Revista de Derecho

TEORIA DEL DERECHO

CONTROVERSIA JUDICIAL SOBRE EL CAUCE DEL RÍO MAPOCHO

Gonzalo Vial Correa*

Entre los años 1999 y 2001 se suscitaron y fallaron algunas importantes controversias de derecho relativas al cauce del río Mapocho.

Eran numerosos los propietarios riberanos de dicho cauce con dominio inscrito. El deslinde entre éste, de carácter privado, y el cauce mismo, bien nacional de uso público, no había sido objeto de fijación legalmente obligatoria. Ella no interesaba a los propietarios riberanos porque sus terrenos aledaños al Mapocho carecían de valor agrícola, o para construir viviendas. Sin embargo, al desarrollarse y crecer en número de habitantes las comunas altas de la capital que cruzan el río -Barnechea y Vitacura, sobre todo- se despertó una constante y creciente demanda por esos terrenos para: a) viviendas y otros desarrollos urbanos de auspicio particular, y b) obras viales, v. gr. la emblemática Costanera Norte. La demanda hizo, como era inevitable, que subieran los precios de los terrenos mencionados, hasta que -en un tiempo muy breve- saber dónde terminaba su inmueble particular y comenzaba el cauce del Mapocho pasó a ser una pregunta que los riberanos se hacían, y cuya respuesta les significaba decenas si no centenares de millones de pesos.

Simultáneamente, esta misma fijación devino un tema vital para las municipalidades dichas, y para los Ministerios de Obras Públicas y Bienes Nacionales, pues el paulatino avance de calles y construcciones hacia el interior del río planteaba innumerables problemas públicos. Como ser: la seguridad física de los habitantes próximos a las aguas; los imperceptibles pero continuos cambios del cauce histórico, por obra de la naturaleza o del hombre, que sumándose en el tiempo habían llegado a ser muy considerables; la defensa del patrimonio fiscal y de los bienes de uso público; la urbanización; las expropiaciones viales, etc.

PROBLEMAS PLANTEADOS Y NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS EN JUEGO

1. El primer problema era, obviamente, el límite entre el cauce del Mapocho y las propiedades privadas, riberanas.

Los particulares hacían mucho énfasis en sus inscripciones de dominio y los antecedentes que muchas veces completaban larguísimos años de deslindes.

Sin embargo, este elemento de juicio no era lo conclusivo que se suponía, pues:

1.1. En muchas de esas inscripciones el deslinde en discusión figuraba como "el río Mapocho". Por éste, no podía entenderse, según veremos, sino el "cauce" del mismo. Con ello, la pregunta clave era nuevamente: ¿cuál es el cauce del Mapocho, en el trecho preciso en que el río enfrenta el inmueble privado cuya inscripción de dominio se analiza?

1.2. El cauce del Mapocho, como de todo río, es un bien nacional de uso público (artículo 30, inciso segundo, del Código de Aguas). Por consiguiente, está fuera del comercio humano, y no puede constituirse sobre él dominio privado, ni siquiera mediante la prescripción (artículos 598, 1464, inciso segundo, número 1º, 1682, 1683 y 2498 del Código Civil).

Antes del Código de Aguas, esto mismo se desprendía de los artículos 595 (hoy derogado), 649 y 650 del Código Civil, respecto a los cuales existe abundante jurisprudencia en sentido idéntico a la que señalo.

Si no cabe constituir propiedad privada sobre el cauce del Mapocho, ni aún por prescripción, es claro que la sola inscripción o cadena de inscripciones de dominio particular, aunque sea muy extendida en el tiempo, no ha podido ni puede hacer cesar, en ningún momento, el dominio público sobre dicho cauce, ni sobre ninguna parte de él, ni ser antecedente confirmatorio de un correlativo dominio privado.

2. El segundo problema es definir el cauce de un río.

Algunos han sostenido que se trata del lecho de aquél, el fondo del río que "se ve" cubierto por el agua.

Esta afirmación es insostenible, por cuanto:

2.1. Ese fondo varía según el caudal de agua que corre por el río, caudal que a su vez es distinto según las estaciones, pudiendo aun quedar el río temporalmente en seco, sin caudal, sin agua.

2.2. La definición del "alveo" o "cauce natural" de un río ("corriente de uso público") está legalmente formulada por el ya citado artículo 30 del Código de Aguas, en su inciso primero:

"Suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas".

Definición que no hace sino repetir la del artículo 650, inciso segundo del Código Civil.

