

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

**FAJARDO/SERVICIO NACIONAL DE
MIGRACION**

Rol:

1750-2024

Fecha de sentencia:	14-08-2024
Sala:	Tercera
Tipo Recurso:	Protección-Migración
Resultado recurso:	ACOGIDA SIN COSTAS
Corte de origen:	C.A. de Antofagasta
Cita bibliográfica:	FAJARDO/SERVICIO NACIONAL DE MIGRACION: 14-08-2024 (-), Rol N° 1750-2024. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dijf8). Fecha de consulta: 20-08-2024



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Antofagasta, a catorce de agosto de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

Comparece Juan Eduardo Guzmán Zúñiga, abogado de la Clínica Jurídica de la Universidad Católica del Norte, en favor de doña Carmen Luisa Fajardo, venezolana, pasaporte N°16394035, domiciliada en calle Covadonga Nueva N°1430 de Antofagasta, quien deduce recurso de protección en favor de su hijo Jonathan David Echegaray, de once años de edad, en contra del Servicio Nacional de Migraciones, representado por don Luis Thayer Correa, ambos domiciliados en San Antonio N°580 Santiago, solicitando se ordene al recurrido que acepte como medio de identificación el run provisorio presentado en su oportunidad, para continuar con la tramitación de residencia temporal, o las medidas que se estimen pertinentes.

El recurrido evacuó el informe, pidiendo el rechazo de la acción.

Puesta la causa en estado, se trajeron los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el recurso se indica que la recurrente, de nacionalidad venezolana, ingresó al territorio nacional el 7 de febrero de 2020 por paso no habilitado, autodenunciándose el día 10 de marzo de ese año para poder realizar las gestiones necesarias para regularizarse y poder cambiar su calidad migratoria. Añade que sus motivaciones eran escapar de la situación actual de su país y poder generar recursos económicos, puesto que tiene dos hijos, y por ello, decidió emprender el rumbo hacia nuestro país sola, sabiendo el peligro que ello conlleva y lo que implica ingresar al país por paso no habilitado.

Refiere que después del ingreso de la recurrente, ingresó su hijo mayor Gustavo Moisés Echegaray de 20 años, y luego su pareja con su hijo menor, Jonathan David Echegaray de nueve años en ese entonces.

Explica que según la constancia de nacimiento N°5849625, la cual consta en partida de nacimiento apostillada Número de Trámite: 29609.2022.4.5586 del hijo menor de la recurrente, Jonathan Echegaray, y según el artículo 224 del Código Civil es la recurrente quien detenta el cuidado personal de sus hijos, y en especial de su hijo menor de edad Jonathan, por lo que se entiende procedente la aplicación del principio de corresponsabilidad, porque es ella quien participa de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de su hijo Jonathan.

Expresa que actualmente Jonathan David Echegaray de once años, es estudiante regular del Liceo de Hombres en la ciudad de Antofagasta desde el año 2021 y pertenece al sistema de salud FONASA, por lo que se encuentra completamente radicado en Chile, toda vez que su núcleo familiar también se encuentra actualmente en el país.

Señala que el 13 de junio del 2023 se presentó ante el Juzgado de Familia de Antofagasta una medida de protección Rol P-2444-2023, para solicitarle al tribunal que oficie al Registro Civil para que en definitiva se le otorgue una Cédula de Identidad Chilena a Jonathan para que con ello pueda realizar el trámite de regularización de visa temporal en relación a la subcategoría migratoria de NNA, petición a la que el Tribunal accedió y ofició al Registro Civil e Identificación para que asigne un RUN provisorio al menor.

Indica que el 27 de enero de 2024 se presentó la solicitud de residencia temporal de Jonathan Echegaray, Código de Trámite: 68366930, acompañando como documento de identidad el RUN provisorio 28.206.824-9 entregado por el Registro Civil e Identificación, quedando entonces por acreditada la identidad del menor, no obstante, el 6 de junio de 2024 el Servicio Nacional de Migraciones adjunta, a través de la plataforma dispuesta para la tramitación de la residencia temporal, un documento denominado: "Solicitud incompleta o insuficiente. Otorga plazo para remitir documentos

adicionales” folio N°59877035 en que el Servicio da cuenta de la falta de dos documentos que, de no presentarse en un plazo de 60 días corridos contados desde la emisión de este, suponen el rechazo de la solicitud en cuestión, siendo los documentos faltantes: 1. Hoja de Identificación del documento de identificación y 2. Declaración de cuidados.

