

C.A. de Valparaíso

djc

Valparaíso, treinta de abril de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el abogado don Gabriel Muñoz Muñoz, en representación de la Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar, representada por Presidenta doña Patricia Arellano Parada y de la Fundación Jorge Yarur Bascuñán, representada por su Presidente don Jorge Yarur Bascuñán, interpone recurso de protección en contra de la Constructora e Inmobiliaria Vimac, ignora representante legal, y de la sociedad Inmobiliaria Lote 21 SPA, representada legalmente por don Daniel Alejandro Espejo Auba, ambos domiciliados en calle 3 Norte 1120, Viña del Mar.

Expresa que el Campo Dunar Punta de Concón es un sistema natural que corresponde a la denominación geomorfológica de “dunas colgadas”, ubicada en la costa de Chile, al norte de la conurbación Valparaíso-Viña del Mar-Concón, correspondiendo la mayor parte de la superficie actual del Campo Dunar a la comuna de Concón. Indica que estas dunas se caracterizan por encontrarse sobre una terraza litoral a más de treinta metros sobre el nivel del mar, y además no son alimentadas de la arena de una playa vecina sino que están separadas del mar por un acantilado por lo que se trata de dunas fósiles. Agrega que se trata de “dunas relictas”, esto es, que han sido localmente reactivadas por procesos eólicos actuales. Señala que la inmobiliaria recurrida sería dueña de un paño de terreno en la comuna de Viña del Mar, que incluye las 2.1 hectáreas correspondientes al Santuario Dunar de Concón, establecido así en el Decreto Supremo N°45 de diciembre de 2012, y actualmente construye dos mega torres ubicadas en calle Reñaca Norte N°30 y 40 respectivamente. Hace presente que el titular del mismo sería Inmobiliaria Lote 21 SPA, empresa creada especialmente para el desarrollo del proyecto, autora material de los actos vulneratorios, y que se relaciona con la Constructora e Inmobiliaria VIMAC en calidad de sociedad filial, conforme lo establece los artículos 86 y 87 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Sostiene que de fotografías aéreas obtenidas con fecha 22 de octubre de 2018, aparece que la recurrida no respeta el límite del campo dunar protegido y han comenzado a construir sus obras sobre el mismo, destruyendo irremediablemente el santuario natural, y contraviniendo lo dispuesto en la Ley N°19.300 y los artículos 2.1.17 y 2.1.18 de la Ordenanza de Urbanismo y Construcción, pues resulta evidente que tales obras a lo menos requerían un Estudio de Impacto Ambiental, dada la evidente perturbación, amenaza y destrucción del Campo Dunar. Señalan que ya se encuentra construido un talud artificial de no menos de 15 metros de alto. Precisa que esta obra



ilegal cuenta con el Permiso de Edificación N°161/2017, de fecha 29 de noviembre de 2017, del Director de Obras Municipales de la comuna de Viña del Mar. Manifiesta que El Santuario tiene una extensión de más de 50 hectáreas entre área protegida por el Decreto Supremo 45 y el PRC de la comuna de Concón del año 2017, que declara área verde más de 20 hectáreas, y que se ha transformado en el hábitat natural de decenas de especies animales y vegetales. Asegura que para los efectos de oportunidad de la presente acción constitucional, sostiene que las obras de las recurridas fueron captadas en fotografías y video que acompaña con fecha 22 de octubre de 2018, tal como da cuenta el certificado de la empresa X CAM. Sostiene que las recurridas han construido y destruido no sólo cerca sino sobre el Campo Dunar, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental, ni autorización alguna de la autoridad ambiental competente, destruyendo irremediamente una duna milenaria, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República, artículos 10 letra p), 11 letras b), d) y e) de la Ley 19.300, normas que obligan a realizar un Estudio de Impacto ambiental y en relación con los artículos 2.1.17 y 2.1.18 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Aduce que el actuar ilegal y arbitrario de las recurridas ha vulnerado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N°2, 3 y 8 de la Constitución Política de la República. Finaliza solicitando se acoja y se declare que el actuar de las recurridas es ilegal y arbitrario, se ordene la paralización inmediata de las obras de construcción del proyecto que en la actualidad se encuentran realizando las recurridas, sin permiso ni estudio de impacto ambiental alguno, ni con plan de manejo alguno para la protección del Santuario Dunar de Concón, a fin de restablecer con urgencia el imperio del derecho, y el cese de la conculación de las garantías constitucionales señaladas, con costas.

