

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos cuarto a octavo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que José Manuel Venegas Toro dedujo recurso de protección en contra de la Municipalidad de Antofagasta por haber ordenado la demolición de un muro contiguo a la vivienda en que reside, emplazado al final de la calle Travesía de la Plaza y que colinda con la bajada aluvional conocida como Jardines del Sur. Expresa que la acción de la autoridad edilicia afecta su derecho de propiedad y pone en riesgo la vida y seguridad de todos los vecinos que habitan el pasaje, puesto que en caso de ocurrencia de un aluvión, estos muros evitarán que el agua y barro ingresen a sus casas. Refiere que en 1991 ocurrió un trágico aluvión con un saldo de 100 personas fallecidas, por lo que estima, la presencia de estos muros, que se remontan a aquella época y que llevan casi 30 años contruidos, constituyen una medida de seguridad, afirmando que su casa fue incluso recepcionada por la Municipalidad no obstante la constatación evidente de la existencia de las aludidas defensas que cierran el pasaje.

Solicita por tanto, se decrete la paralización de la demolición del muro indicado, para así resguardar la vida



de quienes habitan en el pasaje ante la eventual ocurrencia de un nuevo desastre natural.

Segundo: Que al informar, la Municipalidad de Antofagasta solicitó el rechazo del recurso puesto que su actuación se fundamenta en facultades legales ya que la estructura se emplaza en un bien nacional de uso público siendo inviable la conservación de este cierre, por lo que el Municipio dictó el Decreto N°715/2017, que dispuso la demolición total de las panderetas ubicadas en las calles Travesía de la Plaza, Travesía el Mirador y Travesía del Estrecho, fundada su decisión en lo dispuesto artículo 148 N° 2 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, aduciendo que estos cierros ilegales impiden la conexión peatonal entre las calles y el área verde que se pretende constituir entre los dos bienes nacionales de uso público, cuya comunicación se ve impedida por la existencia de estas paredes.

No existe, por tanto, vulneración al derecho de propiedad del particular si se tiene en consideración el lugar de emplazamiento del muro, cuya construcción además carece de permisos. Asimismo, dio cuenta que mediante Oficio N°322/2017, se informó que las calles obstruidas por dicho muro limitan con el lote C-2, cedido para construir un bien nacional de uso público, según consta en la Resolución N° 93/2013, impidiendo la conexión peatonal desde y hacia aquel, afirmando que la canalización de



eventuales aguas lluvias, no afectará la seguridad de los predios colindantes, por lo cual no se verificaría el peligro a que alude el recurrente.

Tercero: Que en consecuencia, el acto que se denuncia como arbitrario e ilegal, está constituido por la orden dada por la Municipalidad de Antofagasta para que se proceda a la destrucción de un muro que cierra el acceso en calle Travesía de la Plaza de esa ciudad, que se encuentra emplazado al final de la referida arteria, que la delimita, separándola de un sitio eriazos y que fue construido en un bien nacional de uso público, como es la mencionada calle, por lo que el Municipio, en principio, estaría facultado para ordenar su derribo, puesto que su presencia afectaría el libre tránsito por aquella, conforme a las facultades que al ente edilicio entrega la Ley de Urbanismo y Construcción y lo dispuesto en el artículo 589 del Código Civil.

Cuarto: Que el motivo que alega el actor para oponerse a la referida destrucción del muro, y sin controvertir las afirmaciones hechas por el municipio como tampoco sus atribuciones, es que éste constituye un mecanismo efectivo de defensa frente a un potencial riesgo futuro de aluvión como el sucedido en 1991, recalcando que al comprar la vivienda en que ahora reside, tal construcción ya se encontraba instalada, estimando en cerca de 30 años su permanencia al final de la calle, cuyo origen remonta a la



tragedia que costó la vida a cerca de 100 personas, agregando que la demolición provocaría una amenaza cierta y efectiva de verse amenazada la vida de su familia y la suya, además de las de sus vecinos y sus respectivas viviendas de ocurrir un nuevo evento como el sucedido aquel año.

Quinto: Que además del recurso y de lo informado por el municipio, entre los antecedentes recopilados en estos autos, obran los siguientes:

i) Se informó por la Oficina Nacional de Emergencias de la Región de Antofagasta, que no puede afirmar que el muro cumpla una función de control aluvional, por lo que no es posible emitir un pronunciamiento acerca de si se justifica o no la medida ordenada por la Municipalidad en cuanto a su destrucción o si éste debe permanecer en su sitio, estando el servicio imposibilitado de emitir un juicio acerca de si efectivamente brinda alguna clase de protección en caso de aluvión.

No obstante lo señalado, se aclaró que de acuerdo con los antecedentes que maneja la ONEMI, no existen registros provenientes de la Dirección de Obras Hidráulicas acerca de la existencia de medidas de mitigación frente a la ocurrencia de un evento como el descrito; es decir, en la quebrada aluvional Jardines del Sur, no existen obras de mitigación ejecutadas por dicho organismo que es el



responsable de elaborar las medidas preventivas en caso de suceder un nuevo aluvión.

En todo caso, este organismo además hace presente que según el mapa de peligro de remociones en masa y geología para el ordenamiento territorial, elaborado por SERNAGEOMIN, en 2014, "el sector entre Jardines del Sur y Valle del Mar corresponde a un áreas de peligro alto de aluvión, lo cual corresponde a áreas que han sido y pueden verse afectadas, con mayor frecuencia e impacto, por el escurrimiento de flujos de detritos. Este sector se configura como la vía de drenaje principal de la Quebrada Jardines del Sur".

ii) Al informar la Dirección de Obras Hidráulicas, indicó que entre el año 2003 al 2004 se realizó un estudio de perfectibilidad del Plan Maestro de Aguas Lluvias de Antofagasta, precisando que la quebrada Jardines del Sur tiene una cuenca aportante de 9,2 kilómetros cuadrados con un largo de tramo de 1.950 metros, en la que se proyecta la construcción de 93 muros estabilizadores de pendientes dispuestos y complementados con muros laterales de hormigón armado para asegurar el encausamiento hacia la vía primaria (calle Valle Nortino) que debe ser capaz de portear un caudal de 25,9 metros cúbicos por segundo hasta su disposición final en el mar.

Sin embargo, entre sus conclusiones, precisa que "no se deben demoler los cierres de panderetas ubicadas en



calle Travesía de la Plaza, Travesía del Mirador y Travesía del Estero, que colindan con calle Valle Nortino, toda vez que éstas permiten blindar hacia el norte cualquier mayor caudal que no pueda ser porteado por la vía aluvional."

iii) Por su parte, el Director Regional del SERVIU, destaca que en 1991, fueron intervenidos los sectores de Jardines del Sur y Valle del Mar, mediante mecanismos de mitigación consistentes en la construcción de muros con ocasión del aluvión ocurrido en la ciudad ese mismo año, área que de acuerdo con el Plan Regulador Comunal vigente desde el año 2002, reconoce al sector como área de riesgo aluvional.

Asimismo, hace presente que mediante Decreto Exento N°306, de 24 de diciembre de 2015, el MINVU aprobó el contrato para el estudio de riesgo y modificación del Plan Regulador de Antofagasta, que tiene fecha de término para octubre de 2018 y abarcará la zona de Jardines del Sur, así como todo el territorio con asentamiento humano en la comuna de Antofagasta.

Sexto: Que a fin de analizar la cuestión planteada en estos autos, deben tenerse en consideración una serie de elementos que confluyen en la actividad de la Administración, puesto que, como se advirtió de los antecedentes recopilados, la remoción de los muros de contención construidos por el Servicio de Vivienda y Urbanismo luego de ocurrido el aluvión de 1991, traería



riesgos y eventuales perjuicios a la población, puesto que la Dirección de Obras Hidráulicas fue enfática en advertir la imposibilidad de removerlos frente a la incapacidad de las obras proyectadas, en cuanto a soportar la cantidad de material arrastrado por un aluvión, sirviendo de asistencia adicional para desviar un mayor torrente que el estimado.

Séptimo: Que en tal sentido, la conjugación de una serie de normas y principios permitirán otorgar una respuesta correcta al asunto controvertido:

i) Según el principio de proporcionalidad y que forma parte del principio de legalidad, las decisiones que adopte la autoridad deben ser razonadas y razonables, de forma que en la apreciación del ámbito del ejercicio de la potestad, puede ser más amplio o restringido al que la norma prevé, teniendo en vista la finalidad del acto administrativo y sus efectos en los administrados.

ii) El principio de oportunidad, conforme al cual, los órganos administrativos tendrán un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad condicionan el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. (Ap. Osvaldo Oelckers C., <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/271-1011-1-PB.pdf>) .



iii) El principio de coordinación de la función administrativa atañe a la disposición metódica y racional de las actividades que desarrollan los órganos administrativos, individualmente y en su conjunto, para el cumplimiento más eficiente y eficaz de la función administrativa y la mayor satisfacción de las necesidades colectivas a cargo del Estado, con el menor costo financiero y social posible. Por medio de este principio, se pretende evitar que los órganos administrativos en sus diversos niveles no ejecuten tareas que entraben o perturben las que deben desplegar otros órganos de la Administración o de precaver que no se produzca una duplicidad de esfuerzos con el consiguiente derroche de recursos humanos, económicos y financieros, puesto que una o más de las funciones que se realizan descoordinadamente serían inútiles y perjudiciales, ocupándose además dicho principio de que las políticas, los planes, programas y acciones se cumplan y ejecuten oportunamente, procurándose una suma de esfuerzos a fin de alcanzar un efecto multiplicador en el grado de satisfacción de las necesidades colectivas por parte de los servicios de la administración.