Afirma que respecto del primer documento solicitado, la recurrente no posee los medios para obtener el DNI, Pasaporte o Constancia Consular dentro del plazo establecido, poniendo en riesgo entonces la continuidad del proceso de regularización migratoria de su hijo, y asimismo, el Servicio Nacional de Migraciones a través de ese documento, está adicionando un requisito para la obtención de la visa de NNA que no establece la normativa, pues es el propio Decreto 177 de 2022 que en su artículo 45 inciso sexto establece, respecto de la visa para NNA, que: “En cuanto a la ausencia de un pasaporte o documento de identidad, ello no será impedimento para la regularidad migratoria (...)”.

Enfatiza que la exigencia del Servicio respecto de la documentación de identidad del menor constituye una conducta ilegal y arbitraria que pone en riesgo la regularización migratoria del NNA, y por ello su acción de protección pretende que se ordene al Servicio Nacional de Migraciones que acepte la documentación de identidad presentada en su momento y en definitiva dé continuidad al proceso de residencia temporaria del menor.

Refiere que la decisión por parte del Servicio Nacional de Migraciones de solicitar DNI o Pasaporte del país de origen, bajo la condición de tener por rechazada la solicitud de residencia temporal del menor Jonathan Echegaray, documento folio: 59877035, transgrede el Decreto 177 del año 2022 reiterando que dicha norma señala, respecto de los niños, niñas y adolescentes, en su artículo 45 inciso sexto que “(...) En cuanto a la ausencia de un pasaporte o documento de identidad, ello no será impedimento para su regularidad migratoria, debiendo al respecto aplicarse lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto, quinto del artículo 14 del reglamento de la ley N°21.325”

Seguidamente sostuvo la vulneración a la igualdad ante la ley, reproduciendo el artículo 19 N°2 de la Constitución Política, en relación con el artículo 57 del Código Civil. Asimismo, se refirió al interés superior del niño, conforme a las normas que cita y al derecho a la igualdad y no discriminación

arbitraria, según el artículo 8 de la Ley 21.430.

Destaca que el Juzgado de Familia en la causa de medida de protección RIT P-2444-2023 ordenó oficiar al Registro Civil e Identificación para que asigne RUN provisorio al niño extranjero sujeto de medida de protección Jonathan Echegaray Fajardo, Rut Provisorio 100521891-4, nacido en Municipio Caroni, Estado Bolívar, Venezuela, el 29 de abril del 2013, de sexo masculino, haciendo presente que al otorgarle el registro civil un run provisorio al NNA, sus huellas digitales fueron tomadas para la entrega de la cédula, por ende, se acredita su identidad, no siendo una exigencia del decreto supremo 177 la exigencia de una cedula de identidad del país del solicitante o un pasaporte y es la misma página del Servicio la que no exige documento de Identificación del país de origen.

Termina solicitando disponer que se tomen las medidas necesarias para restablecer y resguardar el imperio del derecho, en particular, ordenando al Servicio Nacional de Migraciones que acepte como medio de identificación, el RUN provisorio presentado en su oportunidad para efectos de continuar con la tramitación de su solicitud de residencia temporal, o en definitiva tomar las medidas que se estimen pertinentes.

SEGUNDO: Que informó la abogada Pamela Ahumada Zamorano, en representación del Servicio Nacional de Migraciones, solicitando el rechazo de la acción constitucional de protección en todas sus partes, por no existir acción u omisión ilegal o arbitraria que pueda vulnerar los derechos invocados por la recurrente.

Refiere que mediante ID N°68366930 se solicitó permiso de Residencia Temporal, respecto del niño, niña o adolescente identificado como Jonathan David Echegaray Fajardo, nacional de Venezuela, pero evaluados los antecedentes acompañados en la solicitud, esta no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 21.325 y su reglamento al no presentar (sic):

“Hoja de identificación del documento de identificación(*)

No Presento El Documento Requerido: El documento presentado no era el que se le estaba solicitando
- Declaración de cuidados

Vigente: El documento se encuentra vencido de acuerdo a los plazos estipulados”.

Explica que lo anterior guarda relación con lo indicado en el artículo 11 letra a) y artículo 45 inc. 2° y 3° del Decreto N°177 de fecha 14 de mayo de 2022, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a saber:

Artículo 11.- Sin perjuicio de los requisitos específicos requeridos en cada subcategoría migratoria, y salvo mención expresa en contrario, deberán adjuntarse a toda solicitud los siguientes documentos:

a) Una copia del pasaporte del interesado, el que deberá tener una vigencia que no sea inferior a un año a la fecha de presentación de la solicitud.

Artículo 45 inc. 2° y inc. 3°:

La solicitud debe ser realizada por el padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal, a través de la plataforma que al efecto pondrá a disposición el Servicio Nacional de Migraciones. Esta visa no será un beneficio extensible a los miembros del grupo familiar, guardador o persona encargada de su cuidado personal.

Los solicitantes deberán acreditar la filiación mediante el correspondiente certificado de nacimiento. Para acreditar el cuidado personal o curaduría deberán presentar los documentos otorgados por la entidad que sea competente de conformidad con el ordenamiento vigente en el Estado que otorgó el cuidado personal o la curaduría.

Destaca que el principal fundamento para la solicitud de estos documentos es evitar situaciones de invisibilización de la real identidad de la persona, y que puedan llegar a constituir un secuestro internacional o un delito de trata de personas, resultando imperativo dar cumplimiento a los requisitos documentales que acrediten la identidad de un niño, niña o adolescente, como también la forma en la que estos deben presentarse, y si las personas que están solicitando el beneficio migratorio para el N.N.A., son quienes dicen ser y cuál es el vínculo que mantienen, más aún cuando su sustento se encuentra en la misma Ley, en específico en los artículos 11 y 45 del Decreto 177 ya mencionado.

Refiere que por notificación de 6 de junio de 2024 se le comunicó a la persona interesada, respecto de la insuficiencia documental relacionada a la solicitud presentada en favor del niño Jonathan Echegaray Fajardo, otorgándole el plazo de 60 días para presentar los antecedentes requeridos por esta autoridad, plazo aún vigente para la presentación de la documentación solicitada.

Explica que de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la Ley N°21.325 de Migración y Extranjería, el Estado promoverá que los extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país y para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus derechos de conformidad con la Constitución Política de la República, la ley y los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, y en virtud del artículo 157 N°5 de la Ley referidas, es facultad del Servicio Nacional de Migraciones, resolver el otorgamiento, prórroga, rechazo y revocación de los permisos de residencia y permanencia, además de determinar la vigencia de los mismos, sin perjuicio de las facultades que correspondan a la autoridad migratoria en el exterior.

Explica que si bien el Decreto N°177 establece en su artículo 10° letra h) el permiso de residencia temporal por razones humanitarias, y en su N°5 contempla la situación de niños, niñas y adolescentes, a quienes se deberá otorgar permiso de residencia temporal, en este caso no ha acreditado hasta la fecha la identidad del solicitante y la tutela del niño niña o adolescente con quien realiza la solicitud en su representación, estando a la espera de la remisión de la documentación solicitada para continuar con la tramitación de la solicitud de residencia del N.N.A.

Seguidamente se refirió al trámite de solicitud de residencia por reunificación familiar, indicando que una de las subcategorías creadas por la Ley 21.325 consiste en la residencia humanitaria para niños, niñas y adolescentes, la cual la encontramos en el artículo 45, en relación con los artículos 10 y 11 del decreto 177 del año 2022 que establece las subcategorías migratorias, reproduciendo el contenido del artículo 45, e indicando que en este caso específico se solicitó residencia temporal en beneficio del niño Jonathan por lo que se encontraría dentro del supuesto mencionado en el artículo 12 letra h), numeral 5 del decreto 177 del año 2022 que señala:

“Artículo 12.- Aquel extranjero que acredite, en la forma regulada en este párrafo, tener alguno de los vínculos que se señalan a continuación con un chileno o con un extranjero titular de un permiso de residencia definitiva, podrá acceder a un permiso de residencia temporal por reunificación familiar.

