

C.A. de Concepción.

Concepción, cuatro de julio de dos mil veintidós.

VISTO:

Que con fecha 11 de abril del presente año, se presenta la Ilustre Municipalidad de Talcahuano, representada por su Alcalde don Henry Leonardo Campos Roa, domiciliada en Sargento Aldea 250, Talcahuano, por sí y en favor de sus habitantes, interponiendo recurso de protección en contra de la Empresa Inmobiliaria Integral Limitada, con domicilio en Los Pensamientos 136, Huertos Familiares, San Pedro de la Paz, por haber incurrido por sí misma o por personal de su dependencia o contratado, en actuaciones ilegales y/o arbitrarias en el marco del proceso de construcción del Proyecto Edificio Montemare, ubicado en Castellón 96-98, Cerro David Fuentes, Talcahuano.

Cuenta que en el terreno particular donde se emplaza el proyecto inmobiliario se encontraron recientemente restos patrimoniales sin determinar, que podrían corresponder al acceso a túneles de una ex mina carbonífera y, pese a ello, las obras no han sido paralizadas por la recurrida, para resguardar la integridad del patrimonio arqueológico, antropológico o histórico, que podría estar presente en la zona del hallazgo; lo que dice ha tenido una amplia difusión en medios de comunicación local y nacional.

Expone que mediante Oficio N°1286 de 8 de abril de 2022, la Dirección de Obras Municipales solicitó a la empresa encargada de la obra, presentar un informe técnico que aclare la situación y mientras eso no ocurra, no intervenir el área de hallazgo; y, en el mismo sentido, con fecha 11 de abril de 2022 el Consejo de Monumentos Nacionales, se apersonó en el lugar y anotó en el Libro de Obras que no se debía intervenir el sector, sin disponer otras medidas; desconociéndose el tratamiento que le dio la empresa al hallazgo ya que continuó con las obras sin paralizarlas.

Invoca como derechos vulnerados el de propiedad, el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la garantía de resguardo del patrimonio cultural, consagrados en el artículo 19 numerales 24, 8 y 10 de nuestra Constitución Política.



Por lo que en mérito de lo expuesto y disposiciones legales que cita, pide tener por interpuesto recurso de protección en contra de la empresa Inmobiliaria Integral Limitada, ordenando la paralización total de las obras del proyecto que deban llevarse a cabo, o a lo menos, en el sector del hallazgo, mientras se establezca el origen, data y tipo de las mismas, resguardando la integridad del patrimonio arqueológico, antropológico o histórico, que podrían estar presente en la zona del hallazgo, con costas.

Informa la recurrida Inmobiliaria Integral WW Limitada y expone que efectivamente se encuentra desarrollando un proyecto inmobiliario en calle Carlos Castellón N°96 al 98 de la ciudad de Talcahuano, conforme al permiso de edificación de 19 de marzo de 2021, habiéndose dado inicio a las obras por la empresa contratista WW Constructora SpA el 15 de diciembre de 2021, y las faenas de movimiento de tierras y escarpe el 20 de diciembre de 2021; en el terreno, afirma, no existían construcciones ni ningún tipo de obra humana apreciable a simple vista. Añade que las obras estuvieron paralizadas entre el 23 de diciembre de 2021 y el 7 de enero de 2022 por orden de la DOM de Talcahuano, por posibles fallas geológicas en el lugar; luego, el 21 de marzo y a unos 8 metros de profundidad, se apreció una obra atribuida a una noria o foso, dejándose constancia en el Libro de Obras por la referida DOM, de una posible grieta en uno de los taludes que da cabida al edificio, solicitándose un informe para disponer medidas de mitigación; el 4 de abril se constituyó un mecánico de suelos de la empresa EMPRO Limitada, quien consignó que se detectaba en el sector relleno artificial, que presenta agrietamiento menor y que construido el edificio, el muro posterior debía ser rellenado contra talud, lo que no presentaría problemas en el futuro. No obstante ello, manifiesta, el 11 de abril de 2022 se constituyó en el lugar personal de Consejo de Monumentos Nacionales para constatar posible hallazgo arqueológico y como medida preventiva se instruye no intervenir en el sector del elemento a la espera del pronunciamiento del Consejo, sin que se instruyeran otras medidas. Agrega que el 19 de abril pasado se le remitió un correo electrónico por la Oficina Técnica Regional del Consejo de Monumentos, confirmando la medida de resguardo del lugar y monitoreo para asegurarse de la estabilidad del hallazgo, recomendando la demarcación de un buffer de seguridad de 4 metros a cada lado de la estructura como parte del área que no debe ser intervenida por las obras.



En mérito de lo expuesto, sostiene que no ha incurrido en ningún acto arbitrario y/o ilegal ni existen por parte del órgano jurisdiccional medidas que llevar a cabo, habiendo dado estricto cumplimiento a los requerimientos de la Autoridad, por lo que el recurso interpuesto debe ser rechazado.

Informa en iguales términos la Sociedad WW Constructora SpA.

Informa también el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural a través del Consejo de Monumentos Nacionales, indicando que el 5 de abril de 2022 recibió una denuncia de la Dirección de Medio Ambiente de la I. Municipalidad de Talcahuano por presunto daño a monumento nacional o infracción a la Ley 17.288, denuncia que ingresa por presunto hallazgo de valor arqueológico, constituyéndose en el lugar el 11 de abril.

Refiere que el hallazgo se encuentra en talud a un metro de la construcción del edificio, el cual será rellenado con hormigón para evitar derrumbes de acuerdo a lo informado por la empresa; señala que el informe de la visita registró que el sector “se encuentra altamente intervenido producto de los movimientos de tierra realizados con maquinaria pesada para ejecutar los cortes de cerro durante la preparación del terreno, que superan los 6 m. de altura. Cabe destacar que, al oeste del proyecto, estos taludes ya se encontraban hormigonados para estabilización del cerro y en el centro del perfil este, es posible distinguir estructura de ladrillos con evidente pérdida de material producto del paso de la máquina. La apariencia del hallazgo es cilíndrica similar a un pozo o respiradero de mina, con dos filas de ladrillo de diferente tonalidad atribuibles a un doble muro o bien, por los escombros, a la reparación de una primera construcción. El mortero que une la estructura también presenta diferencias que hablarían de dos etapas constructivas, la primera de arena y conchilla común en las construcciones del siglo XIX y una segunda de cemento de mala calidad con alto contenido de arena y fácil de romper. Las medidas de los ladrillos son de 21x15x6.5 cm. En la parte inferior del hallazgo, sector norte, es posible distinguir ladrillos con una coloración marrón oscuro, por el cambio en el sedimento que lo rodea. Cercano a éste, y dentro del relleno, es posible distinguir un elemento metálico que por sus características correspondería a un riel, sin elementos asociados visibles durante la visita. Además, en el centro de los sedimentos de relleno, se distinguen dos fragmentos de loza con decoración por transferencia en color morado que, conforme a los antecedentes



históricos, tendrían una frecuencia de uso mucho mayor entre 1845 y 1860. Dichos fragmentos fueron levantados durante la visita para ser resguardados en la OTR Biobío, debido al riesgo de pérdida producto de las vibraciones generadas por las máquinas que aún se encuentran trabajando en otros sectores del proyecto. Otros elementos registrados corresponderían a una tubería de fierro de alrededor de 2,5 cm de diámetro y restos de un tarro o balde metálico en la parte alta del hallazgo”. Se indica que como medida preventiva ante hallazgo se instruye no intervenir el sector del elemento, a la espera del pronunciamiento del Consejo.

Afirma que con la inspección visual desarrollada y a partir de los antecedentes constructivos del hallazgo, se constató la presencia de elementos de valor arqueológico histórico del siglo XIX, lo cual conforme al artículo 21 de la Ley 17.228 constituye un monumento arqueológico por el sólo ministerio de la ley; se recomienda realizar un despeje de la estructura con metodología arqueológica conforme al Protocolo de Registro Arqueológico para Rasgos Históricos y lo dispuesto en el DS 484, Reglamento sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas y Paleontológicas; por lo que con fecha 13 de abril de 2022 en Comisión de Arqueología del Consejo se acordó “solicitar empresa WW Constructora los antecedentes referidos a la topografía del proyecto y su emplazamiento respecto del hallazgo, planos de ingeniería, planos de arquitectura y libro de obras con las actividades registradas desde 27.03.2022 a la fecha. En conjunto con lo anterior, se solicita realizar despeje y registro de estructura de ladrillos, para lo cual se deberá ingresar un FSA por arqueólogo/a titulado, con el fin de elaborar una puesta en valor del rasgo como medida de compensación ante la inminente pérdida del bien. Asimismo, se reiterará a la empresa constructora, que no se podrán realizar intervenciones sobre el hallazgo hasta que el CMN de visto bueno a la continuidad de las obras en ese sector”.

Informa igualmente la Delegación Presidencial del Biobío señalando que carece de competencia para emitir un pronunciamiento sobre los hechos, no obstante destaca la importancia de la protección de los monumentos arqueológicos.

Se trajeron los autos en relación

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:



Primero: Que, el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar, cuyo objetivo es la adopción de medidas de carácter urgente, tendientes a salvaguardar los derechos o garantías constitucionales preexistentes, conculcados por actos u omisiones ilegales o arbitrarios. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado, que si bien en virtud de la competencia conservativa que el indicado arbitrio confiere, pueden adoptarse todas las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales previstos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, lo cierto es que no se puede perder de vista que esta acción constituye una medida de emergencia consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y/o arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes.

De consiguiente, atendida la especial naturaleza del recurso de protección, para que pueda prosperar es indispensable que quien lo intente acredite la existencia de un derecho o garantía actual que le favorezca, que esté claramente establecido y determinado y que corresponda a uno de aquéllos a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Igualmente es sabido que para que el recurso de protección sea acogido, es necesario que los hechos en que se hace consistir la arbitrariedad o ilegalidad estén comprobados y que con estos hechos se haya sufrido perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías y derechos que la Constitución asegura y que son los enumerados taxativamente en el artículo 20 de ese cuerpo legal.

Segundo: Que, la acción constitucional entablada se la finca en la omisión por parte de la empresa recurrida de paralizar las obras de construcción que realiza, con el objeto de proteger un hallazgo arqueológico descubierto con el inicio de las faenas de movimiento de tierras, lo que afectaría su derecho de propiedad, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la garantía de protección del patrimonio cultural de la Nación.



A su turno, la empresa recurrida manifiesta que efectivamente se produjo un hallazgo en el talud del lugar en que se emplazan las obras de construcción de un edificio que cuenta con permiso de edificación, y que habiendo cumplido con lo ordenado por el Consejo de Monumentos Nacionales, en cuanto a no efectuar intervención alguna en el lugar del hallazgo y resguardar su perímetro, no divisa acto arbitrario o ilegal de su parte, además, de que esta Corte carecería de medidas que decretar acorde lo decidido por el referido Consejo.

Tercero: Que el Consejo de Monumentos Nacionales afirmó que solicitó a la empresa constructora los antecedentes referidos a la topografía del proyecto y su emplazamiento respecto del hallazgo, planos de ingeniería, planos de arquitectura y libro de obras con las actividades registradas desde el 27 de marzo de 2022, ordenó realizar despeje y registro de estructura de ladrillos e ingresar un Formulario de Solicitud Arqueológica, con el fin de elaborar una puesta en valor del rasgo como medida de compensación ante la inminente pérdida del bien; no pudiendo la empresa constructora realizar intervenciones sobre el hallazgo hasta que dé su visto bueno a la continuidad de las obras en ese sector. Agregó que el hallazgo se encuentra en talud a un metro de la construcción del edificio, que hay riesgo de pérdida producto de las vibraciones generadas por las máquinas que aún se encuentran trabajando en otros sectores del proyecto y se constató la presencia de elementos de valor arqueológico histórico del siglo XIX, lo cual conforme al artículo 21 de la Ley 17.228 constituye un monumento arqueológico por el sólo ministerio de la ley.

Cuarto: Que la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales dispone en su artículo 1, que *“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”.

Conforme a su artículo 26 “Toda persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él...”.

Por su parte, el Decreto 484, Reglamento de la Ley 17.288 sobre Excavaciones y/o Prospecciones Arqueológicas y Paleontológicas, en su declaración de motivos indica que *“en materias tan delicadas que atañen directamente a la ubicación y conservación del patrimonio arqueológico, antropológico y paleontológico de la Nación, es necesario regularlas adecuadamente para que no se produzcan daños irreparables”*; luego, en su artículo 21 establece que *“Los objetos o especies procedentes de excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas o paleontológicas, pertenecen al Estado. Su tenencia será asignada por el Consejo de Monumentos Nacionales a aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio”*; reiterando su artículo 23 lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 17.288.

Según la Guía de Procedimiento Arqueológico ante hallazgos arqueológicos en el marco de proyectos de desarrollo e inversión, *“hallazgo no previsto: corresponde al hallazgo inesperado de restos arqueológicos, en el marco de cualquier obra o actividad. Antes este hecho se deberá proceder de acuerdo a los definido en los artículos 26 y 27 de la Ley 17.288 de Monumentos Nacionales y el artículo 23 del DS 484, es decir, dar aviso de inmediato al CMN”*; *“medidas de protección: medidas para resguardar los monumentos arqueológicos tales como el establecimiento de zonas de exclusión, el cercado y señalización de sitios”*; *“obras: cualquier actividad o acción que se ejecute sobre un terreno público o privado, que implica construcciones, excavaciones, movimientos de tierra o cualquier remoción de la superficie del suelo en el marco de un proyecto”*; *“paralización de obras: acción de detener una obra en curso, ante la presencia de hallazgos*



arqueológicos. Esta paralización es sólo en el lugar de los hallazgos”; “sitio arqueológico: concentración de restos arqueológicos (partes, ruinas o conjuntos de objetos) sobre y/o bajo la superficie de la tierra o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales o en el fondo de ríos y/o lagos que da cuenta de la actividad humana desarrollada en el pasado, en un espacio o lugar determinado, considerando para ello que se encuentren en contexto de desuso y que reflejan un modo de vida que ya no existe en la actualidad. En términos prácticos, Situs lo define como evidencias culturales arqueológicas que con más de cinco elementos en un diámetro aproximado de 20 m”.

