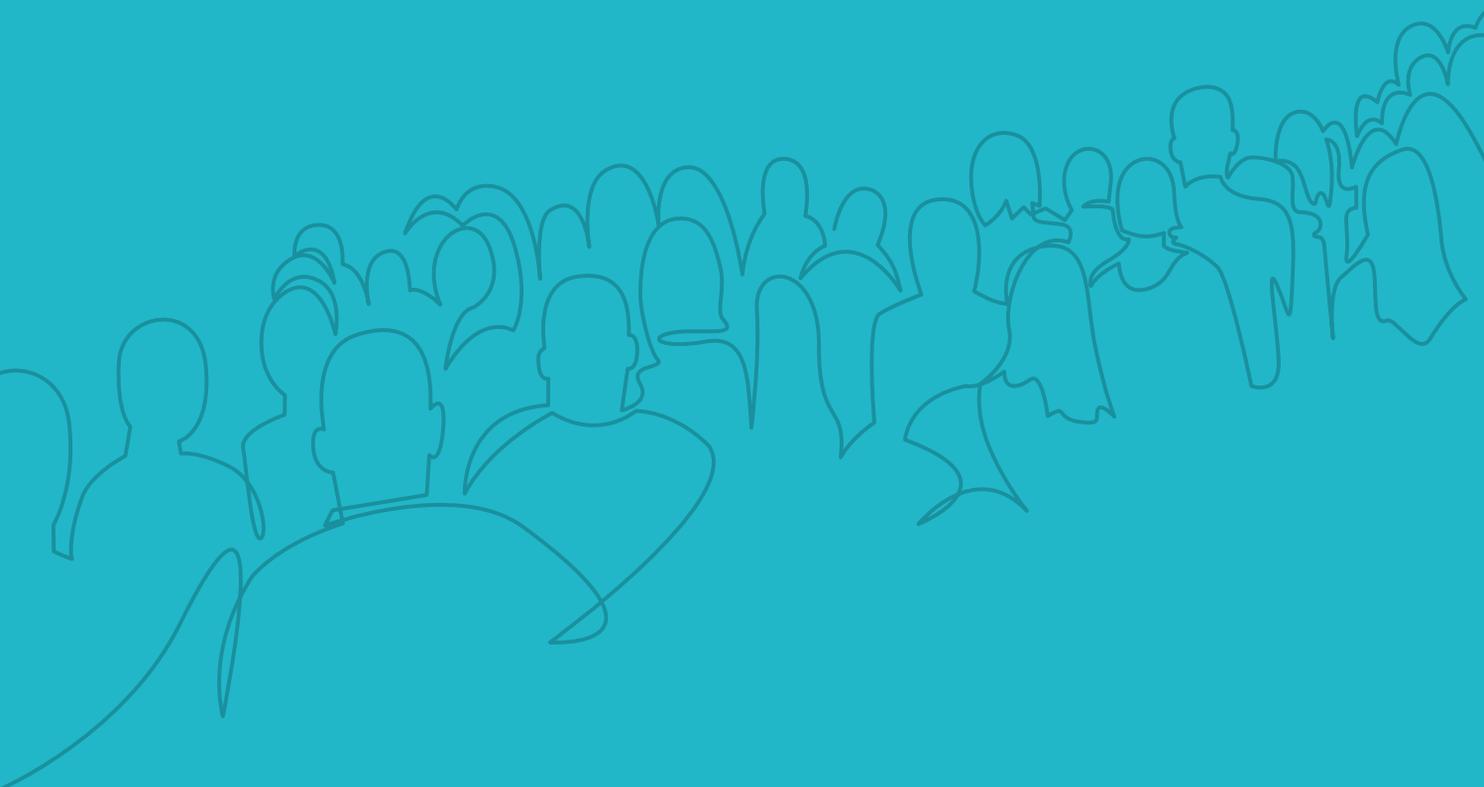




udp FACULTAD
DE DERECHO

Boletín de Jurisprudencia y Derecho Migratorio

Boletín N°10 año III
Diciembre 2022



Sentencias destacadas del mes

Corte Suprema confirmó fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique que dejó sin efecto resolución que decretó orden de expulsión respecto de ciudadano venezolano que contaba con certificado de afiliación a Fonasa. [Corte Suprema / Apelación amparo / 170540-2022 \(30.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Iquique acogió un recurso de amparo interpuesto por tres ciudadanos venezolanos por decreto de expulsión dictado en su contra, pero sólo respecto de uno de los amparados. El tribunal de primera instancia señaló que, si bien el acto reclamado no es contrario a derecho, por cuanto es facultad del Intendente Regional disponer la expulsión del territorio nacional de un extranjero que ingresó al país por paso no habilitado, uno de los amparados cuenta con certificado de afiliación a Fonasa, sin especificarse tramo alguno, lo que da cuenta de una situación de arraigo en el país que debió ser considerada por la autoridad pública, debiendo entonces ser acogida la acción de amparo a su respecto. La acción fue rechazada respecto de los otros dos amparados. La Corte Suprema confirmó el fallo. [\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

Corte Suprema revocó fallo de la Corte de Apelaciones de Talca que declaró conforme a derecho resolución que decretó la expulsión de extranjera, la cual carecía de motivación suficiente. [Corte Suprema / Reclamo de ilegalidad / 141285-2022 \(19.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Talca rechazó un reclamo de ilegalidad interpuesto por una

ciudadana haitiana en contra de la resolución que decretó su expulsión por haber ingresado por paso no habilitado al país. El tribunal de primera instancia señaló que no existe afectación a los derechos invocados en la especie, pues la amparada ingresó por paso no habilitado al país, lo cual constituye una de las hipótesis establecidas en el art. 69 de la Ley de Extranjería que faculta a la autoridad para decretar la expulsión del país de un ciudadano extranjero. La Corte Suprema revocó el fallo, señalando que la resolución que dispone la expulsión del país de migrantes en condición irregular debe satisfacer el deber de motivación, y que en este caso el acto reclamado no consideró el arraigo en el país de la amparada, el cual se observa en la irreprochable conducta de la extranjera durante su permanencia en Chile, la calidad de madre que posee respecto de su hijo chileno, y el hecho de mantener la actora una relación de pareja con un extranjero que posee permiso de residencia definitiva en Chile. [\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

