añes Barba en territorio nacional, quien se avecindó en este País. **OCTAVO:** Que, por lo demás, de acuerdo al Artículo 20.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”, que en este caso particular al niño podría corresponderle la nacionalidad Boliviana ya que de acuerdo al artículo 36.2: “Son bolivianos de origen los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el sólo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados”, sin embargo dado que la madre desde que tuvo al niño no ha aparecido y que todos los esfuerzos desplegados por el Hogar y por el Tribunal han resultado infructuosos, hace imposible que el niño llegue a cumplir los requisitos que la Constitución boliviana exige, ya que su madre no lo llevará a Bolivia ni lo inscribirá en el consulado, dado que se ha desentendido de él de modo absoluto, resultando lo anterior no solo en el abandono del niño sino en su condición de apátrida, lo que lo sume en una condición de extrema vulnerabilidad que el Tribunal en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 8° N°7 de la Ley 19.968 debe reprimir, restituyendo al niño en sus derechos. **NOVENO:** Que, así las cosas, no pudiendo estimarse que la madre haya sido transeúnte al momento del nacimiento del niño y que, a mayor abundamiento, es imposible que el niño adquiriera otra nacionalidad dada su situación de abandono se ordenará que el Registro Civil e Identificación elimine la referencia a hijo de extranjero transeúnte por no corresponder a la nacionalidad del niño sujeto de este juicio.*

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 7 y 8, de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 20.2 del Pacto de San José de Costa Rica y

artículos 8, 68 y siguientes de la ley N°19.968, se resuelve:

- Que se ordena al Registro Civil omitir de la inscripción del niño NN, ingresado provisoriamente en el Hogar Misión de María, la referencia a ser hijo de extranjero transeúnte.

Sirva la presente resolución de suficiente y atento oficio remisor”.

5.2. Tribunales de Familia.

Como quedo de manifiesto en el caso expuesto, los tribunales de familia cuentan con las facultades necesarias para proteger a los hijos de inmigrantes inscritos bajo la fórmula “hijo de extranjero transeúnte”, mediante el procedimiento específico “De aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”.

En adelante, examinaremos la estructura orgánica, composición y competencia de estos tribunales especiales, junto a sus principios inspiradores y fundantes, para luego examinar el procedimiento especial bajo el cual se tramitó el caso expuesto. Finalmente explicaremos su conveniencia como vía alternativa al recurso de reclamación constitucional.

La ley N°19.968 (en adelante LTF), publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004, creó los Tribunales de Familia y, a la vez, consagró un nuevo procedimiento para la tramitación de las causas que conocerán dichos órganos jurisdiccionales. La naturaleza del contencioso familiar y la diversidad de órganos jurisdiccionales encargados del tratamiento de los conflictos familiares, reclamaba hace un par de décadas una adaptación de la estructura orgánica y procedimental de los tribunales a los nuevos requerimientos que demandaba la especialización: la consigna proclamaba que las cuestiones familiares debían resolverse por un órgano jurisdiccional especializado; el tribunal de familia, y a través de un procedimiento especial; el proceso de familia.²²⁵

²²⁵ HUNTER AMPUERO, Iván. Las potestades probatorias del juez de familia. Legal publishing. 2008.

En el Mensaje de la Ley²²⁶, el aquel entonces Presidente de la República, FREI RUIZ-TAGLE, expresó: *“El diseño predominantemente adversarial del procedimiento judicial chileno; su extrema escrituración; la alta mediación que es posible advertir entre el juez llamado a proveer la decisión al conflicto y un conjunto de funcionarios no letrados del tribunal; y la alta discrecionalidad del procedimiento especialmente en materia de niños y adolescentes, aconsejan modificar la actual justicia de menores, para dotar así a sus jueces -hombres y mujeres dedicados, que gozan de una alta confianza social- de procedimientos y formas de actuación que les permitan dar una respuesta socialmente adecuada al contencioso familiar”*²²⁷

En definitiva, esta nueva ley vino a cristalizar los esfuerzos del legislador en orden a implementar un sistema de justicia acorde con la realidad del contencioso familiar en Chile, y a eliminar las trabas que ostentaba el antiguo procedimiento. Con el fin de *“cumplir con el ideal de justicia temprana, desformalizada, transparente, accesible, directa y colaborativa que ha guiado el surgimiento de esta nueva justicia”*²²⁸.

5.3. Estructura orgánica, organización y competencia.

La ley creó juzgados de familia²²⁹ encargados de conocer los asuntos que ella

Santiago de Chile, p. 5.

²²⁶ En cuanto a las metas perseguidas por la Ley, se señalan en el Mensaje, tres objetivos generales de "política pública de justicia", a saber:

1. Lograr la inmediatez entre los jueces y los justiciables a través de un procedimiento que privilegie la oralidad por sobre la escrituración, generando el efecto de dar mayor publicidad e imparcialidad al juicio.

2. **Aumentar el acceso a la justicia, especialmente de los sectores que por razones socioeconómicas han estado mayoritariamente excluidos de ella.**

3. Consagrar un procedimiento en que las soluciones no adversariales o cooperativas del conflicto familiar primen por sobre las adversariales. (énfasis agregado)

²²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, p. 7.

²²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.286, que Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, p. 6.

²²⁹ Los juzgados de familia forman parte del Poder Judicial y tienen la estructura, organización y competencia que la ley establece y, en concordancia con la Ley N°19.968, el inciso 3° del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, dispone: "Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia (...)". El art. 1° de la Ley N° 19.968 en su inciso 3°, señala que en

trata y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado²³⁰. Estos, de acuerdo a la Ley, tienen asiento en cada una de las comunas del territorio de la República, con el número de jueces y con la competencia que en cada caso se indica²³¹.

Los juzgados de familia tienen un número variable de jueces²³², y cuentan, además, con un consejo técnico²³³, un administrador²³⁴ y una planta de empleados de secretaria y se organizan en unidades administrativas para el cumplimiento eficaz y eficiente de sus funciones.

En lo relativo a la competencia, el artículo 8° de la Ley N° 19.968²³⁵, indica las

lo no previsto por ella, se regirán por las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y las leyes que lo complementan.

²³⁰ Acorde con el artículo 76 de la Constitución Política de la República, inciso 1°, y el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales.

²³¹ Sin perjuicio de la dotación adicional a que alude el artículo 4° bis de la ley, insertado por la ley N°20.286.

²³² Los tribunales de familia tienen el carácter de tribunales unipersonales de composición múltiple, lo que implica que constituyen unidades jurisdiccionales compuestas por un número variable de jueces, ponderado, en cada jurisdicción, según la carga de trabajo esperada, cada uno de los cuales detenta separadamente la potestad jurisdiccional plena.

²³³ Constituye un cuerpo especializado de profesionales, cuya función es asesorar a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento.

²³⁴ Son auxiliares de la administración de justicia encargados de organizar y controlar la gestión administrativa de los tribunales.

²³⁵ *Artículo 8°.- Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;*

2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;

3) Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2° y 3° del Título X del Libro I del Código Civil;

4) Las causas relativas al derecho de alimentos;

5) Los disensos para contraer matrimonio;

6) Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

8) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;

9) Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.084. Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N;

materias que a los juzgados de familia les corresponde conocer y resolver. De su sola lectura, podemos señalar que, entre los objetivos del legislador, resalta el dotar de competencia a estos juzgados de aquellas materias relativas a la vulneración de los derechos de los niños.

Esta idea, se condice con la Indicación sustitutiva del Ejecutivo, de fecha 30 de mayo de 2001: *“Siguiendo la tendencia generalizada de las legislaciones comparadas, se otorga a los tribunales de familia una competencia amplia y exclusiva en todas las cuestiones -personales y económicas- que se relacionan con el conflicto familiar, y la protección jurisdiccional de los derechos de los niños y jóvenes cuando corresponda, con la sola excepción de las nulidades de matrimonio y aquellas de orden sucesorio”*²³⁶.

En coherencia con lo anterior, el Informe Comisión de Familia expresó: *“(…) pidió tener presente que esta judicatura especializada de familia no sólo deberá tutelar jurisdiccionalmente los derechos del niño en relación con sus vínculos familiares, sino que deberá intervenir siempre para darles protección, cuando ellos se encuentren amenazados o vulnerados, lo que puede provenir de causas o agentes extraños a la familia”*²³⁷.

En otras palabras, el Informe precisó que la vulneración de los derechos de los niños no sólo se suscita a propósito del contencioso familiar, sino que incluso puede

10) La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

11) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 16.618;

12) Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley N° 19.620;

13) El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley N° 19.620;

14) Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:

a) Separación judicial de bienes;

b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;

15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;

16) Los actos de violencia intrafamiliar;

17) Toda otra materia que la ley les encomiende.

²³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°19.968, Óp. Cit., p. 236.

²³⁷ *Ibidem*, p. 83.

ser ajeno a este, y como el fin del legislador es brindar protección a todos los niños ante cualquier ámbito de vulneración, es este órgano jurisdiccional el llamado a cautelarlos.

A mayor abundamiento, el Informe Comisión de Familia plantea la importancia de la creación de esta judicatura especializada, en cumplimiento de los deberes del Estado de Chile en orden a garantizar el amparo efectivo de los derechos de los niños, según lo preceptuado por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN): *“se intenta cumplir así las obligaciones constitucionales de proteger y fortalecer a la familia y de garantizar la protección de los derechos del niño, en particular los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporados a nuestro ordenamiento constitucional desde 1990, en virtud del artículo 5º de la Carta Fundamental. No adecuar la legislación de familia y de menores a dichas exigencias constitucionales significaría, en la práctica, no otorgar suficientes garantías a los derechos amenazados o vulnerados de los miembros de la familia, incluidos los niños.”*²³⁸ En lo atinente el artículo 7º de la CDN, menciona expresamente el derecho del niño a adquirir una nacionalidad, y la obligación que le cabe a los Estados partes de velar por la aplicación de este derecho, y de los demás deberes que hayan contraído en razón de los tratados internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Destacó, el mismo informe, la concordancia de la LTF con la tendencia moderna de considerar al niño como un sujeto de derecho, *“en relación a la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, afirmó que el proyecto se adecua perfectamente con la concepción jurídica moderna que se tiene del niño, según la cual el menor es un sujeto de derecho (...) y no un objeto de protección o asistencia por parte de los órganos del Estado. Además, sus disposiciones se avienen perfectamente con las normas internacionales y el derecho comparado, que nos revelan la necesidad de transitar desde una jurisdicción tutelar correccional del menor hacia otra apta para*

²³⁸ *Ibídem.*

*dar amparo jurídico efectivo a sus derechos*²³⁹.

Así el estado de las cosas –a nuestro juicio- pareciera lógico y adecuado que los juzgados de familia, conozcan y resuelvan sobre el desconocimiento indebido de la nacionalidad, por parte de cualquier órgano administrativo y en especial por el Servicio de Registro Civil e Identificación, de niños, niñas o adolescentes, por el simple hecho que alguno de sus padres sea un inmigrante en condición jurídica irregular.

Dicho planteamiento guarda armonía con el ejercicio a la tutela judicial efectiva, que significa *“la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto”*²⁴⁰. Así –nos parece- que aunque no exista una acción expresa ante los Tribunales de Familia, estos si están facultados para conocer del desconocimiento de la nacionalidad en el caso planteado. En atención al mandato Constitucional implícito –artículo 19 N° 3 - sobre el acceso a la justicia²⁴¹ y a lo expuesto anteriormente respecto a la competencia de estos órganos jurisdiccionales especiales.

Por otro lado, el acceso a la justicia, como se ha señalado, comprende la idea de conceder *“la posibilidad a todas las personas por igual, de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios de justicia cercanos a los usuarios, centrados en sus necesidades prioritarias, que reconozcan su protagonismo e incorporen a los sectores más vulnerables de la población entre sus beneficiarios”*²⁴². La competencia especial que ostentan los Tribunales de Familia, los coloca en una situación ideal para atender necesidades concretas de personas en situación de vulnerabilidad. En atención a su organización, y a sus facultades específicas, dichos órganos poseen unidades administrativas dedicadas exclusivamente a atención de público. Conformado así, un sistema centrado en que

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 10.194. Narciso Palacios Argentina. 29 de septiembre de 1999.

²⁴¹ Ver título 2.1.2. del capítulo I.

²⁴² ACCESO (2007), *Óp. Cit.*, pp. 49-50.

sus usuarios accedan al conocimiento, ejercicio y defensa efectivo de sus derechos y obligaciones.

Esta vía goza de reconocimiento jurisdiccional²⁴³, por medio del cual, el propio Tribunal de Familia no cuestionó sus facultades para ordenar al SRCel, omitir la expresión “hijo de extranjero transeúnte”. Es más, reprodujo considerandos que la CS ha utilizado en sus fallos sobre el conocimiento de la reclamación de nacionalidad. Y arguyó supuestos, relativos a Convención Americana de Derechos Humanos, y al Pacto de San José de Costa Rica. Y otros que se relacionan directamente con la esfera de su competencia, como lo es la Convención de los Derechos del Niño, además de los artículos 8, 68 y siguientes de la ley N° 19.968.

Por último, la propuesta planteada sólo tiene por objeto la protección jurisdiccional de la vulneración del derecho a la nacionalidad de niños, niñas o adolescentes. Por tanto, si esta vulneración afecta a otros sujetos, que no caben dentro de este ámbito de protección encomendado por el legislador a los Tribunales de Familia, no podrán reclamar ante dichos órganos, sino que deberán hacer uso del reclamo constitucional ante la Corte Suprema.

5.4. Principios del Procedimiento.

Al consagrar normativamente los principios formativos del procedimiento se realizó un aporte importante en orden a explicitar las orientaciones que se tuvieron en consideración a la hora de configurar el mismo. Luego al ser un mandato expreso del legislador, devienen en una herramienta de aplicación directa en el procedimiento, la cual el juez en su calidad no puede eludir²⁴⁴.

La LTF regula en el párrafo primero del Título III, los principios formativos del

²⁴³ Ver título 5.2. del presente capítulo.

²⁴⁴ COCIÑA CHOLAKY, Constanza. Los principios consagrados en la ley no. 19.968, que rigen los procedimientos ante los tribunales de familia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2010, p. 88.

procedimiento aplicable a los Tribunales de Familia. Al efecto, dispone en su artículo 9; *“El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes.”* Luego, en los artículos que siguen se desarrollan los principios de oralidad, concentración, publicidad e interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.

A continuación se hará una breve revisión de los principios formativos aplicables al procedimiento de familia²⁴⁵.

5.4.1. Oralidad²⁴⁶.

Rige cuando las alegaciones, la prueba y las conclusiones se presentan al juez, en forma mayoritaria, a viva voz. La Ley dispone que todas las actuaciones procesales son orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el juzgado debe llevar un sistema de registro de las actuaciones orales, registro que se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y reproducción de su contenido.

Asimismo, la conciliación que pueda producirse en las audiencias orales debe consignarse en extracto, manteniendo fielmente los términos del acuerdo que contengan.

²⁴⁵ Información obtenida de JARA CASTRO, Eduardo. Derecho Procesal de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2011, pp. 17 y ss.

²⁴⁶ La oralidad se relaciona con el acceso a la justicia. Normalmente cuando el acceso es amplio se requiere oralidad, pues esta es la forma habitual de comunicación, y facilita el acceso, pues no todos tienen la capacidad de expresar por escrito correctamente su voluntad. JARA CASTRO, Eduardo. Derecho Procesal de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2011, p. 25.

5.4.2. Concentración.

Este propende a que en un acto procesal se reúna la mayor cantidad de diligencias posibles, evitando de esa manera la dispersión de diligencias.

La Ley dispone que el procedimiento se debe desarrollar en audiencias continuas y puede prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. También indica los motivos y la forma de reprogramar y suspender las audiencias durante su desarrollo.

5.4.3. Inmediación.

Procura asegurar que el juez se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias a fin de que pueda conocer en toda su magnificación el material de la causa, desde el principio de ella hasta su término en donde ha de pronunciar la sentencia que lo resuelva.

5.4.4. Actuación de oficio.

Iniciado el proceso, y en cualquier estado del mismo, el juez debe adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad.

Este principio debe observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo a la Ley, el juez asimismo debe dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo solicitar también a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa.

5.4.5. Colaboración.

Consiste en que durante el proceso se intentará promover entre las partes, la búsqueda de soluciones alternativas a la sentencia para resolver el conflicto.

La importancia de este principio se encuentra en que los procesos de familia tratan cuestiones que afectan a un conjunto de personas relacionadas más allá del proceso. Intentar que sean las mismas partes las que resuelvan el conflicto ayuda a evitar futuros litigios. La decisión acordada es, o tiende a ser, cumplida espontáneamente y con mayor eficacia que la impuesta por una sentencia.

5.4.6. Publicidad.

Es aquel en virtud del cual se requiere que los actos del proceso sean presenciados no solo por quienes participan directamente en él, como las partes, abogados o funcionarios del tribunal, sino por toda la comunidad interesada en su conocimiento.

Las excepciones a este principio requieren de texto legal expreso.

5.4.7. Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.

El artículo 16 de la LTF consagra estos principios, expresando en su inciso segundo que ambos *“son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*.

Este artículo viene a adecuar la legislación procesal chilena a lo estatuido en los tratados internacionales de derechos humanos, principalmente la CDN, reconociendo la nueva concepción vigente respecto de la infancia y adolescencia, que considera a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos y que, bajo tal premisa,

modifica las relaciones de éstos con la familia, la sociedad y el Estado²⁴⁷

MIGUEL CILLERO²⁴⁸, señala que el interés superior del niño no es un objeto deseable a realizar por la autoridad ni tampoco un criterio que inspire u oriente sus actuaciones, sino que representa una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia ella. Y es así como debe comprenderse el artículo 3.1 de la CDN, que prescribe: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Así las cosas, lo importante es entender que la consagración del interés superior del niño como principio rector del procedimiento, fuera del papel que le corresponde como criterio de resolución del conflicto sometido a la decisión del tribunal, implica la interpretación y aplicación de toda y cada una de las normas procesales, deben respetar, garantizar y promover en la mayor medida posible los derechos consagrados a los niños, niñas y adolescentes, más allá de las aplicaciones expresas que haya establecido el legislador²⁴⁹.

Por último, al revisar los principios formativos aplicables en los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia, podemos constatar que, en su gran mayoría, corresponden a los mismos que han sido recogidos en la nueva justicia penal y laboral. Esto constituye una opción política en orden a reformar el sistema de administración de justicia, haciendo frente a las deficiencias que mostraba y aún muestra en ciertos ámbitos la justicia civil. Todo lo anterior ha sido efectuado desde una determinada orientación que, se ha estimado, ser la más idónea para los efectos de otorgar una tutela judicial pronta y efectiva²⁵⁰. Este avance, sin lugar a dudas, se condice con promover un acceso al sistema judicial, que garantice a todas las personas una justicia

²⁴⁷ COCIÑA CHOLAKY, Óp. Cit., p. 276.

²⁴⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. [En línea] http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

²⁴⁹ COCIÑA CHOLAKY, Óp. Cit., p. 290

²⁵⁰ COCIÑA CHOLAKY, Óp. Cit., p. 88.

libre de obstáculos.

5.4.8. Procedimientos, especialmente sobre la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

La LTF formula un procedimiento ordinario, el cual se encuentra regulado en el párrafo IV del título III, artículos 55 y siguientes. Este procedimiento tiene el carácter de general y supletorio con respecto a los demás. La Ley señala que este será aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia y que no tengan señalado otro procedimiento distinto en ésta u otras leyes.

En tanto, en el párrafo I del título IV, señala los procedimientos especiales, a saber: “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”; “Del procedimiento relativo a los actos de violencia Intrafamiliar” y “Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia”.

Siendo atinente al caso investigado, solo nos remitiremos al procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 68 y siguientes de la LTF; *“la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados”*. Se desprende claramente el deber del juez de actuar ante vulneraciones que involucren los derechos de los niños. Esta obligación es una de las características más destacables de este procedimiento, pues la independencia del juez se doblega ante un principio de mayor relevancia, el interés superior del niño²⁵¹.

²⁵¹ SALGADO LEIVA, Natalia Isabel. El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los tribunales de familia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012, p. 82.

En lo no previsto por las normas de este procedimiento, se aplican las disposiciones del título III de la ley; esto es, las referidas a los Principios del Procedimiento, a las Reglas Generales y aquellas relativas a la Prueba.

A. Características²⁵² .

(i) Es un procedimiento extraordinario. Según lo dispuesto en el artículo 2º del Código de Procedimiento Civil.

(ii) Es un procedimiento especial. Desde dos puntos de vista: por un lado, por cuanto el tribunal competente para el conocimiento de los asuntos de que trata la Ley 19.968 corresponde a una judicatura especializada, los tribunales de familia y, por otro, porque se trata de un procedimiento de aplicación especial en contraposición al procedimiento ordinario.

(iii) Es un procedimiento desformalizado. Ya que en general no se aplican a su respecto las exigencias que caracterizan a un proceso formal, en el cual la ejecución de los actos procesales generalmente debe ajustarse a determinadas formalidades establecidas en la ley de manera que si se ejecuta un acto sin cumplirlas éste adolece de un vicio de nulidad procesal.

Para iniciar el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección no es necesario el cumplimiento de ningún tipo de formalidad, en consecuencia, no hay obligación de cumplir con las formalidades habilitantes ni con las exigencias que establecen los artículos 1 y 2 de la Ley 18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio.

²⁵² Información obtenida de BARRIA SALINAS, Cecilia Gabriela y SILVA SOLARI José Ignacio. EL Procedimiento Especial de aplicación judicial De Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas O Adolescentes establecido por La Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2005, pp. 54-57.

(iv) Se trata de un procedimiento breve y concentrado. Uno de los objetivos del procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección, por la gravedad de los hechos que lo motivan, es resolver rápidamente las cuestiones sometidas a conocimiento del tribunal.

Para cumplir con este objetivo, es necesario que el proceso pueda llevarse a cabo de manera expedita, sin dilaciones, por lo que los plazos que establece la LTF son más reducidos que los de un juicio de lato conocimiento, haciendo de éste un procedimiento breve. Es un procedimiento concentrado porque la mayoría de los actos procesales que lo conforman se llevan a cabo básicamente en dos audiencias, pudiendo aumentar este número según las circunstancias que sobrevengan.

(v) Es un procedimiento oral. Porque los actos procesales que lo conforman se desarrollan casi en su totalidad verbalmente.

B. Tramitación.

(i) Inicio del Procedimiento. Podrá ser de oficio o a requerimiento²⁵³ de quienes tengan interés en ello, sin necesidad de cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el proceso²⁵⁴.

(ii) Medidas cautelares especiales. Estas son aquellas resoluciones judiciales que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, con la finalidad de prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma²⁵⁵.

²⁵³ Pueden requerir la intervención judicial las siguientes personas: El propio menor, los padres de dichos menores, las personas que lo tengan bajo su cuidado personal, profesores o director del establecimiento educacional al que asista, profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que sea atendida, Servicio Nacional de Menores, cualquier persona que tenga interés en ello.

²⁵⁴ En opinión petición podrá formularse de cualquier manera, concurriendo al tribunal de familia respectivo, o aun de manera menos formal, como vía fax o incluso telefónicamente. SILVA MONTES, Rodrigo. Manual de Tribunales de Familia. 5a. Ed. actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2014, p. 50.

²⁵⁵ BARRIA SALINAS y otro. Óp. Cit., p. 140.