iv) El principio de la unidad de la acción de la actividad administrativa, presupone el cumplimiento del principio de coordinación administrativa y tiene importancia y efectos positivos cuando existen



coetáneamente diversos órganos administrativos que están llevando a cabo actuaciones que inciden en la satisfacción de una misma clase de necesidades colectivas y en ocasiones que desarrollan actividades similares o idénticas como fases para el cumplimiento de distintas necesidades colectivas.

v) Principio de optimización en el uso de los medios:

La insuficiencia de recursos económicos está siempre presente y ella impide dar una mejor satisfacción a las necesidades colectivas por lo que se hace necesaria la coordinación de los servicios de la administración a fin de maximizar los recursos escasos en procura de la finalidad principal a que está obligado el Estado, esto es, alcanzar el bien común. (Ap. "Principios Funcionales y Técnicos de los Órganos Públicos que integran la Administración del Estado", por Hugo Caldera Delgado, en C:/Users/Administrador/Downloads/43666-1-153418-1-10-20161020.pdf).

Octavo: Que de acuerdo a la descripción de riesgos aún existentes o acaecibles potencialmente descritos en el motivo quinto que antecede, en que incluso se sugiere por la Dirección de Obras Hidráulicas la mantención de los muros que el municipio busca derrumbar y que fueron contruidos por el SERVIU a raíz del aluvión ocurrido el año 1991 en la ciudad de Antofagasta; debe analizarse la oportunidad y conveniencia de la decisión adoptada por el



municipio, conforme al análisis de los principios administrativos precedentemente desarrollados.

De esta forma, el riesgo es definido por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, como una "contingencia o proximidad de un daño", cuyas causas pueden encontrarse en la naturaleza (terremotos, inundaciones, enfermedades) o en la actividad humana, por medio del desarrollo de nuevas tecnologías.

El riesgo que proviene de la naturaleza es incierto, tanto en lo relativo a sus causas como sus efectos o la época en que sobrevendrá, en que pueden distinguirse riesgos potenciales no acaecidos o desconocidos y riesgos conocidos, es decir, ya sucedidos y cuyas consecuencias, como en el caso ventilado en estos autos relativos al aluvión de 1991 y sus nefastas consecuencias, constituyen riesgos ciertos y ya comprobados, efectivos y cuyas consecuencias aún permanecen en el inconsciente colectivo de la población.

Noveno: Que en tal sentido, debe precaverse de manera coordinada por la autoridad la presencia de una amenaza o riesgo para la seguridad de las personas, aunque sea sólo probable o potencial. En este orden de ideas, la ocurrencia de un nuevo aluvión es un factor incierto debido al desconocimiento de las condiciones climáticas o a la falta de estudio respecto de nuevas zonas aluvionales o la fecha en que sobrevendría una lluvia excesiva que provoque un



aluvión y cómo se comportará la ciudad y sus áridos cerros aledaños frente a un fenómeno tormentoso, de forma que la única alternativa viable y razonable para evitar un daño producto de un riesgo que en 1991 costó la vida a 100 personas, consiste en que la autoridad actúe de forma previsor y precautoria, sobre la base de la experiencia adquirida, esto es, que adopte y mantenga medidas preventivas en relación a un riesgo en ausencia de certezas, antes de continuar la práctica de una decisión con consecuencias dañosas inciertas mientras está bajo estudio un nuevo Plan Regulador para Antofagasta que recién concluirá en octubre de 2018, asumiéndose por el Municipio, al ordenar la destrucción del muro, una posición irracional y carente de estudios, más aún si la resolución recae en una zona de alto riesgo aluvional como es aquella conocida como Jardines del Sur, circunstancia advertida por la Dirección de Obras Hidráulicas, órgano que sugirió la mantención de los muros frente a un porteo superior al proyectado.

Décimo: Que las medidas precautorias que la autoridad debe adoptar para evitar la concreción de un riesgo deben ser proporcionales al nivel de protección; no discriminatorias en su aplicación y coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en el examen de los posibles beneficios y costos de la acción o de la inacción, revisables a la luz de nuevos antecedentes y de la



experiencia adquirida, pareciendo un despropósito la destrucción de estos muros cuando en la especie es el servicio responsable, la Dirección de Obras Hidráulicas la que sugiere su conservación y que su construcción como medida de mitigación fue realizada por otro órgano de la Administración, esto es, el SERVIU, hace casi 30 años.