La Corte Suprema revocó fallo de primera instancia, acogiendo acción de amparo a favor de ciudadano venezolano respecto de la tramitación de una visa de responsabilidad democrática, basándose en el deber impuesto para el Estado por el principio de reunificación familiar de la ley 20.430. [Corte Suprema / Apelación amparo / 160343 \(09.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó una acción de amparo, interpuesta a favor de

un ciudadano venezolano, a quien se le informó del término de todos los trámites respecto a su solicitud de visa de responsabilidad democrática, a través de un correo electrónico masivo por parte de la Cancillería de Chile. Entre los motivos para rechazar la acción se mencionan el plazo transcurrido de más de dos años entre la ocurrencia del acto supuestamente vulneratorio y la acción presentada, no compatible con la premura característica del recurso de amparo. La Corte Suprema revocó esta decisión, basándose en el principio de reunificación familiar del artículo 9º de la ley 20.430, imponiéndose un deber al Estado de Chile de no ser el causante de impedimentos que dificulten la reunificación pretendida, siendo en este caso, el reencuentro entre el amparado y su hija que reside en Chile.

[\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

Fallo de acción de amparo presentada debido a la demora excesiva en la respuesta a una solicitud de permanencia definitiva fue revocado por no ser la vía idónea y potencialmente contraria al principio de igualdad. [Corte Suprema / Apelación amparo / 161677 \(16.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió una acción de amparo de un ciudadano español por demora de más de dos años en su solicitud de permanencia definitiva. El tribunal de primera instancia acogió la acción por la excesiva dilación en la tramitación de la permanencia definitiva, sin contar a la fecha con resolución final, lo cual permite asumir que la autoridad correspondiente ha infringido la ley 19.880, y por tal, existe amenaza a la libertad personal y seguridad individual del amparado.

La Corte Suprema revocó de manera unánime el fallo, señalando que el recurso de amparo no es la vía idónea para acelerar trámites administrativos ante la autoridad, lo que desvirtuaría así su naturaleza, más aún si ésta no afecta la libertad individual de la persona que la acciona, existiendo otros recursos para lograr el fin deseado. El tribunal agregó que fallar de otra manera podría significar una eventual vulneración al principio de igualdad ante la ley, para aquellos que no utilizarán esta vía. [\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

Corte Suprema revocó la sentencia apelada que acogía una acción de protección interpuesta por la imposibilidad de descargar un estampado electrónico argumentando que existe un procedimiento legal contemplado al efecto.