Segundo: Que informando las recurridas, solicitan el rechazo del recurso, con costas. Señalan que no es efectivo que el proyecto inmobiliario objeto del presente recurso se encuentre “en” o “sobre” el Campo Dunar de Concón; como tampoco es efectivo que hubiere una infracción a la Ley 19.300, y artículos 2.1.17 y 2.1.18 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, ni tampoco vulneración a las garantías constitucionales que señalan los recurrentes.

Sostiene la extemporaneidad del recurso, ya que los recurrentes señalan que para los efectos de oportunidad de la presente acción, tomaron conocimiento del daño al Santuario de la Naturaleza y Campo Dunar recién el 22 de octubre de 2018, interponiendo el recurso el día 21 de noviembre de 2018; sin embargo, la fecha en que los recurrentes tomaron conocimiento del supuesto daño fue el día 11 de octubre de 2018, conforme se acredita en el acta notarial de fecha 4 de diciembre de 2018, suscrita por Notario Público, en que la recurrente Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar publicó en



su página de Facebook fotografías de las obras denunciadas, la existencia de una maquinaria realizando faenas y la publicación de una carta firmada por el apoderado común de las recurrentes, ingresada a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Concón, con fecha 11 de octubre de 2018, en que se anunciaba la afectación del Campo Dunar. Hace presente además, que las faenas y construcción que se denuncian, se iniciaron meses antes de la fecha en que supuestamente los recurrentes dicen haber tomado conocimiento.

Enseguida, alegan la falta de legitimación activa, puesto que los recurrentes concurren por sí en su calidad de personas jurídicas, invocando las garantías constitucionales del artículo 19 N°2, 3 y 8 de la Constitución Política de la República. Indica que las posibilidades de amparo judicial de la garantía constitucional del artículo 19 N°8 de la Carta Fundamental, requieren como presupuesto, que exista una afectación en el derecho de una persona natural, no estando legitimados para recurrir quienes no tienen derecho, como por ejemplo, las personas jurídicas. Agregan que resulta evidente que la acción cautelar apunta a la protección del medio ambiente erga omnes, en una dimensión general, cuestión que no ampara el citado artículo 19 N°8.

A continuación, sostienen que el proyecto inmobiliario en cuestión no se encuentra sobre o en la zona o superficie oficial protegida, tal como se desprende de la página web del Ministerio de Medio Ambiente, incluso así lo declaró el representante legal de una de las recurridas, don Jorge Yarur Bascuñán, en un medio de prensa escrita. Indican que, a mayor abundamiento, conforme se acredita mediante el Levantamiento Topográfico elaborado por el ingeniero geomensor y perito judicial don Hugo Morbiducci, realizados a los Lotes 21 y 23 de propiedad de la Inmobiliaria Lote 21 SpA, ubicados en Avenida Reñaca Norte N°40, Viña del Mar, el proyecto inmobiliario se emplaza al sur del predio denominado Santuario de la Naturaleza “Campo Dunar de la Punta de Concón”, sin invadirlo ni afectarlo.

Luego indican que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 10 letras g), h) y p) de la Ley 19.300, por lo que el proyecto, no debe someterse, previo a su ejecución, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sea bajo la modalidad de una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, y en consecuencia, no corresponde por derivación normativa la aplicación de los literales a), b), c) y d) del artículo 11 de la norma citada.

Señalan que Constructora VIMAC SpA, es una empresa constructora que construye un proyecto inmobiliario por cuenta y riesgo de su mandante, y el titular del proyecto es Inmobiliaria Lote 21 SpA, y no se trata de la construcción de dos mega torres sino que la primera, con destino habitacional, tendrá 28 pisos y la segunda, con destino comercial, tendrá 10 pisos.



Hacen presente que se ha cumplido con todas y cada una de las exigencias impuestas por la Ley General de Urbanismo y Construcción y demás normativa sectorial. El Permiso de Obra N°161/2017, no establece ninguna restricción para el otorgamiento de la recepción final respectiva el sometimiento del proyecto inmobiliario al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Asimismo, en lo que respecta a la supuesta infracción de los artículos 2.1.17 y 2.1.18 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, el proyecto no se encuentra ubicado en una zona con prohibición de edificación o considerada como de riesgo, o en un área de protección de recursos de valor natural del Plan Regulador Comunal de Viña del Mar. Al respecto, el Certificado de Informaciones Previas N°861/2015, de 28 de mayo de 2015, otorgado por la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar señala expresamente que el proyecto se ejecuta en la Zona o Subzona V-3, en la cual, los usos del suelo permitidos son los de residencial, equipamiento, espacio público y área verde.

