

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos 9° a 20° que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que Sylvia Silva Suárez, Gastón Yáñez Rojas y Daniel Gárate Silva, dedujeron recurso de protección en contra de la Municipalidad de Recoleta y de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, por el acto que consideran ilegal y arbitrario consistente en la gestión e inicio de la construcción de un jardín infantil y sala cuna en el Parque Vespucio Norte, lugar que sirve de espacio de esparcimiento a los vecinos del sector, estimando vulneradas las garantías contenidas en el artículo 19 N°s 1, 2, 8, 12, 13 y 24 de la Constitución Política de la República, solicitando por tanto la suspensión de las obras y la detención de aquellas que podrían iniciarse.

Acerca del lugar seleccionado para la construcción del jardín infantil y sala cuna, explican que se emplaza en el sector que cruzan la Avenida Américo Vespucio, calle Guanaco y calle G, y que el parque se diseñó como una obra de mitigación relacionada con la construcción de la Costanera Vespucio Norte, que ha sido hermoseado y que sirve de pulmón verde para un sector caracterizado por su alto flujo vehicular, pretendiéndose a través de esta acción, que se siga manteniendo como tal. Afirman que del



examen de los planos de la obra proyectada, necesariamente se concluye que el lugar se convertirá en un foco peligroso de delincuencia, que afectará la seguridad y calidad de vida de los vecinos, denunciando de paso la absoluta falta de participación ciudadana en la implementación del proyecto, puesto que sólo con fecha 12 de mayo de 2016 se celebró una reunión informativa a la que asistieron trece vecinos, iniciándose a continuación labores de excavación sin que se diera cumplimiento a las normas sobre impacto ambiental contenidas en la Ley N°19.300, por lo que al no existir una resolución de calificación favorable, queda en evidencia la ilegalidad de la edificación.

Por tanto, solicitan que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho, se ordene la paralización de las obras que se ejecutan en el Parque Vespucio Norte y la detención de aquellas que podrían iniciarse durante la tramitación de este proceso, ordenándose además la anulación de la referida construcción y del contrato hasta no adecuarse los actos de las autoridades recurridas a las normas que las rigen.

Segundo: Que al informar, la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), negó las infracciones denunciadas en el recurso de protección, puesto que afirma haber cumplido con todas las exigencias de la legislación vigente. Destaca la actual necesidad y demanda de atención



de educación parvularia que presenta la comuna de Recoleta, aludiendo a la existencia de una brecha de 1.031 niños y niñas sin atención, por lo que se decidió la construcción de un jardín infantil en el sector de Avenida Américo Vespucio N°1090, iniciándose la tramitación administrativa del proyecto con fecha 6 de octubre de 2015, comenzando con la obtención y autorización correspondiente y cesión del uso del terreno por el municipio, otorgándose la concesión a la JUNJI, que fue entregada por escritura pública inscrita el 5 de febrero de 2016, aclarando que se trata de un pequeño espacio del parque que será utilizado, en relación con su extensión total, manteniéndose una vasta área a disposición de vecinos y habitantes para actividades deportivas y de recreación.

Agrega que se ingresó el proyecto al Ministerio de Desarrollo Social para su revisión, obteniéndose la recomendación favorable el 5 de enero de 2016, mientras que el 12 de mayo siguiente, se realizó un diálogo comunitario coordinado por el Municipio de Recoleta, informándose a la ciudadanía acerca de los detalles del proyecto. Entre los días 13 de julio al 16 de agosto, comenzó la licitación pública en la Plataforma Mercado Público, adjudicándose el proyecto el 26 de septiembre a la Constructora Basal Limitada.

El 15 de noviembre de 2016, se hizo entrega física del terreno a la empresa, reiniciándose las obras el 19 de



diciembre, debido a algunas protestas que se generaron a raíz del comienzo de las obras, sin perjuicio de aclarar que a la fecha, éstas avanzan sin alteraciones.