En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger a los niños gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, el juez podrá decretar alguna de las medidas señaladas en el art. 71²⁵⁶ de LTF.

(iii) Audiencia preparatoria. Iniciado el procedimiento de protección el juez dentro de los cinco días siguientes, citará al menor, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes relevantes para una adecuada resolución del asunto; deberá informar a las partes el motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, teniendo especial consideración en utilizar un

²⁵⁶ a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;
c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;
d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e
i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección. En ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.
La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.
Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile. Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida. En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

lenguaje comprensible para los menores de edad involucrados en el asunto.

Todo esto, con el objetivo de indagar sobre la situación que ha motivado el procedimiento. Una vez escuchado a las partes, el juez, dependiendo de si tiene o no los elementos probatorios, dictará sentencia o una resolución que cite a audiencia de juicio.

(iv) Audiencia de juicio. Esta tiene por objeto recibir la prueba y resolver el asunto sometido a su conocimiento. En ella además, se podrá objetar los informes que se hayan evacuado, pudiendo el juez asesorarse por el consejo técnico.

(v) Sentencia. Antes de su pronunciamiento, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al menor, y, si ello no fuera posible, en la sentencia deberá fundamentar la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicando los objetivos que se pretenden cumplir con ella y su tiempo de duración.

La suspensión, modificación o cesación de las medidas puede ser en cualquier momento de oficio, a petición de partes, incluyendo entre ellos al niño. Con todo, la medida cesará una vez que el menor cumpla la mayoría de edad, sea adoptado o transcurra el plazo por el cual se decretó sin que haya sido modificada o renovada.

En definitiva, es un procedimiento que, de acuerdo a sus fundamentos, características, y tramitación, resulta idóneo para tutelar el acceso a la justicia conjuntamente con el interés superior del niño/a, en cuanto a su afectación por la inscripción de “hijo de extranjero transeúnte”.

6. Reflexión: ¿Existe afectación del derecho de Acceso a la Justicia en el caso investigado? Conveniencia de la propuesta.

Durante los últimos años, se comienza a observar y estudiar la presencia infantil en los flujos migratorios, especialmente en las fases de reunificación familiar que

emprenden, sobre todo, las mujeres que son madre e inician un proyecto migratorio familiar. Las niñas y los niños, en general tienen una posición subordinada en la estructura generacional de la sociedad y de las familias, dado que normalmente las opiniones y decisiones sobre las cuestiones migratorias circulan entre personas adultas, y ellos sólo deben “asumirlas”²⁵⁷.

Es más, durante el siglo XX se observan diferentes iniciativas políticas y académicas que promueven los derechos y libertades infantiles. La CDN ratificada por Chile en 1990, comprende a las niñas y a los niños desde 0 hasta los 18 años como “sujetos de derecho”; las niñas y los niños son verdaderos agentes sociales, con capacidad de reflexión y participación. Como grupo social, este protagonismo pocas veces es reconocido por la sociedad²⁵⁸.

Si bien en el caso investigado se trata de recién nacidos, resulta apropiado contextualizar en qué condiciones se encuentran los niños cuando de flujos migratorios se trata. Basta un vistazo superficial para darnos cuenta que son seres humanos sumamente vulnerables. Por lo mismo la garantía y derecho de acceso a la justicia es de suyo primordial.

En el mismo sentido, el efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, establece la promoción de las condiciones necesarias para la tutela judicial aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad, como ocurre en el caso planteado, siendo tales: i) Cultura jurídica; ii) Asistencia legal y defensa pública; iii) Derecho a intérprete; iv) Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, entre otras²⁵⁹.

Particular interés reviste esta última condición, pues implica que los poderes públicos competentes revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de

²⁵⁷ PAVEZ SOTO, Iskra. “Los Derechos de las Niñas y los Niños peruanos migrantes en Chile”. Avance tesis Doctoral de Sociología, GEDIME, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 2.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 3.

²⁵⁹ ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA. Lineamientos para una guía de buenas prácticas. Santiago 2007, p.116.

las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin, siendo estas medidas procesales y medidas de organización y gestión judicial²⁶⁰.

Medidas estrictamente necesarias, si se desea subsanar los aspectos procesales de la reclamación, escrutados en su oportunidad.

Dicha adopción de medidas debe considerar, además, las barreras u obstáculos de este derecho, tales como las barreras financieras (que obligan al migrante depender exclusivamente de los servicios gratuitos proporcionados por la CAJ) estrechamente vinculada a la representación legal inadecuada, deficiencias en la organización de los tribunales (manifestada aquí por la univocidad de la CS sobre la materia), barreras culturales (relevantes, pues se relacionan con el grado de integración de los migrantes en la sociedad) y la barrera que comprende la renuncia a la ley, ya sea por vivir en la ilegalidad (homologado a la irregularidad migratoria), desconfianza de la ley, lenguaje extraño de la ley, formalidades y falta de poder.

Precisamente, el análisis de la adopción de medidas, nos permiten hacernos una idea del complejo panorama de obstáculos que debe enfrentar el inmigrante irregular, para activar el mecanismo de reclamación constitucional.

Así las cosas, la alternativa jurisdiccional propuesta, ante los Tribunales de Familia, puede eventualmente acarrear la manifestación de obstáculos. Sin embargo, el contencioso familiar goza de ejemplares características que lo dejan en mejor pie para reconocerlas, y hacerles frente (según su estructura, explicada latamente), especialmente por el principio rector imperante, de la “protección del interés superior del niño/a”.

6.1. Estadística.

²⁶⁰ *Ibídem*, pp. 117-118.

La investigación presentada, comprendió además la solicitud de información ante diferentes organismos públicos (anexo 2), mediante el mecanismo de acceso a la información pública, consagrado en la ley 20.285 (artículo 14).

En primer lugar, la petición de información fue dirigida al SRCel, a través del contacto N° AK002C0004787 y N° AK002C0004801, solicitando; El número de casos de personas inscritas como “hijo de extranjeros transeúntes desde el año 1990²⁶¹ a la fecha y su clasificación por regiones del país. La respuesta recibida es la siguiente:

Entre 1990 a 1999, solo señala 15 casos de inscripciones con la fórmula de “hijo de extranjero transeúnte”, acontecidos solo en la zona norte y centro del país (figurando dentro de esta solo algunas comunas de la Región Metropolitana). Cabe señalar, que si bien el archivo enviado comprende el rango de años apuntado, en la práctica solo enviaron información del año 1999 (hacia atrás, la información no fue sistematizada).

Por su parte, entre el 2000 al 2014, los casos señalados son 2883. Crecimiento exponencial, considerando que el año 2000 solo acontecieron 2 casos, mientras que el año 2014, 266 casos.

Divididas por zonas la información, también se observa un crecimiento sostenido de casos, conforme transcurren los años. Por ejemplo, el año 2001 la zona norte presentó 67 casos, la zona centro 53 y la sur 4. Siguiendo el orden correlativo, el año 2008 fueron 143, 47 y 4. El 2013, 166, 98 y 3. Concluyendo con el año 2014; 157 zona norte, 106 zona centro y 3 la zona sur.

En definitiva, entre el rango de años 2000 – 2014, la Zona norte presentó 1846 casos de “hijos de extranjeros transeúntes”, es decir, un 64,030% del total, con un promedio aproximado por año de 123 inscripciones. La Zona centro, presentó 980 casos, correspondiente al 33, 992% del total, con un promedio aproximado por año de

²⁶¹ El rango de años elegido, 1990-2014, es en atención al saldo migratorio explicado en el capítulo primero, pues desde el año 1990, los flujos migratorios comenzaron a aumentar en nuestro país.

65 inscripciones. Por último, la Zona sur presentó 57 casos, correspondiente al 1,977% del total, con un promedio aproximado por año de 3,8 inscripciones.

En segundo lugar, y mediante el mismo mecanismo de acceso a la información pública, la petición fue dirigida al Poder Judicial, a través del contacto N° NR001T0000147, solicitando la información sobre la cantidad o número de reclamaciones de nacionalidad interpuestas desde 1990 a la fecha ante la Corte Suprema. Además, el número de tales recursos que fueron interpuestos en favor de “hijos de extranjeros transeúntes”. La respuesta recibida es la siguiente:

Desde el año 2000 al 2014 fueron presentadas solo 35 reclamaciones. Hay que considerar eso sí, que en los años 2002, 2003, 2005 y 2006 no consta reclamación alguna.

El organismo público señala además, que no existe en el registro electrónico de causas las reclamaciones entre los años 1990 a 1999.

6.1.1. Análisis de los resultados estadísticos.

(i) El número total de inscritos como hijos de extranjeros transeúntes entre los años 2000 y 2014 corresponden a 2883, cantidad exorbitante, que nos lleva a deducir que el DEM, conforme avanzan los años, no ha hecho eco de los fallos favorables al reclamante en virtud del recurso constitucional del art. 12, desconociendo la interpretación de la Corte del concepto “transeúnte”.

(ii) De tan solo 2 inscripciones en el año 2000, la cifra se eleva a 266 en el año 2014. Este aumento es fiel expresión del actual saldo migratorio.

(iii) Es alarmante el contraste entre las 2883 inscripciones como hijos de extranjeros transeúntes, a los 35 reclamos presentados ante la Corte Suprema, entre los años 2000 y 2014. Considerando, además, que las reclamaciones pueden provenir de distintas causales y no sólo de la analizada con ocasión de la presente

investigación.

(iv) Entre los años 2000 y 2014 la mayor cantidad de anotaciones se presentaron en la zona norte, con 1846 casos, esto equivale al 64% del total, cifra que casi dobla al 33% registrado en la zona centro.

(v) Con respecto a la zona sur, no se aprecia un porcentaje significativo, ya que solo alcanza apenas al 1,9% de la totalidad de las inscripciones entre los años 2000 y 2014. Arrojando un promedio de 3,8 de anotaciones al año.

6.2. Respuesta sobre la conveniencia de la propuesta y la afectación del derecho de Acceso a la Justicia.

Conforme a la investigación presentada, pudimos comprobar que existe afectación del derecho humano y fundamental de Acceso a la Justicia. Esta viene dada, principalmente, por la estructura del Recurso de Reclamación Constitucional latamente analizada y escrutada. Si, en efecto, fuere el único mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos de los “hijos de extranjeros transeúntes”, malamente podríamos afirmar que se encuentra asegurado tal derecho.

Confirma lo antedicho, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que *“para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no*

*afrontan esas desventajas*²⁶²

A continuación, constatamos en virtud de los aspectos procesales de la reclamación, que los inmigrantes irregulares no gozan de igualdad material ante la norma constitucional –art. 12-, generándose en los hechos, desigualdades reales entre quienes necesitan tutelar los derechos de sus hijos, inscritos como hijos de extranjero transeúnte. Además, la falta de un procedimiento preciso y claro, no permite adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o barreras identificadas a lo largo de capítulo. Por lo tanto, coincidimos con la Corte Interamericana, en que difícilmente podríamos establecer que los inmigrantes irregulares disfrutan de un verdadero acceso a la justicia, en el marco del caso investigado.

No obstante lo anterior, la tutela de derechos de los hijos de extranjeros transeúntes puede ser efectiva, por cuanto existe en nuestro ordenamiento jurídico un órgano jurisdiccional con competencia para resolver la afectación y conculcación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluso cuando se trata del desconocimiento de la nacionalidad. Nos referimos, a los Tribunales de Familia.

Es tal el ámbito de protección brindado, que la vulneración de los derechos de estos, no sólo puede suscitarse a propósito del contencioso familiar, sino que incluso puede ser ajeno a este, siendo dicho órgano jurisdiccional, por su naturaleza especial, el llamado a cautelarlos.

Según quedó de manifiesto en el caso analizado (atingente al procedimiento especial de medidas de protección) pareciera lógico y adecuado, que los juzgados de familia, conozcan y resuelvan sobre el desconocimiento indebido de la nacionalidad, por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, por el simple hecho de que alguno de sus padres inmigrante se encuentre en condición jurídica irregular, considerando su estructura orgánica, organización y competencia (especialmente

²⁶² El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1° de octubre de 1999, párrafo 119.

atingentes, dada su disgregación territorial).

Como se expresó en su oportunidad, es importante entender que la consagración del interés superior del niño como principio rector del procedimiento - fuera del papel que le corresponde como criterio de resolución del conflicto sometido a la decisión del tribunal- implica que la interpretación y aplicación de toda y cada una de las normas procesales, deben respetar, garantizar y promover, en la mayor medida posible, los derechos consagrados a los niños, niñas y adolescentes, más allá de las aplicaciones expresas que haya establecido el legislador. Se desprende claramente el deber del juez de actuar ante vulneraciones que involucren los derechos de los niños. Esta obligación es una de las características más destacables de este procedimiento, pues la independencia del juez se doblega ante un principio de mayor relevancia, el interés superior del niño.

Así las cosas, dejamos planteada la alternativa jurisdiccional analizada, que a nuestro juicio resulta idónea para el asegurar el derecho de acceso a la justicia.

Para terminar, concordamos con que *“es importante que el Estado de Chile firme, ratifique y de plena aplicación a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridía de 1961, lo que daría un marco normativo especial aplicable a los apátridas. Hoy en Chile no existe legislación específica que se haga cargo de la situación de los apátridas y resguarde el pleno ejercicio de derechos de personas que tienen dicha calidad”*²⁶³.

²⁶³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. ANUARIO N°10. Óp. Cit., p. 147

Capítulo III. DESENCADENAMIENTO DE LOS PROCESOS, ¿QUÉ OCURRE CUANDO SON INCOMPATIBLES? CASO TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES.

1. Consideraciones preliminares, especialmente sobre el caso investigado.

“La migración dejó de ser un asunto de exclusiva competencia doméstica de los Estados para convertirse en una materia que requiere de la cooperación internacional para abordarla efectivamente. La comunidad internacional y regional se ha dotado de varias iniciativas dirigidas a profundizar el debate sobre la migración internacional y consensuar cursos de acción (...)”²⁶⁴.

La afirmación cobra especial relevancia cuando enfrentamos uno de los aspectos más lamentables del incremento de los flujos migratorios a nivel planetario, nos referimos a los delitos de carácter transnacional. Es así como *“asuntos de particular preocupación son la trata de personas y el tráfico de migrantes. Estos crímenes internacionales se configuran sobre la base de operaciones comerciales con seres humanos y requieren de redes de traficantes o tratantes para consumarse, se diferencian, sin embargo, en sus fines y en su objeto”²⁶⁵.*

En efecto, tanto la trata de personas como el tráfico de personas encuentran su origen en fenómenos de carácter transnacional. También se encuentran muy vinculados al fenómeno de las organizaciones delictivas, constituyendo una de las problemáticas más recurrentes del Derecho Penal contemporáneo. Están asimismo asociados, de alguna manera, a una alta rentabilidad o beneficio económico²⁶⁶.

Precisamente, respecto a estos delitos, la comunidad internacional se ha dotado de particulares iniciativas legales, consensuando atingentes cursos de acción,

²⁶⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual, 2012, p. 163.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ MALDONADO, Francisco. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago. 2012, p. 100.

mediante el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, los que serán examinados más adelante.

Nos interesa ahora, delimitar conceptualmente ambos delitos, pues el caso investigado únicamente versará sobre el tráfico de migrantes, evitando con ello confusiones posteriores. El tráfico ilícito de migrantes, por un lado, consiste en *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*, de acuerdo al artículo 3 del Protocolo citado. La trata de personas, en cambio, es un delito contra la persona, pues tiene como propósito su explotación con fines sexuales, laborales, de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud. El Protocolo respectivo establece como obligaciones del Estado prevenir, investigar y penalizar este delito y proteger a las víctimas²⁶⁷.

Dada la similitud entre los tipos penales es perfectamente posible la concurrencia de ambos en el caso particular. Así las cosas, hasta hace pocos años, los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas no existían dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo incorporados recién el año 2005 al Código Penal Chileno²⁶⁸, en el Título VIII (Crímenes y simples delitos contra las personas), del Libro II (Crímenes y simples delitos y sus penas).

Sentado lo anterior, el tráfico ilícito de migrantes será analizado a lo largo de este capítulo desde dos perspectivas procesales diferentes, a saber, la Ley de Extranjería y el Código Procesal Penal. En virtud de cada uno se producirá lo que hemos denominado el “desencadenamiento de los procesos”, a favor y en contra del migrante, víctima e infractor a la vez, en un mismo espacio-tiempo. Interesante paradoja, en tanto cada proceso cuenta con fundamentos, estructuras y finalidades diferentes. Es decir, procesos *a priori* incompatibles.

²⁶⁷ INDH (2012) Óp. Cit., pp. 163-164.

²⁶⁸ Ver título 2.2. de este mismo capítulo.

Postulamos, de este modo, que la existencia de ambos estatutos procedimentales, necesariamente resta eficacia, en el caso investigado, al desencadenamiento del proceso penal, en cuanto estatuto protector y garante de los derechos de la víctima, especialmente por la presencia del Ministerio Público, obligado, como sujeto procesal e interviniente, a brindarles protección.

En ese sentido, los objetivos del capítulo son; (i) Comprobar la discordancia o incompatibilidad existente entre el acceso a la justicia o tutela efectiva de los derechos de los inmigrantes, víctimas de tráfico ilícito, en el marco del proceso penal, en relación a la regulación contenida en el Decreto Ley 1094 del año 1975; (ii) Analizar las facultades y atribuciones del Ministerio Público como interviniente y sujeto procesal. En atención a que nuestro Código Procesal Penal (en adelante CPP) consagra como un principio básico, la protección a la víctima, tarea entregada específicamente al Ministerio Público, en la investigación y persecución de hechos constitutivos de delitos. (iii) Finalmente, también será analizada la condición jurídica de víctima, como interviniente y sujeto procesal, a quien le asiste determinados derechos.

1.1. Precisiones: Sobre las consecuencias de la condición migratoria irregular.

Constatamos en el capítulo I, que el inmigrante enfrenta, desde su llegada al país, condiciones adversas. Buenamente podríamos dar ejemplos concretos de tales condiciones, señalando, entre las más importantes, la inexistencia de una política migratoria nacional, la pervivencia de una legislación anacrónica de extranjería, y por supuesto, y estrechamente ligada con la primera, la falta de educación y cultura respecto a los flujos migratorios, que afecta transversalmente a toda la sociedad chilena.

En otras palabras, la condición de no ciudadano, de la persona migrante, lo relega a una situación de particular vulnerabilidad; *“El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas, así como la ausencia de poder político, dificultan la relación de las personas migrantes con las autoridades estatales, incidiendo de manera negativa en el acceso a servicios y programas estatales. Ellas no*

*sólo encuentran trabas para acceder a los programas y servicios a cargo del Estado, sino también para demandar la protección de las autoridades cuando son víctimas de delitos o de abusos. La condición de vulnerabilidad se plasma en la ausente o deficiente protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes*²⁶⁹.

Esta condición adquiere connotaciones específicas en el caso de trabajadores, mujeres, niños y niñas y minorías étnicas migrantes; resultando en una doble o triple vulnerabilidad²⁷⁰.

Un claro ejemplo de lo anterior acontece en el ámbito laboral; Conforme a las estadísticas de la Dirección del Trabajo, los abusos denunciados por extranjeros se duplicaron entre los años 2006 y 2007. Las causas fueron: contratos no escriturados, extensión ilegal de jornadas, descansos no respetados y cotizaciones impagas, particularmente en los rubros de la construcción, servicios domésticos y hotelería-gastronomía. Las denuncias que terminaron en sanción fueron aún menores en relación al total: 57 en 2006 (0,1% respecto del global) y 111 en 2007 (0,2%)²⁷¹.

Según la referida Dirección, el bajo número de reclamos se debería a que *“el inmigrante siente temor de recurrir a las autoridades. No va a la municipalidad y no le hace preguntas a un policía ni en Chile ni en ningún país del mundo. Si está irregular, teme la deportación; y si está regular, teme perder esa calidad porque no conoce bien la legislación y cree que pudo haber infringido una norma y lo pueden deportar”*²⁷².

A mayor abundamiento, el grupo de trabajo de Naciones Unidas, sobre los derechos humanos de las personas migrantes, identificó diferentes obstáculos en la

²⁶⁹ OLEA, Helena. Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno. En Anuario de Derechos Humanos, 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 203.

²⁷⁰ Ibídem.

²⁷¹ RED CHILENA DE MIGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD (RedMI). Informe Alternativo Chile. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias. 2011, p. 13.

²⁷² CENTRO DE INFORMACIÓN E INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA. [en línea]. *Inmigrantes II: Trabajadores sacan la voz y duplican denuncias laborales*. 17 de Enero de 2008. <<http://ciperchile.cl/2008/01/17/inmigrantes-ii-trabajadores-sacan-la-voz-y-duplican-denuncias-por-abusos-laborales>> [consulta: 21 octubre 2014].

protección y garantía de sus derechos. A nivel institucional, consideró la ausencia o falta de aplicación de normas y estándares nacionales específicos a los migrantes; la dispersión y falta de ratificación de estándares de derecho internacional existentes; la debilidad de los mismos migrantes para organizarse y exigir el respeto y garantía de sus derechos; la impunidad y negación de mecanismos de justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos, y el entrenamiento inadecuado de funcionarios responsables del control migratorio²⁷³.

En suma, la persona migrante debe sortear desde un comienzo diferentes obstáculos en la protección y garantía de sus derechos. A lo que debemos agregar, en tanto víctima de tráfico ilícito, su condición jurídica correlativa, como infractora de la ley de extranjería, y las consecuencias que de ella derivan.

Lo anterior se produce con ocasión de que la Ley de Extranjería sanciona administrativamente (y por qué no, penalmente) a quienes intenten ingresar al país por lugar no habilitado o clandestinamente (artículo 69), como también, a quienes se hagan valer de documentos falsos o adulterados (artículo 68). Consistiendo primordialmente la sanción, en la medida de expulsión, quedando el migrante ante el proceso -migratorio desencadenado-, en condición irregular.

Pues bien, las víctimas de tráfico ilícito de migrantes son personas a quienes los traficantes intentan ingresar a otro país clandestinamente o con papeles falsificados. Víctima e infractor de este modo coinciden en una misma persona.

Es importante destacar que dentro de los no ciudadanos la condición migratoria irregular o no autorizada incide de manera importante en la protección y garantía de los

²⁷³ En materia social, el grupo de trabajo subrayó la exclusión social, el racismo, la xenofobia, así como la existencia de prejuicios y estereotipos. Por último, se identificaron también obstáculos económicos vinculados con la discriminación en el mercado laboral; las condiciones relativas al trabajo sexual, doméstico, agrícola y al sector informal, y el impacto de la globalización. Por ello, el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes es el primer paso para la protección de sus derechos. En los últimos años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha empezado a emplear el término “no ciudadanos”, como categoría inclusiva que abarca a migrantes y refugiados. Este término es particularmente útil porque pone el acento en la ciudadanía como factor de discriminación en el goce y ejercicio de derechos y libertades. La exigencia de documentos de identidad y, en muchos casos, de la condición de ciudadana o ciudadano como requisito para acceder a bienes y servicios, provoca la exclusión y discriminación de facto de quienes carecen de esa condición. OLEA. Óp. Cit., pp. 203-204.

derechos humanos. En muchos países la condición migratoria regular es un prerrequisito para el acceso a bienes y servicios públicos. En ocasiones, las personas migrantes no autorizadas no tienen la posibilidad de solicitar la protección de las autoridades o de requerir la prestación de servicios públicos, ya que de esta forma se arriesgan a ser expulsadas o deportadas. A los problemas generales de la migración, se suman nuevos factores vinculados con el carácter regular o irregular de ésta²⁷⁴.

Algunos hablan de la política migratoria de un país y concentran los intereses protegidos simplemente en las razones que llevan al Estado a defender sus fronteras. Pero se puede también considerar el hecho de que la inmigración ilegal en sí misma, y también el tráfico de personas, genera como efecto el colocar al individuo en una situación sociopolítica (como ciudadano/a) inferior respecto a la condición que detentan los demás. En efecto, respecto al ciudadano o ciudadana normal, la persona migrante ilegal queda desprovista de una serie de herramientas jurídicas que son propias de la condición que ofrece la ciudadanía, presentando una situación objetivamente desfavorable²⁷⁵.

El colocar a un individuo en posición de desarrollar un traspaso fronterizo ilegal produce como efecto el situarlo en una posición desmejorada. No se refiere a una situación socioeconómica o política sino a una situación de vulnerabilidad que afecta prácticamente a la generalidad de sus derechos, condición de exposición personal emanada de la reducida posibilidad de obtener amparo o protección jurídica y social. Pensemos en hambre, techo, comida, acceso laboral, acceso a la salud, etc. Se trata de una situación fáctica en la que se tiene un menor acceso efectivo al ejercicio de los derechos²⁷⁶. Es decir, afectación del derecho de acceso a la justicia.

Cabe señalar por último, que la condición migratoria irregular puede perfectamente acontecer en una persona migrante que en un comienzo gozaba de una condición administrativa regular, por una razón muy sencilla. El Decreto Ley N° 1.094 de 1975, ley inspirada en la doctrina de seguridad nacional de la dictadura militar,

²⁷⁴ OLEA. Óp. Cit., p. 204.

²⁷⁵ MALDONADO. Óp. Cit., p. 103.

²⁷⁶ *Ibidem*.

concibe al inmigrante como una potencial amenaza al orden nacional. La forma de entender la migración y al inmigrante, así como los reglamentos que de aquí se derivan, generan condicionantes que facilitan en extremo que las personas entren en situación de irregularidad, pese a estar previamente con una visa. Este es el punto de partida para una serie de violaciones y negación de derechos como, por ejemplo, el acceso a una serie de servicios sociales, tales como el acceso a la justicia, poniendo en riesgo la vida y salud, así como dificultando el proceso de inserción e integración social de los migrantes²⁷⁷.

2. Tráfico ilícito de Migrantes²⁷⁸.

“Y así, la cuestión de los mercados termina siendo en realidad la cuestión de cómo queremos vivir todos juntos. ¿Queremos una sociedad donde todo esté en venta? ¿O existen determinados bienes morales o cívicos que los mercados no honran y el dinero no puede comprar?”.

SANDEL, Michael J. “Lo que el dinero no puede comprar”.

2.1. Consagración del delito en el Derecho Internacional.

El protocolo de la ONU contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional del 2000, en su artículo 3º letra a) define “tráfico ilícito de migrantes” como *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.*

²⁷⁷ Uno de los aspectos más controversiales de la Ley de Extranjería es el hecho de que vincula la residencia temporal a un contrato de trabajo y la postulación y obtención de la residencia definitiva a un contrato laboral ininterrumpido por dos años. La consecuencia directa es que cuando el inmigrante pierde el contrato de trabajo (algo frecuente en el tipo de empleo al que accede), pierde tanto la residencia temporal como el tiempo de trabajo adquirido para optar a la residencia definitiva (dos años).RedMI. Óp. Cit., p. 7.

²⁷⁸ La exposición de este tema fue estructurada en base al Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), denominado “Tráfico ilegal de Inmigrantes y trata de personas. Derecho comparado”. [en línea] <www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/> [consulta: 02 marzo 2015].

De acuerdo a la definición, los elementos que configuran el ilícito son los siguientes:

(i) La facilitación implica hacer que las personas migrantes puedan traspasar las fronteras de un Estado.

(ii) Debe tratarse de una entrada ilegal. De acuerdo al artículo 3º letra b) del Protocolo, se entiende por entrada ilegal “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor”.

(iii) La persona cuya entrada ilegal se facilita no debe tener la calidad de nacional o residente permanente del Estado receptor.

(iv) Esta facilitación debe realizarse con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

El objetivo del protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, como también promover la cooperación entre países con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los/as migrantes objeto de tráfico, pues ellos/as tienen derechos que deben ser protegidos. La convención se encuentra ratificada por Chile desde el año 2005²⁷⁹.

2.2. Consagración del delito en el Derecho Interno.

Además de las normas internacionales ya señaladas, de aplicación en nuestro país vía artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, el derecho interno chileno, como ya fuere anunciado, también tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes -y trata de personas- y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal en la Ley Nº 20.507, que introdujo en el Título VIII, Libro II, del Código Penal, un párrafo 5º bis, denominado “*De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*”. Se establece como delitos, con sus correspondientes penas, el facilitar o promover, con ánimo de lucro, la entrada ilegal a Chile de extranjeros, con agravantes si las víctimas son menores de edad o si se han puesto en

²⁷⁹ Decreto Nº 342, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Diario Oficial Nº 38.088, de 16/02/2005.

peligro su salud e integridad física.

El artículo 411 bis del Código Penal chileno tipifica el delito de tráfico de migrantes. Sanciona al que “con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente” y se castiga con pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 50 a 100 UTM. Esta pena se aplica en su grado máximo “si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado” y si se aumentará en un grado si se trata de un menor de edad. Además, se sanciona con la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, al funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él ejecute el delito.

Asimismo, el artículo 411 quinquies sanciona la asociación y organización para cometer este tipo de delitos.

El círculo virtuoso de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, es integrado por el Código Procesal Penal, también modificado por la Ley N° 20.507, que regula en el artículo 78 bis²⁸⁰, la protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas durante el proceso penal.

2.2.1. Breve análisis sobre el delito en el ordenamiento jurídico nacional.

Si bien es loable y meritorio que la legislación nacional haya incorporado el delito penal de tráfico ilícito de migrantes, que antes no existía, estamos frente a un

²⁸⁰ Artículo 78 bis: “Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta. Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad. En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador ad litem de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia”.

tema que es tremendamente complejo²⁸¹; es necesario, entonces, preguntarnos cuál es la dificultad que estamos teniendo, más allá de la manera en cómo se implementa la ley.

STEFONI identifica tres elementos que pueden estar en la base de la dificultad antedicha, que tienen que ver, por un lado, con la enorme *invisibilidad del fenómeno* (que repercute en la falta de datos estadísticos). Por otro, tenemos un problema real de *encubrimiento*, es decir, la gente no denuncia, las víctimas no denuncian. Además que son inmigrantes que por supuesto están en *situación irregular*, y eso acrecienta más el problema de la denuncia. Finalmente, acontece el problema de *cómo se protege a las víctimas*.

En el mismo sentido, la opinión de la Fiscal Adjunto, de la Unidad de Delitos de Alta Complejidad, Fiscalía Centro Norte, CAROLINA SUAZO²⁸²: *“Respecto al tratamiento a las personas que sufren tráfico ilícito de migrantes efectivamente como víctimas ¿cuál es el problema? Nuestra legislación, para efectos del artículo 33 bis de la ley de extranjería, para poder obtener permisos provisorios o temporales de residencia mientras dura la investigación, no los considera víctimas”²⁸³*. Entonces, - continua señalando- *“nos enfrentamos a personas que efectivamente están en una situación de vulnerabilidad y que como Fiscalía debemos en definitiva tratar como víctimas, pero no tenemos las herramientas necesarias para implementar su protección, su estadía en el país por ejemplo”*.

La cuestión descrita, sobre la incorporación del delito en el ordenamiento jurídico interno, nos proporciona una idea sobre el escenario jurídico en el que deviene

²⁸¹ STEFONI, Carolina. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago, 2012.

²⁸² SUAZO, Carolina. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago, 2012. p. 106.

²⁸³ Solo reconoce a las víctimas del delito de trata de personas: Artículo 33 bis.- *“Las víctimas del delito previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal, que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, tendrán derecho a presentar una solicitud de autorización de una residencia temporal por un período mínimo de seis meses, durante los cuales podrán decidir el ejercicio de acciones penales y civiles en los respectivos procedimientos judiciales o iniciar los trámites para regularizar su situación legal de residencia.*

En ningún caso podrá decretarse la repatriación de las víctimas que soliciten autorización de residencia por existir grave peligro para su integridad física o psíquica resultante de las circunstancias en que se ha cometido el delito en sus países de origen”.

el “desencadenamiento de los procesos”.

3. Desencadenamiento del Proceso Migratorio: Anacrónica Ley de Extranjería.

Chile, desde los inicios de la década de los 90, se ha ido convirtiendo gradualmente en un país de acogida de inmigrantes (la tercera oleada de inmigrantes según el punto de vista historiográfico). Nuestra institucionalidad sobre la materia, sin embargo, se ha quedado petrificada en la década de los 70, siendo regida principalmente por lo dispuesto en el Decreto Ley N° 1094/1975 (en adelante LECH), (mal) denominado Ley de Extranjería, y por su Reglamento (Decreto N° 597/1984).

Esto quiere decir, en resumidas cuentas, que la visión del “fenómeno migratorio”, identificado en el LECH, es sustentada en los criterios de “seguridad interna del Estado”, “selectividad” (del inmigrante) y una “amplia discrecionalidad” administrativa. En suma, una institucionalidad migratoria “dislocada” o desvinculada de nuestra sociedad actual.

Desde los paradigmas fundantes antedichos, deviene el desencadenamiento del Proceso Migratorio.

Ahora bien, en relación a los derechos de los migrantes, especialmente del derecho de acceso a la justicia, el principio del debido proceso “debería” estar inserto en los procedimientos migratorios, con el fin de proteger a estas personas de la violación de sus derechos ante autoridades tanto del actuar judicial como administrativo. *“En este punto en concreto, es fundamental mencionar el segundo informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias en el Hemisferio, elaborado el año 2001, donde la Relatoría manifiesta la necesidad de adoptar a nivel regional algunas normas mínimas uniformes para garantizar los derechos de las personas migratorias que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole (vivienda, salud, salarios, estatus migratorios, etc.); esto es, un piso mínimo de debido proceso al que tienen*

derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación²⁸⁴.

3.1. Potestades del Ministerio del Interior, dentro del proceso migratorio. Contrapesos jurídicos.

La legislación migratoria vigente, además de sus limitaciones y omisiones, entrega grados de discrecionalidad excesiva a las autoridades migratorias. En tal contexto, en julio de 2013, el Tribunal Constitucional²⁸⁵ acogió el requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 13 primer inciso de la LECH, que precisamente refiere a la discrecionalidad del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en el otorgamiento y prórroga de visas y concesión de permanencia definitiva.

Señala el referido artículo:

Artículo 13.- “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”²⁸⁶.

Tras el requerimiento de inaplicabilidad, el Ministerio del Interior, en el ejercicio de sus potestades, tiene un nuevo estándar²⁸⁷. Es así como;

(i) No podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609);

²⁸⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo V. Estudios Especiales: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias: VI. Garantías de Debido Proceso, p. 88 y siguientes, [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3704.pdf>> [consulta: 21 octubre 2014]

²⁸⁵ Rol N° 2273-12-INA, “Alerte Daniel con Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, en relación con el Decreto Ley N° 1094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, promulgado el 14 de julio de 1975.

²⁸⁶ INDH (2013). Óp. Cit., pp. 152-153.

²⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L No.1094. Rol N° 2273-12, considerando quincuagésimo.

(ii) Deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

(iii) Deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos);

(iv) Deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

(v) Y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.

Así las cosas, la vulneración del debido proceso y la discriminación que actualmente caracteriza las normas -migratorias- han sido objeto de -otros- requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en particular respecto de los artículos 13 (ya señalado), 64 N°2 y 67 de la Ley de Extranjería²⁸⁸:

Artículo 64.- “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas”;

²⁸⁸ INDH (2012). Óp. Cit., p. 165.

Artículo 67.- “Corresponderá al Ministerio del Interior resolver sobre las revocaciones a que se refieren los dos artículos precedentes. Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.

La medida de abandono voluntario del país se podrá sustituir por el otorgamiento de la visación de residente que corresponda por el período especial que se determine, caso en el cual el extranjero afectado deberá poner su pasaporte a disposición de la autoridad en el plazo que al efecto se fije en la resolución respectiva.

Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión”.

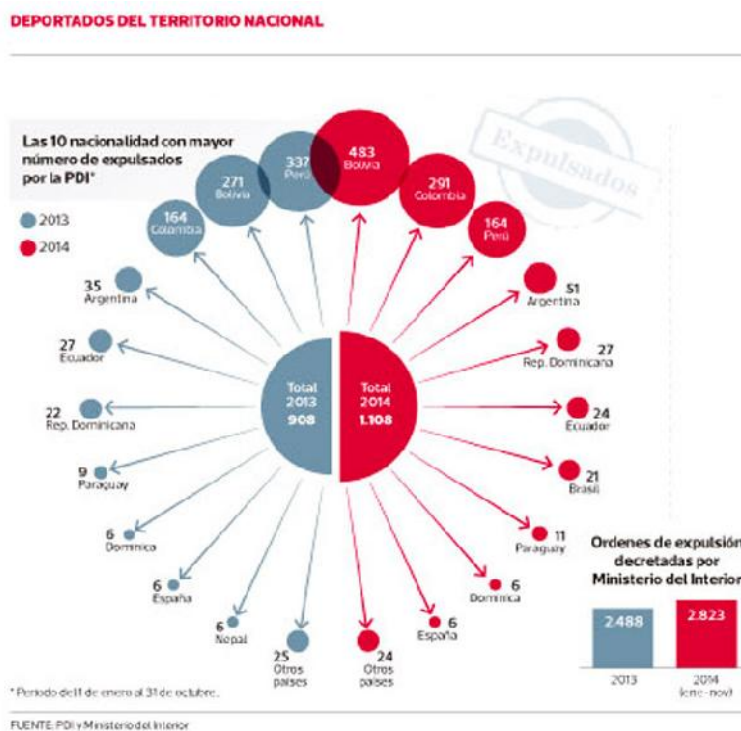
El Instituto de Derechos Humanos (en adelante INDH) estima que la primera norma (art. 64 N°2) vulnera el derecho a la igualdad (19 N°2) al establecer diferencias no justificadas en razón de la nacionalidad, diferenciando entre personas chilenas y extranjeras. Se sostiene a su vez que el inciso segundo del artículo 67, que consagra la sanción de abandono, no cumple el test de proporcionalidad y no establece garantías judiciales suficientes que permitan, a la persona sancionada, hacer valer su derecho de defensa de manera adecuada (19 N°3)²⁸⁹, o, en otras palabras, hacer valer la garantía del debido proceso.

Termina añadiendo que el inciso primero del artículo 13 transgrede, en el caso concreto, el artículo 7° de la Constitución, al disponer de una facultad discrecional que no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional²⁹⁰.

²⁸⁹ INDH 2012, p. 165.

²⁹⁰ *Ibídem*.

3.2. Características del Proceso Migratorio atingente: “La Expulsión”.



Destacar, en virtud de la estadística ofrecida por la Policía de Investigaciones y el Ministerio del Interior, la ocurrencia en la aplicación de la medida de expulsión²⁹¹.

3.2.1. Breve análisis sobre la naturaleza jurídica de la medida.

Indudablemente es una medida, o sanción, administrativa en el contexto migratorio.

Encontramos, no obstante, que la LECH contempla una serie de disposiciones

²⁹¹ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN [en línea] <<http://www.extranjeria.gob.cl/>> [consulta: 06 mayo 2015]

de naturaleza penal²⁹², pues, existe una descripción típica sancionada con una pena. Es así como, esta legislación que en general es de naturaleza administrativa, contempla en su articulado la *sanción de expulsión* que se aplicaría en los siguientes casos:

(i) A los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, *valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia (art. 68, DL 1094/75)*. Estos serán sancionados con pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta. En estos delitos no procede la remisión condicional de la pena;

(ii) Asimismo, se sanciona a los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar a él *clandestinamente (art. 69, DL 1094/75)*, con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de prisión desde 61 días a 5 años y si entraren al país existiendo a su respecto causa de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 10 años. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional;

(iii) También son sancionados los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal o los extranjeros que durante su permanencia en el país no dieran cumplimiento oportuno a la obligación de empadronarse, de obtener documento de identidad, de comunicar a la autoridad cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades, con multa, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión.

Basta una simple lectura de las normas transcritas, para comprobar la naturaleza penal, específicamente, de la medida de expulsión. Pues, en la aplicación

²⁹² La medida de expulsión de los extranjeros debe ser dispuesta por Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior. No obstante, tratándose de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, la expulsión es dispuesta por resolución del Intendente Regional respectivo. SOLINERO ECHEVERRÍA, SEBASTIÁN. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. Política Criminal Volumen 6, N° 11. 2011, pp. 113-114.

de dicha medida, en contra del migrante irregular y víctima de tráfico ilícito, observamos el desencadenamiento del “proceso migratorio”.

En el caso investigado, la situación jurídica de la persona migrante irregular y víctima de tráfico ilícito, solo se encuadra en las dos primeras hipótesis planteadas (i y ii).

3.2.2. Aspectos procesales de la medida de expulsión.

En el ámbito normativo y de acceso a la justicia es necesario revisar las normas procesales que regulan la expulsión de extranjeros/as del país, en particular, el margen de discrecionalidad que tiene el Ministro del Interior y Seguridad Pública en estas decisiones, y dar garantía de acceso a recursos judiciales oportunos y efectivos a las personas afectadas. La Corporación de Asistencia Judicial (en adelante CAJ) de la Región Metropolitana ha informado a la Corte Suprema sobre las situaciones que provocan las atribuciones otorgadas a los órganos que regulan y determinan el futuro de la situación migratoria. Entre estas:

- (i) La expulsión decretada por la Intendencia no es recurrible ante la Corte;
- (ii) Con frecuencia se incumple el requisito de notificación escrita de la medida y la persona afectada toma conocimiento de ella en el momento de su detención;
- (iii) Las Cortes de Apelaciones tienden a no acoger las acciones de protección y amparo en contra de los decretos y resoluciones de expulsión con el argumento que existe una vía administrativa idónea para reclamar -en el caso de las resoluciones exentas- o que existen recursos especiales ante la Excm. Corte Suprema -en el caso de los decretos supremos²⁹³. Sobre la acción de amparo en particular, ahondaremos en los próximos párrafos, en tanto constituir el principal mecanismo de defensa ante el desencadenamiento de la medida de expulsión.
- (iv) Los tiempos de detención de las personas extranjeras que esperan la ejecución

²⁹³ INDH 2012, p. 165.

de resoluciones de expulsión y las condiciones en que se ejecutan han estado en revisión durante el 2013, como consecuencia de recursos²⁹⁴ interpuestos por la ya mencionada Corporación de Asistencia Judicial y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. La Ley de Extranjería dispone que la autoridad policial deba ejecutar la medida de expulsión dentro del plazo de 24 horas (art. 90). Sin embargo, los medios de comunicación informaron situaciones que excedían los márgenes establecidos por la ley y en condiciones contrarias a la dignidad humana²⁹⁵.

(v) Igualmente, se indica que en caso de que se decreta la expulsión del país, las personas cuentan con un plazo de 24 horas para presentar un recurso de reconsideración ante la Excma. Corte Suprema, acción que paralizaría el proceso de expulsión hasta la resolución del caso por la Corte²⁹⁶.

En atención a este último punto, por regla general, en el ordenamiento jurídico chileno los actos de la administración del Estado admiten control por varios órganos de naturaleza diversa (Tribunales de Justicia, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República), así como el empleo de diversas acciones procesales (por ejemplo, Acción de nulidad de derecho público, Recurso de Protección). Además, en los procesos jurisdiccionales rige el principio de la doble instancia, de modo que toda decisión admite un segundo pronunciamiento por un tribunal superior. Sin embargo, tratándose de los inmigrantes, el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, contempla como única acción de reclamo contra un decreto de expulsión, el recurso ante la Corte Suprema²⁹⁷,

²⁹⁴ Causa Rol N° 351-2013 (Caso Cuartel Borgoño), 9 de marzo de 2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago; Causa Rol 1802-13, 18 de marzo de 2013, de la Corte de Apelaciones de Arica.

²⁹⁵ INDH 2013, p. 152.

²⁹⁶ Se requiere contar con información estadística del número de trabajadores migrantes, con independencia de su situación migratoria, han presentado el recurso respectivo y evaluar la posibilidad de ampliar el plazo establecido. Informe trabajadores migratorios, p. 9.

²⁹⁷ Artículo 89: *“El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación. La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen. Artículo 90: La medida de expulsión deberá ser notificada por escrito al afectado, quien podrá en dicho acto, si ello fuere procedente, manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella. En este último caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite. Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no*

el que, como se dijo, debe interponerse dentro de las 24 horas de notificado el decreto y debe resolverse por dicha Corte en un plazo máximo de cinco días. El plazo de 24 horas con que se notifica el decreto de expulsión al afectado es un plazo extremadamente breve y, en consecuencia, muchas veces hace ilusoria esta acción²⁹⁸.

Por lo tanto, no se trata –como ha sostenido alguna autoridad del Estado– de un proceso largo e infundado, en el que los inmigrantes irregulares hagan uso y abuso de los recursos y procedimientos como una manera de extender su estadía. Muy por el contrario, se trata del único procedimiento que contempla la ley y que tiene como única instancia la presentación ante la Corte Suprema²⁹⁹.

(vi) En consecuencia, esta no es una vía efectiva para ejercer su derecho a un debido proceso, pues resulta tan costosa, difícil y de tan breve plazo de interposición que ni siquiera constituye una alternativa real para los inmigrantes³⁰⁰.

3.3. Precisiones: ¿Es posible observar y/o exigir la garantía del debido proceso en el ámbito migratorio?³⁰¹

Revisados los aspectos procesales y las falencias detectadas e informadas por la CAJ, la pregunta esbozada resulta, al menos, pertinente. El asunto planteado dice relación directa con los sujetos obligados por la Norma Constitucional. Uno de los asuntos más complejos que plantea el debido proceso en la Constitución de 1980, estriba en dilucidar el sentido y alcance de la expresión órganos jurisdiccionales que se emplea en su artículo 19 N° 3 inciso 5°, con el objeto de determinar a quiénes debe

ser éste procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada”.

²⁹⁸ Donde más evidentemente se demuestra que los inmigrantes no se encuentran en situación de reclamar sobre los procedimientos de expulsión, por la vía legal, es en el número de recursos de esta naturaleza que se han presentado en los últimos tres años ante la Corte Suprema. Según cifras entregadas por la propia Corte, en el año 2008 se ingresaron cinco recursos, el año 2009 hubo 14 y el año 2010 se presentaron 18 recursos. Ello evidencia que se trata de una acción legal utilizada sólo en condiciones excepcionales por aquellos inmigrantes que pueden acceder a un abogado que los represente. RedMI. Óp. Cit., p. 32.

²⁹⁹ RedMI. Óp. Cit., pp. 32-33.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 33.

³⁰¹ Título desarrollado en base al texto de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución”. Chile. LexisNexis. 2006, pp. 54-61.

exigirse que sus decisiones sean consecuencia, precisamente, de un debido proceso.