En cuanto a la calidad del aire, el proyecto genera emisiones de material particulado y gases durante la etapa de construcción, las que son de carácter temporal, no peligrosas y de efecto local limitado, por lo que no existe potencialidad de generar efectos adversos sobre la calidad del aire producto del aumento de emisiones de MP10 y MP 2,5, y que ello constituya un riesgo para la salud de la población. En lo que refiere a emisiones acústicas, las actividades inherentes a la etapa de construcción del proyecto no superan el nivel de inmisión de ruido máximo permitido por el DS 38 para horario diurno y nocturno al implementarse las medidas de control y gestión tales como programación horaria de las actividades que generen mayores niveles de ruido, señalética, etc. Por su parte, el proyecto genera aguas servidas domésticas provenientes de las instalaciones de faenas para la fase de construcción, retirada por una empresa debidamente autorizada.

Finalizan sosteniendo que consta erróneamente en un informe de asesoría urbana de la I. Municipalidad de Concón, acompañado por la Superintendencia del Medio Ambiente, que al proyecto inmobiliario le sería aplicable la normativa del artículo 11 de la Ley 19.300. Al respecto, la Municipalidad de Concón no es competente para emitir un informe al respecto desde el punto de vista técnico, legal y territorial, por lo que no cabe sino restarle todo valor.

Tercero: Que informó el Servicio de Evaluación Ambiental, Región de Valparaíso señalando que el proyecto de edificación en cuestión no ha ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Cuarto: Que informando la Superintendencia del Medio Ambiente sostiene que con fecha 13 de julio de 2018 la SEREMI de Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, le remitió el Ord. N°851, de la



Municipalidad de Concón, mediante el cual solicita fiscalizar un proyecto de construcción de edificios, contiguo a un área protegida. Manifiesta que el oficio del ente municipal señala que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19.300, la construcción debía contar necesariamente con un Estudio de Impacto Ambiental por emplazarse en un terreno contiguo a un área protegida. Indica que entre los días 24 y 25 de noviembre de 2018, tomó conocimiento, por medio de comunicación regional, de la admisibilidad del recurso de autos, razón por la cual decidió actuar de oficio, realizando una inspección ambiental del proyecto, el día 26 de noviembre de 2018, y entre los aspectos relevantes de la fiscalización se encontraba el levantamiento de información para establecer los límites del proyecto, en relación al Santuario, determinando que las obras se encuentran fuera de los límites del Santuario de la Naturaleza y teniendo en cuenta lo anterior no es posible afirmar que el proyecto se encuentre dentro de las hipótesis de ingreso establecida en el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, por lo que si su tipología no se encuentra enmarcada dentro de este listado taxativo establecido por la norma, no es necesario pronunciarse acerca del vehículo de ingreso, ya sea un estudio o declaración de impacto ambiental.

Quinto: Que informando el Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Viña del Mar, señala que el permiso de construcción N°161, fue otorgado el 29 de Noviembre de 2017 y corresponde a la propiedad ubicada en Calle Reñaca Norte N°30, y se compone de dos edificios, de 28 y 10 pisos con destino habitacional y comercio-servicios. Sostiene que de acuerdo al Plan Regulador Comunal, DA 10949/2002, el predio donde se otorgó el permiso de edificación citado se ubica en la zona V3, tal como fuera informado a los particulares en los certificados de informes previos N°390/2017 y 861/2015. Asimismo, que la propiedad ubicada en Calle Reñaca Norte N°30, donde se ejecuta el permiso de construcción N°161/2017, no se encuentra emplazado en áreas correspondientes al Santuario de la Naturaleza “Campo Dunar de la Punta de Concón”, sino en la zona V3 del PRC de la comuna de Viña del Mar. Por su parte, efectuada la visita a terreno, se pudo constatar que la ejecución de las obras se desarrolla dentro de los límites del predio citado, no emplazadas en áreas correspondientes al Santuario de la Naturaleza. Indica que respecto a la obligatoriedad de acompañar al proyecto un “Estudio de Impacto Ambiental”, en conformidad con lo dispuesto en la Ley 19.300, el proyecto no se emplaza en las áreas de restricción de construcción y de conservación como sería el Santuario de la Naturaleza, ni se cumplen los preceptos señalados en el citado cuerpo legal, como para hacer exigible la presentación de un estudio de Impacto Ambiental.

Sexto: Que también informó la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente, la que relató el marco jurídico aplicable a los



Santuarios de la Naturaleza, señalando, en lo que interesa, que tratándose de obras a desarrollarse en o próximas a un santuario de la naturaleza, los proyectos o actividades deberán entrar al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en la medida que sean susceptibles de afectar dicha área protegida, por aplicación del artículo 11 letra d) de la LBGMA, complementado por el artículo 8 del RSEIA.

Séptimo: Que en cuanto a la alegación de extemporaneidad, teniendo en cuenta que lo que se denuncia es a ejecución de la obra de instalación de faenas y construcción de dos edificios, que vulnerarían, básicamente, las normas contempladas en la Ley N° 19.300, y que resulta un hecho de la causa, que el proyecto se encuentra en actual desarrollo, de suerte que se trata de una sucesión ininterrumpida de hechos, que al menos en grado de amenaza afectaría el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, circunstancia que impide considerar que haya transcurrido el plazo de treinta días contemplado en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema para la interposición de la acción de protección.

Octavo: Que en cuanto a la falta de legitimación activa, cabe consignar que no se aprecia ningún fundamento jurídico para limitar la posibilidad de interponer el recurso de protección por parte de una persona jurídica en defensa de los individuos que la integran. En este sentido se ha escrito: “El recurso de protección en defensa del derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación puede ejercerlo no sólo una persona natural, sino también podrá accionar una persona jurídica en defensa de una comunidad o de su propia membresía afectada por la contaminación, como en los casos de corporaciones” (“Manual de Derecho Ambiental”, Pedro Fernández Bitterlich, Segunda Edición Actualizada, año 2004, Editorial Jurídica de Chile, página 150).

Noveno: Que son hechos y antecedentes de la causa los siguientes:

1.- El Santuario de la Naturaleza denominado Campo Dunar de la Punta de Concón fue declarado por los Decretos Supremos N° 481 de 1993, N° 106 de 1994 y N° 2131 de 2006 y finalmente el N° 45 de 26 de diciembre de 2012 contemplándose en cada uno de esos actos administrativos diferentes superficies protegidas, y en definitiva en el último de ellos, se fija una superficie aproximada de 30,1 hectáreas. La mayor parte del Santuario está ubicado en la comuna de Concón y 2,37 hectáreas en Viña del Mar.

2.- Los antecedentes que determinaron tal declaración, dan cuenta que dicho espacio constituye un ecosistema frágil, con flora y fauna nativas y endémicas propias del sistema dunar. Corresponde a un sistema natural que corresponde a la denominación geomorfológica de “dunas colgadas”. La mayor parte de la superficie actual del Campo Dunar corresponde a la comuna de Concón. La Seremi del Medio Ambiente de Valparaíso, al informar ha especificado que el campo dunar cuenta con la



mayor diversidad de flora y fauna registrada para las formaciones de dunas del litoral central.

3.- La obra que se está ejecutando por parte de las recurridas se ubica en el predio inmediatamente contiguo al Santuario de la Naturaleza, así lo reconocen los diversos informes que se han agregado e incluso la propia parte recurrente en estrados. En otras palabras la obra no se ejecuta dentro de los límites del Santuario de la Naturaleza Campo Dunar de Concón. La obra que se pretende construir se ubica en la Avenida Concón con calle Reñaca Norte N° 30 y tiene permiso de edificación otorgado por la Municipalidad de Viña del Mar N° 161 de 29 de noviembre de 2017, encontrándose emplazado en la zona V3 del Plan Regulador Comunal de Viña del Mar. Se autorizó la construcción de 2 edificios, uno de ellos de 28 pisos con destino habitacional y el otro de 10 pisos, con destino oficinas y locales comerciales. El predio se encuentra en el deslinde sur del mencionado Santuario. Y se aprecia en las fotografías que se construyó un talud para establecer un límite entre el predio y la zona protegida.

Décimo: Que el artículo 1 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, dispone: “Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley”.