Quinto: Que, son hechos que constan en el proceso:

- a) Que al inicio del movimiento de tierras de un proyecto inmobiliario de descubrió una estructura de interés arqueológico;
- b) Que se denunció tal hallazgo al Consejo de Monumentos Nacionales;
- c) Que dicho Consejo, constituido en el lugar del hallazgo, adoptó medidas de prevención y de investigación para la calificación del sitio.

Sexto: Que, entonces, es posible concluir que hay indicios suficientes que el hallazgo descubierto tiene valor arqueológico patrimonial y que el Consejo de Monumentos Nacionales se ha hecho cargo del mismo y adoptado las medidas idóneas y suficientes para resguardarlo, como ente administrativo competente, lo que ha comunicado a la recurrida quien ha actuado sometiéndose a lo ordenado; sin que existan antecedentes en orden a que la recurrida haya obviado lo que indicó el Servicio referido.

Séptimo: Que, a luz de lo precedentemente razonado, por ahora, esta Corte considera que no existen otras medidas idóneas de prevención a decretar en favor del hallazgo arqueológico descubierto y que las decretadas por el Consejo de Monumentos Nacionales salvaguardan apropiadamente el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como quiera que una de sus expresiones son los elementos socioculturales como lo señala el artículo 2 letra II) de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y que la paralización total de faenas de la recurrida aparece excesiva conforme a los antecedentes de que da cuenta el proceso.



Por estas consideraciones, normativa referida, lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se rechaza, sin costas, el recurso de protección interpuesto por la I. Municipalidad de Talcahuano en contra de la Empresa Inmobiliaria Integral Limitada.

Acordada con el voto en contra de esta redactora, quien estuvo por acoger el recurso interpuesto teniendo para ello en consideración, primero, que la recurrida no obstante el hallazgo descubierto no lo denunció, siguió desarrollando su proyecto, decidiendo por sí y ante sí, que lo descubierto carecía de importancia y podía ser destruido, limitándose, luego de la denuncia de un tercero, a realizar lo mínimo que se le ha ordenado, priorizando su proyecto inmobiliario; segundo, que dado lo indicado por el Consejo de Monumentos Nacionales en cuanto a haber constatado la presencia de elementos de valor arqueológico histórico del siglo XIX y que hay riesgo de pérdida producto de las vibraciones generadas por las máquinas que aún se encuentran trabajando en otros sectores del proyecto puesto que el hallazgo se encuentra en talud a un metro de la construcción del edificio, la actitud de la recurrida es arbitraria puesto que debió haber garantizado la protección del hallazgo y supone, además, que al proyecto inmobiliario se le debería exigir obras no sólo de protección sino de mitigación ante el eventual daño al patrimonio cultural, lo que se traduce incluso en una modificación de su permiso de urbanización o edificación e incluso una evaluación ambiental de su proyecto al tenor de lo prevenido en los artículos 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y 10 de la Ley 19.300, máxime que la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones contempla áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural y zonas de conservación histórica; de consiguiente, el proyecto inmobiliario de la recurrida constituye una amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su ámbito referido al patrimonio cultural y arqueológico, por cuanto es un hecho cierto que el desarrollo del proyecto inmobiliario ha afectado el hallazgo arqueológico en los términos denunciados por la recurrente, circunstancia que obliga a esta Corte a adoptar medidas tendientes a evitar la profundización del deterioro del hallazgo o su eventual destrucción, considerando las especiales



características del bien afectado, que puede llegar a ser irreparable, por lo que la paralización de las obras de proyecto inmobiliario de la recurrida era la única medida suficiente para resguardar el hallazgo arqueológico denunciado.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra Suplente Margarita Sanhueza Núñez.

No firma la ministra suplente Claudia Vilches Toro, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado en su suplencia.

Rol 12.210-2022 Protección.



Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción integrada por Ministro Rodrigo Cerda S. y Ministra Suplente Margarita Elena Sanhueza N. Concepcion, cuatro de julio de dos mil veintidós.

En Concepcion, a cuatro de julio de dos mil veintidós, 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 2022, 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>