La disposición aludida preceptúa que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

El Tribunal Constitucional, al respecto ha señalado que *“la Norma Constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor don JOSÉ LUIS CEA en su “Tratado de la Constitución de 1980” (p. 275), que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos. En consecuencia -y como ejemplo- al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación”³⁰²*.

Esto quiere decir, que la locución *órgano jurisdiccional*, a que alude el artículo 19 N° 3° de la Carta Fundamental, es más amplia que la de tribunal, en cuanto órgano integrante del Poder Judicial, especialmente porque pueden hallarse abundantes ejemplos de órganos que ejercen jurisdicción, sin formar parte de aquel poder del Estado, como ocurre con el Director del Servicio de Impuestos Internos, el de Aduanas y el Senado, o aun en el ámbito privado, como ocurre con la denominada Jurisdicción Doméstica.

En efecto, un fallo antiquísimo y preclaro de la Corte de Apelaciones de Santiago ha extendido abiertamente la garantía del proceso debido a los procedimientos administrativos, al resolver que se vulnera el debido procedimiento, en un juicio sobre ética profesional, si en un sumario se actuó sin la debida prudencia e imparcialidad, omitiéndose diligencias importantes, con las cuales podría haberse

³⁰² Considerando 10° de la sentencia pronunciada el 4 de enero de 1995. Rol N° 198.

llegado a otras conclusiones³⁰³.

En consecuencia, resulta incontrovertible que el artículo 19 N° 3° inciso 5° de la Constitución se aplica a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, sea o no integrante del Poder Judicial.

Es así como ante la medida de expulsión decretada por la autoridad administrativa competente, como manifestación del desencadenamiento del proceso migratorio, es perfectamente exigible en este caso, por el inmigrante irregular víctima del delito de tráfico, la garantía del debido proceso (y con ella, del propio derecho de acceso a la justicia según lo explicado en el capítulo primero), no obstante, resultar controvertida su efectiva observancia en dicha sede jurisdiccional.

Recordemos que se trata de una garantía amplísima cuyo exacto contenido no resulta fácil establecer³⁰⁴. Una síntesis del contenido de las garantías que importan un debido proceso comprenderá, necesariamente y, aunque se exponga en términos generales, la referencia al derecho al juez legal, al sistema acusatorio penal, al principio de contradicción, a la igualdad de armas, a la inmediación, a la publicidad, al juicio oral, a la libertad de valoración de prueba, al derecho a impugnar la resolución final³⁰⁵, entre las más importantes. Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos debidos si siguen las formas establecidas del derecho³⁰⁶ en comento. Del mismo modo, el procedimiento administrativo de la medida de expulsión será debido si respeta el contenido del derecho analizado.

En definitiva, la garantía del debido proceso es la más amplia de todas las consagradas en nuestra Constitución, pues permite reprochar de inconstitucionalidad cualquier procedimiento o aspecto del mismo establecido por el legislador o proceso tramitado por el juez, en el que se hayan violentado los elementos esenciales que

³⁰³ Sentencia de 8 de abril de 1988, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, Sección 5°, p. 44.

³⁰⁴ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos (coordinador). "La Constitucionalización del Derecho Chileno". Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 238.

³⁰⁵ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "El Proceso en Acción". Editorial Libromar Ltda. Santiago, p. 539

³⁰⁶ FERRADA BORQUEZ. Óp. Cit., pp. 246-247.

permitan calificar de justo un juicio y puede aplicarse, ya sea a título de mayor abundamiento dado su carácter general y subsidiario respecto a otras garantías del sistema Chileno, o bien, para calificar cualquier otra exigencia procesal aunque se haya establecido solo a nivel legal³⁰⁷.

Por último señalar, que aun cuando no resulte difícil comprender que la función jurisdiccional constituye la labor genérica, una de cuyas especies es la de carácter judicial, no es fácil trazar una distinción nítida entre ambas, particularmente considerando que esta última ha sido atribuida, con rasgo exclusivo y excluyente, nada más que a los tribunales establecidos por la ley que integran el Poder Judicial.

3.4. Defensa Judicial ante la medida de Expulsión: El “Habeas Corpus” como vía efectiva de acceso a la justicia.

Sentada la exigibilidad del Debido Proceso en el marco del proceso migratorio, y su falta aplicación efectiva también, la protección judicial contra la medida de expulsión ha quedado relegada principalmente a la acción de amparo constitucional, por cuanto amenaza directamente el derecho a la libertad personal –en su dimensión ambulatoria-.

El inciso tercero del artículo 21 de la Constitución Política de la República, garantiza a toda persona que vea amenazado ilegalmente su derecho a la libertad personal, deducir por sí o por cualquiera a su nombre la acción constitucional de amparo.

En armonía con el artículo 19 N° 7 de la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, agregando en su letra b) que *“nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta, restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*.

En un sentido similar, el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos declara que *“7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*

³⁰⁷ FERRADA BORQUEZ. Óp. Cit., pp. 249-250.

personales”. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para efectos de interpretar y desarrollar el contenido del artículo 7° de la Convención, ha declarado en numerosos casos³⁰⁸ que: *“Nadie puede verse privado de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”*.

Tal como lo sostiene el profesor NOGUEIRA³⁰⁹ *“de acuerdo al bloque constitucional de derechos debe diferenciarse la libertad personal asegurada genéricamente en el encabezamiento del artículo 19 N° 7 de la libertad de circulación, ambulatoria o locomoción afirmada específicamente en el literal a) de la misma disposición constitucional”*. En efecto, esta libertad ambulatoria, que se refiere a la proyección espacial de la persona, tiene su contenido determinado en la mencionada norma: *“Toda persona tiene derecho a residir y a permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre perjuicio de terceros”*. En otras palabras, el derecho a la libertad ambulatoria tiene una dimensión interna, que habilita a un sujeto a trasladarse de un lugar a otro y permanecer en él, dentro del territorio de la República, y otra externa, que los habilita para entrar y salir del país. Esta dimensión externa de la libertad ambulatoria, en palabras del profesor EVANS DE LA CUADRA³¹⁰ implica *“el derecho de entrar y salir libremente del territorio nacional”*.

De este modo, se afecta la libertad ambulatoria cuando una persona se ve coaccionada a actuar contra su voluntad, afectando su autodeterminación y su libertad de circulación interna o externa por un tiempo significativo, por ejemplo, cuando es expulsada del país donde reside.

³⁰⁸ GANGARAM PANDAY contra SURINAME, sentencia de 4 de diciembre de 1991; Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; CESTI HURTADO contra PERÚ, sentencia de 29 de diciembre de 1999; de los “niños de la calle” –Villagrán Morales y otros- contra Guatemala, sentencia de 19 de diciembre de 1999; Juan Humberto Sánchez contra Honduras, sentencia de 27 de noviembre de 2003; Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004; entre otros.

³⁰⁹ NOGUEIRA, Humberto. 2002. “La Libertad Personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile; p.163.

³¹⁰ EVANS DE LA CUADRA, E. “Los derechos constitucionales”. Tomo II. Segunda edición. Ed. Jurídica de Chile, p. 179.

Si bien la Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y su Reglamento entregan facultades a la autoridad administrativa para regular el tránsito de los extranjeros dentro y fuera del país, de conformidad con el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política que consagra y garantiza el derecho de libertad de movimiento, la autoridad no puede actuar fuera de los marcos de dicha normativa, porque entonces también se encontraría vulnerando el ordenamiento jurídico nacional al atentar directamente contra los artículos 6° y 7° de la Constitución.

A continuación explicaremos como la autoridad administrativa ha actuado, incluso, fuera de los marcos de la LECH.

3.4.1. Fundamentación de la Acción de Amparo: Observancia de la Ley N°19.880.³¹¹

Como se dijo en los aspectos procesales, el decreto de expulsión resulta ilegal en la mayoría de los casos, no solo por la ausencia de notificación de la persona migrante infractora, cuestión de suyo gravísima pues no permite hacer uso de los escasos derechos contemplados en la ley de extranjería (como por ejemplo, el recurso de reclamación ante la CS, si se trata de un decreto supremo) sino además, por no contener los motivos de hecho ni de derecho en que se funda.

La constatación es relevante por cuanto el decreto, mediante el cual se ordena la expulsión, comparte los elementos propios de un acto administrativo, por lo que debe cumplir los requisitos mínimos de publicidad, transparencia y bilateralidad, establecidos en la ley Bases de los Procedimientos Administrativos, N° 19.880. En efecto, es *“evidente que la medida de expulsión del país de un ciudadano constituye una pena o sanción para la conducta que se le reprocha, aplicada, en este caso, por una autoridad de ámbito administrativo del país”³¹²*, por lo que resulta plenamente aplicable.

³¹¹ Que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

³¹² SCA Temuco Rol N° 252-1999, confirmada por SCS Rol N° 759-1999.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que *“los actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importan ejercicio de la jurisdicción, respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento”*³¹³. En otras palabras, la arbitrariedad justificada en el ejercicio de supuestas potestades discrecionales no es sino la justificación de lo antijurídico, pues todo lo arbitrario es ilegal y contrario a Derecho.

Por lo demás, así lo ordena el inciso primero del artículo 84 del Decreto Ley N° 1.094 que señala: *“La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado (...)”*.

En la mayoría de los casos, el decreto impugnado no precisa el fundamento o motivo que da lugar a tan drástica decisión de autoridad, ya que no indica con precisión cuál es supuesto normativo que se imputa para disponer la expulsión y cómo se relacionan o subsumen a ese supuesto normativo los antecedentes referidos en el decreto de expulsión.

Por su parte, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo 11 consagra el principio de imparcialidad, según el cual *“La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”*

Asimismo, dicha ley en su artículo 16, contiene el Principio de Transparencia y de Publicidad, en virtud del cual *“el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia, salvo las*

³¹³ SCA Santiago, Rol no informado, de 23 de septiembre de 1999.

excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.”

Lo anterior se ha visto reforzado por la Contraloría General de la República, que en su dictamen N° 33.006 de 1984 manifestó que *“el ejercicio de la facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dichos instrumentos, tales como indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada, la manifestación de voluntad de la autoridad respectiva que resuelve sobre la materia y ordena trámites posteriores que correspondan [...]”*.

Por último, otro de los principios generales del derecho, de singular importancia en el delineamiento de la actividad administrativa sancionadora, es el de proporcionalidad, tradicionalmente vinculado al control de la discrecionalidad y como mecanismo de ponderación para determinar una medida o sanción considerando la menor o mayor gravedad de la conducta o de la mayor o menor afección de los derechos. Que en el caso de la medida de expulsión, vemos absolutamente silenciado.

En suma, la ley de Bases de los Procedimientos Administrativos es oponible a la autoridad migratoria, incluso trascendiendo los principios analizados, que han servido de fundamento efectivo de la acción de amparo constitucional, pues también es posible impetrar los recursos administrativos en ella consagrados, aun cuando, para el caso en comento, no sean procedentes.

4. Desencadenamiento del Proceso Penal: Nuevo Código Procesal Penal.

La reforma de nuestro proceso penal se enmarcó dentro del movimiento de modernización del sector de justicia en Chile que ha sido definida, por parte de la administración del Presidente EDUARDO FREI, como una política tendiente a adecuar el conjunto de las instituciones que participan de la administración de justicia a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las dos últimas décadas. El objetivo último de la reforma al sistema penal constituyó una labor que se extiende más allá de la reforma del proceso penal. Supuso modificar nuestro criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como la lesividad y la última "ratio"; supuso, además, supervigilar la ejecución de las penas para evitar así los castigos excesivos y favorecer la reinserción; exigió modificar la relación entre el Estado y la Policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza; supuso por sobre todo, un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación³¹⁴.

Es así como el proyecto estableció las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que abandonó el modelo inquisitivo y avanzó hacia otro con una orientación de carácter acusatorio³¹⁵.

Entre los aspectos más relevantes, señala ROXIN³¹⁶, la reforma del procedimiento penal no sólo se llamó oralidad, publicidad y participación ciudadana en los tribunales que administran justicia penal, sino, también, creación del ministerio público:

(i) El ministerio público está ligado a la abolición del proceso inquisitivo histórico, que reunía en una sola mano la del inquisidor, la actividad persecutoria y de decisión: su introducción permitió el comienzo de separación de ambas funciones y que, en la

³¹⁴ NUÑEZ OJEDA, Raúl. La Instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, p. 262

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 262-263.

³¹⁶ J. MAIER, Julio. B., y otros. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993, p. 30.

aplicación del poder penal del Estado, dos funcionarios, independientes el uno del otro, se controlarían mutuamente al hacer uso de esa herramienta estatal; por lo demás, aseguró -aun con reservas- la objetividad e imparcialidad del tribunal, al menos de los jueces del tribunal del juicio público;

(ii) En este modelo, más que como parte en el procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial;

(iii) Un ministerio público así construido debe cumplir la misión esencial de controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho.

En definitiva, podemos señalar que el nuevo Código Procesal Penal recoge y hace suyo los pilares del acceso a la justicia, tratados en extenso en el Capítulo Primero, dando primacía a cada uno de los derechos estrechamente relacionados a este, englobados en la tutela efectiva de los derechos e intereses y el debido proceso, comprometiendo tanto la Carta fundamental³¹⁷ como el Derecho Internacional de los

³¹⁷ Constituye sin lugar a dudas, la primera fuente del Derecho Procesal en general, y del Penal en especial, conteniendo diversas disposiciones procesales, tanto de carácter orgánico como funcional. A lo largo de nuestra Carta Fundamental, se contemplan con rango constitucional diversas normas comunes a todo proceso y por ello también aplicables al proceso penal, y otras que refieren específicamente a las garantías y formas en que deben llevarse a cabo diversas actuaciones dentro del proceso penal. En relación a las garantías y formas que deben observarse respecto de actuaciones determinadas dentro del proceso penal, es del caso resaltar desde ya, lo relativo a las siguientes garantías: i) Conductas terroristas, artículos 9 y 19 N° 7 letra e). ii) Pena de muerte, artículos 19 N° 1 inciso 3° y 5° inciso 2°. iii) Apremios ilegítimos, artículo 19 N° 1, inciso 4°. iv) Igualdad ante la ley, artículo 19 N° 2. v) Defensa jurídica, artículo 19 N° 3 inciso 2°. vi) Prohibición de juzgamiento por comisiones especiales, artículo 19 N° 3 inciso 4°. vii) Debido proceso y racional y justo procedimiento e investigación establecido por el legislador, artículo 19 N° 3 inciso 5°. viii) Prohibición de establecer presunciones de derecho para establecer la responsabilidad penal, artículo 19 N° 3 inciso 6°. ix) *Nullum crimen nulla poena sine lege*, artículo 19 N° 3 inciso 7°. x) Principio de la Irretroactividad de la Ley Penal, artículo 19 N° 3 inciso 7°. xi) Libertad personal y ambulatoria, artículo 19 N° 7 letra a. xii) Principio de legalidad de las medidas cautelares, artículo 19 N° 7 letra b. xiii) Garantías respecto del arresto, detención y prisión, en cuanto a la autoridad, procedimiento y plazos de duración, artículo 19 N° 7 letra c. xiv) Garantías respecto de los lugares y condiciones del arresto, detención y prisión artículo 19 N° 7 letra d. xv) Libertad, artículo 19 N° 7 letra e. xvi) Prohibición de la declaración bajo juramento, artículo 19 N° 7 letra f. xvii) Prohibición pena de confiscación de bienes, artículo 19 N° 7 letra g. xviii) Prohibición aplicación como sanción la pérdida de los derechos previsionales, artículo 19 N° 7 letra h. xix) Responsabilidad del Estado por procesamientos o condenado en forma indebidamente injustificada y arbitraria, calificada de tal por la Corte Suprema, artículo 19 N° 7 letra i. xx) Recurso de Amparo, artículo 21. xxi) Indultos particulares, artículo 32 N° 14. xxii) Indultos generales y amnistía, artículo 63 N° 16. xxiii) Principio de Inexcusabilidad, artículo 76 inciso 2°. xxiv) Imperio directo, artículo 76, incisos 3° y 4°. xxv) Ministerio Público, capítulo VI, artículos 83 a 91.

MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Legal Publishing. 2010, pp. 53-72.

Derechos Humanos. Desde estos paradigmas, deviene el desencadenamiento del proceso penal.

4.1. Precisiones: Sobre la importancia y exigibilidad del Proceso y el Debido Proceso en el ámbito penal.

“Desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad. La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido. Contemplando el mismo punto de vista desde el demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor. Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores. No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Difícilmente puede concebirse un amparo de la condición individual más eficaz que éste”³¹⁸.

Respecto del proceso, se ha señalado que *“la finalidad última, es por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley) para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia”³¹⁹.*

El proceso constituye un concepto abstracto, independiente de las formas externas que puede adoptar, teleológico, que sólo tiene sentido con miras a resolver los conflictos de intereses, tanto como función pública, como privada. El proceso es,

³¹⁸ COUTURE, Eduardo J. p. 145. 1985. Citado en: MATURANA y MONTERO, p. 25.

³¹⁹ VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Temis. 1984. p. 107. Citado en: MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., p. 26

desde esta perspectiva, el medio idóneo para asegurar la efectividad del derecho y mantener la paz social, por una parte, y una garantía individual, por otra. Al efecto, se establece en nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 N°3 que *“la Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”*³²⁰.

La forma en la cual se verificará la solución del conflicto será mediante una decisión de la autoridad jurisdiccional, la que se manifiesta a través de la sentencia que debe ser dictada al final del proceso. Al efecto, se establece en el citado precepto de nuestra Carta Fundamental que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*. *El ejercicio de la función jurisdiccional radica en los tribunales de justicia quienes la ejercen a través del proceso, entendiendo éste como aquella “secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”*³²¹.

4.1.1. El Debido Proceso, elementos mínimos.

En todo sistema social, organizado bajo los parámetros democráticos, el debido proceso es la sede única y posible de ejercicio de la actividad jurisdiccional, conclusión que desdramatiza el análisis y permite otorgarle el reconocimiento que merece³²².

Siguiendo el tenor de la idea, esta garantía ha sido llamada, correctamente a nuestro juicio, la *“garantía de las garantías”*. Contenida en el art. 19 N°3, inciso 5° de la Constitución, en los siguientes términos: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Es indudable que los constituyentes quisieron incorporar al catálogo de garantías constitucionales el llamado, en el derecho anglosajón o Common Law, *“due process of law”*, institución que no tiene un contenido limitado y estricto sino

³²⁰ MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Legal Publishing. 2010, p. 22.

³²¹ *Ibidem*, p. 23.

³²² TAVOLARI OLIVEROS. *Óp. Cit.*, p. 545.

más bien uno amplísimo, derivado de una larga evolución de la doctrina y jurisprudencia de los países que se rigen, primordialmente, por el derecho consuetudinario o, en traducción literal, por la Ley Común³²³.

En el mismo sentido, “*la idea de un justo y racional proceso*”, viene de la idea anglosajona, ya muy antigua, de un debido proceso, que es aquel donde se respetan *in integrum* los presupuestos procesales. Esta necesidad de un debido proceso es aplicable tanto al procedimiento propiamente civil, como al procedimiento penal³²⁴, pero especialmente en este último.

Derivado del reconocido carácter amplio y no agotado de esta garantía, sólo podemos acotar ciertos elementos mínimos que nos habilitan para sostener que estamos o no en presencia de ella. Éstos, en nuestro concepto y referidos al proceso penal, son³²⁵:

1. Existencia de un Tribunal independiente e imparcial;
2. Carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado;
3. Publicidad del Procedimiento;
4. Solución del proceso en un plazo razonable;
5. Presunción de Inocencia, y
6. Garantías respecto del derecho de defensa del acusado de una infracción penal.

Finalmente, no se deben soslayar dos aspectos importantísimos de esta garantía, a saber: *su naturaleza general y su naturaleza subsidiaria*, las que se expresan, por una parte, en que permiten velar por la constitucionalidad de todos los procedimientos establecidos por el legislador y de todos los procesos seguidos por un juez, controlando que concurren los elementos del juicio justo, que ya detallamos; y por la otra, en que la garantía se extiende y comprende los actos de investigación y de

³²³ CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. “Manual del Nuevo Procedimiento Penal” 5ta Edición actualizada y aumentada, LexisNexis. 2007, p. 23.

³²⁴ MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., p. 61.

³²⁵ CHAHUÁN SARRÁS. Óp. Cit., pp. 24.

preparación del juicio oral que se incluyen en el nuevo procedimiento penal³²⁶.

4.2. Fases del Proceso Penal.

Normalmente un proceso penal moderno se divide en cinco fases principales, cada una con objetivos específicos. Una primera fase denominada investigación penal preparatoria o instrucción, cuyo cometido principal consiste en reunir los elementos necesarios para fundar el requerimiento -acusación- base del juicio penal o, en el caso contrario, para evitarlo determinando el cierre del proceso. Una segunda fase denominada procedimiento intermedio, donde se critica el resultado de esa investigación. Una tercera etapa plena denominada juicio oral, que es el juicio propiamente dicho. Una cuarta fase denominada de impugnación, donde se controla el resultado del juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación que la ley concede y, finalmente, una quinta fase denominada de ejecución, en que se ejecuta la sentencia que ha quedado firme³²⁷.

Las fases señaladas en el párrafo anterior se encuentran incorporadas con mayor o menor vigor en las distintas legislaciones.

Así las cosas, en nuestro país, el procedimiento ordinario en materia penal, se estructura en tres etapas o periodos:

- (i) La investigación;
- (ii) La etapa intermedia o de Preparación de Juicio Oral, y
- (iii) El juicio oral.

A continuación, el Código Procesal Penal Chileno (en adelante CPP) se caracteriza, por recoger un Sistema Acusatorio, con una evidente separación entre las funciones de acusación, defensa y juzgamiento. Es así como, la persecución penal le corresponde al Ministerio Público quien debe de oficio iniciar investigación respecto de todo delito que tuviere conocimiento y sustentarla hasta su conclusión (artículos 3, 77, 166, 180 y siguientes), dirigiendo la investigación, impartándole a la policía las órdenes

³²⁶ *Ibíd*em, pp. 24-25.

³²⁷ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal, Ad-Hoc*. Buenos Aires. 1993, pp. 207-208.

que fueren pertinentes para la recopilación de las pruebas y solicitando al juez de garantía la autorización previa para la adopción de medidas cautelares personales y reales y en general, para realizar cualquiera actuación que importe una privación perturbación o amenaza de los derechos contemplados en la Constitución y la ley respecto del imputado o un tercero. Cerrada la investigación, corresponde al Ministerio Público formular la acusación en la fase preparatoria del juicio oral (artículo 259). Finalmente, en el juicio oral, debe exponer la acusación (artículo 325), rendir sus pruebas y rebatir las presentadas por la defensa (artículo 328), y formular el alegato de clausura para obtener la dictación de la sentencia condenatoria de parte del tribunal oral (artículo 338).

Durante la fase de investigación interviene el juez de garantía, quien no puede iniciar nunca de oficio la investigación como tampoco realizar las diligencias de investigación, la cual le corresponde al Ministerio Público. Finalmente, el encargado de fallar es un tribunal colegiado denominado Tribunal Oral en lo Penal, el que lo debe hacer conforme las probanzas allegadas exclusivamente durante el juicio oral³²⁸.

Por último, para que el cuadro completo del CPP sea observado claramente, es preciso ahondar en el debido análisis de la “defensa del imputado”, la figura del “juez de garantía” y por último, del tribunal colegiado denominado “Tribunal Oral en lo Penal”. No obstante, tal análisis sobrepasa el sentido y propósito de la presente investigación.

4.3. Principios del Proceso Penal.

4.3.1. En Consideración a Instrumentos Internacionales³²⁹.

El profesor RAÚL TAVOLARI³³⁰ efectúa una interesante clasificación de los principios o garantías que rigen el actual sistema procesal penal, tomando en consideración el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 7 a 10) y el Pacto

³²⁸ MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., pp. 103-104.

³²⁹ Información obtenida de: MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., pp. 106-107.

³³⁰ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno. El proceso en acción, pp. 563 y ss. Editorial Libromar Ltda. Santiago. Chile. 2000.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6 a 15), distinguiendo así:

A. Principios o Garantías Jurídicas Políticas.

- (i) Derecho a un juez independiente e imparcial.
- (ii) Derecho a un juez competente.
- (iii) Derecho a defensa.
- (iv) Derecho a un recurso ante el tribunal superior.
- (v) Derecho al non bis in eadem.
- (vi) Derecho a la indemnización por el error judicial.
- (vii) Derecho a un juicio público.

B. Principios o Garantías Procesales.

- (i) Derecho a ser oído.
- (ii) Derecho a ser informado de los cargos en su contra.
- (iii) Derecho a la presunción de inocencia.
- (iv) Derecho a la igualdad procesal.

C. Principios o Garantías Procedimentales.

- (i) Derecho a juzgamiento en plazo razonable (o dilaciones indebidas).
- (ii) Derecho a no ser obligado a declarar en su contra ni a declararse culpable
- (iii) Derecho a contar con asesoría de abogado defensor.
- (iv) Derecho a presentar y rendir prueba.
- (v) Derecho a contradecir la prueba contraria.
- (vi) Derecho a libertad provisional, durante la sustanciación del juicio, según las condiciones que determine la ley.

Luego, observamos que los profesores HORVITZ y LÓPEZ³³¹ distinguen también entre principios y garantías, *“porque no todos los principios que determinan un*

³³¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pp. 34 -35.

sistema procesal penal pueden ser elevados al rango de garantías. Buena parte de ellos obedecen a necesidades de la organización del poder de persecución penal de un Estado y son, por tanto, opciones políticas que no tienen necesariamente una dimensión garantista”.

En el mismo orden de ideas, MATURANA y MONTERO señalan, que si bien los principios inspiradores del sistema resultan del todo esenciales y relevantes, no tienen la misma dimensión y rango que las garantías, ya que efectivamente los primeros corresponden a una opción estatal, y se relacionan con las necesidades de la organización para la persecución penal, en tanto que las segundas miran al sujeto interviniente y por ende se relacionan con derechos de éstos, énfasis sobre el que gira el actual sistema procesal penal chileno.

4.3.2. En consideración al Código Procesal Penal.

El Mensaje presidencial anunció la consagración de los principios en el nuevo CPP de la siguiente forma: *“Ha parecido necesario comenzar el texto del proyecto con una explicitación de los principios básicos que deben regir el enjuiciamiento criminal en nuestro sistema jurídico. Se trata de la especificación de contenidos de la Constitución Política de la República y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que constituyen las bases a partir de las cuales se procede al diseño del nuevo sistema”*³³²

De esta manera, el legislador atendió a reformar el sistema procesal penal, acogiendo principios inspiradores que se condicen con la noción de ciudadanía, propia de un Estado de Derecho, y que satisfacen las exigencias del debido proceso.

A diferencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, el nuevo Código formula expresamente los “Principios Básicos” en el Título I, del Libro I, en los artículos 1° al 13°.

A continuación explicaremos someramente estos principios.

³³² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.696, p. 15.

Art. 1°. *Juicio previo y única persecución.* Este artículo establece el derecho de toda persona a gozar de un juicio previo, oral y público. Sin perjuicio de la existencia de salidas alternativas o de procedimientos distintos al juicio oral -que requieren del ascenso del imputado- este tiene derecho a ser juzgado oral y públicamente.

Luego, se establece que ninguna persona puede ser condenada o penada, ni sometida a alguna de las medidas de seguridad, sino en razón de una sentencia fundada, dictada por un tribunal de carácter imparcial.

A la vez se consagra el principio de *Non bis in eadem*, que implica que quien ha sido condenado, absuelto o sobreseído por sentencia ejecutoriada, no puede ser sometido a un nuevo procedimiento penal con ocasión del mismo hecho.

Art. 2°. *Juez natural.* Haciendo eco de lo establecido en el art. 19 N°3 de nuestra Carta Fundamental, el CPP señala que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que indique la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho.

Art. 3°. *Exclusividad de la investigación penal.* Al Ministerio Público le compete dirigir en forma exclusiva la investigación, esto es, sin intervención de otra autoridad. Principio consagrado en el art. 83 de la Constitución, y a la vez en la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional de esta institución autónoma.

Art. 4°. *Presunción de inocencia del imputado.* En razón de este principio nadie será considerado culpable ni tratado como tal, en tanto no fuere condenado por sentencia ejecutoriada.

Art. 5°. *Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad.* En concordancia con lo establecido en el art. 19 N°7, letra b y c, no se podrá aplicar ninguna privación o restricción de la libertad a ninguna persona, sino en las hipótesis y en la forma que determine la Constitución y las leyes.

Este principio se disgrega a la vez en 3 lineamientos; legalidad, interpretación restrictiva y prohibición de analogía.

Art. 6°. *Protección de la víctima.* Se impone la obligación al Ministerio Público de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento. Igual deber le

impone la Ley N°19.640, y la Carta Magna en su art. 83 inciso 1°. En tanto, el tribunal, sea juez de garantía o juez del tribunal del juicio oral en lo penal, deberá garantizar la vigencia de sus derechos. Por último, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, facilitando su participación en los trámites en que debiere intervenir.

Art. 7°. *Calidad de imputado* y **art. 8°.** *Ámbito de la defensa.* El imputado es el sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho punible, desde la primera actuación del procedimiento en su contra y hasta la completa ejecución del fallo.

Este tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra. Entendiéndose por tal, cualquier gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía.

Art. 9°. *Autorización judicial previa.* Se exige autorización judicial previa otorgada por el juez de garantía para todos los actos del procedimiento que priven, perturben o restrinjan derechos que asegura la Carta Magna al imputado o a un tercero.

Art. 10°. *Cautela de garantías.* En cualquier etapa del procedimiento, si el juez advierte que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que se le confieren, de oficio o a petición de parte, adoptará las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Art. 11°. *Aplicación temporal de la ley procesal penal.* Se señala que las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos que ya se han iniciado, con excepción que, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.

Art. 12°. *Intervinientes.* Tienen calidad de intervinientes, desde que ejercen cualquier actuación procesal o desde el instante en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas, el fiscal, el imputado, el defensor, la víctima y el querellante.

Art. 13°. *Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros.* Las sentencias penales extranjeras tienen valor en Chile, por tanto nadie puede ser

juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya hubiere sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero.

Se establecen ciertas excepciones, a saber, si el juzgamiento en país extranjero obedece al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales, y cuando el imputado lo solicita expresamente bajo ciertos casos establecidos en el artículo en comento.

4.4. Sujetos Procesales e Intervinientes³³³.

Partícipes o participantes (intervinientes) en el procedimiento penal son aquellas personas que, idealmente, están interesados jurídicamente en el desenlace del procedimiento y que, con el fin de defender esos intereses, cuentan con facultades procesales autónomas, en el sentido de que ellos tienen derecho a intervenir durante todo o casi todo el curso del procedimiento penal. Se trata de aquellas personas que la doctrina estudia casi siempre bajo el rubro de sujetos procesales, aunque pueda existir alguna discrepancia acerca del contenido exacto del concepto³³⁴.

Por lo demás, ya se sabe que la utilización de la palabra “parte” es, al menos, inconveniente, cuando no errónea, en el Derecho Procesal Penal y en el procedimiento común cuyo origen se remonta al llamado Derecho Europeo Continental. Por ello, se utiliza a las palabras partícipe o interviniente en el procedimiento como sinónimo³³⁵.

Así las cosas, existe diferencia entre sujeto procesal e interviniente, que pasamos a explicar.

Por sujetos procesales entendemos a todos aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que se vincule ello con la pertenencia de la pretensión punitiva.

Por interviniente se considera a quienes la ley les reconoce su derecho a

³³³ Título desarrollado en base a: MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., pp. 155-157.

³³⁴ J. MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Parte general, Sujetos procesales. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2003, p. 183.

³³⁵ *Ibíd.*

intervenir dentro del proceso penal desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permite ejercer facultades determinadas por encontrarse relacionados activa o pasivamente con el hecho punible. En este sentido, se nos indica que los intervinientes son aquellas personas con facultades de actuación en el procedimiento aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima que no ha deducido querrela.

En consecuencia, es el legislador quien le confiere el derecho de intervenir a dichas personas dentro del proceso penal, ya sea porque han realizado una actuación para hacerse parte dentro del mismo como querellante, o porque el legislador le permite ejercer sus facultades por la relación que presentan en relación con el hecho punible como ocurre con la víctima, el imputado y el defensor.

Comprobamos que los intervinientes que no son partes, se encuentran imposibilitados de realizar actos de postulación y rendición de pruebas en el proceso, como sería el caso de la víctima que no hubiere presentado la respectiva acusación criminal. No obstante ello, la víctima se considera como un interviniente porque puede en otras etapas del proceso ejercer los derechos que le confiere el legislador y, excepcionalmente, recurrir del fallo pronunciado en el juicio oral absolutorio por estimarse por el legislador que en tal caso se le causa agravio por haberse protegido adecuadamente el bien jurídico afectado por la comisión del delito.

De acuerdo a los objetivos propuestos, solo profundizaremos el análisis respecto al Ministerio Público y la Víctima.

4.4.1. Ministerio Público.

El Ministerio Público es un órgano autónomo e independiente que carece de personalidad jurídica propia, por lo cual participa de la personalidad jurídica del Estado³³⁶.

³³⁶ OTERO LATHROP, Miguel. El Ministerio Público. Reforma Constitucional Ley Orgánica Constitucional. LexisNexis Chile. 2002, p. 61.

El Código Procesal Penal encarga la tarea de investigar al Ministerio Público, organismo que se concibe como autónomo del Poder Judicial, y que será el destinatario de las denuncias y querellas (aunque estas últimas deben presentarse ante el Juez de Garantía y serán derivadas, posteriormente, al Ministerio Público) que tenga por objeto poner en movimiento el sistema procesal penal, sin perjuicio de su facultad de iniciar el procedimiento por su propia iniciativa. Es el Ministerio Público el responsable del destino y éxito de la investigación, el que dispondrá las diligencias necesarias y que se consideren adecuadas. Se relacionará con la policía, quien está sujeta a su dirección, aunque sin alterar su dependencia orgánica³³⁷.

Conforme a la norma constitucional y a su Ley Orgánica³³⁸ (art. 83 y 1° respectivamente), las funciones principales del Ministerio Público son:

- (i) Dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos del delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado;
- (ii) Ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley;
- (iii) La adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos³³⁹.

Amén de lo anterior, el Ministerio Público tiene la obligación de dar información y protección a las víctimas de los delitos. A este respecto, el artículo 78 del CPP, prescribe: *“Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”*³⁴⁰.

³³⁷ CHAHUÁN SARRÁS. Óp. Cit., p. 50.

³³⁸ Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640. Publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.

³³⁹ CHAHUÁN SARRÁS. Óp. Cit., pp. 65-72

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 50-51.

A. Obligación genérica del Ministerio Público de adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas.

Este imperativo constitucional reviste gran importancia porque, tanto o más urgente que el castigo del culpable, es la protección de la víctima para los efectos de paliar los efectos del delito o garantizar su seguridad. De igual modo, la protección a los testigos es una necesidad ineludible para lograr el éxito del proceso y evitar que se impida su testimonio por medio de amenazas o vías de hecho³⁴¹.

Esta protección debe ser inmediata para que sea eficaz. Luego, desde el momento mismo en que el Ministerio Público toma conocimiento de la ocurrencia de un hecho que presenta caracteres de delito, debe adoptar las medidas consiguientes. No obstante, cabe recordar que el Ministerio Público ejerce una función pública y actúa dentro del marco del derecho público. Esto es, sólo puede hacer los que la ley expresamente le permite. Luego, esta obligación que le impone la Constitución debe ir aparejada, en su ley orgánica o en el Código Procesal Penal, de la mención expresa de las medidas que podrá adoptar y, si ellas implican incurrir en gastos, debe existir en su presupuesto la partida consiguiente³⁴².

Así las cosas, su Ley Orgánica Constitucional, en el inciso final del artículo 8°, solo contempla una norma que dice: *“La publicación, divulgación e información de los actos relativos o relacionados con la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de víctimas y testigos, se regirá por la ley procesal penal”*³⁴³.

Al respecto, cabe repetir lo expuesto por la Corte Suprema en su oficio de 15 de marzo de 1999: *“En el proyecto se especifican únicamente los principios generales de*

³⁴¹ OTERO LATHROP. Óp. Cit., p. 27.

³⁴² Ibídem.

³⁴³ El Código Procesal Penal no reglamentó esta materia, se limitó a reiterar la norma genérica sin precisar las medidas que puede adoptar el Ministerio Público y la forma de cumplirlas. Ello no obstante, todo lo referente al cumplimiento de esta obligación constitucional del Ministerio Público debió reglamentarse en su ley orgánica. La adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos lo debe realizar el Ministerio Público durante toda la fase administrativa del procedimiento, desde el momento mismo en que ocurre el hecho punible. Tal como se señaló en el capítulo anterior, existe un serio vacío en cuanto a las facultades del Ministerio Público para cumplir con esta obligación. CHAHUÁN SARRÁS. Óp. Cit., p. 72.

*esas funciones: objetividad, protección a la víctima, información permanente a los afectados, etc.; pero en ninguna parte se expresa la forma concreta -formalmente- de cómo deberá operar para garantizar que se cumplan tales deberes. En el proyecto se ha repetido lo establecido en la Constitución Política de la República en los artículos 80 y siguientes, sin reglar esas disposiciones como correspondería que el legislador lo hiciera, conforme lo dispone el artículo 80 B de la Constitución Política de la República*³⁴⁴

Efectivamente, en el Código Procesal Penal, los artículos 6° y 78° establecen dicha obligación genérica, manteniendo plena vigencia la observación realizada por la Corte Suprema. Ello nos obliga a preguntar si el Ministerio Público, por ejemplo, ¿puede trasladar de residencia a la víctima y a sus familiares?, ¿adoptar medidas que irroguen gastos?, y, de poder, ¿quién y cómo debe soportar el gasto? En el hecho, la falta de mención expresa de las medidas que pueda adoptar y de la autorización para costearlas, las limita a disponer la protección policial, asumiendo que ello queda amparado por la norma del inciso tercero del artículo 80 de la Constitución³⁴⁵.

En parecer de OTERO LATHROP, dada la premura en despachar la reforma, se omitió considerar que los organismos del Estado, conforme lo establecen los artículos 6° y 7° de la Constitución, únicamente pueden hacer lo que ley expresamente les permite. La constitución y las normas legales citadas imponen una obligación genérica que la ley debió precisar. La falta de normativa expresa acerca de las facultades que puede ejercer o de las medidas que puede adoptar el Ministerio Público, para cumplir la obligación constitucional, hace que la norma constitucional sea una mera aspiración social³⁴⁶.

Sin restar importancia a la discusión sobre la habilitación legal del Ministerio Público de adoptar medidas precisas en favor de la víctima, en atención al caso concreto (tal como el tráfico ilícito de migrantes), debemos constatar que existe señalamiento expreso sobre ciertas obligaciones que debe asumir el organismo público

³⁴⁴ OTERO LATHROP. Óp. Cit., p. 73.

³⁴⁵ Ibídem, p. 27.

³⁴⁶ Ibídem, p. 28.

referido, respecto de la víctima, en una fórmula general consagrada en el artículo 78 del CPP; *“Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar si intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren se soportar con ocasión de los trámites en debieren intervenir”*.

Continúa el precepto, señalando que *“Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima”*:

- (i) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
- (ii) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.
- (iii) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.
- (iv) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

B. Actividades del Ministerio Público en conjunto con la Policía en favor de las Víctimas.

La multiplicidad de actuaciones de la Policía sin orden previa, da buena cuenta de la armonización que existe en el CPP respecto de la figura de la víctima, principalmente lo que dice relación con su protección. En efecto, prestar auxilio a la víctima es una de sus funciones.

Al respecto, el Ministerio Público ha instruido a las policías chilenas lo

siguiente³⁴⁷:

(i) La policía deberá otorgarle al ofendido por un delito un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.

(ii) Todo funcionario policial deberá, sin orden previa, prestar auxilio a la víctima antes de realizar cualquiera otra actuación que tenga fines de investigación. En consecuencia, realizará inmediatamente todas las actuaciones necesarias para preservar la vida y la salud de la víctima. En especial, brindará los primeros socorros y trasladará a la víctima al hospital, clínica u otro establecimiento de salud semejante, público o privado, más cercano, a objeto que se le preste la atención médica necesaria.

(iii) Tratándose de los delitos sexuales previstos en los arts. 361 (violación), 362 (violación de menor de 14 años), 363 (estupro), 365 (sodomía a menor de edad), 366 y 366 bis (abuso sexual), 366 quater (otros abusos a menores) 367 (promoción a la prostitución de menores), 367 bis (trata de personas) y en el art. 375 (incesto) del Código Penal (en adelante CP), el funcionario procurará, además, que en los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, públicos o privados, se cumplan los deberes establecidos para esos establecimientos en el artículo 198 CPP, es decir, que se practiquen a la víctima los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a las partícipes en su comisión, conservando los antecedentes y muestras correspondientes, hasta que se produjere la intervención del fiscal.

(iv) Tratándose de lesiones corporales de significación, esto es, de las contempladas en los artículos 395 (castración), 396 (mutilación), 397 y 398 (lesiones graves), 399 (lesiones menos graves) CP, el funcionario procurará además, que la persona a cargo del hospital o establecimiento de salud semejante, público o privado, en que se ingrese la víctima, dé cuenta de este hecho al fiscal en la forma prevista por el art. 200 CPP.

³⁴⁷ Instrucciones contenidas en los oficios N° s. 169 y 170, ambos de fecha 8 de noviembre del año 2000. CHAHUAN SARRÁS. Óp. Cit., pp. 84-86.

(v) En los casos previstos en los dos números anteriores, se cuidará que siempre se resguarde la dignidad y la salud de la víctima.

(vi) Tratándose de los delitos de abandono previstos en los artículos 346, 349 (abandono de niños) y 352 (abandono de cónyuge y parientes) CP, el funcionario, además, trasladará a la víctima a la casa de acogida u otra que determine el fiscal.

(vii) La policía se sujetará a “determinadas” normas al momento de recibir la denuncia de las personas que el artículo 108 del CPP considera víctimas, esto es, el cónyuge y los hijos, los ascendientes, el conviviente, los hermanos y el adoptado o adoptante, o de las otras que pudieren denunciar por ella.

(viii) La policía consultará a la víctima si teme por su seguridad o la de su familia. En caso de existir indicios de hostigamientos, amenazas o probable atentado, la policía hará lo siguiente:

1) Aconsejará a la víctima sobre los resguardos que debiera adoptar ella o su familia a fin de evitar o disminuir riesgos.

2) En caso de ser necesario, trasladará a la víctima a un lugar seguro o brindará otro tipo de protección policial que determine el Jefe de la unidad policial.

(ix) Cuando fuere necesario, la policía mantendrá en reserva la identidad de la víctima y los antecedentes que pudieren conducir a ella, dando cuenta de esta medida al fiscal.

(x) Los funcionarios policiales tienen prohibido informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de la víctima (art. 92 CPP).

(xi) No se prestará auxilio ni se brindará protección por parte de la policía en contra de la voluntad de la víctima o de su familia. En este caso, se dejará constancia escrita de dicha oposición. Con todo, la policía adoptará medidas de protección aun contra la voluntad declarada de la víctima o su familia cuando hubiere antecedentes para suponer que dicha voluntad se encuentra forzada por amedrentamiento u otra causa.

(xii) En el evento que existieren indicios de participación de un miembro de la familia

en el delito, la policía podrá adoptar procedimientos de auxilio o protección incluso contra la voluntad de la familia.

La denuncia se remitirá al fiscal correspondiente, aun cuando la policía tuviera dudas de si el hecho constituye o no delito. En los casos en que se hubiere brindado protección policial, se informará de esta circunstancia al fiscal.

4.4.2. La Víctima.

En el ámbito internacional, podemos observar el concepto de víctima, contenido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Nueva York, 1999); Lo son *“las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”*³⁴⁸.

En el ámbito nacional, observamos en primer lugar, que el derecho fundamental de un proceso penal racional y justo, no sólo debe resguardar efectivamente los intereses del imputado, sino que, en la misma jerarquía, los derechos de la víctima, *de gozar garantías equivalentes y efectivas en orden a acceder a la justicia, entendida ésta como el derecho al ejercicio de la jurisdicción*, cuestión que conforme a la Constitución constituye un derecho fundamental que el Estado debe respetar y promover³⁴⁹.

Amén a lo anterior, el nuevo Código Procesal Penal, al reconocer a la víctima su calidad de sujeto procesal, modifica la relación Estado contra imputado, haciendo aparecer un nuevo actor, con lo cual el sistema inquisitivo sufre una importante transformación³⁵⁰.

³⁴⁸ NUÑEZ OJEDA, Raúl. El ofendido por el delito y la prueba en el Enjuiciamiento Criminal Español, p. 106.

³⁴⁹ MATURANA y MONTERO. Óp. Cit., p. 297.

³⁵⁰ Véase: Ministerio Público. División de Atención a las Víctimas y Testigos. “La Víctima en el Nuevo Proceso Penal. En: “La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Editoriales Fallos del Mes.

En efecto, una de las novedades más relevantes en esta materia es que se confiere a la víctima el carácter de sujeto procesal, aun cuando no intervenga como querellante en el proceso, por el solo hecho de serlo, como sucede con el imputado. No obstante, se mantiene la figura del querellante particular, pudiendo intervenir formalmente en el proceso, mediante la respectiva querrela criminal, libelo que se regula, como se expondrá. Además, como ya se explicó más arriba, la víctima tiene derecho a ser informada de los resultados del procedimiento y de las principales actividades desarrolladas en su transcurso, y puede solicitar medidas de protección para prevenir hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de su familia³⁵¹.

Tiene la posibilidad de recurrir contra resoluciones del procedimiento que la perjudiquen y obtener reparación de los perjuicios causados por el delito y ser oída por el fiscal antes de que éste solicite o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. Asimismo, los jueces, la policía y los demás organismos auxiliares de la administración de justicia, deben otorgarle un trato acorde a su condición de víctima en todas las etapas del proceso, facilitando al máximo su intervención en los trámites en que corresponda su intervención³⁵².

Concretamente, el artículo 108 del CPP, entrega primeramente el concepto de víctima: *“Para los efectos de este Código se considera víctima al ofendido por el delito”*. Y de forma inmediata, se establecen los derechos que le asisten, en el artículo 109. Complementando directamente lo anterior, el principio básico contenido en artículo 6°, ya explicado. La importancia de este último precepto, en tanto principio básico, radica en el espectro de protección que le brinda a la víctima el proceso desencadenado.