Considera que no ha incurrido en acto arbitrario o ilegal alguno, ni que ha sido amenazada o perturbada alguna de las garantías constitucionales citadas en el recurso, por lo que pide su rechazo, sosteniendo, por otra parte, que en caso alguno esta acción puede ser acogida, puesto que, además, resulta extemporánea, ya que si bien aparece deducida el 20 de enero de 2017, de los antecedentes del proceso se concluye que existen actuaciones anteriores de los recurrentes que denotan el pleno conocimiento pretérito de los hechos denunciados, como ocurrió con la reunión informativa de 12 de mayo de 2016, y la solicitud de información de transparencia de 6 de diciembre de 2016, que fue respondida diez días más tarde, concluyendo que antes del 20 de diciembre del 2016, el acto que ahora se califica de ilegal y arbitrario ya era suficientemente conocido de los recurrentes.

Sin perjuicio de lo argumentado, añade que la impugnación referida a la construcción del jardín infantil debe seguir el procedimiento ordinario correspondiente, no siendo ésta, por tanto, la vía procesal pertinente para su resolución, debiendo haber recurrido los actores a aquellas instancias procedimentales contenidas en la Ley N°10.336 o en las reglamentadas en el Código de Procedimiento Civil,



puesto que afirma, carecen los recurrentes de un derecho indubitado que deba ser protegido de forma urgente a través de la acción de protección, por lo que solicita su rechazo.

Tercero: Que al informar, la Municipalidad de Recoleta pidió el rechazo del recurso de protección, negando el contenido de las imputaciones que en él se contienen, afirmando haber cumplido en la tramitación que incide en la construcción del jardín infantil cuya edificación se critica por los recurrentes con toda la legislación vigente y con pleno respeto de los derechos que afirman conculcados, como asimismo, previa obtención de los permisos sectoriales exigidos.

Explica que el 5 de febrero de 2016, el Alcalde de la Municipalidad de Recoleta y en virtud del artículo 36 de la Ley N° 18.695, entregó en concesión de uso, a título gratuito, un retazo de 2.400 metros cuadrados que forma parte del Parque G ubicado entre las calles Guanaco, Calle G y Américo Vespucio a la Junta Nacional de Jardines Infantiles, condicionada a destinar el inmueble a la construcción e implementación de aulas de salas cunas y jardines infantiles, que atenderían a los niños del sector, especialmente a familias de escasos recursos, aclarando que el proyecto incluye la plantación de árboles, juegos infantiles exclusivos, nuevas luminarias, semáforos y señaléticas, por lo que no aprecia de qué forma se limitaría el espacio de esparcimiento a los vecinos.



La elección del terreno, prosigue, se debe a que no existía otro lugar que diera la cabida suficiente para la obra, todo lo cual fue considerado en base a las demandas de servicio según las peticiones efectuadas por las unidades vecinales del territorio, lo que fue informado en una reunión que tuvo lugar el 12 de mayo de 2016, a las 18:00 horas, en la sede social de Huber Benítez N° 4.465.

Acerca de la falta de estudio ambiental, señala que de acuerdo con lo que dispone el artículo 37 inciso sexto de la Ley N° 18.695, en concordancia con lo expuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, considerando la superficie destinada a construcción, 1.056,42 metros cuadrados, en un predio de 2.400 metros cuadrados, el proyecto no debía ser sometido al Sistema de Impacto Ambiental.

Por lo expresado, sostiene que el recurso de protección debe ser rechazado, por cuanto todos los actos administrativos fueron legalmente dictados, sin que se configure alguna afectación de las garantías invocadas.