Estas disposiciones deben complementarse con lo que dice el Decreto Supremo (D.S.) 609, del Ministerio hoy llamado de Bienes Nacionales, entonces de Tierras y Colonización, de fecha 31 de agosto de 1978 y publicado en el Diario Oficial de 24 de enero de 1979, a cuya naturaleza nos referiremos pronto.

La norma recién citada, Sección B, introduce en la definición de cauce que proporciona el Código de Aguas, las precisiones siguientes:

2.2.1. Las creces y bajas periódicas de que habla el Código, son sólo las "ordinarias".

2.2.2. Por ellas se entiende aquellas que:

2.2.2.1. se producen por motivos de que no sean "de rara ocurrencia", ni debidos a causas "no comunes"; y

2.2.2.2. se producen durante períodos en general menores de cinco años.

Estas dos características se deducen de cómo el D.S. 609 (1979) define las crecidas extraordinarias, en el mismo lugar señalado.

2.2.3. Además de las reglas anteriores, los organismos que intervengan en la fijación del cauce considerarán "las demás (normas) de orden técnico que deban aplicarse".

De esta manera, utilizando combinadamente el artículo 30 del Código de Aguas, y el D.S. 609, de 1979, se define teórica y legalmente el cauce, definición que debe aplicarse a cada río para determinar prácticamente aquél en su caso específico.

3. Tercer problema: ¿Quién, aplicando prácticamente el Código de Aguas y el D.S. 609, de 1979, fija el cauce de un río determinado, v. gr. del Mapocho, o de parte de ese cauce?

Respuesta: la competencia administrativa corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales, en conformidad a las facultades que le entrega el Decreto Ley (D.L.) 1939, de 1977, en sus artículos 1º y 19. Éstos confieren a dicho Ministerio el control superior de los bienes nacionales de uso público y le mandan velar para que esos bienes se respeten y para que su uso -correspondiente a todos los habitantes de la nación- no se dificulte. De las disposiciones referidas fluye obviamente la facultad de fijar los deslindes de dichos bienes, pues de lo contrario, ¿cómo podría el Ministerio cautelar su respeto y uso?

El D.S. 609, de 1979, no es sino la reglamentación de la sobredicha facultad de fijar los cauces de los ríos que corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales, regulación dictada conforme a la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

4. Cuarto problema: ¿Cómo fija el Ministerio de Bienes Nacionales el cauce o parte del cauce de un río, conforme al D.S. 609 (1979)?

Las etapas son las que siguen:

4.1. Un informe previo del Departamento de Defensas Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas, que lleva anexo un plano de la zona del río, indicando el deslinde de su cauce.

Este informe y plano son obligatorios, pero no vinculantes para el Ministerio.

4.2. El Ministerio, por un decreto supremo, fija el deslinde, sea de oficio, sea a petición de un propietario riberano.

4.3. Publicación del decreto de fijación en el Diario Oficial.

4.4. Plazo para reclamar administrativamente del deslinde fijado: sesenta días corridos, contados desde la fecha de la publicación recién referida.

El reclamo puede presentarse al Ministerio, Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, o a la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales respectiva, indistintamente. Corresponde la reclamación a "los propietarios (riberanos) o cualquier otro interesado" (D.S. 609, de 1979, Sección B, Nº 5).

4.5. La resolución por el Ministerio del o los reclamos presentados, puede ser: totalmente negativa, totalmente positiva, y parcialmente de una y otra clase.

En los dos últimos casos, se dicta por el Ministerio un decreto supremo de modificación del anterior que fijaba el cauce, adaptándolo al fallo de las reclamaciones.

4.6. Publicación del decreto supremo indicado en el número anterior.

4.7. "Vencido el plazo de sesenta días el propietario riberano o los otros interesados sólo podrán reclamar judicialmente de la respectiva resolución administrativa" (D.S. 609, de 1979, Sección B, Nº 5).

La norma copiada presenta algunos problemas:

4.7.1. ¿Quiénes serían los "otros interesados", para estos efectos y los de 4.4.? Parece que fueran quienes tengan un derecho actual comprometido por la fijación, y que no sean dueños riberanos.

4.7.2. ¿Qué decreto sería reclamable... el inicial, el modificadorio o ambos? Aparentemente todos, pues la norma no hace distinciones.

4.7.3. ¿Cuál sería el plazo para la reclamación judicial? No estableciéndose ninguno especial, sería el plazo ordinario de prescripción extintiva, cinco años.

4.7.4. ¿Qué procedimiento tendría la reclamación judicial? El de juicio ordinario, salvo que se estimara que la acción deducida, por su naturaleza, circunstancias que la rodean, etc., merece juicio sumario, y alguna de las partes solicitara el cambio de procedimiento.