En ese sentido, recordamos la obligación que impone dicho principio, al Ministerio Público de velar por la protección del afectado por el delito (sin perjuicio que, según se verá, las normas del CPP -art. 108, incisos 2° y 3° -amplían posteriormente el concepto de víctima, extendiéndolo a otras personas), cualquiera sea la etapa del procedimiento penal en que se encuentre. Asimismo, el tribunal (tanto Juez de

Santiago, 2003, pp. 47 y ss. Citado en: CHAHUÁN SARRÁS, p.139

³⁵¹ CHAHUÁN SARRÁS. Óp. Cit., p. 140

³⁵² Ibídem, p. 141.

Garantía, como el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal) debe garantizar la vigencia de los derechos de la víctima durante todo el procedimiento. La ley N° 19.789 (por el número 1.- de su artículo único) intercaló un nuevo inciso segundo al art. 6° del CPP, pasando el anterior inciso segundo a ser el tercero. Dicha modificación expresa: *“El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que facilitan la reparación del causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima”*³⁵³.

Por último, el artículo 6° en análisis, estatuye la obligación de la policía y demás organismos auxiliares de otorgar a la víctima un trato acorde con su condición, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir. Esta norma debe relacionarse con diversos artículos del CPP que se mencionarán y, en especial, con el art. 109³⁵⁴.

5. Reflexión: ¿Existe afectación del derecho de Acceso a la Justicia en el caso investigado?

5.1. Estadística.

La investigación presentada, comprendió la solicitud de información ante la Fiscalía Nacional (anexo 3), mediante el mecanismo de acceso a la información pública, consagrado en la ley 20.285 (artículo 14).

En primer lugar, a través del contacto ID. 1376, folio interno N° 317/2014, se solicitó:

“1.- El número de casos o investigaciones sobre hechos constitutivos de delito de tráfico ilícito de migrantes desde el año 2011 (inclusive) a la fecha, investigados por el Ministerio Público en todas las regiones del país.

³⁵³ OTERO LATHROP. Óp. cit. pp. 38-39

³⁵⁴ Ibídem, p. 39.

2.- Dentro del mismo período temporal y respecto de cada región del país, solicito información sobre el número de casos o investigaciones formalizadas por el mismo delito, el número en las que se acusó y finalmente el número de sentencias recaídas en esta materia con señalamiento del número en que existió condena.

3.- Siguiendo el mismo espíritu de la información solicitada, ruego señalar además Número de identificación de las causas o investigaciones Nacionalidad de las víctimas, Nacionalidad de los victimarios, Nacionalidad de los autores de los delitos y la efectiva condena decretada por el tribunal, Si las investigaciones por parte del Ministerio Público se iniciaron por denuncia, querrela o de oficio. Y en el caso de las dos primeras, indicar quien las efectuó (vale decir un tercero, un organismo público o la propia víctima).”

La respuesta recibida, de forma sistematizada, fue la siguiente:

(i) En la Fiscalía regional XV, el año 2011, data la causa Ruc 1101337435-1, por el delito de asociación ilícita para tráfico y/o trata personas -art. 411 quinquies Código Penal, cuyo estado procesal alcanzó sentencia condenatoria.

(ii) En tanto, en la Fiscalía regional II, en el año 2014, se registran 2 causas por el mismo delito, Ruc 1400744215-8 y 1410031068-7, las cuales a la fecha de la consulta se encontraban vigentes.

(iii) Mientras tanto, en la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, en el año 2011, data la causa Ruc 1001114184-1, por igual delito, en la cual existe sentencia condenatoria.

(iv) En resumidas cuentas, la Fiscalía Nacional informó, que el periodo que data desde abril de 2011 a noviembre de 2014, sólo se registran 4 causas de asociación ilícita para el tráfico de migrantes. Y sólo 2 de ellas finalizaron en sentencia condenatoria por el delito mencionado.

En segundo lugar, se reiteró la solicitud anterior a la Fiscalía Nacional, a través del contacto ID. 1527, folio interno NO 11/15. La respuesta recibida, de forma

sistematizada, fue la siguiente:

En atención al registro de causas por delito de tráfico de migrantes art. 411 bis inc. 1° del CP:

(i) En el año 2011 se registran 2 causas, una bajo el estado procesal de archivo provisional y otra bajo la decisión de no perseverar.

(ii) En lo relativo al año 2012, datan 21 causas, de las cuales solo 7 resultan vigentes, otras 8 se encuentran bajo archivo provisional, 4 bajo la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación, y por último 2 finalizaron con sentencia condenatoria.

(iii) Respecto al 2013, se enumeran registradas 20 causas, de ellas 12 están vigentes, 4 en archivo provisional, 2 bajo decisión de no perseverar, otra data con sobreseimiento definitivo y finalmente sólo una llegó a sentencia condenatoria.

(iv) Para terminar con el catastro, en el año 2014, se observan 69 causas, de las cuales 26 están en archivo provisional, 40 vigentes, 1 bajo sobreseimiento definitivo, y por último 2 llegaron al estado de sentencia.

5.1.1. Análisis de los resultados estadísticos.

Sabemos que los casos que finalmente llegan a buen término judicial donde hay una sanción a los/as responsables, son mínimos. Y todavía más mínimos si vemos cómo ha ido creciendo el tema del tráfico de personas. Entonces es necesario preguntarnos cuál es la dificultad que se presenta, más allá de la manera en cómo se implementa la ley. Como se dijo³⁵⁵, existirían ciertos elementos que pueden estar en la base de esta dificultad:

(i) *La enorme invisibilidad del fenómeno.* Sabemos la enorme dificultad que tenemos para contar con datos estadísticos, cuántos casos de tráfico, cómo llevamos los registros, especialmente en términos institucionales. Hay un trabajo enorme que le

³⁵⁵ STEFONI, Carolina. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago, 2012, pp. 45-46.

corresponde a las instituciones respectivas de ir generando datos estadísticos que nos permitan saber realmente cuál es la dimensión y cómo ha estado creciendo, cuáles son las heterogeneidades que empiezan a aparecer en estos fenómenos.

(ii) *Tenemos un problema real de encubrimiento*, la gente no denuncia, las víctimas no denuncian. No denuncian porque están precisamente presas de estas redes donde se les amenaza y está en riesgo no solo la vida de ellas sino que se les amenaza con la vida de sus familiares en sus países de origen. Entonces, ¿cuáles son los mecanismos que vamos a implementar para favorecer una mayor denuncia por parte de estos migrantes?

(iii) *Además que, por supuesto están en situación irregular*, y eso acrecienta más el problema de la denuncia (por cuanto, se ha desencadenado en su contra, la medida de expulsión). Aconteciendo fundamentalmente aquí, la barrera de acceso a la justicia denominada “renuncia a la ley”, con motivo de la ilegalidad en que se encuentran.

(iv) Finalmente, *el problema de cómo se protege a la víctimas*, si la ley establece que se les da una residencia mientras está el juicio, solo en el caso de la trata de personas y no en el tráfico ilícito de migrantes.

5.2. Respuesta sobre la incompatibilidad de los procesos y la afectación del derecho de acceso a la justicia.

En primer lugar, el tráfico ilícito de migrantes fue analizado desde dos perspectivas procesales diferentes, la Ley de Extranjería y el Código Procesal Penal. A lo largo del capítulo, constatamos que cada proceso cuenta con fundamentos, estructuras y finalidades diferentes. Es decir, procesos *comprobadamente* incompatibles.

El proceso penal, como estatuto protector y garante de los derechos de la víctima de tráfico ilícito, en su calidad de interviniente y sujeto procesal, según los principios básicos esbozados (principios y garantías jurídicas y políticas, procesales y procedimentales), los derechos fundamentales atingentes y el mandato legal-

constitucional protector del Ministerio Público (que lo obliga a adoptar específicas medidas de protección en favor de la víctima, en coordinación con las policías), *queda relevado a un segundo plano en el caso investigado*. Constatamos que bajo la concurrencia en un mismo sujeto de los estatus de víctima e infractor de ley (de extranjería), prima éste último, quedando de este modo compelido al ámbito del proceso migratorio de carácter administrativo, desencadenado en su contra, en virtud del cual son inexistentes la garantía de la tutela efectiva de los derechos y de igualdad ante la ley, según se desprende de la estadística analizada y, en general, de este tercer capítulo.

La garantía del debido proceso, en cambio, reviste ciertas complejidades, que a continuación señalamos. Como se ha expuesto, la vulneración del debido proceso y la discriminación que actualmente caracteriza las normas -migratorias- han sido objeto de diferentes requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en particular respecto de los artículos 13, 64 N°2 y 67 de la Ley de Extranjería.

En el mismo tenor de la idea anterior, el recurso de reclamación ante la Corte Suprema, como mecanismo de defensa ante el Decreto de Expulsión, merece la crítica de no constituir una vía efectiva para ejercer su derecho (del inmigrante infractor) a un debido proceso, pues resulta tan costosa, difícil y de tan breve plazo de interposición que ni siquiera constituye una alternativa real para los inmigrantes, afectando de este modo, el propio acceso al sistema judicial.

SOLINERO ECHEVERRÍA, en concordancia a lo planteado, expresa; *“Lo interesante de esta normativa radica, a nuestro entender, en dos puntos: el primero, que no obstante ser una legislación administrativa, a lo menos desde la perspectiva orgánica, contempla infracciones penales, las cuales deben ser sustanciadas y juzgadas en sede criminal; y en segundo término, se privilegia un criterio de prevención general, al exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la*

*administración*³⁵⁶. Lo cierto es que, el desencadenamiento del proceso migratorio, correspondiente a la aplicación de la medida (sanción) de expulsión, no es aplicada dentro del marco del proceso penal, y los órganos jurisdiccionales que por ley están llamados a conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado en dicho contexto garantista.

Así el estado de las cosas, cuestionamos la “*observancia*” de un “*debido proceso*” en el ámbito administrativo-migratorio, en tanto resguardo efectivo de los derechos que asisten a las personas migrantes, particularmente desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia. No obstante lo anterior, quedó demostrado que la “*exigibilidad*” de esta garantía en la -cuestionada- sede administrativa-migratoria, es posible. No debemos olvidar dos aspectos importantísimos de esta garantía, a saber: *su naturaleza general y su naturaleza subsidiaria*, las que se expresan, por una parte, en que permiten velar por la *constitucionalidad de todos los procedimientos establecidos por el legislador*, y de todos los procesos seguidos por un juez, controlando que concurren los elementos del juicio justo. En otras palabras, aunque el proceso se ventile en sede administrativa, es obligatorio para el organismo juzgador respectivo, el respeto cada uno de los elementos del debido proceso, constituyendo en dichos términos, una verdadera garantía para la persona migrante (y víctima de tráfico ilícito) absorbida por las reglas no garantistas, en el presente caso, de la medida de expulsión.

Resulta fundamental la adopción de normas mínimas y uniformes para garantizar los derechos de las personas migrantes, que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole (vivienda, salud, salarios, estatus migratorios, etc.); esto es, un piso mínimo de acceso a la justicia al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación (regular o irregular).

Finalmente, además de la constatación de “*incompatibilidad de los procesos*”, es posible identificar ciertas deficiencias en el propio proceso penal, cuando de tráfico ilícito de migrantes se trata. Aunque es muy importante castigar y perseguir a los/as

³⁵⁶ SOLINERO ECHEVERRÍA. Óp. Cit., p. 114.

traficantes, cuando se presta asistencia jurídica, es necesario proporcionar protección a víctimas -y testigos- en cada etapa del proceso legal: antes, durante y después del juicio. ¿En cuál etapa siempre falla la protección? Después del juicio. Acá, usualmente, se deja solas a las víctimas; habiendo servido como instrumentos o herramientas para la investigación y el procesamiento penal, se las abandona y a las autoridades no les importa lo que les ocurra. Otras víctimas se enteran de este tipo de experiencias y no quieren colaborar en el proceso de investigación³⁵⁷. Sin duda, dicha falencia puede ser explicada satisfactoriamente, en la falta de norma expresa que habilite legal y presupuestariamente al Ministerio Público, para la adopción de medidas de protección en favor de la víctima.

³⁵⁷ NGOZI EZELIO, Joy. Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres, los niños y las niñas. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, 2012. p. 32.

CONCLUSIÓN

Ubuntu; “Yo soy, porque nosotros somos”.

Regla Ética sudafricana enfocada en la lealtad de las personas y las relaciones entre éstas.

Nos encontramos viviendo indiscutiblemente en una sociedad migrante.

La migración fue, en efecto, nota característica de los primigenios asentamientos humanos, que más tarde pasarían a conformar grandes comunidades denominadas civilizaciones. El florecimiento de las grandes culturas que reporta la historia de la humanidad, dependió en gran medida de su capacidad de migrar y establecerse, migrar y establecerse, en un “rito” cuyo ritmo impregna nuestro mundo globalizado. Quizás, solo han cambiado los motivos que impulsan a las personas a ser parte de tal “flujo humano”. En breve, para CAROLINA STEFONI, dos serían los elementos que gatillan este desplazamiento en la actualidad: uno de expulsión y otros de atracción. Como factores de expulsión se considera el desempleo alto, bajos ingresos, crisis ambientales; mientras que como elementos de atracción tenemos la mejor calidad de vida, mayor empleo y mayor nivel de ingreso en los países de destino³⁵⁸. Razones económicas, secundadas por lazos familiares, de tal magnitud, que doblegan el antecedente cierto acerca de las múltiples falencias institucionales y normativas de los países de llegada, que no se encuentran preparados para su digna acogida. Como quedó demostrado a lo largo de la investigación presentada, esta es precisamente la situación de nuestro país.

No contar con una institucionalidad preparada para el fenómeno de los flujos migratorios impacta de múltiples maneras la vida de la persona migrante, especialmente cuando nos adentramos en su condición como sujeto de derecho. ¿Qué derechos les asiste? Puede, en efecto, ser una atingente interrogante, más,

³⁵⁸ STEFONI, Carolina. Migración en Chile. *Revista Colección Ideas*, (59): 4, 2005.

consideramos que la pregunta sobre la posibilidad real de acceder al sistema judicial, para el ejercicio de sus derechos, es aún mejor.

Así las cosas, concluida la investigación, la cuestión del acceso a la justicia parece ser en sí una paradoja. Habiendo analizado sus sistemas y modalidades, surgen al menos tres importantes consideraciones. La primera, es que el propio objetivo de mejorar el acceso, para los inmigrantes en nuestro país, implica la idea de “querer favorecer” algo implícito, y ese “algo implícito” puede ser discutible, cuestionable e incluso problemático. Así, cuando hablamos de mecanismos o modalidades para “hacer efectivo”, “mejorar” o “favorecer” el Acceso a la Justicia, implícitamente encontramos un prejuicio favorable sobre el sistema de justicia, ya que lo que queremos es volverlo más asequible. Una segunda consideración, también respecto de “algo implícito”, dice relación con un posible cuestionamiento al propio concepto de justicia. Ya que de alguna forma parece que sobre él no hubiese discusión, y por el contrario, existiera a su respecto un modelo consensuado. La tercera consideración dice relación con interrogarse sobre las potencialidades y los límites de definir el Acceso a la Justicia como un Derecho Humano Fundamental. Así, la pérdida de confianza, la insatisfacción de las personas -en general-, la distancia cultural que existe hacia la justicia, entre otros, son factores que desembocan u obligan a una redefinición de la justicia³⁵⁹, que no se encuentra inmune con la sola reconducción a su naturaleza como “derecho de acceso”, inherente al ser humano, cuando justamente los mismos seres humanos consideran que no les empecé. La reflexión es extensible al migrante, protagonista de los casos estudiados.

El acceso a la justicia, en pocas palabras, fue considerado desde tres aspectos complementarios entre sí. En primer lugar, el acceso propiamente dicho, es decir, llegar al sistema judicial. En segundo lugar, la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, que se asegure no sólo acceder al sistema, sino que éste brinde un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial. Por último, un tercer aspecto complementario es el conocimiento de los derechos por parte de los inmigrantes, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y, específicamente, la

³⁵⁹ ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA (2007). Óp. Cit., pp. 41-42.

conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo³⁶⁰.

Así visto, el Acceso a la Justicia es un derecho humano civil, de primer orden, de aplicación directa por los Estados. Al mismo tiempo, es un mecanismo protector de los derechos fundamentales, entendidos interculturalmente. El reconocerlos como derechos fundamentales exige crear las condiciones para asegurar su acceso y ejercicio, en un contexto donde existe desigualdad y discriminación, en especial en sociedades donde impera el neoliberalismo y la globalización³⁶¹.

Las conclusiones, que a continuación se presentan, fueron obtenidas considerando este marco conceptual, es decir, desde la óptica del Derecho Procesal.

Para un mejor comprensión del lector, la dividiremos en dos grupos, conclusiones generales y específicas, anunciando desde ya, que sobre ambos ya existe pronunciamiento, explícito e implícito, a lo largo del trabajo.

Conclusiones Generales.

I. Vulnerabilidad del Migrante. Como se ha dicho, el protagonista de los dos casos investigados es la persona migrante. Pero en una situación administrativa particular, cual es, de “irregularidad”.

Precisamente, el gran problema humano y de negación ilegítima de derechos fundamentales se presenta especialmente en aquellas personas en situación de “irregularidad administrativa”, ya que gran parte de las personas migrantes que llegan a un país determinado lo hacen de forma irregular, toda vez que los cauces legales, debido a su inaccesibilidad para la mayoría de los migrantes en la práctica se tornan

³⁶⁰ BIRGIN y GHERADI (2008), Óp. Cit., p. 170.

³⁶¹ ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA (2007). Óp. Cit., p. 27.

inexistentes³⁶² .

En su oportunidad, destacamos que la condición migratoria irregular o no autorizada incide de manera importante en la protección y garantía de los derechos humanos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia. En muchos países la condición migratoria regular es un prerrequisito para el acceso a bienes y servicios públicos, no siendo Chile la excepción. En la mayoría de los casos, las personas migrantes no autorizadas no tienen la posibilidad de solicitar la protección de las autoridades o de requerir la prestación de servicios públicos, ya que de esta forma se arriesgan a ser expulsadas³⁶³ .

Esto quiere decir, entre otras cosas, que la condición administrativa-migratoria en comento, se erige como la principal causa del estado de vulnerabilidad (indefensión) en que se encuentra el inmigrante en nuestro país.

Así la cosas, resulta fundamental una actuación más enérgica de los poderes públicos para asegurar el acceso a la justicia cuando de personas o grupos vulnerables se trata; Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, los poderes públicos deberán llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social³⁶⁴ .

II. Barreras al Acceso a la Justicia. Constatamos que existen ciertas barreras comunes a los grupos sociales y económicamente desventajados que operan como obstáculos para lograr un efectivo acceso a la justicia. En general podemos identificar,

³⁶² CENTRO DEMOCRACIA y COMUNIDAD. Óp. Cit., p. 24.

³⁶³ OLEA. Óp. Cit., p. 204.

³⁶⁴ ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA. (2007). Óp. Cit., p. 110.

la falta de información de los ciudadanos respecto de sus derechos y los mecanismos procesales para hacerlos valer, los costos económicos, referidos principalmente a los honorarios de los abogados y una extendida desconfianza en las autoridades públicas en general y en las que pertenecen al sistema judicial en particular. Sumado a lo anterior, los procesos de reclamos de derechos son resentidos por su larga duración e incertidumbre.

Dicho lo anterior, existen ciertas barreras especialmente concurrentes en los casos investigados. La denominada “legislación sustantiva y adjetiva defectuosa o insuficiente” referida, en lo atingente, a los procedimientos engorrosos y llenos de tecnicismos, que pueden tornar demasiado costoso y lento el reclamo de los derechos y la resolución de los conflictos, se manifiesta claramente en el único mecanismo jurídico con el que cuenta el padre o madre -migrante irregular-, para subsanar la condición de apatridía de su hijo, inscrito como “hijo de extranjero transeúnte”, consistente en “reclamación de nacionalidad” ante la Corte Suprema.

Las barreras culturales, referida a la cultura jurídica de los operadores del sistema jurídico así como de los posibles usuarios del mismo, miran según su propia definición en dos sentidos, comprendiendo la situación del letrado que, encontrándose en posición de brindar asistencia jurídica al migrante irregular, desconoce no solo la situación de vulnerabilidad especialmente tributaria de su cliente o patrocinado, sino también, el “compendio jurídico” de mecanismos judiciales y administrativos disponible en nuestro ordenamiento jurídico para darle una solución.³⁶⁵.

La barrera consistente en “renunciar a utilizar la ley” es común cuando se trata de personas pobres y/o vulnerables, por cuanto evitan verse involucrados en asuntos de tribunales. Uno de los motivos para optar por este camino es, como se dijo, “vivir en la ilegalidad”, que puede ser asimilada a la condición de migrante irregular o infractor, protagonista de los casos investigados. Es así como viven al margen de la ley y se

³⁶⁵ Recordemos que la CAJ, como servicio público encargado de brindar asistencia jurídica a quienes no pueden pagar los servicios de un letrado, solo cuenta con una Oficina Especializada en esta materia.

“mantienen” vulnerables, mientras dure su estadía.

Estrechamente vinculada a la anterior, encontramos, por una parte, la “desconfianza en la ley”, independiente de cual sea su naturaleza, pues un componente esencial de esta desconfianza es la falta de respeto por la ley, originada en sus experiencias de ilegalidad. Por la otra, “el leguaje extraño de la misma ley”. Esto es, literalmente cierto. La mayoría de los conceptos fundamentales de la ley, incluyendo nociones de identidad y relación de causalidad en sentido legal, normalmente resultan extraños a los marcos de referencia.

En definitiva, la constatación de estas barreras de acceso a la justicia, en desmedro del derecho mismo, son una realidad efectiva para las personas migrantes, y particularmente de las que se encuentran en condición irregular, que afectan además otros derechos de suyo fundamentales, como los son el de igualdad ante la ley y de tutela de los derechos e intereses.

Comprender esta realidad, es un primer paso para la adopción de cualquier tipo de medida que tenga como propósito efectivizar la posición del migrante ante la institucionalidad y la ley chilena.

III. Principios, Componentes y Supuestos del Acceso la Justicia, “manifiestamente” defraudados en los casos investigados. Comenzamos por el conjunto de Principios, los que, según nuestro criterio, distan de ser efectivos lineamientos de acceso a la justicia para nuestra institucionalidad.

El “reconocimiento y respeto de la diversidad cultural y jurídica”, vale decir, el reconocimiento de la existencia de múltiples realidades culturales y jurídicas en Iberoamérica, que exige del sistema de Judicial, garantizar el derecho de acceso en condiciones de eficiencia y eficacia, no llega a ser tal, teniendo principalmente en consideración, las barreras de acceso que afectan particularmente a los migrantes irregulares. Este predicamento, explica de igual modo por qué no existe participación

de tales personas, con miras a su “empoderamiento legal”, y si, por el contrario, genera brechas de exclusión.

Por otro lado, el principio de la Igualdad ante la ley, entendida no sólo como igualdad formal sino que también como igualdad material o real se transgrede cada vez que las personas migrantes que viven en otras regiones distinta a la Metropolitana, tienen que trasladarse cientos de kilómetros para recibir prestación jurídica, a diferencia de lo que pasa respecto de las que viven en la capital. La constatación cobra relevancia cuando comprobamos que existe, desde la asistencia gratuita para el migrante, solo una Oficina Especializada en la Corporación de Asistencia Judicial, denominada oficina de Derechos Humanos, capacitada para brindar una atención de calidad. Además, en el caso de apatridía, el único mecanismo judicial consagrado para subsanar tal conculcación de derechos, esta solo destinado a ser ejercido ante la Corte Suprema, ubicada únicamente en la ciudad de Santiago. Sin duda alguna es otra manifestación de cómo es defraudado el principio en comento.

El respeto de la igualdad implica el reconocimiento de la proximidad territorial de los servicios. La crítica antedicha engloba otros principios, tales como la “proximidad”, lo que se relaciona con la necesidad de que los servicios lleguen a las personas y no las personas a los servicios, “servicio público”, por cuanto el acceso a la justicia es un derecho de las personas y correlativamente un deber ineludible del Estado, y por lo mismo, este servicio debería ser de calidad y gozado en igualdad de condiciones por todas las personas, y “descentralización”, por cuanto explica que las personas pobres y excluidas no acceden al sistema judicial y que, por lo mismo, los servicios de justicia deben ser capaces de llegar a ellos.

A continuación, los Supuestos defraudados son, en primer lugar, la “Transparencia”, por cuanto el Acceso a la Justicia, en el sistema de justicia formal, está reforzando y reproduciendo las desigualdades sociales por la forma en que están diseñados, lo que queda de manifiesto en la univocidad y centralización del mecanismo jurídico ante el desconocimiento de la nacionalidad, y en las características propias del proceso migratorio, que se desencadena al aplicar la medida de expulsión.

En segundo lugar, el “cambio cultural de los operadores del sistema”, según el cual la percepción negativa de la Justicia se justifica frente al excesivo formalismo, distancia y dilación de la administración de justicia por parte del sistema vigente. “*Opinio civitas*” transversal y generalizada en nuestra sociedad.

Finalmente, dentro de los Componentes defraudados del Acceso a la Justicia encontramos la falta de “Información u orientación” tendiente a que la persona -migrante- tome una decisión informada, pues para ello debe contar con un determinado nivel de conocimiento, y poder adoptar así, una real decisión. Instancia de “empoderamiento” que no se observa bajo ningún respecto en los casos investigados. Recordemos que el cumplimiento del Acceso la Justicia es burdo si la gente no sabe que tiene derechos, ni en que consiste su protección.

El “acercamiento de la justicia formal” por su parte, es uno de los puntos más débiles. Por ello, se hace necesario aproximar los mecanismos judiciales más allá de lo territorial, incluyendo lo cultural, el lenguaje, información sobre aranceles, etc. La propuesta del procedimiento ante los tribunales de familia, en el caso de apatridía, sería una acción concreta para efectivizar el mecanismo constitucional existente.

IV. Ausencia de una política de Estado sobre la migración. Esta ausencia, como quedó de manifiesto en este trabajo, genera incongruencias y descoordinaciones entre los distintos organismos y ministerios encargados de atender los aspectos vinculados con la migración. No existe un relato común y nacional inspirado en la protección de los derechos fundamentales y humanos, que permita unificar las diversas iniciativas que se emprenden. La ausencia de una política se traduce en una ausencia de lineamientos nacionales, lo que facilita, entre otras cosas, cierta discrecionalidad en la aplicación de la Ley, especialmente, de la Ley de Extranjería y Migración, latamente analizada.

Cabe señalar, que frente a la ausencia de una política nacional de migración y a

la existencia de un ordenamiento jurídico que no garantiza por sí mismo los derechos de las personas inmigrantes, la sociedad civil ha jugado un rol central en la entrega de información a esta comunidad y en la organización de numerosas actividades tendientes a promover procesos de mayor integración social³⁶⁶.

Las palabras del propio Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, Rodrigo Sandoval Ducoing, son claras, precisas y, en cierto modo, concordantes con el tratamiento de los flujos migratorios expresados en esta investigación, pues señala que es necesario *“incorporar un tratamiento para las distintas modalidades y figuras migratorias modernas. Sugiere revisar la restricción para acceder la prestaciones de salud y seguridad social, fortalecer la institucionalidad que atiende asuntos migratorios a través de un servicio público descentralizado, reconocimiento tanto técnico como político al Consejo de Política Migratoria que permita concretar las coordinaciones de los diferentes órganos estatales, hacer modificaciones a las estructuras de las visas, asegurar un debido proceso en cuanto a la sanciones migratorias y revisión del concepto de extranjero transeúnte. Además debemos apuntar hacia una política que incentiven la radicación y facilidades especiales en el otorgamiento de permisos para la residencia a extranjeros calificados que puedan aportar al desarrollo nacional en emprendimiento, ciencia, tecnología entre otros*³⁶⁷. (Énfasis agregado).

Conclusiones Específicas.

V. Caso Apatridía. De suyo fundamental es el hecho de carecer de nacionalidad, pues significa, en definitiva, que el sujeto afectado carece de un vínculo jurídico con un país determinado, acarreado consigo la carencia de derechos y obligaciones, lo que implica a su vez, que se presenta ante el concierto

³⁶⁶ RedMI. Óp. Cit. p. 8.

³⁶⁷ Valparaíso, 9 de julio del 2014.- RODRIGO SANDOVAL DUCOING, Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se presentó ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, para abordar las posibles modificaciones a la legislación en materia migratoria comprometido en el Programa de Gobierno// <http://chileajeno.cl/jefe-de-departamento-de-extranjeria-y-migracion-presenta-posicion-de-gobierno-sobre-ley-de/ 2 septiembre de 2014>]

internacional como carente de un Estado al cual subordinarse y que a la vez lo proteja³⁶⁸.

Conforme a la investigación presentada, comprobamos que existe afectación del derecho de Acceso a la Justicia la que se produce, principalmente, por la estructura del Recurso de Reclamación Constitucional. Si en efecto, fuere el único mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos de los “hijos de extranjeros transeúntes”, malamente podríamos afirmar que se encuentra asegurado tal derecho, no solo en atención a la referida estructura del recurso (plazo de interposición, centralización del recurso, alto grado de tecnicismo, etc.) sino también en consideración a la condición de vulnerabilidad en que se encuentran y a las barreras, que en consecuencia, deben sortear los migrantes en nuestro país para acceder al sistema judicial, constatación de este trabajo que, sin duda, los deja en una situación de desigualdad real ante otra persona con la misma problemática jurídica.

Confirma lo antedicho, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “(...) *La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas*”³⁶⁹.

En otras palabras, la falta de un procedimiento preciso y claro, no permite adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y barreras identificadas a lo largo del capítulo respectivo. Por lo tanto, coincidimos con

³⁶⁸ LLANOS, HUGO. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público, Santiago. 1983, p. 475, citado en PEÑA CUNI, Marcela Fernanda. El recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad. Artículo 12 de la Constitución Política de la República. Tesis. Universidad Francisco de Vitoria. 1999, p. 19.

³⁶⁹ El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1° de octubre de 1999, párrafo 119.

la Corte Interamericana, en que difícilmente podríamos establecer que los inmigrantes irregulares disfrutan de un verdadero acceso a la justicia.

Así el estado de las cosas, la tutela de derechos de los hijos de extranjeros transeúntes puede ser efectiva, por cuanto los Tribunales de Familia cuentan con competencia para resolver la afectación y conculcación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluso cuando se trata del desconocimiento de la nacionalidad. Dicho órgano jurisdiccional, en atención al ámbito de competencia encomendado por el legislador, se encuentra habilitado para cautelarlos.

Según quedó de manifiesto en el capítulo segundo, resulta idóneo que los juzgados de familia, conozcan y resuelvan sobre el desconocimiento indebido de la nacionalidad, por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, por el simple hecho de que alguno de sus padres sea un inmigrante en condición jurídica irregular, considerando su estructura orgánica, organización y competencia (especialmente atingentes, dada su disgregación territorial).

Es importante entender que la consagración del interés superior del niño como principio rector del procedimiento ante el tribunal de familia implica que la interpretación y aplicación de toda y cada una de las normas procesales, deben respetar, garantizar y promover, en la mayor medida posible, los derechos consagrados a los niños, niñas y adolescentes, más allá de las aplicaciones expresas que haya establecido el legislador.

VI. Caso Tráfico Ilícito de Migrantes. En primer lugar, el tráfico ilícito de migrantes fue analizado desde dos perspectivas procesales diferentes, la Ley de Extranjería y el Código Procesal Penal. A lo largo del capítulo, constatamos que cada proceso cuenta con fundamentos, estructuras y finalidades diferentes. Es decir, procesos *comprobadamente* incompatibles.

El proceso penal, como estatuto protector y garante de los derechos de la víctima de tráfico ilícito, en su calidad de interviniente y sujeto procesal, según los principios básicos esbozados (principios y garantías jurídicas y políticas, procesales y

procedimentales), los derechos fundamentales atingentes y el mandato legal-constitucional protector del Ministerio Público (que lo obliga a adoptar específicas medidas de protección en favor de la víctima, en coordinación con las policías), *queda relevado a un segundo plano en el caso investigado*. Constatamos que bajo la concurrencia en un mismo sujeto de los estatus de víctima e infractor de ley (de extranjería), prima éste último, quedando de este modo compelido al ámbito del proceso migratorio de carácter administrativo, desencadenado en su contra, en virtud del cual son inexistentes la garantía de la tutela efectiva de los derechos y de igualdad ante la ley, según se desprende de la estadística analizada y, en general, de este tercer capítulo.

Por su parte, la garantía del debido proceso reviste ciertas complejidades. Como se ha expuesto, la vulneración de este derecho y la discriminación que actualmente caracteriza las normas -migratorias- han sido objeto de diferentes requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en particular respecto de los artículos 13, 64 N°2 y 67 de la Ley de Extranjería.

En el mismo tenor de la idea anterior, el recurso de reclamación ante la Corte Suprema, como mecanismo de defensa ante el Decreto de expulsión, merece la crítica de no constituir una vía efectiva para ejercer su derecho (del inmigrante infractor) a un debido proceso, pues resulta tan costosa, difícil y de tan breve plazo de interposición que ni siquiera constituye una alternativa real para los inmigrantes, afectando de este modo, el propio acceso al sistema judicial.

Así el estado de las cosas, cuestionamos la “*observancia*” de un “*debido proceso*” en el ámbito administrativo-migratorio, en tanto resguardo efectivo de los derechos que asisten a las personas migrantes, particularmente desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia.

No obstante lo anterior, quedó demostrado que la “*exigibilidad*” de esta garantía en la -cuestionada- sede administrativa-migratoria, es posible. No debemos olvidar dos aspectos importantísimos de esta garantía, a saber: *su naturaleza general y su*

naturaleza subsidiaria, las que se expresan, por una parte, en que permiten velar por la *constitucionalidad de todos los procedimientos establecidos por el legislador*, y de todos los procesos seguidos por un juez, controlando que concurren los elementos del juicio justo. En otras palabras, aunque el proceso se ventile en sede administrativa, es obligatorio para el organismo juzgador respectivo, el respeto cada uno de los elementos del debido proceso, constituyendo en dichos términos, una verdadera garantía para la persona migrante (y víctima de tráfico ilícito) absorbida por las reglas no garantistas, en el presente caso, de la medida de expulsión.

Resulta fundamental la adopción de normas mínimas y uniformes para garantizar los derechos de las personas migrantes, que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole (vivienda, salud, salarios, estatus migratorios, etc.); esto es, un piso mínimo de acceso a la justicia al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación (regular o irregular).

Consideración final.

Los desafíos son múltiples si abogamos por el respeto de un derecho que abre la puerta a la exigibilidad de todos los demás. Mediante esta investigación, asumimos el desafío de visibilizar problemáticas jurídicas que afectan a uno de los tantos grupos de personas sin voz en nuestra sociedad. El siguiente paso será exigir, junto a ellos, el respeto del derecho humano y fundamental de “Acceso a la justicia”, el que todos los seres humanos deberíamos sentir como propio.

BIBLIOGRAFÍA

ACCESO A LA JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA. Lineamientos para una guía de buenas práctica. Santiago 2007.

ACCESO A LA JUSTICIA Y EQUIDAD. “Estudio en siete países de América Latina”, editado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ALARCON MUÑOZ, Gonzalo. Las Políticas Inmigratorias en Chile en el Área Educativa. El caso de los peruanos en Chile. Tesis (Grado Magister en estudios internacionales). Santiago. Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2010.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y jurisprudencia. Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters PuntoLex. 2009

AVILÉS H, Víctor Manuel. Evolución histórica, reformas y tendencias. Reforma Constitucional. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2005.

BARRIA SALINAS, Cecilia Gabriela y SILVA SOLARI José Ignacio. EL Procedimiento Especial de aplicación judicial De Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas O Adolescentes establecido por La Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2005.

BIRGIN, Haydée y GHERADI, Natalia (Coordinadoras), “La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales”. Colección Género, Derecho y Justicia. México, 2008.

BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en “Contribución a la teoría

del Derecho, Debate, 1989.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CASAL, Jesús María; ROCHE, Carmen Luisa; RITCHTER, Jacqueline; CHACÓN HANSON, Alma. "Derechos Humanos, equidad y acceso a la justicia", Caracas, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), 2005.

CAÑAS LÓPEZ, Francisco. El recurso de reclamación por pérdida de nacionalidad ante el derecho procesal chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 1997.

CASSARINO, Mario. Manual de derecho procesal civil. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 1994.

CASTILLO, ORELLANA. Recursos de ámbito Constitucional. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas. Universidad Finis Terrae. 2003.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. ANUARIO N°10. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2014.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS. Informe de Justicia Constitucional. 2010.

CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Ciudadano Global. OIT. Oficina Especializada de Derechos Humanos, CAJ. Instituto Católico Chileno de Migración. Libertades Públicas A.G. 2013. "Un Chile abierto". Propuestas para una nueva ley de

Migración.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, en Francisco Balaguer Callejón y otros, "Derecho Constitucional, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

CELADE (Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía). Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Santiago, CEPAL, 2009.

COCIÑA CHOLAKY, Constanza. Los principios consagrados en la ley no. 19.968, que rigen los procedimientos ante los tribunales de familia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2010.

CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. "Manual del Nuevo Procedimiento Penal" 5ta Edición actualizada y aumentada, LexisNexis. 2007.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La Tutela Judicial Efectiva". Bosch Casa Editorial SRL, 1094, Barcelona.

DE ASIS, Rafael. Cuestiones de derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

DÍAZ REVECO, Rodrigo Antonio. Nacionalidad: causales de perdida y su protección nacional e internacional. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Talca, Chile. Universidad de Talca. Facultad de Derecho. Año 2003.

EVANS de la Cuadra, E. "Los derechos constitucionales". Tomo II. Segunda edición. Ed. Jurídica de Chile.

FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. La Nacionalidad en la Constitución. Revista

de derecho (Valdivia), dic. 2001, vol.12, no.2

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución”. Chile. LexisNexis. 2006.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos (coordinador). “La Constitucionalización del Derecho Chileno”. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, Revista Cuestiones Constitucionales, N° 7, julio-diciembre. Buenos Aires. 2002.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.

HUNTER AMPUERO, Iván. Las potestades probatorias del juez de familia. Legal publishing. 2008. Santiago de Chile.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Informe Complementario, Santiago, 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013.

JARA CASTRO, Eduardo. Derecho Procesal de Familia. Santiago, Chile. Editorial

Jurídica de Chile. 2011.

J. MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Parte general, Sujetos procesales. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2003.

LECLERCQ, Jacques, El derecho y la sociedad, Herder, 1965.

LEPOUTRE, Stephanie y RIVA, Ariel. Nacionalidad y Apatridía. Rol del ACNUR. Convención de 1054 sobre el Estatuto de los apátridas. Convención de 1961 para reducir los casos de apatridía. Buenos Aires. 1998.

MACHÍN ÁLVAREZ, Macarena. Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. Santiago, 2011.

MALDONADO, Francisco. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago. 2012.

MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Legal Publishing. 2010.

MOLINA GUAITIA, Hernán. Derecho Constitucional. 6° Edición. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2006.

MONTERO AORCA, Juan. Sobre la Imparcialidad y la Incompatibilidad de Funciones Procesales. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA, Miquel, Cristian. Los Recursos procesales. 2da Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010.

NGOZI EZELIO, Joy. Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres, los niños y las niñas. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago

NOGUEIRA, Humberto. "La Libertad Personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. 2002.

NUÑEZ OJEDA, Raúl. La Instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal.

OLEA, Helena. Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno. En Anuario de Derechos Humanos, 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

OTERO LATHROP, Miguel. El Ministerio Público. Reforma Constitucional Ley Orgánica Constitucional. LexisNexis Chile. 2002.

PAVEZ SOTO, Iskra. Los Derechos de las Niñas y los Niños peruanos migrantes en Chile. Avance tesis Doctoral de Sociología, GEDIME, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona.

PEÑA CUNI, Marcela Fernanda. El recurso de reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad. Artículo 12 de la Constitución Política de la República. Tesis. Universidad Francisco de Vitoria. 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique y otros. Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Tecnos, Madrid. 1997.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2004.

SCHUCK DANNENBERG, Marianne Luisa. Artículo 12 de la Constitución Política del Estado de Chile. Recurso ante la Corte Suprema por privación de la nacionalidad por

autoridad administrativa. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Chile, Concepción. Universidad de Concepción. Facultad de Derecho. 1990.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Volumen IV. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

SALGADO LEIVA, Natalia Isabel. El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos ante los tribunales de familia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012

STEFONI, Carolina. Inmigración peruana en Chile: Una oportunidad a la integración. FLACSO Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.

STEFONI, Carolina. Migración en Chile. Revista Colección Ideas, (59): 4, 2005

SUAZO, Carolina. Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes. Instituto de Derechos Humanos. Santiago, 2012.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. "El Proceso en Acción". Editorial Libromar Ltda. Santiago. Chile.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno. El proceso en acción, pp. 563 y ss. Editorial Libromar Ltda. Santiago. Chile. 2000

TOLLER M., Fernando. "Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva". Ed. La Ley S.A., Buenos Aires, 1999

VERA PÉREZ, Pablo. Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago,

Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2013

ZUÑIGA URBINA, Francisco. Acciones Constitucionales. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 2003

Fuentes Documentales.

1. CHILE. Código Procesal Penal. Ley N° 19.696. 12 de octubre de 2000.
2. CHILE. Constitución Política de la República. Texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto N° 100 de 17 de septiembre de 2005.
3. CHILE. Decreto con Fuerza de Ley N° 69. Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. 8 de mayo de 1953.
4. CHILE. Decreto Ley N° 1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile. 19 de julio de 1975.
5. CHILE. Decreto N° 521. Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, que crea el Departamento de Inmigración. 27 de noviembre de 1953
6. CHILE. Decreto Supremo N° 5.142. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. 29 de octubre de 1960 [en línea]
<<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/19444.pdf>
7. CHILE. Decreto Supremo N° 597. Reglamento de Extranjería. 24 de noviembre de 1984
8. CHILE. Ley N° 19.581. Establece categoría de habitantes de zonas fronterizas. 1 de septiembre de 1998
9. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa

Rica). 1969

10. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 1984

11. Convención de los Derechos del Niño. 1989.

12. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. 1963

13. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985

14. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”. 1994.

15. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965.

16. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 1990

17. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979

18. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948.

19. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven. 1985.

20. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.

21. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966

22. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.

23. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). 1988.

24. Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966

25. Protocolo Facultativo sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1999.

Fuentes electrónicas.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL [en línea] <www.bcn.cl>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia De La Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 12. Reclamación ante la Corte Suprema por actos o resoluciones administrativas que priven o desconozcan la nacionalidad

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.696

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.286, que Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia

CANO VERONICA, Sofía Magdalena. Los Estudios sobre Migración Internacional en Chile. Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. [en línea] <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S140574252009000300007&script=sci_arttext> [consulta 02 diciembre 2014]

CENTRO DE INFORMACIÓN E INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA. [en línea]. *Inmigrantes II: Trabajadores sacan la voz y duplican denuncias laborales*. 17 de Enero de 2008. <<http://ciperchile.cl/2008/01/17/inmigrantes-ii-trabajadores-sacan-la-voz-y-duplican-denuncias-por-abusos-laborales>> [consulta: 02 diciembre 2014].

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. [En línea] <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf> [consulta: 02 febrero 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. 2005. "El trabajo de los extranjeros en Chile y la I región" N° 17. p. 29. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-88019_recurso_1.pdf> [consulta: 02 febrero 2015].

INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Capítulo V. Estudios Especiales: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias: VI. Garantías de Debido Proceso, p. 88 y siguientes. [En línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3704.pdf>> [consulta: 02 febrero 2015].

INSTITUTO CHILENO DE DERECHO PROCESAL [en línea] <<http://www.ichdp.cl/tutela-judicial-efectiva-y-acceso-a-la-justicia>> [consulta: 15 marzo 2015]

MARITANO GONZALEZ, José Ignacio. La desigualdad desigual: niños migrantes y derecho a la nacionalidad. 2014. [En línea] <<http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/la-desigualdad-desigual-ninos-migrantes-y-derecho-a-la-nacionalidad/>> [consulta: 25 febrero 2015]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea] <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>> [consulta: 09 diciembre 2014].

ANEXOS

(1) Antecedentes del Juzgado de Familia de Pudahuel del año 2013, ante quien se solicitó una medida de protección a favor de un recién nacido, debido a la vulneración de derechos de la cual era objeto. **Causa RIT:** P-1674-2013.

(2) Petición de información dirigida al SRCel, a través del contacto N° AK002C0004787 y N° AK002C0004801. Además de la Petición de información dirigida al Poder Judicial, a través del contacto N° NR001T0000147.

(3) Petición de información dirigida al Ministerio Público a través del contacto ID. 1376, folio interno N° 317/2014. Además de la reiteración de la solicitud, a través del contacto ID. 1527, folio interno NO 11/15

RIT P- 1674-2013.-

Pudahuel, veinticuatro de Junio de dos mil catorce.-

A sus antecedentes compulsas informes sobre paradero de la madre de causa A-3-2014, se resuelve:

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que con fecha 28 de septiembre de 2013, doña Cindy Saavedra, Asistente Social del Hospital San Juan de Dios, domiciliada para estos efectos en Huérfanos N°3655, comuna de Santiago interpuso solicitud del siguiente tenor: "Estimados solicito medida de protección para el NN que se encuentra hospitalizado en el Servicio de pediatría, que ha sido vulnerado por sus derechos. Se solicita la autorización de la inscripción del niño en el registro civil y la incorporación a un hogar de lactantes. Demandante: CINDY SAAVEDRA HERESMAN, RUT 15.680.829-7, ASISTENTE SOCIAL DEL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, DOMICILIO HUERFANOS 3255, STGO, TELEFONO 25742032, 0762222134".

Asimismo se acompañó informe social al 24 de Septiembre 2013, que da cuenta que la madre es "Patricia Años Barba, PP 7863081, 37 años, Dueña de Casa, Consumo problemático a Cocaína.

III. SITUACIÓN ACTUAL: Madre del niño llega a maternidad en conjunto con el RN, Parto en domicilio, refiere que ella no sintió contracciones que solo un dolor intenso y rompió la bolsa, su amiga la ayudo y sus vecinos y ahí tuvo a su bebé. Al ingresar a maternidad el RN se le realizan todos los exámenes posibles resultando sin ninguna complicación médica. Al llegar no trae documentación por lo que no se le pudo hacer comprobante de parto, refiriendo que ella tiene un comprobante que

PUDAHUEL 24 DE JUNIO DE 2014
DOS MIL CATORCE
CONFORME CON SU ORIGINAL



que entregado por la embajada de Bolivia, el cual lo trae después de irse de alta, documento que era un salvo conducto, por el que se llamo a la embajada el cual refirió que no sirve para realizar tramites de inscripción de RN ni para hacer Comprobantes de parto.