Los interesados deberán contar con alguna de las siguientes calidades respecto del chileno o extranjero con residencia definitiva:

h) Permiso otorgado por razones humanitarias. Este permiso se subclasifica en:

§ 1.- Permiso para víctimas de trata de personas

§ 2.- Permiso para víctimas de violencia intrafamiliar o de género

§ 3.- Permiso para víctimas de tráfico ilícito de migrantes

§ 4.- Permiso especial para mujeres extranjeras en situación de embarazo

§ 5.- Situación de niños, niñas y adolescentes”

Hace presente que existen requisitos documentales comunes a todas las residencias contenidas en el decreto 177, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 11 del mencionado cuerpo legal, estos requisitos son:

“Artículo 11.- Sin perjuicio de los requisitos específicos requeridos en cada subcategoría migratoria, y salvo mención expresa en contrario, deberán adjuntarse a toda solicitud los siguientes documentos:

a) Una copia del pasaporte del interesado, el que deberá tener una vigencia que no sea inferior a un año a la fecha de presentación de la solicitud.

b) En el caso de los solicitantes que según la ley chilena sean mayores de edad, el certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por la autoridad competente de su país de origen o de aquel en el cual hayan residido en los últimos 5 años. En caso que la residencia en un país distinto al de origen haya tenido lugar en un lapso menor a los últimos 5 años, deberá adjuntarse el certificado o documento equivalente, expedido por las autoridades competentes de los diferentes países en los que haya residido durante dicho periodo.

Igualmente, la plataforma electrónica requerirá a los interesados la expresión de sus nombres y apellidos, y la indicación de un correo electrónico al cual realizar las notificaciones a que haya lugar.

Del mismo modo, deberán exponer los hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud.

Lo dispuesto en este artículo no afectará la aplicación de acuerdos internacionales celebrados por Chile que establezcan normas específicas en esta materia y que se encuentren vigentes”.

Afirma que faltando el documento de identificación del niño, así como no encontrándose vigente la declaración jurada firmada ante Notario, es que con fecha 6 de junio de 2024 se remitió a la solicitante comunicación que otorga un plazo de 60 días para subsanar la documentación solicitada y remitirla al Servicio para continuar la tramitación de la residencia del niño Jonathan Echegaray Fajardo, por lo que su parte entiende que no existe una conducta que genere vulneración, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos protegidos por la acción de protección, quedando asentado el hecho de que actualmente la libertad personal del recurrente no se encuentra en lo absoluto amenazada, restringida o conculcada por alguna acción u omisión de este Servicio.

Termina solicitando el rechazo de la presente acción constitucional de protección en todas sus partes respecto del extranjero recurrente por no existir acción u omisión ilegal o arbitraria por parte de esta autoridad que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de alguno de los derechos enumerados por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, así como el rechazo a la condena en costas a ese Servicio.

TERCERO: Que, de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República, el recurso de protección de garantías constitucionales constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

CUARTO: Que el recurso de protección, como acción cautelar de urgencia, carece de las garantías procesales de un juicio declarativo de lato conocimiento, razón por la que sólo ampara derechos no controvertidos o indubitados.

En este sentido, un acto u omisión es arbitrario cuando carece de razonabilidad, de fundamentación suficiente, de sustentación lógica, es decir, cuando no existe razón que lo fundamente y quien actúa lo hace por mero capricho.

El acto u omisión será ilegal cuando no reúne los requisitos legales, es contrario a derecho o a la ley o no se atiende estrictamente a la normativa legal vigente.

QUINTO: Que, en la especie, se dirige la acción en contra del supuesto actuar ilegal y arbitrario de la recurrida, por haber solicitado pasaporte o documento nacional de identificación del país de origen del niño Jonathan David EcheGARAY Fajardo, respecto del cual se solicitó permiso de residencia temporal, fijándose el plazo de 60 días corridos para remitir la documentación, pues, en caso de no adjuntarse la documentación requerida, la autoridad migratoria podrá rechazar la solicitud.

SEXTO: Que el Decreto 177 que establece las Subcategorías Migratorias de Residencia Temporal en su artículo 45 establece:

“Artículo 45.- Se deberá otorgar permiso de residencia temporal a los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, independientemente de la situación migratoria del padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal. El trámite de esta solicitud tendrá carácter preferente respecto de otras categorías y subcategorías de residencia temporal.

La solicitud debe ser realizada por el padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal, a través de la plataforma que al efecto pondrá a disposición el Servicio Nacional de Migraciones. Esta visa no será un beneficio extensible a los miembros del grupo familiar, guardador o persona encargada de su cuidado personal.