Cuarto: Que son hechos no controvertidos entre las partes, los siguientes:

i) Debido a la demanda de atención constatada en la comuna de Recoleta, el Gobierno Central, a través de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, decidió la construcción de un jardín infantil y sala cuna en el sector de Avenida Américo Vespucio N°1090, que corresponde al Parque Vespucio Norte o Parque G, para lo cual, se ocuparía



una superficie de 2.400 metros cuadrados, con un espacio construido de 1.197,18 metros cuadrados, de dos pisos, con cobertura de tres salas, con capacidad para 60 lactantes y tres niveles medios, para 84 párvulos, todo por una inversión de \$1.032.175.794.

ii) El primer semestre de 2015, se inició la labor de obtención de las respectivas autorizaciones sectoriales previas al inicio de la construcción, así por ejemplo, se obtuvo el certificado de informaciones previas de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta N°711, de fecha 8 de mayo de 2015; el informe de la situación del inmueble, en tanto no estar afecto a expropiación por parte de la Secretaría Regional Ministerial del Servicio de Vivienda y Urbanización; estudio de factibilidad, a cargo de la empresa eléctrica; entre otros.

iii) El 6 de octubre de 2015, se presentaron los antecedentes al Concejo Municipal, procedimiento que culminó el 19 de noviembre, con la promulgación del Acuerdo N°66, de 27 de octubre de aquel año, que aprobó con 6 votos a favor y 1 en contra, la concesión a la Junta Nacional de Jardines Infantiles de una porción de terreno del bien nacional de uso público del Parque G o Vespucio Norte, acordándose su traspaso para el día 27 de octubre de 2015 por parte del municipio.

iv) El 19 de noviembre de 2015, se dictó el Decreto Alcaldicio que ordenó el traspaso del terreno municipal a



la JUNJI, protocolizándose el acuerdo como también el decreto alcaldicio, el 23 de noviembre de 2015.

v) Se ingresó el proyecto al Ministerio de Desarrollo Social para su revisión, obteniéndose el 5 de enero de 2016 la recomendación social favorable, antecedente necesario para someterlo a licitación pública; mientras que por escritura pública de 5 de febrero de 2016, se reguló la concesión de uso gratuito otorgado por la Municipalidad de Recoleta a la JUNJI.

vi) El 12 de mayo de 2016, se celebró una reunión informativa en la sede social de Huber Benítez N°4465, en que se informó el alcance del proyecto, de su necesaria implementación y contenido.

vii) Del 13 de julio al 16 de agosto de 2016, se dio inicio a la licitación pública en la Plataforma Mercado Público, adjudicándose el proyecto, el 26 de septiembre de 2016, la Constructora Basal Limitada, de lo que tomó razón la Contraloría General de la República.

viii) El plazo de ejecución de las obras se fijó en 270 días corridos contados desde la fecha de entrega del terreno, ordenándose la suscripción del contrato correspondiente, el que se suscribió el 7 de noviembre siguiente, mientras que la entrega física del terreno se produjo el día 15.

ix) El 6 de diciembre de 2016, Sylvia Hortensia Silva Suárez ingresó una solicitud de acceso de información



pública N°AJ010T0000904, a la JUNJI, a la que se dio respuesta mediante Oficio Ordinario N°015/3521, el 16 de diciembre siguiente por la Directora Regional Metropolitana de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, en donde se especifican diversos detalles relativos a la construcción del proyecto, en especial, su emplazamiento, en calle Américo Vespucio N°1090, colindante con calle G, indicándose que se construirá en parte del Parque Vespucio Norte o Parque G, utilizándose un espacio de terreno ascendente a 2400 metros cuadrados, contemplándose una construcción de 1197,18 metros cuadrados; edificio de dos pisos que tendrá una cobertura de tres salas cunas con capacidad para 60 lactantes y tres niveles medios, con capacidad para 84 párvulos, con una inversión estimada en \$1.032.175.794, indicándosele que el 27 de octubre se acordó por el Concejo Municipal el traspaso del bien nacional de uso público en comodato por 30 años y que el contrato con la constructora, luego del proceso licitatorio, fue suscrito el día 7 de noviembre de 2016.

x) El 19 de diciembre, profesionales de la JUNJI concurren a una visita en terreno conversando con vecinos opositores al proyecto explicándoles su utilidad, lo que permitió que la constructora reactivara la obra, que volvió a ser paralizada por nuevas interrupciones, no obstante, avanza en la actualidad sin alteraciones.



xi) El 24 de enero de 2017, fue solicitado el permiso de edificación del inmueble.