4.7.5. Vencidos los sesenta días y dictado el decreto modificadorio... ¿sería posible que se dictaren otros de la misma índole, posteriores?

El uso de la expresión "sólo", en la norma que se transcribe al comienzo de este Nº 4.7, parece excluir la posibilidad de nuevos decretos de modificación. Pero se debe recordar que el D.S. 609, de 1979, es sólo un decreto y, en consecuencia, en principio, modificable por otros, expresa o tácitamente.

De todos modos, queda claro que si un propietario riberano u otro interesado reclama del deslinde del cauce, la última palabra -si el reclamante así lo quiere- corresponde a la justicia ordinaria, requerida dentro de los plazos también ordinarios de prescripción extintiva.

EL CONFLICTO

El año 1999 el Ministerio de Bienes Nacionales procedió -conforme al D.S. 609 (1979)- a fijar el cauce de un sector del río Mapocho, previa petición y recibo del informe y plano a que se hizo referencia en el Nº 4.1 que antecede. El sector era el comprendido entre el puente San Enrique y el puente Lo Saldes. Fue el D.S. Nº 71 de ese Ministerio y año, debidamente publicado.

Un grupo numeroso de propietarios riberanos recurrió de protección contra este D.S., ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

La I. Corte acogió el recurso por sentencia de 13 de julio del año 2000, apelada por el Ministerio, representado por el Consejo de Defensa del Estado, para ante la Excma. Corte Suprema.

En forma paralela, los recurrentes habían interpuesto reclamo administrativo contra el D.S. 71, ajustado al procedimiento que se describió en el Nº 4.4 anterior.

Parte de las reclamaciones fue acogida, dictándose y publicándose en consecuencia -acorde con el mismo procedimiento- el D.S. Nº 109, del año 2000, modificadorio del D.S. 71.

Aquellos reclamantes que no obtuvieron totalmente sus pretensiones a través del reclamo administrativo recurrieron de protección también contra el nuevo decreto, y también ante la I. Corte de Santiago.

Mientras tanto, la Excma. Corte Suprema, el 29 de noviembre de 2000, fallaba la apelación interpuesta en el primer recurso, acogióndola, y rechazando en consecuencia la protección.

En cuanto al **segundo** recurso de la misma índole, la I. Corte de Santiago lo rechazó por sentencia de 25 de mayo de 2001. Apelada esta sentencia por los recurrentes para ante la Excma. Corte Suprema, ésta acogió la apelación y el recurso por sentencia de 27 de septiembre del año 2001.

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Hacemos a continuación un resumen de los principales, y de las respuestas o contraargumentos respectivos.

I. Adujeron los recurrentes su presunta calidad de dueños y de poseedores jurídicos y materiales, según inscripciones en vigencia a su nombre, y además ocupación permanente de los terrenos que ellas comprendían, calidad que con los decretos impugnados se les habría pretendido cercenar, y expropiar sin ley ni indemnización.

Contraargumentó el Fisco que dichas inscripciones (o aquellas más antiguas de las cuales procedían), y la ocupación de los terrenos que abarcaban, establecían ellas mismas como deslinde "el río Mapocho", por el cual debía y no podía sino entenderse "el **cauce** del río Mapocho", conforme a lo expuesto en el Nº 1 que antecede. En consecuencia, el terreno amparado por la inscripción y sujeto a la ocupación, se definía sólo fijando previamente el cauce, que era la materia precisa de los decretos objetados, objeción que en definitiva quedaba entregada en su fallo final -si así lo querían los afectados- a la justicia ordinaria. Y respecto al cauce, una vez determinado, no era procedente alegar dominio ni ocupación particulares, ni exigir expropiación ni precio alguno, por tratarse de un bien nacional de uso público.

II. Argumentaron los recurrentes, en seguida, que el cauce del Mapocho se había establecido en base a una determinada crecida extraordinaria o inundación de éste -la de 1982-, cuya probabilidad de ocurrencia era una en cincuenta años, estadísticamente. Un plazo tan desmedidamente amplio no podía conformar la crecida "ordinaria" y "periódica" de que hablaban las normas en vigor. Era, por tanto, arbitrario. Y era también ilegal, pues el D.S. 609 (1979) hablaba de un plazo máximo de cinco años (ver 2.2.2.2.).

La respuesta del Ministerio fue:

Los decretos impugnados establecen, no el plazo tras el cual una determinada crecida se ha repetido histórica y mecánicamente, sino el "período de retorno" de las aguas a un determinado cauce o nivel.

