

Santiago, veinte de julio de dos mil veintitrés.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece don Humberto Antonio Gajardo Hernández, quien interpone recurso de protección en contra de la I. Municipalidad de Ñuñoa, por el acto que estima ilegal y arbitrario consistente en una resolución que dispone el retiro del quiosco del cual es dueño, ubicado en calle Brown Norte, frente al N°25, comuna de Nuñoa, vulnerando con ello los derechos reconocidos en los números 16, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Expone que en el año 1989 se le concedió un quiosco de diarios, del que adquirió el dominio sobre la estructura metálica el año 1999. Precisa que dicho quisco estuvo cerrado dos años, por la pandemia Covid 19.

Explica que tiene una discapacidad visual, debido a que mantiene dos perdigones alojados en su ojo izquierdo, lo que sólo le permite, con mucha dificultad, enfocar la vista para realizar su trabajo en el referido quiosco haciendo copias de llaves. Puntualiza que el origen de su lesión, se remota a una protesta en el año 1983, donde fue alcanzado por perdigones disparados por Carabineros, lo que fue debidamente acreditado ante tribunales de justicia que condenaron al responsable a pagarle una indemnización por daño moral.

Luego, y en cuanto a los hechos que motivan el recurso, señala que el día 5 de noviembre de 2022, el funcionario Municipal Fernando Puchel, quien conocía su discapacidad, le hizo firmar un documento, sin leerle el contenido del mismo, indicándole que sólo se trataba de una constancia. Dicho documento, asegura, se refería al retiro del quiosco por un supuesto abandono.

Asegura que el quiosco nunca estuvo abandonado, pues es su lugar de trabajo. Acusa, además, que en dos oportunidades la Municipalidad le cortó la luz, como medida de presión, haciéndolo perder insumos.

Añade que intentó hablar con una Concejala de la Municipalidad y con la Alcaldesa, sin obtener resultados. Añade que son los funcionarios de la Municipalidad los que han resuelto quitarle el quiosco, estigmatizándolo como terrorista por el origen de su lesión ocular.



Solicita que se acoja el recurso y se ordene a la recurrida terminar con las amenazas y los cortes de luz, con el fin de que el actor abandone su única fuente de trabajo.

Acompaña a su recurso la carta enviada por el recurrente a la Alcaldesa de Ñuñoa y una constancia de pago de patente del año 2022.

SEGUNDO: Que comparece el abogado Danton Bravo Retamal, por la Municipalidad de Ñuñoa, quien evacua informe solicitando el rechazo de la acción por no existir actuación ilegal o arbitraria.

En relación con los hechos materia del recurso, explica que el 8 de octubre de 2019, el inspector municipal Fernando Puschel Klein, estampó una constancia en el quiosco por medio de una hoja adherida al mismo, por encontrarse abandonado y sin actividad comercial en el bien nacional de uso público en que se ubica. En la referida constancia se le indicaba al recurrente que tenía un plazo de 5 días para regularizar la actividad, sin embargo, aquél no concurrió a la citación.

Luego, el 18 de junio de 2022, transcurridos 2 años y 8 meses de la notificación, por segunda vez, se estampó otra notificación en una de las puertas del quiosco, dando cuenta del estado de abandono, volviendo a citarlo para dentro de 5° día a fin de que regularizara su situación. Dicha inspección motivó un informe del señor Puschel Klein, de fecha 20 de junio de 2022, en cuya virtud se puso en conocimiento de doña María Arriata Duque, Directora subrogante del Departamento de Inspecciones Municipales, respecto que el dueño del quiosco, don Humberto Gajardo Hernández, mantiene el permiso al día, no obstante la estructura se ha mantenido cerrada y en estado de abandono por más de dos años, por lo que resulta aplicable a su respecto lo establecido en la Ordenanza N°25 artículo 39, que dispone: *“El permiso será caducado cuando un quiosco permanezca cerrado en la vía pública por más de 15 días sin causa debidamente acreditada y calificada por la Dirección de Inspección o que se encuentre en mora en el pago de sus derechos por más de 30 días, mediante decreto alcaldicio. El comerciante deberá retirar la estructura de su propiedad en un plazo de 15 días de notificado de la resolución de caducidad. Si no lo hiciera, será retirada a su costo por la Dirección municipal que se corresponda”*.