Undécimo: Que la definición presentada incorpora un elemento de costo-efectividad de las medidas precautorias que implica cierta proporcionalidad entre el posible daño y el nivel de protección buscado. Es decir, debe compararse el beneficio de la mantención de los muros que se busca derrumbar con la propuesta que en su reemplazo se plantea, es decir, la comunicación peatonal entre dos arterias, teniendo en consideración los antecedentes ya expuestos, en especial, que recién en octubre de 2018 existirá un Plan Regulador, relacionado con la evacuación de las aguas lluvias y los derivados de eventuales aluviones.

Duodécimo: Que de esta forma, la prevención como factor de manejo de la evaluación del riesgo, no puede obviarse porque se carece de certidumbre sobre lo que ocurrirá en el futuro, por tanto, si las autoridades responsables estiman que el nivel elegido de protección se ve amenazado por la existencia de un riesgo potencial, debe optarse por alguna medida precautoria y en este caso, por sugerencia de las mismas autoridades sectoriales, por la conservación de los muros construidos por el SERVIU: lo



opuesto, es decir, la actuación que pretende llevar a cabo la Municipalidad de Antofagasta implica una decisión arbitraria e imprudente que debe proscribirse.

De esta forma, una vez determinados los efectos potencialmente peligrosos de un determinado fenómeno, en la especie, la ocurrencia de un nuevo aluvión, deben evaluarse los riesgos sobre la base de los datos disponibles, encontrándose los responsables de la toma de decisiones frente a un dilema cuando el resultado de esta evaluación no permite determinar el riesgo con certeza, ya sea por insuficiencia de los datos, por su carácter no concluyente o por su imprecisión, es, entonces, cuando interviene la selección de la estrategia de gestión de riesgo, que implica comparar los posibles riesgos y beneficios aplicando consideraciones políticas, económicas, tecnológicas, sociales, éticas y legales, advirtiéndose que en este caso, el evitar un riesgo mayor pasa por mantener los muros de contención que asistirán en caso de un aluvión de una mayor entidad que los proyectados según las obras de mitigación que se pretenden construir.

Finalmente, para que esta decisión sea un reflejo del nivel de peligro que una sociedad quiere asumir, es indispensable que se cumpla con un estudio serio acerca de la gestión de riesgos, del que ha quedado en evidencia la Municipalidad recurrida carece y que incluso va en contra de lo que prescriben otras autoridades sectoriales, en



particular de aquella encargada de prevenir daños producidos por eventos derivados de las excesivas lluvias en la zona norte del país. Es en este punto en que se hace indispensable acrecentar los niveles de transparencia y de participación ciudadana, que por cierto han sido omitidas por la autoridad recurrida, que frente a un beneficio menor, de comunicar peatonalmente dos calles, pone en riesgo la vida y propiedad del recurrente frente a la ocurrencia de un nuevo aluvión, existiendo indicaciones expresas de la Dirección de Obras Hidráulicas de no derrumbar los muros contruidos por el SERVIU puesto que frente a un desastre aluvional, podría ocurrir que las obras proyectadas no sean capaces de contener el material arrastrado, constituyendo aquellas una asistencia adicional necesaria para prevenir un desastre mayor.

Decimotercero: Que en consecuencia, no basándose la decisión de la autoridad recurrida en una razón que justifique su proceder, advirtiéndose que más bien aquella se alza como una resolución arbitraria al carecer de todo sustento técnico que de la certeza necesaria para concluir que pese a ser derrumbados los muros de contención la vida y propiedad del recurrente no se verán afectadas, la sola alusión al artículo 589 del Código Civil, como soporte necesario para su actuación, deviene en insuficiente, frente a la necesaria protección de bienes jurídicos de



mayor entidad que la jurisdicción debe resguardar, acción en consecuencia arbitraria que debe ser dejada sin efecto.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección **se revoca** la sentencia apelada de veintiuno de junio de dos mil diecisiete y se declara en su lugar que **se acoge** el recurso de protección deducido por José Manuel Venegas Toro, dejándose sin efecto el Decreto Alcaldicio N°715/2017, de 31 de mayo de 2017, que dispuso la demolición total del muro perimetral o panderetas ubicadas en calles Travesías de la Plaza, Travesía del Mirador y Travesía del Estero, debiendo el municipio recurrido abstenerse de ejecutar cualquier acto que implique la destrucción de estas defensas, en tanto no se reemplace por un sistema de seguridad integral, en cuya elaboración deberán concurrir coordinadamente todas las autoridades competentes.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 34.536-2017.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Haroldo Brito C. y Sra. Rosa Egnem S. y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E. y Sr. Rodrigo Correa G. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Brito por estar en comisión de servicios y el



Abogado Integrante señor Rodríguez por estar ausente.
Santiago, 27 de diciembre de 2017.



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