[Corte Suprema / Apelación Protección / 115164-2022 \(28.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió una acción de protección presentada por un ciudadano venezolano por la imposibilidad de realizar la descarga de su estampado electrónico. El impedimento se había prolongado más de once meses, situación que motivó al tribunal de primera instancia a acoger la acción por considerar que la omisión del estampado electrónico era ilegal y arbitraria, condenando al Servicio Nacional de Migraciones a habilitar la descarga del documento dentro de un plazo de diez días hábiles. Sin embargo, la Tercera Sala de la Corte Suprema revocó la sentencia apelada y sostuvo que la naturaleza de la contienda no era susceptible de ser tutelada por la acción de

protección, toda vez que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos, además de señalar que existe un procedimiento legal contemplado al efecto. [\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

Corte Suprema revocó fallo que dejaba sin efecto una orden de expulsión fundada en la comisión de un delito perpetrado por extranjero con más de veinte años de estadía en el país. [Corte Suprema / Apelación Amparo / 161681-2022 \(16.12.2022\)](#). La Corte de Apelaciones de Santiago acogió una acción de amparo presentada por un ciudadano peruano que buscaba dejar sin efecto una orden de expulsión cuyo fundamento basal era el haber sido condenado por la comisión del delito de tráfico de drogas. El tribunal de primera instancia señaló que la medida impuesta carecía de proporcionalidad y constituía una vulneración al principio de la reunificación familiar, debido a que el extranjero llevaba residiendo más de veinte años en el país, había formado una familia y se encontraba trabajando de manera dependiente con contrato de trabajo vigente.

No obstante, la Segunda Sala de la Corte Suprema revocó la sentencia apelada y señaló que el delito de tráfico de drogas importaba una causal legal para decretar la expulsión del amparado, medida que además estaba fundada y razonada por la Administración y, por ende, no existía una restricción a la libertad personal del ciudadano peruano. [\[Corte de Apelaciones\]](#) [\[Corte Suprema\]](#)

Columna de opinión

¿Cómo influye el arraigo en las decisiones judiciales?

En un interesante trabajo sobre migración, arraigo y apropiación del espacio en la recomposición de identidades socioterritoriales, Margarita Quezada sostiene que el arraigo es un proceso por medio del cual las personas migrantes crean vínculos con el territorio donde residen o ejercen sus actividades cotidianas. Ahora bien, el arraigo no sólo es un concepto que define y describe un fenómeno social, sino también un criterio relevante para el derecho migratorio, especialmente en la obtención de permisos de residencia, y respecto a decisiones administrativas y judiciales.

En las líneas siguientes se abordará el arraigo a partir de cuatro sentencias de la Corte Suprema dictadas en diciembre de 2022 que ya han sido comentadas en la presente edición del Boletín. Estos fallos seleccionados nos permitirán ilustrar y explicar los distintos “tipos” de arraigo y su relación con otros principios y derechos, así como también el criterio para su utilización por parte de tribunales, para considerarlo o desecharlo como fundamento para su decisión. En otras palabras, podremos constatar cómo el arraigo influye, en mayor o menor medida, en las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

Como cuestión previa conviene revisar la relación entre el arraigo y los principios de unidad familiar y reunificación familiar. El principio de unidad familiar se define, grosso modo, como el derecho de toda persona a no ser separada de su familia como consecuencia de una interferencia estatal, siendo deber del Estado no sólo abstenerse de realizar acciones tendientes a ello, sino también propender a la protección y fortalecimiento de la familia de conformidad con el mandato constitucional del artículo 1° de la Carta Fundamental.

Por su parte, el principio de reunificación familiar consiste, en términos sencillos, en el reencuentro de los miembros de un grupo familiar que, por diversas circunstancias, se encuentran separados para que puedan realizar su vida conjuntamente en un territorio determinado y así concretizar el principio de unidad familiar. En nuestro ordenamiento jurídico es la Ley N° 20.430 sobre protección de refugiados -en su artículo 9°- la que ha abordado la reunificación familiar como principio. En cambio, la nueva Ley de Migración y Extranjería N° 21.325 -artículo 19-, únicamente se ha limitado a establecer requisitos específicos para dar cumplimiento efectivo a aquel.