Así, en cumplimiento de lo anterior, se dictó el decreto alcaldicio N° 1292 de fecha 26 de agosto de 2022, en cuya virtud se dispuso la caducidad del permiso de ocupación de bien nacional de uso público, respecto del quiosco rol N° 260989, del giro “diarios y revistas”, a nombre de don Humberto Gajardo Hernández, y se dispuso que el comerciante deberá retirar la estructura metálica de su propiedad en un plazo de 15 días de notificada la resolución, la que se materializó el 7 de noviembre de 2022.

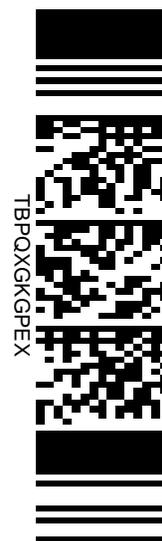
En cuanto al derecho arguye, que conforme a lo establecido en el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades, se establece que, para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades tendrán como atribución esencial -entre otras- la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna; agregando el artículo 36 del mismo cuerpo legal que los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesión o permiso y que los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

Explica que de acuerdo con dichas normas, se dispuso la demolición del quiosco del recurrente ubicado en un bien nacional de uso público de la comuna de Ñuñoa, dado que el permiso municipal que autorizó su permanencia es, por naturaleza, precaria, lo que quiere decir, que tanto su otorgamiento o término corresponde a la voluntad de la persona que lo administra, que en este caso corresponde a la Municipalidad.

Precisa que, la inactividad del recurrente contraviene expresamente el fin para el cual se entregó el permiso, cual es -por definición- el ejercicio de una actividad comercial.

Arguye, asimismo, que el acto administrativo que materializa la decisión contiene la motivación necesaria para fundar adecuadamente el acto administrativo, pues cita las normas legales aplicables y los hechos que se consideraron para tomar la decisión.

Añade que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo que establece el artículo 3 de la Ley N°19.880, solicita que se rechace el recurso de protección por no existir acto ilegal ni arbitrario que haya afectado los derechos del recurrente.



TERCERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

De lo transcrito se infiere que constituye un requisito indispensable para que la acción cautelar de protección prospere, la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria, que provoque algunas de las situaciones que se han indicado previamente, de manera tal de situarse la Corte en posición de adoptar alguna medida que contrarreste, neutralice o anule los efectos indeseables de esa acción u omisión.

CUARTO: Que son antecedentes del proceso que resulta útil tener presente, los siguientes:

a) El recurrente ha interpuesto la presente acción constitucional por estimar que la resolución municipal que ordena el retiro del quiosco de su propiedad ha sido arbitraria y que no habría sido escuchado, pese a haber concurrido a la Municipalidad en diversas oportunidades.

b) La recurrida ha explicado que esta resolución se funda en el aparente abandono del quiosco por parte del recurrente, y el hecho que este fue citado en dos oportunidades y que no compareció para regularizar la situación. Entiende que este derecho de uso comercial es precario y que puede ser dejado sin efecto sin indemnización alguna.

c) No existen dudas sobre el cumplimiento en el pago de patentes y derechos municipales por parte del recurrente respecto del uso del quiosco.

d) Tampoco se ha puesto en entredicho la incapacidad visual que padece el recurrente.

QUINTO: Que, la norma aplicable en la materia es la Ordenanza sobre comercio en la vía pública, Núm. 25, Municipalidad de Ñuñoa, de fecha 1 de abril de 1996, la que -entre otras cosas- establece los requisitos para la autorización del funcionamiento de un quiosco en la vía pública.

El artículo 28 de esta normativa, señala al respecto que: “El comercio estacionado en la vía pública sólo se podrá realizar en quioscos tipos, que



reúnan las características que determine la Ilustre Municipalidad de Ñuñoa a través de sus organismos correspondientes”. El siguiente precepto plantea que “Artículo 29: Serán responsabilidades del comerciante el tener debidamente regularizado el empalme eléctrico, como asimismo, los otros servicios que correspondan”.

Por su parte, el artículo 39 establece que: *“El permiso será caducado cuando un quiosco permanezca cerrado en la vía pública por más de 15 días sin causa debidamente acreditada y calificada por la Dirección de Inspección o que se encuentre en mora en el pago de sus derechos por más de 30 días, mediante decreto alcaldicio. El comerciante deberá retirar la estructura de su propiedad en un plazo de 15 días de notificado de la resolución de caducidad. Si no lo hiciera, será retirado a su costo por la Dirección municipal que corresponda (...)”*.

Más adelante el artículo 45 expresa que *“Las infracciones a la presente Ordenanza serán sancionadas por el Juez de Policía Local con multas desde 0,5 a 5 U.T.M”*.

SEXTO: De lo expuesto, es posible inferir que la caducidad del permiso podrá ser declarada por dos causales: mantener cerrado el quiosco por más de 15 días o que el dueño del mismo se encuentre en mora en el pago de los derechos por más de 30 días.

De este modo, no es efectivo -como indica la recurrida- que este derecho pueda ser dejado sin efecto con la sola voluntad de la Municipalidad, sino que se plantean dos hipótesis muy concretas a las que se atribuye carácter infraccional.

Respecto de la primera causal, que es la que nos interesa para resolver el presente arbitrio, se señalan dos elementos copulativos para su configuración: a) que el quiosco permanezca cerrado por más de 15 días y b) que esto no tenga causa justificada. El primer hecho no se discute por el recurrente, sino el segundo de ellos, esto es, las razones de su cierre.

El recurrente sostiene que este se debió a la pandemia, lo que constituye un hecho público y notorio que no requiere ser probado, en la medida que durante los años 2019 a 2021 y, parte de 2022, los comercios funcionaron de manera esporádica debido a las condiciones sanitarias.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento empleado por la Municipalidad



para notificar al recurrente, si bien el Inspector indica que se pegaron en el quiosco dos constancias, lo cierto es que no se encuentra acreditado que este hubiere tomado conocimiento de aquellas.

Frente a ello debemos tomar en especial consideración que el recurrente posee una discapacidad visual acreditada, que la Municipalidad no pudo menos que conocer, de manera que los esfuerzos por comunicar una resolución tan relevante, en tanto se vincula con su fuente de trabajo, debió considerar los derechos de aquél, lo que tampoco consta en autos.

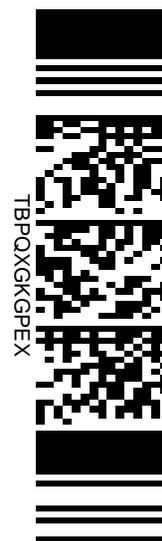
SÉPTIMO: Siguiendo este orden de ideas, advertimos que la normativa en comento señala que toda infracción a la ordenanza será sancionada por el Juez de Policía Local competente, con multas; sin embargo, estos hechos no fueron puestos en conocimiento de estos tribunales, de manera que no se inició un procedimiento que otorgase la oportunidad para que el recurrente fuese escuchado.

Siendo así, entendemos que la medida decretada por la recurrida no ha respetado derechos fundamentales básicos de todo ciudadano, como es el debido proceso y la igualdad ante la ley, sobre todo considerando que no fueron respetados los derechos que el recurrente tiene como persona discapacitada.

OCTAVO: Que, conforme a los hechos y la naturaleza de las garantías constitucionales y alegaciones invocadas, el caso sub lite se encuentra íntimamente vinculado con derechos fundamentales que atañen a la igualdad ante la ley y la no discriminación; garantías estas últimas que, si bien no fueron invocadas en el recurso, deben ser consideradas en atención a la naturaleza eminentemente cautelar de la acción intentada y el carácter de los derechos involucrados.

Al efecto, debemos subrayar que los derechos fundamentales son prerrogativas de las que gozan todos los seres humanos por el sólo hecho de ser tales y es por ello que deben ser garantizados sin condición ni distinción alguna (carácter universal de los mismos), de lo que deriva la obligación para el Estado de respetarlos, protegerlos y garantizar su goce efectivo.

Al respecto, cabe señalar que el sistema internacional de derechos humanos se sustenta en la premisa básica de igualdad entre todas las personas, por lo que los principios de no discriminación y de igual protección



de la ley sirven como bases fundamentales de los instrumentos normativos como mecanismos de protección en tal ámbito. Cada Estado ha consagrado a nivel constitucional y/o legal la aplicación de tales derechos.

NOVENO: Que la garantía de igualdad y no discriminación deben comprenderse bajo la premisa que las personas son distintas y diversas, y que múltiples factores pueden influir al momento de aplicar una determinada norma, de lo que surge la importancia del contexto en que se desarrollan los hechos.

En relación con esto último, debemos entender que estos principios se encuentran vinculados a aquellas personas que se encuentran en constante riesgo en la vulneración de sus derechos, por padecer ciertas discapacidades, lo que exige la necesidad de revisar, con especial atención, las circunstancias del caso, con el objeto de no transgredir las garantías fundamentales y asegurar el goce efectivo de sus derechos.

DÉCIMO: Que en esta línea, se han consagrado estatutos protectores o niveladores de desigualdad, entre los cuales se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial junto a su Protocolo Facultativo, el 17 de septiembre de 2008, y la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Esta última establece que el objeto de esta ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad. En tal sentido, en el caso de marras, la Municipalidad debió haber adoptado ciertos resguardos con el objeto de asegurar que el recurrente fuese escuchado, y tuviera pleno conocimiento de las certificaciones y resolución respectiva.

Por su parte, la Convención ya citada define, en su artículo 2°, como *“discriminación por motivos de discapacidad”*, *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la*



denegación de ajustes razonables”, comprendiendo a estos últimos como las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

DÉCIMO PRIMERO: Que, en resumen, de este análisis podemos extraer que las personas que padecen algún tipo de discapacidad deben ser tratadas de acuerdo con sus especiales circunstancias, a fin de garantizar la igualdad ante la ley.

En el presente caso, los antecedentes revelan que la recurrida no empleó ningún protocolo, ni mecanismo a fin de escuchar al recurrente, ni menos aún tuvo la precaución de poner en su conocimiento las constancias y resoluciones dictadas, tomando en consideración su condición. Por el contrario, siendo ciego de un ojo, se le deja constancia adherida a su quiosco, y luego se le envía una carta, sin cerciorarse de que esta haya sido positivamente conocida y comprendida por el recurrente.

DÉCIMO SEGUNDO: Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, al dictarse una resolución caducando el derecho del recurrente en orden a continuar con el comercio que ejerce en su quiosco de su propiedad y respecto del cual, tiene sus derechos al día, argumentando que aquel estuvo cerrado por el tiempo indicado en la normativa, sin considerar las especiales circunstancias que dieron lugar a esta medida, ni la discapacidad que padece el recurrente, se han vulnerado garantías básicas.

Sobre esta base, tal acto puede entenderse como arbitrario, pues no ha respetado lo dispuesto en las normas señaladas, conculcando el derecho fundamental de igualdad ante la ley y del debido proceso, garantizados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, infringiendo con ello las obligaciones internacionales contraídas por el Estado chileno, en aras de garantizar la igualdad y no discriminación de los ciudadanos.

DÉCIMO TERCERO: Que, así las cosas, esta Corte entiende que la decisión de caducar el derecho del recurrente no se ajusta a derecho, por lo



que procede acoger la presente acción, dejando sin efecto la resolución en comento.

De este modo, teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia, se declara que **se acoge, sin costas**, el recurso de protección interpuesto en favor de Humberto Antonio Gajardo Hernández, en contra de la I. Municipalidad de Ñuñoa, disponiendo se deje sin efecto el Decreto Alcaldicio N°1292, de 26 de agosto de 2022, por medio del cual se caducó el permiso de ocupación en bien nacional de uso público al recurrente.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactado por la abogada M. Fernanda Vásquez Palma.

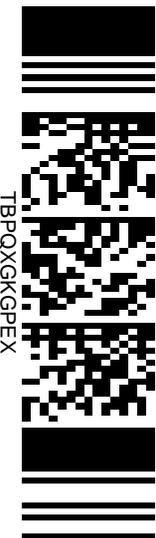
Protección N° 51-2023.-

No firma la ministra señora Carolina Brengi, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicio.



Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Suplente Maria Soledad Jorquera B. y Abogada Integrante Maria Fernanda Vasquez P. Santiago, veinte de julio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veinte de julio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>