xii) El 12 de abril de 2017, se efectuó por el Servicio Agrícola y Ganadero una visita inspectiva al Parque G, a la altura del N°1075 de la Avenida Américo Vespucio, lugar de emplazamiento de las obras, donde se constató la existencia de 4 ejemplares adultos de quillay, de una altura de 100 a 110 centímetros, sin que se constatará, a esa fecha, la tala de algún ejemplar protegido.

xiii) Mediante oficio N°1487/2017, de 28 de julio de 2017, el Servicio Agrícola y Ganadero informó que en visita efectuada al lugar de la construcción del jardín infantil y sala cuna ejecutada por Constructora Basal Ltda., se constató la corta de dos ejemplares de quillay, lo que fue sancionado mediante la imposición de una multa de una unidad tributaria mensual.

xiv) El Parque Vespucio Norte tiene una superficie total de 51.578 metros cuadrados, y la superficie de ocupación de la construcción destinada a jardín infantil y sala cuna, corresponde a 1.112,82 metros cuadrados de edificación, emplazada dentro de un espacio de 2.400 metros cuadrados.

Quinto: Que asentado lo anterior, es necesario consignar que la recurrente Sylvia Hortensia Silva Suárez ingresó una solicitud de acceso de información pública a la



JUNJI el día 6 de diciembre de 2016, a través de la cual, requirió la información relativa al "proyecto parque jardín Vespucio norte (construcción salas cunas). Necesito toda la información del proyecto desde sus inicios hasta su aprobación.", señalando como vía de recepción de la respuesta a su solicitud, una casilla electrónica.

A esta petición, se dio respuesta el día 16, por la Directora Regional Metropolitana de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, donde fue informada de la casi totalidad de los detalles de la obra que se construiría por encargo de la Junta de Jardines Infantiles en el Parque Vespucio Norte, en particular, su emplazamiento y espacio del parque que sería intervenido, esto es, 2.400 metros cuadrados, de los que 1.197,18 metros cuadrados serían destinados a construcción, indicándosele además que el 27 de octubre se acordó por el Concejo Municipal el traspaso del bien nacional de uso público en comodato por 30 años y que el contrato con la constructora, luego del proceso licitatorio, fue suscrito el día 7 de noviembre de 2016.

Por otra parte, consta en estos autos que el recurso de protección fue deducido el día 20 de enero de 2017, esto es, treinta y cinco días después de haber sido expedido el oficio respuesta por la Directora Regional de la Junta Nacional de Jardines Infantiles en que se informaba a la recurrente cada uno de los detalles que requirió, por lo que es fácil colegir que a esa época ya sabía o estaba en



situación de saber las consecuencias o externalidades negativas que, según se lee en el recurso, se producirían debido a la edificación del jardín infantil y sala cuna por encargo de la JUNJI, por lo que no se justifica que tardíamente se los representara, excediéndose en el plazo del que disponía para la interposición de la presente acción, factores que afectarían sus garantías constitucionales incluso de forma previa al inicio de las obras, no obstante lo cual, actuó inoportunamente.

Sexto: Que en consecuencia, la interposición de la acción de protección se efectuó fuera del plazo de 30 días establecido en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, razón por la cual el recurso de protección deberá ser rechazado.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de veintisiete de junio de dos mil diecisiete, que rechazó el recurso de protección deducido por Sylvia Silva Suárez, Gastón Yáñez Rojas y Daniel Gárate Silva en contra de la Municipalidad de Recoleta y de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Se previene que el Ministro Cerda concurre a la confirmatoria teniendo únicamente en consideración que conforme expuesto en el motivo cuarto de la sentencia que precede, no es posible divisar arbitrariedad ni ilegalidad