Así, la diferencia entre el arraigo y el principio de reunificación familiar radica en que, mientras el primero es una situación fáctica heterogénea; el segundo está circunscrito a una institución jurídica particular que debe cumplir con un requisito de hecho esencial, a saber: estar separada.

Igualmente, si se pretende invocarlo para la obtención de un permiso de residencia, la persona solicitante deberá estar comprendida en alguna de las hipótesis del artículo 19 de la Ley N° 21.325. Así las cosas, para que concurra la reunificación familiar es necesario que exista arraigo, pero no por haber este último significa que se podrá solicitar la primera. A modo de ejemplo, revisemos la sentencia Rol N° 160343-2022, de 9 de diciembre de 2022.

La sentencia recién señalada sostuvo -a propósito de una acción de amparo presentada por el cierre de una solicitud de visa de responsabilidad democrática realizada por un ciudadano venezolano que le impedía reencontrarse con su hija titular de permanencia definitiva en Chile-, que la decisión de la autoridad administrativa de poner término a las solicitudes por el contexto de la pandemia del Covid-19 no era aceptable si conllevaba la separación familiar por largos períodos de tiempo -más de 4 años en este caso-, revocando el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua y ordenando al Consulado de Chile en Caracas a resolver la petición en un plazo de 60 días.

Lo determinante en la sentencia expuesta no sólo fue el vínculo entre el padre que se encontraba en Venezuela y su hija titular de una residencia definitiva en Chile que habilitaba la causal de aplicación de la reunificación familiar, sino también cómo la Corte aplicó el artículo 9° de la

Ley N° 20.430 a un procedimiento migratorio regulado por otras normas -como lo era la visa de responsabilidad democrática- con tal de extender la aplicación del principio a todo el ordenamiento jurídico migratorio nacional y así fundar su decisión.

Ahora bien, ¿la sola concurrencia del arraigo es motivo suficiente para revertir una decisión judicial desfavorable? Preliminarmente, es pertinente advertir que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme, dado que se trata de una cuestión fundamentalmente casuística que dependerá de la ponderación de los bienes jurídicos que se “enfrentan” al arraigo.

En efecto, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 141285-2022, de 19 de diciembre de 2022, revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca y acogió un recurso de reclamación presentado por una ciudadana haitiana que contaba con una orden de expulsión vigente. La recurrente ingresó al país en el año 2020 para reunirse con su pareja de la misma nacionalidad -titular de un permiso de permanencia definitiva-; fue madre de un niño nacido en nuestro país el año 2021, contaba con contrato de trabajo y cotizaciones previsionales al día y no tenía antecedentes penales en Chile ni en su país de origen.

La revocación se fundó en un ejercicio de ponderación mediante el cual la Corte consideró que el mantenimiento de la orden de expulsión

era desmesurado, ya que la recurrente formaba parte de un núcleo familiar “apto para servir de base material para la superación de su condición migratoria irregular”, donde destacaba principalmente su rol de madre y el permiso de residencia con el que contaba su pareja.

Sin embargo, tal como advertimos con anterioridad, contar con un fuerte arraigo no siempre es suficiente para revertir una situación jurídica adversa. Así, la Corte Suprema ha desestimado frecuentemente la ponderación realizada por los tribunales de inferior jerarquía en aquellos casos en los cuales el recurrente ha participado en la comisión de un delito, sin importar la intensidad ni tipos de arraigo que tenga en el país.

Tal es el caso planteado en la sentencia Rol N° 161681-2022, de 7 de diciembre de 2022, donde la Corte Suprema revocó el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago y rechazó una acción de amparo presentada por un ciudadano peruano -titular de permiso de permanencia definitiva, padre de jóvenes chilenas y con más de 20 años residiendo en el país-, que tenía una orden de expulsión vigente tras ser condenado en el año 2015 por el delito de tráfico de drogas. El máximo tribunal del país desechó la ponderación realizada por el tribunal de inferior jerarquía arguyendo que la comisión de ese delito constituía una causal de expulsión del país, habiendo existido una motivación fundada de la medida administrativa y, por tanto, no siendo ilegal ni arbitraria.