A su turno, el artículo 31 prescribe: “Son santuarios de la naturaleza todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado”. Agrega el inciso 2°: “Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales”. El inciso 3° dispone: “No se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural”. Y el inciso 4° señala: “Si estos sitios estuvieren situados en terrenos particulares, sus dueños deberán velar por su debida



protección, denunciando ante el Servicio los daños que por causas ajenas a su voluntad se hubieren producido en ellos”.

Undécimo: Que el artículo 10 de la Ley 19.300 establece un listado de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, dentro de los cuales se encuentra la letra p) que corresponde a la “Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, parques marinos, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.

?A su vez el artículo 11 letra d) prescribe: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente, requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios priorizados para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

Duodécimo: Que como se anticipó la obra que se pretende construir por las recurridas se ubica en el predio contiguo al Santuario de la Naturaleza, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300. No obstante lo expresado, en el recurso de protección se hace presente que se vulneraría el artículo 11 de la citada ley, particularmente la letra d), precisándose en la acción que la obra de construcción de los edificios se estaría ejecutado cerca y en el Santuario de las Dunas de Concón.

Décimo tercero: Que así la cuestión fáctica y jurídica queda delimitada a establecer si el proyecto o actividad en cuestión requiere la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, por generar o presentar la característica de encontrarse localizado de manera próxima a un área protegida siendo susceptible de ser afectado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300 en relación con el artículo 8 inciso final del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que señala que a objeto de evaluar si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención, así como los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar.

?Sobre este punto la doctrina ha señalado que “La distancia, si bien es utilizada en la generalidad de los modelos del mundo como mecanismo de limitación de riesgos, resulta un criterio limitado por su inexorable



temporalidad, ya que la expansión urbana y el desarrollo de nuevos proyectos en sus inmediaciones terminará finalmente por dejar sin efecto la original pretensión por evitar o limitar los riesgos” “Este numeral se aplica además a recursos y áreas protegidas, pertenecientes al SNAPE, que pudiesen ser afectadas por el proyecto o actividad, cuestión que habrá que valorar caso a caso, de acuerdo a su agrede en forma relevante el objeto que dio origen a la creación de tal área” (“Derecho Ambiental Chileno, Parte General”, Eduardo Astorga Jorquera, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot LegalPublishing Chile, Thomson Reuters, página 156).

En este sentido, siguiendo este criterio, la Municipalidad de Concón solicitó a la Superintendencia del Medio Ambiente que fiscalizara la obra para establecer si se encuentra en la hipótesis del artículo 11 letra d) de la Ley 19.300.

También la Seremi del Medio Ambiente de Valparaíso, señaló al informar a esta Corte: “Tratándose además de obras a desarrollarse en o próximas a un santuario de la naturaleza, dichos proyectos o actividades deberán entrar al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en la medida que sean susceptibles de afectar dicha área protegida, por aplicación del artículo 11 letra d) de la LBGMA, complementado por el artículo 8 del RSEIA. El inciso final de dicho artículo señala “A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o territorios con valor ambiental, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretender resguardar”.

Ahora bien, como ha quedado acreditado la obra que se pretende realizar se encuentra localizada en un predio inmediatamente colindante al Santuario de la Naturaleza, pudiendo apreciarse en las fotografías que se acompañaron que para poder establecer el deslinde se construyó un talud para lograr sostener las arenas.

Por lo expresado, no hay duda que se cumple el primer supuesto de la norma, esto es que la obra o actividad se encuentra en una localización próxima al sitio protegido. Entonces queda por dilucidar si existe el riesgo que este proyecto afecte el área protegida, para lo cual, se entregan ciertos parámetros por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tales como, extensión, magnitud, duración de la intervención, y teniendo en cuenta el objeto de protección.

Décimo cuarto: Que, ahora bien, para determinar si el proyecto puede generar el riesgo de afectar el área protegida, ha de tenerse en cuenta como criterio orientador lo expresado por la Excm. Corte Suprema respecto a la aplicación del principio preventivo: “*Que en lo que interesa a esta decisión, resulta trascendente detenerse en el*



principio preventivo. De acuerdo al Mensaje Presidencial, con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 19.300, se dijo que: “mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos. Para ello, el proyecto de ley contempla una serie de instrumentos.” Dentro de estos instrumentos se citó el sistema de impacto ambiental y se dijo: “El proyecto de ley crea un sistema de evaluación de impacto ambiental. En virtud de él, todo proyecto que tenga un impacto ambiental deberá someterse a este sistema. Este se concreta en dos tipos de documentos: la declaración de impacto ambiental, respecto de aquellos proyectos cuyo impacto ambiental no es de gran relevancia; y los estudios de impacto ambiental, respecto de los proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud. En virtud de estos últimos, se diseñarán, previamente a la realización del proyecto, todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, o a medirlo, o incluso, a rechazarlo.” “El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el fumus bonis iuris, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren” (Rol N° 2138-2012),

?Décimo quinto: Que en este sentido obra en autos informe acompañado por los recurrentes, consistente en Informe titulado “Reflexión sobre las Amenazas en las Dunas de Concón”, emanado de don Luis Ribba, geólogo y docente de la Universidad Andrés Bello de Viña del Mar, quien señala que según la Sociedad Geológica de Chile las “Dunas de Concón” corresponden al registro de geositos de dicha sociedad, ingresado con el número 19 y aprobado el 24 de octubre de 2012. Se indica que



corresponde a un sector costero en la zona central del país cuyo principal rasgo corresponde al desarrollo de dunas de origen marino durante el piso pleistoceno (entre 2,3 millones a 100.000 años atrás), que actualmente se encuentran inactivas y fosilizadas en el Holoceno (100.000 años al presente), lo que significa que en este momento no se están regenerando, sino más están en un proceso de segregación natural, producto que, por su altura geográfica donde actualmente se ubican, a 80 metros sobre el nivel del mar, ya no son alimentadas con arenas movidas por los vientos actuales. Se señala que actualmente el sistema dunario, se encuentra bajo una fuerte presión por parte de las inmobiliarias y la urbanización asociada y en los sectores que aún no han sido ocupados por las urbanizaciones, la duna se encuentra en su mayor parte fijada por una cubierta de gramíneas o por un matorral bajo costero. Se manifiesta que se trata de un ecosistema que presenta vegetación de matorral costero y arbustos ubicados en los márgenes del campo dunar y en las laderas que dan hacia la avenida costanera. Se agrega que la diversidad biológica de esta zona se complementa con la presencia de variadas aves marinas, entre las que destacan el chorlo y los playeros, entre otros. Se informa que en 1993 el campo dunar La Punta de Concón fue declarado Santuario de la Naturaleza por constituir una unidad paisajística de gran valor escénico, turístico y científico. Se detalla que el Ministerio del Medio Ambiente presenta en junio de 2018 el documento Plan de Manejo para la revisión de la Municipalidad de Concón, en el cual se expresa que el Campo Dunar de Concón se encuentra reconocido como sitio prioritario, para efectos de la Estrategia Regional de Biodiversidad, mediante Resolución Exenta N° 739 de 2007 de la Intendencia Regional de Valparaíso, siendo un ecosistema extremadamente frágil, que cuenta con la mayor diversidad de flora y fauna del sistema dunar litoral de Chile, incluyendo especies nativas y endémicas, algunas en categoría de conservación, que además constituyen uno de los escasos remanentes de una biota altamente singulares y características de ese hábitat especial, lo que sustenta el interés para la ciencia y para el Estado. Se añade que otra arista interesante de las Dunas de Concón es el componente arqueológico circunscrito a esta área que ha mostrado tener registro de la presencia de la cultura Bato, el Complejo Cultural Llolleo y conchales asociados a la cultura Aconcagua. Se manifiesta que se ha generado un vínculo basado en el disfrute recreativo y contemplativo de las dunas, vínculo que ha empoderado a la ciudadanía en promover la conservación del ecosistema con el propósito de poder seguir disfrutándolo. Se indica que las actividades recreativas realizadas por las personas, han ido generando un impacto acumulativo negativo que hoy se puede visualizar en el Santuario, especialmente en la duna mayor, cuya altura ha ido disminuyendo en varios metros, convirtiéndose en una amenaza a considerar en el plan de manejo. Se precisa que de igual manera, el aumento de la demanda inmobiliaria y su consiguiente acrecentamiento



vehicular por las avenidas Borgoño y Avenida Concón Reñaca que delimitan con el Santuario constituyen otra amenaza indirecta de ser considerada. Se enfatiza que la extensión de las Dunas de Concón era y es mucho mayor que el frente de las dunas de borde costero, que continuaba lleno de vegetación en el talud hacia el sur, que afirmaba la duna y que ha sido sacrificado por el desarrollo inmobiliario de la localidad de Reñaca hacia el norte, arrasando con el mayor porcentaje de la vegetación que la sujeta y le da estabilidad natural de soporte al talud. Estima como conclusiones y recomendaciones, entre otras, hay un potencial de daños irreparables en las áreas protegidas en este instante que debe ser evaluado responsablemente por profesionales independientes acerca de derrumbes posibles, por obras que se están desarrollado en ambos extremos norte y sur del santuario.