El padre del RN se encuentra preso por robo con intimidación, la Sra Patricia Añez Barba tiene una nueva relación hace 5 meses, quien su actual pareja quiere reconocer al niño, solo con la finalidad de que se lo entreguemos a él.

La Sra. Patricia lleve un año y medio en Chile, en Perú tiene dos hijas de 16 y 14 años quien las dejo al cuidado de su madre. Refiere que consumió solo por que tenia dolores y sus amigas mencionaron que eso la calmaba. Frente a este relato se confronta y refiere que estaba en una carrete con sus amigas y ella consumió, su consumo no es de ahora, es un consumo problemático en el cual la Sra. Patricia no asume su adicción problema.

No se controlo el embarazo porque como no tenia documentos no la quisieron inscribir en ninguno de los consultorios de la comuna. Además que ella trabajaba en la comuna de Córbara, pero cuando sus empleadores se enteraron de su embarazo la fecharon, ya que no se encontraba con contrato.

IV. PETICIÓN: Se solicita medida de protección a favor del niño NN, quien su madre lo nombra como Jeremy, para eso se solicita la autorización a quien suscribe para la inscripción del Niño en el Registro Civil. Además se sugiere el ingreso del niño a un hogar de estadía con el fin de que la madre pueda cumplir con tratamiento por su consumo problemático de droga".

SEGUNDO: Que con fecha cuatro de octubre de dos mil trece se realizó audiencia preparatoria, ante doña MARCELA PAZ VALENZUELA en que no compareció la madre y se decretó que atendido a que se encuentra practicándose exámenes médicos, en una situación compleja de salud y que no están dadas las condiciones, para que sea dada de alta, se ordena su permanencia en la Unidad de Pediatría del Hospital San Juan de Dios, debiendo informamos dicha entidad una vez que sea dado de alta de manera tal, de disponer el futuro del recién

09 de
FUDAHUEL... DE...
008 MIL...
CONFORME CON SU ORIGINAL
Aprobado
DE FE
2013

nacido y se ordenó, además, oficiar a la Embajada de Bolivia, a fin de que informe si es de dicha nacionalidad la ciudadana PATRICIA AÑEZ BARBA, PP 7663081 y en que situación se encuentra en nuestro país, de manera tal de proceder a la inscripción a la brevedad del recién nacido.

Que el niño se encuentra ingresado en Hogar Misión de María desde el veintitrés de octubre de dos mil trece.

TERCERO: Que con fecha 22 de octubre de dos mil trece, por orden de este Tribunal se procedió a la inscripción inmediata del niño, en la que se anotó "Hijo de Extranjero Transeúnte, Art. 10 N° 1 de la Constitución Política del Estado".

CUARTO: Que la madre fue citada a audiencia en tres oportunidades sin ser habida y sin efectuar vistas al niño, razón por la cual se dio orden de búsqueda tanto en esta causa como en la de susceptibilidad de adopción, sin que a la fecha se hayan obtenido resultados positivos, como aparece de los informes del Servicio de Registro Civil e Identificación de diez de junio de dos mil catorce y de PDI de cinco de junio de dos mil catorce.

QUINTO: Que con fecha dieciocho de junio del presente se recibió informe de Policía Internacional del siguiente tenor:

1.- Refiérase a documento enunciado en el "ANT", mediante el cual ese organismo solicita informar la verdadera fecha de entrega de la madre con el objeto de determinar la nacionalidad del niño al territorio nacional.

2.- Revisados los archivos del Departamento Control Fronteras, dependiente de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional, a contar del 01.ENE.009 a la fecha, la ciudadana boliviana Patricia AÑEZ BARBA registra los siguientes movimientos migratorios:

ENTRADA	23/08/09	COLCHANE	BOLIVIA
SALIDA	27/08/09	COLCHANE	BOLIVIA
ENTRADA	26/10/09	LIBERTADORES	ARGENTINA
SALIDA	06/11/09	LIBERTADORES	ARGENTINA
ENTRADA	26/02/10	LIBERTADORES	ARGENTINA
SALIDA	NO CONSTA.-		

3.- Es preciso señalar, que esta información se refiere a todos los pasos fronterizos controlados por nuestra Institución, la que se encuentra debidamente ingresada al registro general de viajes.

PUDAHUE 09 DE
DOS MIL 2009
CONFORME CON SU ORIGINAL DE ...
FAMILIA CASERES
REPOSER

4.- Se solicita en una próxima consulta, indicar fecha a contar de la cual se requiere la información."

SEXTO: Que, como bien ha dicho la Excm. Corte Suprema en sentencia de veintinueve de abril de dos mil trece ROL 300-2013, "la regla general de adquisición de la nacionalidad chilena es el *"ius soli"*, consagrado en 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". Estas expresiones *"extranjero transeúnte"* no se encuentran definidas específicamente por la ley, de modo que para descifrar 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". Séptimo: Que, como se advierte de lo consignado, la ausencia 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, lo que concuerda con el criterio administrativo actual, el que sostiene que para la diferenciación entre extranjeros transeúntes de los que no lo son, debe atenderse principalmente a la residencia y, en este contexto, se estima indubitablemente transeúntes a los turistas y tripulantes. Por otra parte, conforme lo prevén los artículos 50 y 59 del Código Civil, es posible distinguir en Chile a personas domiciliadas y transeúntes, considerando el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presunto de permanecer en ella".

SEPTIMO: Que a juicio de esta Juez, el hecho que la madre llevara tres años residiendo en Chile, aún en calidad de indocumentada, lleva a concluir que la misma no tenía la calidad de transeúnte, ya que dicha palabra evoca una noción de temporalidad breve de la cual carece la estadía de doña Patricia Añes Barba en territorio nacional, quien se avocó en este País.

OCTAVO: Que, por lo demás, de acuerdo al Artículo 20.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra", que en este caso en particular al niño podría corresponderle la nacionalidad Boliviana ya que de acuerdo al artículo 36.2: " Son bolivianos de

PUJALIBEL, de
DOS MIL... DE...
COMFORME CON SU ORIGINAL



origen los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el sólo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados", sin embargo dado que la madre desde que tuvo al niño no ha aparecido y que todos los esfuerzos desplegados por el Hogar y por el Tribunal han resultado infructuosos, hace imposible que el niño llegue a cumplir los requisitos que la Constitución boliviana exige, ya que su madre no lo llevará a Bolivia ni lo inscribirá en el consulado, dado que se ha desentendido de él de modo absoluto, resultando lo anterior no solo en el abandono del niño sino en su condición de apátrida, lo que lo suma en una condición de extrema vulnerabilidad que el Tribunal en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 8° N° 7 de la Ley 19.968 debe reprimir, restituyendo al niño en sus derechos.

NOVENO: Que, así las cosas, no pudiendo estimarse que la madre haya sido transeunte al momento del nacimiento del niño y que, a mayor abundamiento, es imposible que el niño adquiera otra nacionalidad dada su situación de abandono se ordenará que el Servicio de Registro Civil e Identificación elimine la referencia a hijo de extranjero transeunte por no corresponder a la realidad del niño sujeto de este juicio.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 7 y 8, de la Convención de Derechos del Niño, artículo 20.2 del Pacto de San José de Costa Rica y artículos 3, 68 y siguientes de la ley N° 19.968, se resuelve:

1.- Que se ordena al Registro Civil omitir de la inscripción del niño [REDACTED] [REDACTED] ingresado provisoriamente en el Hogar Misión de María, la referencia a ser hijo de extranjero transeunte.

Sirva la presente resolución de suficiente y atento oficio remitir.

PROVEYÓ DOÑA PAULA ZIGANTE ROMERO, JUEZ TITULAR DE FAMILIA DE PUDAHUEL.

PUDAHUEL, 07 DE [REDACTED]
DOS MIL [REDACTED]
CONFORME CON SU [REDACTED]
[REDACTED]





P-1674-2013

Pudahuel, veintisiete de noviembre de dos mil catorce.-

CERTIFICO, que la resolución de fecha 24 de junio de 2014, se encuentra firme y ejecutoriada.

Gustavo López Tamayo
Jefe Unidad Causa y Cumplimiento

29 11
PUDAHUEL, 29 de 11 de 2014
DOS FOLIOS
CONFORME CON SU ORIGINAL

Carta SED N° 26

SANTIAGO, 06 ENE. 2015

**SEÑOR
FREDDY HENRIQUEZ CELEDON**
PRESENTE

El Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación, "por orden del Director Nacional", y de acuerdo a lo resuelto mediante Resolución Exenta N°988, de 1° de marzo de 2012, y en relación a su requerimiento de información realizada a través del contacto N°AK002C0004787 y N°AK002C0004801, en el cual solicita "...-

- 1.- El número de casos de personas inscritas como "hijos de extranjeros transeúntes" desde el año 1990 a la fecha.
- 2.- Que, dicho número de casos sea clasificado según región del país, considerando el mismo espacio de tiempo.
- 3.- Que, dicho número de casos sea clasificado según sexo, considerando el mismo espacio de tiempo.
- 4.- Que, dicho número de casos sea clasificado según nacionalidad de los padres. Señalando, además cuál era su condición migratoria al momento de ser inscrito su hijo (o hijos), como "hijo de extranjero transeúnte", considerando el mismo espacio de tiempo.
- 5.- Información relativa al mismo número de casos de personas (niños y niñas) inscritas como "hijos de extranjeros transeúntes" que luego fueron inscritas (mediante rectificación) con la nacionalidad Chilena, considerando el mismo espacio de tiempo.
- 6.- Señalar, cual fue la causa de las modificaciones de las inscripciones (según el tenor del punto 5.). Por ejemplo, recurso de reclamación ante la corte suprema, de oficio u otro mecanismo, considerando el mismo espacio de tiempo.
- 7.- Hacer señalamiento de los reglamentos emitidos por este servicio para subsanar esta clase de inscripción (como "hijo de extranjero transeúnte") o mejorar la celeridad de los trámites a realizar por parte de los padres cuando se enfrentan a esta situación. Reglamentos emitidos desde el año 1990 a la fecha. Mencionado además, si se encuentra alguno vigente.
- 8.- Acompañar o adjuntar los reglamentos solicitados en el punto 7, de existir o haber existido. ..." podemos informar lo siguiente:

Respecto de los puntos 1 al 4 de su solicitud, podrá descargar un archivo en formato planilla electrónica el cual se encuentra disponible en la dirección que se indica a continuación:

http://transparencia.srci.cl/docs/Anexo_respuesta_AK002W0004787.xls

Este archivo contiene en la primera hoja la información disponible en la base de datos de 1990 al 2000 de inscripciones de "extranjeros transeúntes" desagregada por año, oficina, región y sexo. Se hace presente que de este rango de fechas 1990 al 2000, no se informa la nacionalidad de los padres al momento de la inscripción por no estar informada en el sistema.

En la segunda hoja encontrará un archivo con el total de inscripciones desde el año 2000 a la fecha, desagregado por año, oficina, región, sexo, nacionalidad del padre y nacionalidad de la madre.

Respecto de los puntos 5, 6, 7 y 8 informo a usted lo siguiente:

Las materias de nacionalidad son de competencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Sin perjuicio de lo anterior, con respecto a la consulta del N° 5, cabe señalar, que no es posible extraer dicha información directamente desde la base de datos, considerando como período de tiempo desde el año 1990 a la fecha, y hacerlo en forma manual, significaría distraer de sus funciones habituales a un elevado número de funcionarios, por lo que concurre al efecto la causal de reserva o secreto establecida en la letra c) del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, la que dispone que se podrá denegar total o parcialmente la entrega de la información "1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales".

En este sentido, se informa que la ley contempla un plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la presente respuesta, para que usted solicite amparo a su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia y que se procederá en su oportunidad a incorporar esta respuesta, en el Índice de actos y documentos calificados como secretos y reservados del Servicio.

En cuanto a lo consultado en el punto N° 6, cabe señalar, que las modificaciones obedecen principalmente a comunicaciones mediante Oficios enviados por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que ordenan a este Servicio eliminar la anotación de "hijo de extranjero transeúnte", en consideración a la situación migratoria de los padres al momento del nacimiento del hijo/a. También, hay casos de reclamos de nacionalidad, en que la Corte Suprema ha ordenado eliminar dicha anotación.

Con respecto a lo consultado en el punto N° 7, cabe hacer presente, que en materia de nacionalidad, es el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Organismo que fija las directrices, normas e instrucciones en materia de nacionalidad. Sin

perjuicio de lo anterior, la materia en comento se encuentra abordada en este Servicio en los DG CIRC N° 28/96, de 23 de julio de 1996, DG CIRC N° 3054, de fecha 27 de agosto de 1996, Resolución Exenta N° 3207, de 08 de agosto de 2014, y DN CIRC N° 18, de 19 de agosto de 2014.

Finalmente, en relación a lo consultado en el punto N° 8, se informa a usted, que deberá requerir dicha documentación, directamente en la Subdirección de Operaciones, ubicada en Merced N° 385, Piso 3°, Santiago.

Hago presente a usted, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la información Pública, se establece que cuando la información esté permanentemente a disposición del público o lo esté en medios impresos tales, como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración, así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o cualquier otro medio, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, con la cual se entenderá que la Administración ha cumplido su deber de informar.

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.

Esperando haber dado respuesta efectiva a su requerimiento, le saluda cordialmente,


ROLANDO MARTÍNEZ GONZALEZ
director de Estudios y Desarrollo (TP)



RMG/mpm
Distribución:
- La indicada
- Archivo SED #35979

Poder Judicial

ACUSE DE RECIBO DE SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
LEY DE TRANSPARENCIA
NR001T0000147



Fecha: 17/10/2014 Hora: 13:00:28



1. Contenido de la Solicitud

Nombre y apellidos o razón social: FREDDY HENRIQUEZ CELEDON

Tipo de persona: Natural

Dirección postal y/o correo electrónico: [REDACTED]

Nombre de apoderado (si corresponde):

Solicitud realizada: Solicitud de información sobre la cantidad o número de recursos de reclamación de nacionalidad interpuestos desde 1960 a la fecha ante la Corte Suprema. Asimismo, el número, de tales recursos, que fueron interpuestos en favor de "hijos de extranjeros transeúntes".

Observaciones:

Archivos adjuntos:

Medio de envío o retiro de la información: Correo electrónico

Formato de entrega de la información: PDF

Sesión iniciada en Portal: Si

Vía de ingreso en el organismo: Vía electrónica

De acuerdo a su requerimiento, este organismo procederá a verificar lo siguiente:

- a) Si su presentación constituye una solicitud de información.
- b) Si nuestra institución es competente para dar respuesta a ésta.
- c) Si su solicitud cumple con los requisitos obligatorios establecidos en el artículo 12 de la Ley de Transparencia.

2. Fecha de entrega vence el: 17/11/2014

El plazo máximo para responder una solicitud de información es de veinte (20) días hábiles. De acuerdo a su presentación la fecha máxima de entrega de la respuesta es el día 17/11/2014. Se informa además que excepcionalmente el plazo referido podrá ser prorrogado por otros 10 días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley de Transparencia.

Informamos además que la entrega de información eventualmente podrá estar condicionada al cobro de los costos directos de reproducción. Por su parte, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Transparencia, el no pago de tales costos suspende la entrega de la información requerida.

En caso que su solicitud de información no sea respondida en el plazo de veinte (20) días hábiles, o sea ésta denegada o bien la respuesta sea incompleta o no corresponda a lo solicitado, usted podrá interponer un reclamo por denegación de información ante la Comisión de Transparencia del Poder Judicial dentro del plazo de 15 días hábiles, contados desde la notificación de la denegación de acceso a la información, o desde que haya expirado el plazo definido para dar respuesta, los reclamos se pueden presentar a través del correo transparencia@pjud.cl cuyo teléfono de contacto es el 02-28735258

3. Seguimiento de la solicitud

Con este código de solicitud: NR001T0000147, podrá hacer seguimiento a su solicitud de acceso a través de los siguientes medios:

- a) Directamente llamando al teléfono del organismo: (02) 2 873 5000
- b) Consultando presencialmente, en oficinas del organismo "Poder Judicial", ubicadas en Compañía 1140 Piso 2, Santiago, en el horario 8:30 - 17:00 hrs
- c) Digitando código de solicitud en www.portaltransparencia.cl opción "hacer seguimiento a solicitudes"

Compañía 1140 Piso 2, Santiago

Poder Judicial

4. Eventual subsanación

Si su solicitud de información no cumple con todos los requisitos señalados en el artículo 12 de la Ley de Transparencia, se le solicitará la subsanación o corrección de la misma, para lo cual tendrá un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde la notificación del requerimiento de subsanación. En caso que usted no responda a esta subsanación dentro del plazo señalado, se le tendrá por desistido de su petición.

Compañía 1140 Piso 2, Santiago



Carta DEN LT N° 446 /2014
Santiago, 17 de diciembre de 2014

Señor
Freddy Moisés Henríquez Celedón
[Redacted]
[Redacted] Región Metropolitana
Presente

De mi consideración:

Acuso recibo de vuestra solicitud de acceso a la información, ingresada a esta Fiscalía Nacional el 18 de noviembre pasado, a la que se le asignó el folio interno N° 317/14, en virtud de la cual, en su calidad de estudiante de la Universidad de Chile y para los efectos de realizar su tesis de pregrado solicita los siguientes antecedentes:

1. El número de casos o investigaciones sobre hechos constitutivos de delito de tráfico ilícito de migrantes desde el año 2011 (inclusive) a la fecha, investigados por el Ministerio Público en todas las regiones del país.
2. Dentro del mismo período temporal y respecto de cada región del país, solicito información sobre el número de casos o investigaciones formalizadas por el mismo delito, el número en las que se acusó y finalmente el número de sentencias recaídas en esta materia con señalamiento del número en que existió condena.
3. Siguiendo el mismo espíritu de la información solicitada, ruego señalar además: - Número de identificación de las causas o investigaciones - Nacionalidad de las víctimas -Nacionalidad de los victimarios -Nacionalidad de los autores de los delitos y la efectiva condena decretada por el tribunal -Si las investigaciones por parte del Ministerio Público se iniciaron por denuncia, querrela o de oficio. Y en el caso de las dos primeras, indicar quien las efectuó (vale decir un tercero, un organismo público o la propia víctima)

Sobre la materia, cumplo con señalar a Ud. que la información estadística oficial del Ministerio Público es aquella contenida en los Boletines Estadísticos de la Institución, los que se publican de manera trimestral, semestral y anual en la página Web institucional www.fiscaliadechile.cl, *Banner Estadísticas* y que son elaborados por la División de Estudios de la Fiscalía Nacional, desde el año 2004 a la fecha. La información contenida en dichos boletines es pública y por tanto puede ser consultada directamente por Ud. en nuestra página Web institucional.



Una vez aclarado lo anterior, le informamos que no es posible entregar la totalidad de los antecedentes solicitados pues su obtención implicaría distraer indebidamente a los funcionarios de esta Institución del cumplimiento regular de sus funciones habituales, situación que configura la causal de reserva contemplada en el Art. 21 N° 1 letra c) de la Ley 20.285.

A mayor abundamiento, los registros computacionales del Ministerio Público se estructuran según códigos de delitos y diligencias efectivamente realizadas en cada investigación, de modo tal que, no es posible extraer de manera informática antecedentes relativos a la nacionalidad de los intervinientes o la forma de inicio de las investigaciones.

Sin perjuicio de lo señalado, adjunto remito a Ud. información estadísticas proporcionada por la Unidad de Lavado de Dinero y Delitos Económicos de esta Fiscalía Nacional (ULDDECO), referida a delitos de trata de personas con fines de trabajos forzados, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para el tráfico de migrantes, para el período que va entre abril del 2011 y noviembre de 2014.

En caso de dudas o de requerir información complementaria, le sugerimos contactarse con la Unidad de Lavado de Dinero y Delitos Económicos de esta Fiscalía Nacional.

Saluda atentamente a Ud.,


JORGE ABBOTT CHARME
DIRECTOR EJECUTIVO NACIONAL
MINISTERIO PÚBLICO

MJS/GSR/aj.
ID 1378.
C.c: Archivo Sistema Transparencia Fiscalía Nacional.
Archivo DEN.

General Macloverna 1369 - piso 2 - Santiago
Fono: (56-2) 2965 9500 - www.fiscaliafiscalia.cl



Carta DEN / LT N° 018/2015
Santiago, 22 de enero de 2015

Señor
Freddy Molsés Henríquez Celedón
Presente

De mi consideración:

Acuso recibo de vuestra solicitud de acceso a la información, ingresada a esta Fiscalía Nacional el 15 de enero en curso, a través de formulario web SIAU ID. 1527, folio interno N° 11/15, por la que, en su calidad de estudiante de la Universidad de Chile y para los efectos de realizar su tesis de pregrado, reitera vuestra solicitud de información anterior, ID. 1376, folio interno N° 317/14, referente a estadísticas sobre el tráfico ilícito de migrantes.

Al respecto, es del caso señalar que por Carta DEN LT N° 446/2014, de 17 de diciembre de 2014, dirigida al domicilio indicado en su presentación, se dio respuesta a vuestra solicitud, adjuntando información estadística proporcionada por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO) de la Fiscalía Nacional.

Lamentamos que no la haya recibido. Esto, debido a que Correos de Chile devolvió a la Fiscalía Nacional tal correspondencia, por no haber quien reciba, según da cuenta la copia del sobre devuelto y que se adjunta para su conocimiento.

Ahora bien, aclarado lo anterior, se le envía por esta vía Carta DEN LT N° 446 /2014 y archivos adjuntos: Estadísticas ULDDECO, ID. 1376, 317-14, en formato excel y pdf, la que responde vuestro requerimiento de información. En consecuencia, en lo tocante a su actual ingreso ID. 1527, folio interno N° 11/15, le solicitamos atenerse a esa contestación.

Por otro lado, en atención al contexto académico por el cual usted ha solicitado la información, y complementando lo señalado en la Carta DEN LT N° 446/2014, en caso de dudas puede consultar al Subdirector de Lavado de Dinero y Crimen Organizado de ULDDECO, Sr. Marcelo Contreras Rojas, previa coordinación con las secretarías de la Unidad, señoras Stephanie Ardiles o Cristina Alcantar, a los siguientes teléfonos: 22 9659516; 22 9659530.



Finalmente, cabe indicar que se encuentra también a su disposición el sobre en cuestión, por si fuere de su interés retirarlo personalmente desde las dependencias de la Fiscalía Nacional, ubicada en General Mackenna N° 1369, Santiago.

Esperando que la información proporcionada le sea de utilidad, lo saluda atentamente,


JORGE ABBOTT CHARME
DIRECTOR EJECUTIVO NACIONAL
MINISTERIO PÚBLICO

Déj: PCCV/amg
L.D. 1527; folio ítemo N° 11/15.
Adj. Lo Indicado.
C.c.

Sr. Director ULDECO. (Incl.: copia Carta DEN LT N° 448/2014 e ID. 1527)
Sr. Subdirector Marcelo Contreras Rojas. (Incl.: copia Carta DEN LT N° 448/2014 e ID. 1527)
Archivo Sistema Transparencia, Fiscalía Nacional.
Archivo DEN.