Los solicitantes deberán acreditar la filiación mediante el correspondiente certificado de nacimiento. Para acreditar el cuidado personal o curaduría deberán presentar los documentos otorgados por la entidad que sea competente de conformidad con el ordenamiento vigente en el Estado que otorgó el cuidado personal o la curaduría.

En el evento de no existir certeza acerca de la identidad y mayoría de edad de un extranjero, se

pondrán los antecedentes a disposición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes, conforme a la legislación vigente, con el objeto de resguardar sus derechos.

En aquellos casos en que un niño, niña o adolescente no acompañado ingrese al territorio nacional, y no se encuentre en otro de los casos previstos en el presente párrafo, corresponderá a la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes conforme a la legislación vigente solicitar un permiso de residencia temporal en favor de aquellos que sean puestos bajo su cuidado o protección, procurando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

En ningún caso se exigirá a los niños, niñas y adolescentes un certificado de antecedentes penales. En cuanto a la ausencia de un pasaporte o documento de identidad, ello no será impedimento para su regularidad migratoria, debiendo al respecto aplicarse lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto, quinto del artículo 14 del reglamento de la ley N°21.325.

Estas solicitudes deberán realizarse a través de la plataforma que al efecto pondrá a disposición el Servicio Nacional de Migraciones”.

Por su parte el artículo 10 del referido Decreto expresa en lo pertinente: “Artículo 10.- Las subcategorías de residencia temporal que se regulan en el presente decreto son las siguientes:

a) Permiso de reunificación familiar...

...h) Permiso otorgado por razones humanitarias. Este permiso se subclasifica en:

§ 5.- Situación de niños, niñas y adolescentes...

A su turno, el artículo 11 del mismo Decreto señala: “Artículo 11.- Sin perjuicio de los requisitos específicos requeridos en cada subcategoría migratoria, y salvo mención expresa en contrario, deberán adjuntarse a toda solicitud los siguientes documentos:

a) Una copia del pasaporte del interesado, el que deberá tener una vigencia que no sea inferior a un año a la fecha de presentación de la solicitud.

b) En el caso de los solicitantes que según la ley chilena sean mayores de edad, el certificado de

antecedentes penales o documento equivalente expedido por la autoridad competente de su país de origen o de aquel en el cual hayan residido en los últimos 5 años. En caso que la residencia en un país distinto al de origen haya tenido lugar en un lapso menor a los últimos 5 años, deberá adjuntarse el certificado o documento equivalente, expedido por las autoridades competentes de los diferentes países en los que haya residido durante dicho periodo.

Igualmente, la plataforma electrónica requerirá a los interesados la expresión de sus nombres y apellidos, y la indicación de un correo electrónico al cual realizar las notificaciones a que haya lugar. Del mismo modo, deberán exponer los hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud.

Lo dispuesto en este artículo no afectará la aplicación de acuerdos internacionales celebrados por Chile que establezcan normas específicas en esta materia y que se encuentren vigentes”.

SÉPTIMO: Que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.

En el presente caso, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal.

El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato y por tanto un deber constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales.

OCTAVO: Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los

derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6 de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso.

NOVENO: Que, en concepto de esta Corte, en el presente caso, si bien el acto cuestionado no es ilegal, porque fue dictado por la autoridad competente, dentro del ámbito de sus facultades y conforme a las exigencias contenidas en los artículos 11, 12 y 45 del Decreto 177 que establece las Subcategorías Migratorias de Residencia Temporal, empero, el plazo conferido por la autoridad migratoria, resulta exiguo para que la actora pueda allegar los documentos solicitados, pues, éstos deben ser requeridos y obtenidos a través de las autoridades del país de origen, lo que torna arbitrario el acto impugnado, además de vulneratorio de la garantía constitucional esgrimida, razón por la que se acogerá el recurso en la forma que se señalará en la parte resolutive.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, SE ACOGE, sin costas, el recurso de protección deducido por el abogado Juan Guzmán Zúñiga, en representación de doña Carmen Luisa Fajardo y ésta en favor del niño Jonathan David Echegaray Fajardo, sólo en cuanto el Servicio Nacional de Migraciones, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, deberá otorgar a la recurrente el plazo de ciento veinte días corridos desde que quede ejecutoriada la presente sentencia, con el objeto que se acompañen los documentos solicitados, para proseguir con la tramitación del permiso de residencia temporal solicitado.

Regístrese y comuníquese.

Rol 1.750-2024 (PROTECCIÓN)

2