¿Décimo sexto: Que la parte recurrida acompañó un documento titulado “Informe Ambiental Proyecto Alto Santorini Inmobiliaria Lote 21 SpA” emanado de Econetwork Ltda. Consultora Ambiental. Se indica que respecto a la Duna no se observa afectación directa en el sector del santuario, no se observa alteración en su estructura y tampoco se aprecia algún tipo de afectación en sus bordes. Precisa que la vegetación presente no se ve afectada por las obras, lo que se pudo comprobar ya que no existe presencia de escombros no hay evidencia de paso de maquinaria y los accesos desde la obra hacia la duna están cercados, y existe un desnivel importante que también impide el tránsito hacia el campo dunar. Indica que durante el recorrido en los alrededores del proyecto no fue posible registrar nidificación de aves ni tampoco alteración de sitios con potencial de nidificaciojn producto de acciones atribuibles al proyecto. Manifiesta que en conclusión la duna y la cobertura vegetal de ella no se ha visto afectada por el proyecto de acuerdo a los antecedentes descritos (escombros, paso de maquinaria, accesos de la obra a la duna). Indica que la situación de fragmentación de los parches de vegetación se debe a la época y estado fenológico de la vegetación que se ve alterada por el estrés hídrico. Señala que la duna si se ve afectada por el uso de los visitantes que van al santuario, arrojando basuras y desechos, generando fragmentación por senderos de penetración y usos principalmente deportivos que afectan a la vegetación principalmente.

¿Décimo séptimo: Que no es posible otorgar mérito probatorio al documento acompañado por la recurrida, por cuanto más allá de las fotografías que adjunta, no abarca los principales tópicos contemplados en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a efectos de establecer si el proyecto o actividad generará o no impacto en el sitio protegido, dada su extrema cercanía, su magnitud, que en el caso de un edificio, tendrá 28 pisos, y teniendo en cuenta la duración de la actividad, sin que tampoco se haya pronunciado acerca del riesgo de ocasionar un derrumbe en el sitio protegido, considerando que el sistema dunario no se regenera. A diferencia de dicho informe, el estudio



XYHSKHPFN

acompañado por los recurrentes sí abarca tal punto, a lo que se suma que aparece emitido por un geólogo, siendo precisamente un profesional idóneo para apreciar la materia. Por consiguiente, en esta sede cautelar y en aplicación del principio preventivo se estima que el proyecto o actividad que se realiza se encuentra en la situación descrita en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300.

?Décimo octavo: Que en consecuencia solo cabe concluir que los antecedentes indicaban que era necesario que, tal como lo sugirió la Municipalidad de Concón y la Seremi del Medio Ambiente de Valparaíso, el proyecto deba someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por encontrarse en la situación prevista en el artículo 11 letra d) de la Ley 19.300, y al no haberlo hecho así la parte recurrida, la omisión deviene en ilegal, resultando lesiva para el derecho de la parte recurrente de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.

?Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **se acoge** el recurso de protección deducido por don Gabriel Muñoz Muñoz, en representación de la Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar, representada por Presidenta doña Patricia Arellano Parada y de la Fundación Jorge Yarur Bascuñán, representada por su Presidente don Jorge Yarur Bascuñán, en contra de Constructora e Inmobiliaria Vimac, y de la sociedad Inmobiliaria Lote 21 SPA, debiendo ingresar el proyecto de edificación ya singularizado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por encontrarse en la situación contemplada en el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300, sin costas.

?Regístrese y archívese en su oportunidad.

?Redacción del Ministro señor Cancino.

N°Protección-10366-2018.





XYHSKHPFN B

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Eliana Victoria Quezada M., Max Antonio Cancino C., Teresa Carolina De Jesus Figueroa C. Valparaíso, treinta de abril de dos mil diecinueve.

En Valparaíso, a treinta de abril de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