De acuerdo con el D.S. 609, de 1979, Sección B, Nº 4, inciso segundo, letra c), **uno pero no el único** de los elementos a considerar para fijar el período de retorno es el plazo de repitencia de hasta cinco años. Pero:

- ese plazo se formula "en general", es decir, sólo como ilustrativo, pudiendo en consecuencia ser igual, mayor o menor para cada río, según sus características individuales;

- que sea igual, mayor o menor que cinco años, depende "de las demás normas técnicas que deban aplicarse" a la fijación del cauce, conforme ordena taxativamente el D.S. 609 (1979) en su Sección B, Nº 4, inciso primero.

Si la repitencia en un plazo mayor de cinco años fuese lo que diera o quitara el carácter de "ordinaria" a una crecida -y por consiguiente, el único elemento que determinara el cauce de acuerdo al artículo 30, inciso primero, del Código de Aguas, al artículo 650, inciso segundo, del Código Civil y al D.S. 609 (1979)-, entonces sí la crecida de 1982 fijaría dicho cauce respecto del Mapocho, pues alcanzó un caudal de 293,2 metros cúbicos por segundo, y en 1986 -o sea, antes de los cinco años- se repitió incrementada, con un caudal de 325 metros cúbicos por segundo.

Pero las crecidas son sólo uno de los elementos para fijar el "plazo de retorno" del cauce.

Los otros elementos a considerar son las "normas técnicas" de que habla el D.S. 609 (1979).

Como tales, las fija un organismo técnico y especializado, el Departamento de Obras Fluviales de la Dirección de Obras Públicas, cuyo informe el D.S. citado hace obligatorio pero no vinculante para el Ministerio de Bienes Nacionales, con anterioridad a establecer un cauce, según ya se dijo (4.1).

En dicho Departamento se hallan los mejores expertos chilenos del tema, y toda la información histórico-estadística sobre cauces de ríos nacionales, por más de un siglo.

En el caso que se estudia, el Ministerio de Bienes Nacionales se ciñó estrictamente al informe del Departamento señalado.

Según el Departamento, las "normas técnicas" adicionales a aplicar para establecer un cauce de río, son:

A. Su geomorfología y sus modificaciones por obras de defensa fluvial.

B. El modo de inserción del tramo de río cuyo caudal se fija, en el total de aquél (en el caso del Mapocho, para dar un ejemplo, la circunstancia de que su tramo central se encuentra ya canalizado).

C. El arrastre de sedimento que llevan las crecidas, su volumen, su composición geológica, en qué parte del lecho se deposita y cómo este depósito erosiona el lecho del río.

Todos estos datos, y los de crecidas, deben computarse en un modelo de análisis preestablecido, para fijar el cauce.

El procedimiento señalado no es ilegal, ya que se ajusta exactamente a la legislación y reglamentación vigente, ni menos "arbitrario". La jurisprudencia ha definido este último adjetivo haciéndolo equivaler a caprichoso, irracional, infundado, términos que no cabe aplicar -como es obvio- a la determinación técnica y fundamentada que efectúa el servicio estatal especializado en la materia, como sucedió en la especie.

III. Los recurrentes sostuvieron que tampoco la crecida del Mapocho, el año 1982, se había originado en "causas no comunes", exigencia del D.S. 609 (1979) para considerarla "ordinaria". El Ministerio respondió que, parte de no haber sido esa crecida determinante en la fijación del cauce del río (Nº II), su causa -la lluvia- era perfectamente común. Según el Ministerio, el desborde del río e inundaciones consiguientes no se debieron a la crecida, es decir al aumento del caudal, sino a haber descuidado las municipalidades, durante años, las obras de limpieza y mantención del cauce.

IV. Impugnaron algunos recurrentes las atribuciones del Ministerio de Bienes Nacionales para fijar el cauce, argumentando que la ley no se las otorgaba, por lo cual también sería ilegal el D.S. 609 (1979). El Ministerio se defendió haciendo las consideraciones que se han expuesto en el Nº 3 que antecede.

V. El Ministerio de Bienes Nacionales sostuvo que la fijación del cauce era indispensable para garantizar la seguridad de los habitantes de loteos urbanos ribereños o próximos al Mapocho, evitando que ocuparan espacios susceptibles de inundación.

Los recurrentes respondieron que ése no era papel del Ministerio de Bienes Nacionales, correspondiendo esta función al Ministerio de Obras Públicas, según los artículos 96 y siguientes de su Ley Orgánica (Decreto con Fuerza de Ley Nº 850), que lo facultan para prohibir la construcción en lugares inundables.

Bienes Nacionales contraargumentó que era imposible para el Ministerio de Obras Públicas ejercer esta atribución respecto de un río y en cuanto a construcciones particulares de viviendas, sin que previamente se hubiese fijado su cauce, asunto de competencia de la primera secretaría mencionada. Pues los terrenos inundables eran precisa y exclusivamente los situados dentro del cauce, en los cuales, además- por ser bienes nacionales de uso público- no cabían esas construcciones, aunque se efectuasen obras fluviales para impedir la inundación.

VI. El Ministerio de Bienes Nacionales, por último y principalmente, sostuvo que era inadmisibles utilizar el recurso de protección para los fines perseguidos por los recurrentes, porque:

VI.1. Se buscaba en el fondo y como consecuencia necesaria, aunque no se dijese expresamente, la nulidad de derecho público de un decreto supremo.

VI.2. Se trataba de materias complejísticas, en la consideración de las cuales intervenían múltiples ciencias, técnicas y profesiones, y que requerían una prueba especializada, rendida ordenada y completamente, y con el tiempo necesario para presentarla, ponderarla y hacer observaciones sobre ella.

VI.3. Existía un procedimiento de reclamación administrativa y luego judicial contra los mismos actos del Ministerio que la protección impugnaba, procedimiento no afinado aún y del cual los recurrentes de protección habían hecho uso.

Bajo ninguno de estos conceptos, dijo el Ministerio, era viable ni conveniente resolver el diferendo mediante un recurso de protección, cuya esencia era la provisoriedad, sumariedad y rapidez y la falta de un período de prueba reglamentado.

Respecto de VI.1: la viabilidad de que un Poder del Estado anule un acto privativo de otro Poder del Estado ha sido aceptada por la jurisprudencia sólo en forma hasta cierto punto reciente, pero siempre mediando -dada la suma gravedad implícita en semejante intervención- un juicio de lato conocimiento.

Respecto de VI.2: el objeto de un recurso de protección es reponer situaciones aparentes, mientras su juridicidad es ventilada en juicios de lato conocimiento. Pero en la especie no existían esas situaciones aparentes, por lo dicho en el Nº I que antecede. Y aunque existieran, no estaban amenazadas ni violadas por el procedimiento que había iniciado el Ministerio, ya que este procedimiento, según se dijo en 4.7, terminaba en una opción judicial para los afectados. Mientras esa opción no se agotara, no estaban violadas ni amenazadas la situación jurídica (inscripciones) ni la de hecho (posesión material) que aparentaban los recurrentes.

Respecto de VI.3: la economía procesal recomendaba no resolver provisoriamente una materia cuyo fallo definitivo, administrativo-judicial, resultaría de un procedimiento en curso entre las mismas partes.

Los recurrentes respondieron:

- Que el recurso de protección tiene por objeto amparar la apariencia de legítimo ejercicio de ciertos derechos constitucionales, entre ellos el del artículo 19, Nº 24, de la Carta -que era el principal que ellos invocaban como violado-, sin pretensión de declararlos ni de precisar su alcance. Lo perseguido por los

recurrentes no requería, pues, un juicio de lato conocimiento.

La apariencia estaba dada por la inscripción y la ocupación tranquila y permanente, según ya se ha dicho.

- Que el recurso de protección, conforme a sus propias normas, era compatible con cualquier otro procedimiento o acción que persiguiera igual finalidad u otra, más amplia, que incluyese la primera.

- Que para apreciar la arbitrariedad e ilegalidad de declarar ordinaria una crecida como la de 1982, no se necesitaban conocimientos técnicos especializados ni una prueba compleja, y que los antecedentes necesarios podían perfectamente producirse dentro de la protección.

- Que el desmedro de sus derechos aparentes era real, ya que dictado el decreto de fijación se inscribía un plano con el nuevo cauce, plano que de hecho los perjudicaba. Se afirmó que, con este plano, cuya inscripción no figura en el D.S. 609 (1979), la porción que él determinaba como cauce del río pasaba inmediatamente a quedar registrada como bien nacional de uso público. Pero no se explicó cómo sucedía esto, ni en virtud de qué norma legal o reglamentaria.

FALLOS DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA Y SUS FUNDAMENTOS

Estos fallos son contradictorios, pese a haberlos dictado la misma sala. Y son contradictorios no porque algún ministro haya cambiado de criterio, sino porque en la primera sentencia participó un abogado integrante, que formó mayoría con dos ministros para una determinada posición, dejando en minoría a los dos ministros restantes. Mientras que en la segunda sentencia la sala estaba completa, y prevaleció la que fuera, la vez anterior, la tesis de la minoría, al sumársele el ministro antes ausente.

La primera sentencia se dictó el 29 de noviembre de 2000, en el rol 2.750-2000 de la Excma. Corte Suprema. Rechaza la primera protección, que acumulaba varios recursos similares, con los argumentos que siguen:

A. El Ministerio de Bienes Nacionales está legalmente facultado para fijar el cauce del río Mapocho, en atención a sus atribuciones legales sobre los bienes nacionales de uso público (Nº 3 que antecede). Así lo había fallado la I. Corte de Apelaciones de Santiago, y la Excma. Corte lo confirmó al mantener el considerando respectivo, Nº 5.

B. La materia de la protección "no es una materia que pueda dilucidarse en la presente acción cautelar, sino que es propia de un juicio declarativo de lato conocimiento", atendida su trascendencia, gravedad y complejidad. Por lo cual, "no hay medida cautelar que esta Corte pueda adoptar al respecto" (considerando 3º).

C. Por otra parte, estimó la Excma. Corte Suprema que las acciones cautelares interpuestas, no eran la "vía idónea" para "dilucidar el problema planteado por los recurrentes" porque -además de lo dicho en B- ellas no podían "ser resueltas a través de un pronunciamiento jurisdiccional en que se declare dejar sin efecto o modificar el decreto de que se trata". Ello, "en atención a que tal materia necesariamente debería haber sido decidida con anterioridad a la solicitud de protección, para que pudiera reclamarse amparo invocando la posible privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que emanaren de su interpretación o aplicación".

Es decir, la Excma. Corte Suprema, en esta ocasión, falló que dejar sin efecto o modificar el decreto impugnado (es decir, una nulidad de derecho público, total o parcial, del mismo) era una decisión previa -y por tanto, propia de un juicio separado y anterior- a recurrir de protección por el incumplimiento de esa decisión, suponiéndola favorable a los recurrentes (considerando 4º).

D. En cuanto a que el recurso era admisible no obstante no hallarse afinado el procedimiento reclamatorio, administrativo-judicial, del D.S. 609 (1979), tema al cual nos referimos ya en VI.3. Pues mantuvo el considerando 3º de dicho fallo de la I. Corte que, invocando el artículo 9º de la Ley 18.575, sentenció que la interposición de recursos administrativos no era óbice para ejercer las acciones jurisdiccionales a que hubiera lugar.

E. La protección acumulada que falló esta primera sentencia se dirigía contra el primer decreto de fijación del cauce del río Mapocho, Nº 71, de 1999.

La segunda sentencia se dictó por la Excma. Corte Suprema el 27 de septiembre de 2001, en el rol 2015-2001 de ese tribunal. Acoge la segunda protección, que acumulaba varios recursos similares, con los argumentos que siguen:

AA. De diversos antecedentes técnicos, que cita, concluye que se ha calificado como periódico y ordinario un hecho, la crecida del río Mapocho ocurrida el año 1982, que en la más corta de las posibilidades podía ocurrir cada cincuenta años contradiciendo el sentido de esos adjetivos -"periódico", "ordinario"-, según el Diccionario de la Real Academia Española. Ha contradicho además lo obrado por las autoridades respecto a este mismo cauce en ocasiones anteriores, que especifica, en las cuales consideró un período de retorno de solamente cinco años. Por todo ello, "no es razonable utilizar dicha inundación (la crecida de 1982) para determinar la 'superficie que el agua ocupa alternativamente en sus creces periódicas y ordinarias'... Va contra lo que la ley exige" (considerandos 4º, 5º y 6º).

BB. Rechaza asimismo la sentencia que el período de retorno de cincuenta años pueda justificarse basado en las demás normas de orden técnico que ordena considerar el D.S. 609 (1979), puesto que: BB.1. No ha ocurrido así, no son valederas esas supuestas normas de orden técnico, según el informe del Departamento

de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile, que contradice en ello al informe del Departamento de Obras Fluviales de la Dirección de Obras Públicas, fundamento de los decretos impugnados, y BB.2. Una norma reglamentaria no puede modificar o alterar una regla legal, la de los artículos 30 del Código de Aguas y 650 del Código Civil (considerando 7º).

CC. Tampoco acepta la sentencia que el Ministerio pueda invocar "el interés de la autoridad por proteger a la población" (de inundaciones), ya que ésta no es facultad suya, sino del Ministerio de Obras Públicas. Acoge así el argumento de los recurrentes en esta materia (Nos. 3 y IV que preceden). Añade la Excma. Corte Suprema que, según las normas al respecto que rigen para esta última secretaría, artículos 96 y siguientes del D.F.L. Nº 850 -su Ley Orgánica Constitucional-, la inundabilidad que el Ministerio de Obras Públicas puede legalmente precaver es sólo la que cabe se repita en períodos de máximo diez años, y no de cincuenta (considerando 8º).

DD. Observa la Excma. Corte Suprema que el decreto impugnado, según indica el informe del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile, no ha considerado que los ríos "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'..." (considerando 9º).

EE. De todo lo anterior, deduce el considerando 11º que el decreto impugnado "se ha elaborado sobre la base de consideraciones que exceden el marco de la ley, como también la prudencia y razonabilidad necesaria, de lo que deriva su ilegalidad y arbitrariedad, afectando gravemente el derecho de propiedad de los dueños ribereños... sin que exista un proceso legal expropiatorio".

FF. Finalmente el considerando 12º de la Excma. Corte Suprema resuelve 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 ello es necesario adoptar medidas de protección, ya que, conforme al D.S. 609 (1979), "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 pueda obtenerse en el juicio declarativo". Acoge entonces el recurso, la Excma. Corte "sólo en cuanto se suspenden los efectos" del decreto impugnado y de ciertas resoluciones emanadas de él.

GG. La protección acumulada, que fue fallada por esta segunda sentencia, se entabló sólo por algunos de los recurrentes de la primera protección, y no se dirigió contra el D.S. Nº 71, de 1999, que fijó una parte del cauce del río Mapocho, sino contra el D.S. Nº 109, de 2000, que modificó el anterior en algunas partes de dicho cauce.

Para terminar el examen de estos dos fallos, observemos que ambas protecciones daban por vulnerados los artículos 19 -Nos. 2, 21, 23 y 24; 6 y 7 de la Carta Fundamental, pero que las dos sentencias de la Excma. Corte Suprema se basan fundamentalmente en analizar si se ha trasgredido o no el artículo 19, Nº 24, de dicha Carta.

DUDAS Y PROBLEMAS QUE DEJAN LOS FALLOS ANALIZADOS

La existencia de dos fallos completamente contradictorios sobre el mismo caso, ambos ejecutoriados -situación que se explica por las razones anotadas-, suscita inevitablemente algunos problemas que pueden ser de trascendencia futura, y que enumeramos en seguida:

Primero. Se ha producido cosa juzgada formal respecto a que el D.S. Nº 71, no es arbitrario ni ilegal, pero también cosa juzgada formal respecto a que el D.S. Nº 109 sí lo es.

Por otra parte, el segundo decreto ha sido "suspendido" y el primero, naturalmente, no.

En su segundo fallo, procurando salvar esta difícil situación, la Excma. Corte Suprema considera que el D.S. Nº 71 fue "modificado, dejado sin efecto y remplazado" por el Nº 109, el cual sería "el acto jurídico por medio del cual se fijan definitivamente los citados deslindes (de parte del cauce del río Mapocho)".

Esta tesis no es clara, pues un decreto que ha sido "modificado" por otro pareciera que subsiste en la parte no modificada. Y ése es, efectivamente, el resultado del proceso de reclamación administrativo-judicial que establece el D.S. 609 (1979), origen de ambos decretos: que el primitivo sea modificado en la parte reclamada y acogida; que la modificación se traduzca en un segundo decreto; y que lo no reclamado quede a firme, salvo la vía judicial para dejarlo sin efecto.

Cabría pues sostener, sin irracionalidad, que el D.S. Nº 71 subsiste, y que el "suspendido" es el D.S. Nº 109. Vale decir, que las "suspendidas" son las modificaciones que introdujo el último... modificaciones que benefician a los reclamantes que vieron acogidas sus presentaciones administrativas, quienes quedarían por tanto en peor situación que la existente para ellos antes del segundo fallo de la Excma. Corte.

En contra de esta línea argumental, existe sin embargo un argumento de peso: por motivos que ignoramos, el D.S. Nº 109, no se limitó a establecer las modificaciones del cauce resultantes de los reclamos acogidos, sino que reprodujo y reiteró **todo** el cauce, es decir, repitió el D.S. Nº 71, naturalmente con los cambios que derivaron de las reclamaciones aceptadas.

De cualquier modo, es difícil de concebir en derecho que un decreto (el Nº 71), que ha sido recurrido de

protección como ilegal y arbitrario, **recurso rechazado por sentencia ejecutoriada**, deba entenderse ilegal y arbitrario por un fallo posterior, que se dicte en **otra** protección contra **otro** decreto (el Nº 109).

Segundo. La fijación de cauce afectó a numerosos propietarios ribeños.

Algunos no reclamaron administrativamente, porque (debe suponerse) estaban conformes.

Otros interpusieron reclamo, obtuvieron con él y quedaron satisfechos con lo obtenido, que se expresó mediante el D.S. Nº 109.

Ni éstos, ni aquéllos recurrieron de protección contra ninguno de los dos decretos.

Pero la Excma. Corte Suprema suspendió **todo** el D.S. Nº 109, y entiende también suspendido **todo** el Nº 71.

Los propietarios ribeños a que nos venimos refiriendo, que siempre aceptaron la fijación de cauce, o que quedaron conformes con ella tras las resultas de su reclamo administrativo... ¿podrán ser afectados por recursos de protección en los cuales no fueron parte? Pero si intentan obligar al Ministerio de Bienes Nacionales a reconocerles la fijación, para ellos firme, el Ministerio se negará, pues **toda** ésta se halla "suspendida" por la Excma. Corte.

Tercero. Parece claro que la Excma. Corte Suprema no quiso declarar nulos los decretos, por tratarse de una protección, sumaria y provisoria,

Sin embargo, los declara "suspendidos".

¿Qué figura jurídica es ésta? ¿Cuáles son sus efectos? ¿Y sus fundamentos de derecho? ¿Hasta cuándo dura y cómo termina? Sobre todo si se acoge la tesis de que ya no cabe modificar administrativamente los decretos (ver 4.7.5).

Cuarto. Hay un considerando poco claro en la segunda sentencia, el Nº 9 (DD anterior). De él pareciera desprenderse que el "dinamismo" de un río, sus cambios a través del tiempo, privan al cauce que deja de serlo -el que queda permanentemente en seco- de su carácter de bien nacional de uso público, accediendo como dominio privado a las heredades contiguas.

Pero esto sólo ocurre así cuando el cauce queda permanentemente en seco por un fenómeno natural: el lento e imperceptible retiro de las aguas (aluvión, artículos 649 y 650 del Código Civil y su aplicación especial a los casos de los artículos 654 y 655 del mismo cuerpo legal, que no son los de la especie). Y en ningún otro caso. Por ejemplo:

- cuando queda permanentemente en seco por obra del hombre, en cuyo caso continúa siendo bien nacional de uso público;
- cuando queda permanentemente en seco por obras financiadas con fondos del Estado (Decreto Ley Nº 1.929, de 1977), en cuyo caso pasa a ser bien fiscal.

Es de advertir que el considerando Nº 9 a que nos estamos refiriendo cita incompletamente el artículo 654 del Código Civil, de cuya cita y del texto del considerando pudiera deducirse que la situación que el artículo describe se ha dado, relacionada con estas protecciones. Pero no es así. Ningún recurrente, ante una variación del cauce del río Mapocho, hizo "con permiso de autoridad competente... las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce"; ni ninguna parte de éste quedó, con tal motivo, "permanentemente... en seco"; ni ninguno de los recurrentes alegó estas circunstancias, ni se discutieron en ninguna de las protecciones.

Quinto. No explica el segundo fallo por qué la tramitación del reclamo judicial que establece el D.S. 609 (1979) podría culminar en una resolución favorable a los recurrentes, pero "ilusoria" (considerando 12º), en circunstancias de que intertanto sus inscripciones y su posesión material permanecerían incólumes, y ninguna medida cautelar que no fuese decretada por el juez de la causa afectaría a los actos y contratos que quisieran celebrar sobre los bienes discutidos.

La posible incertidumbre tocante a éstos no deriva de los decretos impugnados, sino del hecho de no hallarse fijado el cauce. Los decretos persiguen, justamente, reparar ese vacío, en definitiva por decisión de la justicia ordinaria. Y los propietarios pudieron solicitar ellos mismos esa decisión, antes de los decretos, en cualquier tiempo.

Sexto. Finalmente, subsiste la incertidumbre sobre la conveniencia o inconveniencia de tramitar y resolver materias como las de estas protecciones, complejas y técnicas, en un recurso rápido, provisorio y sin una suficiente estructuración de la prueba. Por ejemplo, en los considerandos 7º y 9º de la segunda sentencia, la Excma. Corte Suprema rechaza el informe del Departamento de Obras Fluviales de la Dirección de Obras Públicas, aduciendo en su contra otro informe, presentado por los recurrentes y emanado del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile. ¿Hasta qué punto juristas, aunque sean de la alta categoría y conocimientos de los supremos magistrados de la nación, pueden decidir sumariamente que uno de estos informes es verdadero y el otro errado? ¿Que las crecidas del Mapocho, v. gr., no tienen las características adicionales a su volumen que señala el Departamento de Obras Fluviales, porque las niega la Universidad de Chile?

* GONZALO VIAL CORREA. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.