en el actuar de la Municipalidad de Recoleta ni de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, por cuanto obedeció a estrictas instrucciones de políticas públicas provenientes del Gobierno Central, contenidas en el Instructivo Presidencial N° 4, de nueve de junio de dos mil catorce, destinado a garantizar el acceso gratuito a salas cuna y jardines infantiles, de niños provenientes de familias pertenecientes al sesenta por ciento (60%) más vulnerable de la población, así como a aumentar la calidad del servicio y su cobertura, incorporando al sistema un número aproximado de noventa mil niños menores de dos años y otros treinta y cuatro mil de entre dos y cuatro años, datos basales de una realidad que movió a la autoridad a reaccionar en búsqueda de elementos de equidad desde las más tempranas etapas del proceso educativo, comportamiento que no se troca en arbitrario o caprichoso, menos contrario a derecho, por la sola circunstancia que así lo quieran ver quienes se le oponen por razones que escapan al presente resorte constitucional.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien fue del parecer de revocar la sentencia en alzada y de acoger el recurso de protección, teniendo únicamente para ello en consideración, las siguientes razones:

1° Que según quedó consignado, el 12 de abril de 2017 se efectuó una visita inspectiva por el Servicio Agrícola y



Ganadero al lugar de emplazamiento de las obras de construcción del jardín infantil que involucra a las recurridas, constatándose que en el sector conocido como Parque G o Parque Vespucio Norte, se observó la existencia de 4 ejemplares adultos de quillay, de una altura de 100 a 110 centímetros. Sin embargo, mediante oficio N°1487/2017, de 28 de julio de ese mismo año, el mismo Servicio informó la sanción impuesta a la Constructora Basal Ltda., encargada de edificar el jardín infantil en el aludido parque, luego de advertir la tala de dos de los cuatro ejemplares de quillay, siendo sancionada con la imposición de una multa ascendente a una unidad tributaria mensual.

2° Que la tala de especies arbóreas protegidas como el quillay, según el Decreto N°366 de 1944, constituye en sí misma un daño ambiental, conducta que más allá de constituir un ilícito contravencional que ya ha sido sancionado, evidencia en este caso la absoluta indiferencia por parte de la constructora y de las autoridades encargadas de supervigilar la edificación, sobre el cuidado de la vegetación amparada por la normativa nacional, puesto que la infractora tardó solo dos meses en talar dos de los cuatro quillayes emplazados en el lugar de las obras, sin tramitar los permisos ante las autoridades competentes, que en caso alguno traían aparejada algún serio entorpecimiento en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, antes bien, debe presumirse que aquellas sí forman parte de sus



deberes en tanto sometimiento a la legislación ambiental vigente.

3° Que lo anterior es suficiente para entender conculcada la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como ver afectado el principio de igualdad, puesto que lo más fácil para las autoridades es echar mano a las áreas verdes para solucionar problemas de indudable trascendencia para la población. Sin embargo, es precisamente tales políticas que afectan la calidad de vida de las personas, pues en este momento son dos especies arbóreas, luego serán otras dos más y nos daremos cuenta cuando un bosque esté sustituido por construcciones, todas relevantes.

Con lo anterior se afecta precisamente a quienes requieren más áreas verdes, para servir de lugares de esparcimiento a todas las familias, pero fundamentalmente para garantizar su derecho a vivir en un medio ambiente sano y limpio.

4° Que en consecuencia, a juicio de quien disiente, y por las razones expresadas procedía acoger el recurso de protección intentado para el sólo efecto de replantar las especies afectadas, reforestándolas en el mismo lugar desde donde fueron cortadas, dentro de décimo día de ejecutoriado el fallo y bajo la supervisión del Servicio Agrícola y Ganadero.



5° Que es un falso dilema "dos quillayes o un jardín infantil". No se han respetado dos especies protegidas, es el Estado, por medio de la autoridad edilicia indiferente y una empresa constructora contratada por ella que ha desarrollado la acción recurrida, ambas en co-autoría transgreden el ordenamiento jurídico, ambas son responsables y deben ser compelidas por la jurisdicción a reparar su falta y ello se debe hacer reemplazando naturaleza por naturaleza, según se ha indicado con anterioridad.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención y el voto en contra, sus autores.

Rol N° 34.561-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Carlos Cerda F. y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G. y Sr. Rodrigo Correa G. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Correa por estar ausente. Santiago, 26 de diciembre de 2017.





PYWCDXGTEF

En Santiago, a veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