El fallo anterior y la valoración del arraigo se torna más llamativo si lo comparamos con los dispares criterios presentes en la sentencia Rol N° 170540-2022, de 30 de diciembre de 2022. Al respecto, la Corte Suprema confirmó el veredicto de la Corte de Apelaciones de Iquique a propósito de una acción de amparo colectiva que buscaba revocar órdenes de expulsión que pesaban sobre tres extranjeros con ingreso por paso no habilitado, acogiendo la petición de un ciudadano dominicano que presentó un certificado de afiliación a Fonasa al considerar que ello constituía arraigo suficiente, y rechazando la acción de una ciudadana venezolana que, a pesar de tener una pareja con permiso de residencia vigente, no logró acreditar fehacientemente la existencia del vínculo afectivo para configurar un arraigo familiar.

Así las cosas, ¿es obligatorio probar o acreditar el arraigo? A la luz de las sentencias expuestas podemos concluir que la tendencia jurisprudencial reciente sobre la materia indica que sí. Por consiguiente, la mera enunciación de circunstancias fácticas relativas a la vinculación familiar, laboral o social no bastan para probar la existencia de un arraigo, requiriendo necesariamente documentación que lo respalde. No obstante, aun cuando el arraigo sea manifiesto y evidente, puede no ser suficiente si en el ejercicio de ponderación existe un bien jurídico de mayor envergadura para el tribunal, tal como ocurrió en la causa sobre tráfico de drogas ya mencionada.

En definitiva, el arraigo ha demostrado ser un elemento susceptible a las circunstancias de cada caso, pero relevante. Su intensidad, apreciación e importancia dependerá, primero, de la capacidad que tenga quien lo invoca de probar su existencia, y segundo, del bien o bienes jurídicos que serán ponderados contra él. De esta forma se explica que, por una parte, un certificado de afiliación a Fonasa sea idóneo para probar el arraigo de una persona migrante en situación irregular con el territorio; y por la otra, la comisión de un delito de un extranjero con permanencia definitiva produzca que el tribunal descarte un ostensible arraigo familiar.

En este sentido, nos parece relevante recalcar que la Corte Suprema no debe ignorar ni desechar por completo el ejercicio de ponderación respecto de personas no nacionales que han cometido delitos en el país y cuentan con un arraigo manifiesto. A nuestro juicio, no sólo carece de razonabilidad que el tribunal obvie los criterios de proporcionalidad al momento de conocer este tipo de casos, sino también consideramos excesivo que un extranjero que cumplió condena por un delito siga sufriendo las consecuencias de éste de manera indefinida.

A modo de cierre, es evidente que el arraigo ha ido adquiriendo paulatinamente importancia en el derecho migratorio, siendo un elemento dinámico y cada vez más heterogéneo gracias a la flexibilización de los Tribunales Superiores de Justicia al momento de apreciarlo.

Nos parece positivo que las Cortes reconozcan el esfuerzo de las personas migrantes en situación irregular de insertarse en la sociedad chilena en todo aquello que se les permite estando en ese estatus, como lo es afiliarse a Fonasa u obtener un Identificador Provisorio Escolar.

Si bien es cierto aún no hay un criterio uniforme ni parámetros lo suficientemente objetivos para anticipar las decisiones judiciales sobre la materia, ha existido un esfuerzo por parte de los tribunales, especialmente de las Cortes de Apelaciones, de incorporar y aplicar principios y derechos contenidos en nuestro derecho interno y tratados internacionales a sus sentencias, cuestión que consideramos un avance significativo. No debemos olvidar que la migración “regular, segura y ordenada” requiere de la adopción de un enfoque de derechos humanos, donde elementos como el arraigo sean preponderantes para decidir sobre el futuro de una persona migrante.

Ignacio Catalán Fuentes

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UAH –
Pasante Boletín de Jurisprudencia y Derecho
Migratorio

Sebastián Piñeros Olaya

Egresado de Derecho UDP – Pasante Boletín de
Jurisprudencia y Derecho Migratorio

[Las opiniones vertidas en esta columna son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes, la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales]