

CORTE SUPREMA
27.9.2001
Recurso de Protección en contra de decreto
que fija cauce del río Mapocho

VISTOS:

Se reproduce la parte expositiva y los fundamentos primero a tercero, ambos inclusive, de la sentencia apelada.

Se sustituyen los demás considerandos por los siguientes:

1º) Que como se desprende de los motivos del propio Decreto N° 109, la fijación de los deslindes del río Mapocho en sector Puente San Enrique a Canal San Carlos se efectuó primeramente por Decreto Exento N° 71. Sin embargo este decreto fue modificado, dejado sin efecto y reemplazado por medio del Decreto Exento N° 109, al acogerse algunas reclamaciones administrativas interpuestas contra aquél, manteniendo, no obstante, el Decreto N° 109 tantas veces mencionado, los mismos fundamentos y criterios generales en que se basaba el Decreto N° 71. Es el Decreto Supremo N° 109 entonces el que debe ser considerado como el acto jurídico por medio del cual se fijan definitivamente los citados deslindes, como se desprende por lo demás de sus propios números 1 a 4;

2º) Que los recursos planteados tienen por objeto determinar si el Sr. Ministro de Bienes Nacionales, al fijar los deslindes del Río Mapocho, se ajustó a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen sobre el particular, o si, por el contrario, adolece de vicios que pudieran considerarse actos ilegales o arbitrarios que afecten los derechos y garantías constitucionales de los recurrentes;

3º) Que estableciendo el artículo 595 del Código Civil que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, debe entonces concluirse que los ríos también lo son, por su condición de aguas corrientes. De ello se desprende que es necesario distinguir entre ciertos conceptos para determinar lo que se considera río en nuestra legislación y es así como cabe tener primero en cuenta que el N° 4 del Decreto Supremo N° 609 considera lecho o álveo de río, lago o estero, "la porción de tierra por la que permanentemente corren las aguas". El mismo Decreto Supremo N° 609 define como cauce de río, lago o estero "la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias". Finalmente, en el mismo N° 4 del Decreto Supremo N° 609, se consideran creces extraordinarias las de rara ocurrencia que se deban a causas no comunes producidas sin regularidad durante períodos en general mayores de 5 años. Se indica asimismo en esa disposición que los terrenos ocupados y desocupados alternativamente por estas creces extraordinarias no se considerarán cauce de ríos, lagos y esteros y pertenecen, por lo tanto, a los propietarios ribereños;

4º) Que según consta del documento denominado "Proposición de deslinde del Río Mapocho, sector Puente San Enrique a Canal San Carlos" agregado a fojas 376 de autos y del "Análisis crítico de la Metodología aplicada para la determinación del cauce del Río Mapocho en el Sector Puente San Enrique a Canal San Carlos y específicamente frente a las propiedades de las Empresas Aguas Cordillera S.A. y Reifschneider S.A." de abril de 1999, del Departamento de Ingeniería Civil de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile que rola a fojas 963 de los autos traídos a la vista, rol 1061-99, aparece que la crecida de referencia utilizada para determinar el cauce corresponde, en este caso, al caudal máximo instantáneo del Río Mapocho que podría producirse en un período de 50 años. Es así como este último documento señala en su parte pertinente "vale decir, en este caso se adoptó, para fijar los deslindes del río Mapocho la crecida (caudal máximo instantáneo) que se iguala o excede en promedio una vez en 50 años, o bien, significa que en promedio transcurrían 50 años antes que ocurra una crecida igual o mayor que la adoptada para fijar los deslindes de este río". Concluye que "este período de recurrencia no corresponde a una crece periódica ordinaria sino que a una crece de rara ocurrencia debida a causas no comunes o extraordinarias, según la clarifica la letra c) del artículo B.4 del Decreto Supremo N° 609". Así, si se buscara algún punto de comparación en la historia del río, esta sería la crece que ocurrió el año 1982;

5º) Que de lo anterior se desprende que se ha calificado de "periódico y ordinario" un hecho que, en la mejor de las posibilidades, podría ocurrir cada 50 años y si se atiende a que al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lo periódico como "que guarda período determinado" y "que se repite con frecuencia a intervalos determinados" y lo ordinario, como "común, regular y que sucede habitualmente", es evidente que la crece de la referencia utilizada por la autoridad corresponde a una de las peores inundaciones que ha tenido Santiago, la que se produjo en condiciones muy especiales. Por ello no es razonable utilizar dicha inundación para determinar "la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas y ordinarias", puesto que ello va contra lo que la ley exige;

6º) Que en otras oportunidades la autoridad ha actuado en distinta forma al aplicar el Decreto Supremo N° 609, tanto en este mismo cauce como en otros; y tal como se acredita con los antecedentes acompañados por la Sociedad Inmobiliaria Club de Campo Ltda. en el expediente tenido a la vista, en la fijación de deslindes del Club de Campo efectuada por Decreto N° 74 de 22 de marzo de 1995, la determinación de cauce efectuada por Bienes Nacionales se basó en un estudio de la firma Provia que consideró para definir el cauce un período de retorno de 5 años. El mismo período se utilizó en el proceso de determinación de los deslindes del predio de la recurrente Aguas Cordillera. Como consta de los antecedentes aportados a fojas 994 del expediente tenido a la vista, esta empresa presentó un proyecto de la misma firma Provia que consideraba idéntico período de retorno. Si bien en ese caso no existió decreto de fijación de deslindes, los documentos acompañados demuestran que el plano de deslindes y defensas fue aprobado por el Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas –el mismo responsable de emitir los informes en que se basan las actuales fijaciones de deslindes– como

consta de la documentación acompañada. Es más, mediante escritos de fojas 1099 y 1188, en el expediente traído a la vista rol 1061-99, se acompañaron sendos decretos del propio Ministerio de Bienes Nacionales en que consta que, en dos recientes fijaciones de deslindes, la del Estero de Reñaca y la Estero Puangue, el citado Ministerio ha utilizado períodos de retorno máximos de 5 años;

7º) Que, para justificar la utilización de un periodo de retorno de 50 años, los recurridos invocan el texto del N° 4 del Decreto Supremo N° 609 en que se indica que las consideraciones para determinar el cauce son "sin perjuicio de las demás de orden técnico que deban aplicarse". Sugieren que en este caso y por las particularidades del río Mapocho, existirían criterios técnicos que harían razonable la utilización del período mayor antes referido, y que esta norma permitiría que dichos criterios técnicos se apliquen con preeminencia a los conceptos que la misma norma determina. Tales razonamientos deben descartarse porque, en primer lugar, el concepto de cauce es de carácter legal y está definido en los artículos 30 del Código de Aguas y 650 del Código Civil, de modo tal que una norma reglamentaria mal podría establecer un criterio que implique modificarlo o alterarlo, y seguidamente, porque en el hecho no fue así, desde que, como lo señala el informe del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile, "el informe del Departamento de Obras Fluviales no entrega otros criterios técnicos valederos para aumentar el período de retorno" y que "tampoco estos autores encuentran que en dicho caso existan otros criterios técnicos que pudieran justificar aquello";

8º) Que tampoco resulta atendible lo señalado por los recurridos en orden a que la utilización de un período de retorno de 50 años estaría justificado en el interés de la autoridad por proteger a la población, toda vez que no corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales velar por la seguridad de ésta frente a creces extraordinarias de los ríos. Por el contrario y, como se desprende de los artículos 96 y siguientes del D.F.L. N° 850 –Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Obras Públicas–, es la ley la que protege a los ciudadanos por la vía de impedir la construcción en lugares inundables indicando que "se prohíbe construir casas para vivienda y con mayor razón poblaciones en suelos periódicamente inundables, aún cuando la inundación se presente en períodos de hasta 10 años";

9º) Que, en consecuencia en la especie se han determinado los deslindes referidos sin considerar la situación real actual del río Mapocho y sus riberas en el tramo de que se trata. En efecto, y como señala el informe técnico del Departamento de Ingeniería de la Universidad de Chile tantas veces aludido, los ríos son dinámicos, y durante su vida cambian múltiples veces de ubicación, característica ésta que está recogida por el artículo 654 del Código Civil que señala, que "cuando un río varía su curso, la parte de, éste que permanentemente quedare seca accederá a las heredades contiguas";

10º) Que a mayor abundamiento, cabe advertir que del mérito de autos y en especial del denominado "Estudio de Antecedentes para la proposición de deslindes del río Mapocho sector Puente San Enrique-Américo Vespucio Norte" efectuado por don Luis Arrau del Canto, acompañado a fs. 442 de autos, se desprende que en el análisis y decisión de los deslindes o cauce del río Mapocho ha debido tener gran

importancia la elaboración del proyecto Costanera Norte, cuya construcción se proyecta en terrenos aledaños, de ser ello así, por importante y loable que el proyecto sea, no puede afectar sólo por la vía administrativa el derecho de los propietarios ribereños;

11º) Que de todo lo anterior se desprende que el Decreto Supremo Exento N° 109 del Ministerio de Bienes Nacionales se ha elaborado sobre la base de consideraciones que exceden al marco de la ley, como también la prudencia y razonabilidad necesaria –de lo que deriva su ilegalidad y arbitrariedad– afectando gravemente al derecho de propiedad de los dueños ribereños, en distintas proporciones y superficie, al extender hacia ellas el cauce del río Mapocho, transformando aquellos retazos en bienes nacionales de uso público sin que exista un proceso legal expropiatorio, motivo por el cual procede acoger los recursos acumulados, sin que sea necesario analizar pormenorizadamente las demás garantías constitucionales que parte de los recurrentes han invocado también como vulneradas;

12º) Que si bien la materia de autos, por su trascendencia y gravedad, podría considerarse propia de un procedimiento declarativo y de lato conocimiento, no es menos cierto que el acto impugnado es el modo en que se afecta el ejercicio del derecho de propiedad de los recurrentes y no el derecho mismo vulnerado. Por tal razón es necesario que se adopten medidas de protección, ya que el N° 5 del Decreto Supremo N° 609 establece que durante la tramitación de estos recursos, se mantendrá en vigor el deslinde fijado por el respectivo Decreto Supremo, produciendo plenamente su efecto y haciendo ilusoria cualquier decisión que pudiere obtenerse en el juicio declarativo. Ello recomienda, entonces, suspender los efectos del Decreto N° 109 del Ministerio de Bienes Nacionales y consecuentemente los de las Resoluciones N°s 115 y 128, de 11 de febrero del 2000 del mismo Ministerio.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además con lo establecido en el Art. 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, *se revoca* la sentencia apelada de veinticinco de mayo último, escrita a fojas 451*, *acogiéndose* los recursos de protección acumulados al presente rol por los reclamantes señalados en lo expositivo de este fallo, sólo en cuanto *se suspenden* los efectos del Decreto Supremo N° 109 del Ministerio de Bienes Nacionales y, consecuentemente, los de las Resoluciones N°s 115 y 128, de 11 de febrero de 2000 del mismo Ministerio de Bienes Nacionales.

* Véase rol 837-2000, sentencia pronunciada por los Ministros señora Graciela Pérez P. (redactora) y Juan Araya E., y abogado integrante señor Eduardo Jara Miranda.

(N.R. No puede dejar de señalarse que la misma Corte de Apelaciones de Santiago había acogido la protección deducida por varios afectados en contra del referido DS N° 71/1999, luego de un muy acucioso procedimiento, en su sentencia de 13.7.2000, rol 1.061-99, ministros señores María A. Morales V. y Hugo Dolmestch U. y abogado integrante señor Raúl Allendes O.) y la Corte Suprema (3ª Sala) rechazó el recurso, revocando dicho fallo en razón de ser un asunto de lato conocimiento (Ministros señores Gálvez (redactor), Álvarez H., Yurac y Espejo y abogado integrante señor Geldres; esto es, cuatro de los cinco ministros que ahora ellos acogen la protección deducida, revocando el fallo denegatorio de primera instancia. Es –no cabe duda– un ejemplo del mejor “humor negro” judicial).

Acordada contra el voto de los Ministros señores Gálvez y Yurac, que estuvieron por confirmar la sentencia apelada, en mérito a sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase, conjuntamente con el expediente traído a la vista.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Álvarez.

Nº 2.015-2001.

Pronunciada por los Ministros señores Osvaldo Faúndez V., Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S. y Humberto Espejo Z.

COMENTARIO

Todos los años la Corte Suprema nos da al menos una sorpresa especialmente grata en materia de Recurso de Protección y Derecho de Propiedad. Normalmente son elementos de esta clase de jurisprudencia célebre la presencia de una revocación de un fallo de primera instancia errado, y el enfrentamiento, en cuanto al fondo, del Estado regulador con los derechos fundamentales de la persona, y en la forma, de una visión procesalista con una finalista del recurso de protección.

Creo que este año el premio se lo lleva el caso que comentamos, que llamaremos "Deslindes del Río Mapocho". La Corte Suprema, en un fallo firme pero prudente honra al menos tres valores básicos de nuestro orden constitucional: la reserva legal, la interdicción de la arbitrariedad y la vocación cautelar del recurso de protección.

1. *Los hechos*

Por su relevancia, este caso ocupó varios titulares de prensa a comienzos del año 2000. En dos palabras, el Presidente de la República, por medio del Decreto Supremo Nº 109 del Ministerio de Bienes Nacionales, redefinió administrativamente el cauce del río Mapocho en una extensión de 13,47 kilómetros.

En ese extenso trayecto fluvial la autoridad administrativa ensanchó súbitamente el cauce hasta entonces vigente, y aplicando un criterio técnico basado en creces fluviales extraordinarias, dejó convertidos los inmuebles de múltiples propietarios ribereños en bienes nacionales de uso público. Así de simple.

De nada sirvieron la propiedad inscrita, la posesión inmemorial ni los permisos de edificación regularmente expedidos por la autoridad competente para construcción de los inmuebles afectados; el Presidente de la República estimó que no le eran oponibles. En una línea clásica de argumentación regulatoria, en que el fin lícito suele justificar los medios, el ministro recurrido alegó que el DL 1939, de 1977, le otorga al Ministerio de Bienes Nacionales "un control superior" sobre los bienes nacionales de uso público.

El propio Ministerio acogió en este caso parcialmente una serie de recursos de reposición, flexibilizando los deslindes originalmente impuestos. Respecto de aquellos en que la reposición no prosperó, esta protección vino a hacer una mínima justicia cautelar.

Así, un total de 12 personas naturales y jurídicas recurrieron contra el Decreto Supremo Nº 109, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 2000. Fundaron su recur-

so en la irracionalidad del cauce fijado, que consideró crecidas de rarísima ocurrencia, yendo más allá de las necesidades reales de protección para los propietarios ribereños. Alegaron, con razón, que este decreto en definitiva estaba materializando una expropiación, con la consiguiente vulneración del artículo 19 N° 24 de la Constitución.

2. Los principios constitucionales salvaguardados

2.1. Reserva legal en materia de aguas

Decíamos que un primer principio rescatado por la Corte Suprema fue la reserva legal. Es interesante este fenómeno, en que la justicia ordinaria alcanza a veces mejor comprensión que el mismo Tribunal Constitucional sobre estas nociones básicas para el Derecho Constitucional.

Aquí la reserva legal consistió simplemente en aplicar la definición legal de "cauce" del artículo 30 del Código de Aguas y 650 del Código Civil, y confrontarla con la aplicación práctica que hizo el Administrador.

Dice el primer precepto citado, en el Título IV del Código del ramo, "De los cauces de las aguas", N° 1 "De los álveos o cauces naturales", que:

"Alveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas. Luego agrega: "Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios ribereños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas."

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, las porciones de terrenos de un predio que, por avenida, inundación o cualquier causa quedaren separadas del mismo, pertenecerán siempre al dueño de éste y no formarán parte del cauce del río."

La aplicación administrativa de los deslindes del río debía, entonces, respetar los parámetros que el legislador definió para el concepto "cauce". El DS 109 debía mantenerse en el marco de esa definición. Ahora, la forma extraordinariamente extensa en el decreto ensanchó el Mapocho, llevando a quintuplicar en ciertos pasajes el cauce fluvial, llevó a los recurrentes y a la Corte a preguntarse sobre si las crecidas que consideró el decreto fueron respetuosas del concepto "creces periódicas" del artículo 30 del Código.

Basada en un informe del Departamento de Ingeniería de la Universidad de Chile, de 1999, y en la misma aplicación práctica que el Ministerio hizo en los esteros Puangue y Reñaca, la Corte concluyó que se sobrepasó la definición legal. En efecto, el DS 109 consideró creces en un período de retorno de 50 años —extremadamente infrecuentes— mientras la ley consideró como cauce períodos de retorno de 5 años como máximo.

Esta finura del juez para apreciar los contornos de la reserva legal es meritoria. A no dudarlo debe celebrarse.

2.2. Razonabilidad y arbitrariedad

La Corte también acusó al Decreto de arbitrariedad. Esto, por cuanto, si la intención del Administrador fue ensanchar el cauce, o redefinirlo, debió recurrir a un "proce-

so legal expropiatorio" (considerando 11º). No hacerlo y operar directamente por Decreto Supremo hizo caer al DS en falta a la "prudencia y razonabilidad".

En realidad, es difícil imaginar imprudencia más grande que alterar administrativamente el cauce de un río, removiendo el *statu quo* en la materia, dejando "en el agua" a poblaciones modestas completas, clubes deportivos, casas particulares, parques, etcétera, todos con derechos de propiedad regularmente constituidos, al menos en apariencia.

¿Y si tales derechos de propiedad lo son sólo en apariencia? Entonces desembocamos en el aspecto procesal del problema.

2.3. Vocación cautelar del recurso onus probandi

Me parece que procesalmente el Tribunal Máximo estuvo brillante. Hay que considerar que la Corte de Santiago desechó el recurso sobre base formal. Estimó que debía discutirse en un proceso de lato conocimiento.

No puede negarse que un caso como este exige agregar complejas probanzas hidrológicas, pero detrás de esto se esconde el verdadero problema: ¿de quién es el onus probandi? Rechazar el recurso es transferir el peso de la prueba al afectado por el ensanchamiento del cauce; acogerlo es obligar al Estado a probar que su acción es necesaria, legal y formalmente procedente.

La Corte, rescatando la finalidad última del recurso, hizo lo único admisible: *suspender los efectos del Decreto 109 y sus resoluciones conexas*, dejando obviamente a salvo las acciones del fondo. Proceder en forma contraria significaba autorizar en el intertanto al Estado para proceder materialmente a tomar posesión, cancelar inscripciones de propiedad, inscribir a nombre del Estado, etcétera, todo mientras otro juez, en otra sede, no detuviera esta insólita alteración del *statu quo* jurídico.

Una vez más, felicitaciones a la Sala Constitucional, pese a los preocupantes votos de minoría.

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER