

ANÁLISIS DE MINUTA SOBRE TRASPASO DE INMUEBLES A SERVIU ÑUBLE

Planteamiento del Problema

La minuta analizada plantea, aparentemente, tres problemas de distinto orden relacionados con la transferencia de los bienes inmuebles que del SERVIU Bio Bio que se encuentran en la Región de Ñuble.

Primero, una supuesta “ausencia de regulación referida a los traspasos de los bienes inmuebles a que habrá lugar a consecuencia de la creación de la Región de Ñuble en la Ley N° 21.033, que Crea la XVI Región de Ñuble y las provincias de Diguillín, Punilla e Itata.”.

Segundo, la necesidad de que se “exima y/o rebaje los derechos y aranceles de Notarios y Conservadores, ya que a este respecto tampoco existe exención, luego de exhaustiva revisión de la normativa.”.

Y, tercero, que “El proceso actual de transferencias conlleva un alto tiempo de tramitación (aproximadamente 6 meses por transferencia si esta todo en orden).”.

Para resolver estos problemas, la minuta propone dos reformas legales y una reglamentaria:

1. Modificar el artículo 3° del Decreto Ley N°1.305, para adecuarlo a la nueva división política y administrativa, sustituyendo o complementando la referencia al Decreto Ley N°575, de 1974, que no contempla la creación de las regiones de Arica y Parinacota, Los Ríos y Ñuble;
2. Modificar el artículo 26 del mismo Decreto Ley denominado, en el sentido de incorporar a los SERVIU que se creen por modificaciones de la división política administrativa.
3. Modificar el artículo 75 del Decreto Supremo N°355, de 1976, de Vivienda y Urbanismo, para adecuarlo a las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.074, que derogó el artículo 9° del Decreto Ley N°2.339 de 1978, que a su vez establecía la denominación de las regiones por números.

La minuta propone, además, que estas reformas se realicen incorporando “una nueva norma en el ordenamiento jurídico, ya sea que complemente las leyes que han creado regiones, ya sea una disposición única que establezca el mecanismo de transferencia – gratuita – por el solo ministerio de la ley, y exima y/o rebaje los derechos y aranceles de Notarios y Conservadores.”.

Procedencia y Admisibilidad de la Propuesta

La minuta alega una supuesta “ausencia de regulación referida a los traspasos de los bienes inmuebles a que habrá lugar a consecuencia de la creación de la Región de Ñuble”.

Sin embargo, tal como la propia minuta recoge, el artículo 5º del Decreto Supremo N°355, de 1977, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, regula expresamente el traspaso del dominio de inmuebles desde un Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU) a cualquier institución que se relacione con el Gobierno a través del Ministerio de Vivienda, como es el caso del nuevo SERVIU de Ñuble.

Dicho artículo dispone:

“Artículo 5°. El SERVIU, como Institución de Derecho Público, y en su carácter de sucesor legal de las ex Corporaciones, sólo podrá efectuar cesiones gratuitas en los casos en que las leyes expresamente lo autoricen.

Para los efectos del traspaso de dominio de un inmueble desde el patrimonio de un SERVIU al del Ministerio de Vivienda y Urbanismo o al de cualquiera de las Instituciones que se relacionen con el Gobierno a través de él, serán requisitos suficientes la resolución del Director reducida a escritura pública con la concurrencia de la Institución o Servicio donatario y la inscripción de dominio del inmueble a nombre de ellos en los Conservadores de Bienes Raíces respectivos.

Estas transferencias serán a título gratuito, salvo que el Director determine que lo sean a título oneroso, en aquellos casos en que tanto el Ministerio de Vivienda y Urbanismo como las Instituciones mencionadas reciban pagos por esos mismos terrenos por parte de terceros que no sean asignatarios de las viviendas construidas o que se construyan sobre ellos, o de los sitios en que dichos mismos terrenos hayan sido divididos o se dividieren.”.

Respecto de esta norma, la minuta dice: “Las dificultades concretas de tipo técnico-jurídico que presenta la transferencia en forma directa, a título gratuito u oneroso, al patrimonio del nuevo Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Ñuble de los bienes raíces mencionados, utilizando el mecanismo contemplado en el artículo 5º del Decreto N°355, de 1976 de Vivienda y Urbanismo, que constituye un procedimiento especial, único, por lo demás, que está referido en cierta medida, a las enajenaciones o traspasos de bienes desde el patrimonio de un SERVIU a otro.”.

El párrafo inicia pareciendo querer indicar ciertas dificultades que habría en la aplicación de la referida norma, pero no concluye nada. No dice cuáles serían esas “dificultades concretas de tipo técnico jurídico”.

A continuación agrega que “no es cualquier SERVIU destinatario sino uno creado dentro del territorio de competencia de otro preexistente”, pero no queda claro si esta es la razón por la cual estima que no sería aplicable el citado artículo 5º del DS 355, crítica que, por lo demás, no tendría fundamento porque la norma no distingue.

Luego la minuta parece dialogar con un informe o resolución de una Dirección Jurídica (DIJUR) que no se acompaña ni se individualiza el organismo al que pertenecería dicha Dirección Jurídica.

El documento analizado señala: “Según DIJUR, resulta aplicable en esta materia la Resolución Exenta N°14.464 de 2017 de la Subsecretaría del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en relación al artículo 1° de la Resolución 689 de 2006 (V. y U.), que delega en los SEREMI de Vivienda las facultades correspondientes, sugerencia o recomendación – mediante instrucciones contenidas en resoluciones, oficios o correos electrónicos – (consideramos que estos métodos o criterios presentan varios aspectos jurídicos improcedentes e inconvenientes) todo ello en conformidad a las instrucciones contenidas en Oficio Ord. N° 152 de 1 de abril de 2019 del Subsecretario de Vivienda y Urbanismo.”.

Resulta imposible saber qué limitaciones o prevenciones hace el documento citado, y la minuta no precisa los “métodos o criterios” contenidos en las resoluciones, oficios o correos electrónicos a los que alude, ni los “aspectos jurídicos improcedentes o inconvenientes” que señala.

Sin embargo, a continuación, sostiene: “Desde la perspectiva del principio de legalidad, frente a la generación de un nuevo ‘Servicio de Vivienda y Urbanización’ con división del territorio jurisdiccional del ente preexistente, la normativa sectorial no contempla específicamente la situación y la única norma de rango al menos reglamentario, es el Decreto Supremo N°355.”.

En consecuencia, aparentemente, el argumento de fondo que parece plantear la minuta para modificar el Decreto Ley 1.305, es que el mecanismo de traspaso del dominio de inmuebles de un SERVIU regional a otro, no sería aplicable al caso en que el SERVIU que recibe las propiedades haya sido creado por la división de una región existente.

El Decreto Ley 1.305 que se pretende modificar, reestructura y regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y el artículo 3° que se propone reformar, fusiona las cuatro Corporaciones mencionadas en el artículo 1°, estableciendo un Servicio Regional de Viviendas y Urbanización (SERVIU) en cada una de las Regiones señaladas en el Decreto Ley 575, de 1974, y uno en el Área Metropolitana.

En conclusión, como el artículo 5° del D.S. 355 de Vivienda no distingue el origen del nuevo SERVIU, no se observa una razón que justifique ningún tipo de modificación, ni legal ni reglamentaria, más aún si la norma general que regula el traspaso de inmuebles entre Servicios de Vivienda tiene rango reglamentario (Decreto Supremo N°355).

ARQUITECTURA CODIGO DE AGUAS

El Proyecto de Código de Aguas, establece un nuevo régimen para el derecho de aprovechamiento de las aguas, reemplazando, tanto para los derechos actualmente constituidos, como para los que se otorgarían conforme al texto actual del proyecto, el actual régimen de dominio pleno establecido en el inciso final del artículo 19° N°24 de la Constitución Política, por una concesión administrativa de carácter temporal.

El Artículo Primero Transitorio del Proyecto, dispone que *“los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos usos susceptibles de regularización (...), continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo”*, haciendo coexistir el nuevo régimen con el actual.

Sin embargo, diversas disposiciones del nuevo régimen, caracterizado por su temporalidad, invaden el campo de aplicación del régimen vigente, de manera que no sólo regula los derechos que se adquieran en el futuro, sino que también afecta a los que se encuentran actualmente constituidos.

En consecuencia, el proyecto presenta dos vicios de constitucionalidad:

- 1º El nuevo régimen no se ajusta a la normativa de la Constitución Política vigente.
- 2º Algunas normas del nuevo régimen invaden el actual, afectando derechos adquiridos.

1º Constitucionalidad del Nuevo Régimen de Derechos de Aprovechamiento de Aguas.

El artículo 6° del proyecto dispone que, *“el derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley”* y consiste en el *“uso y goce temporal”* de las aguas. Más adelante agrega que *“el derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años.”*

En cambio, el artículo 6° del Código de Aguas vigente, en concordancia con el texto constitucional citado, establece que *“el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.”*

Se trata, por tanto, de dos regímenes de distinta naturaleza jurídica.

Mientras el régimen vigente es de dominio pleno, es decir, un derecho real indefinido, no sujeto a plazo ni condición, transferible y transmisible y no afecto a un fin específico; el nuevo régimen, es una mera concesión administrativa, de carácter temporal, que limita la facultad de disposición propia del derecho de dominio.

En este sentido, el artículo 6º bis incisos 5º a 7º, limita el cambio de destino de las aguas, restringe la facultad de disposición entre particulares para utilizarlas en distintas actividades económicas.

En concordancia con lo anterior, que el nuevo articulado reemplaza en todo el Código las expresiones “dominio” y “dueño” inherentes a la propiedad, por las de “uso y goce” y “titular”, respectivamente, propias de las concesiones.

El régimen de concesión administrativa sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas es abiertamente contrario al mandato constitucional contenido en el inciso final del artículo 19º N°24 de la Constitución Política, que textualmente señala: *“los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”*.

La sola lectura del texto constitucional, así como la actas de su discusión, demuestran que el constituyente tuvo especial preocupación de conferir dominio sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, con todos los atributos que importa. Se trata del título jurídico de más amplia protección de nuestro ordenamiento jurídico, muy superior, por cierto, a la precariedad, condicionalidad y temporalidad propia de las concesiones administrativas.

A mayor abundamiento, uno de los informes en derecho remitidos a la Comisión de Constitución, el profesor Arturo Fernandois señala expresamente que *“resulta contrario a la Constitución transformar los derechos de aprovechamientos **futuros** en una simple concesión administrativa, sustituyendo el régimen de propiedad sobre ellos (...) porque el inciso 11º de la Carta Fundamental atribuye a estos derechos, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, en ‘propiedad’. Luego, una redefinición de la naturaleza de la relación entre el titular y su derecho de aprovechamiento de agua exigiría una reforma de la Constitución, **aun para acoger un régimen adicional sobre los derechos futuros.**”*.

En consecuencia, las normas del proyecto que sustituyen la naturaleza de derecho de dominio por el de concesión administrativa, aquella facultad que se tiene sobre el aprovechamiento de aguas, infringe la Constitución vigente por ser esta una característica esencial que le asigna el texto constitucional vigente, aún cuándo sólo se refiriera a los derechos constituidos en el futuro.

La modificación del artículo 6 así como la eliminación del inciso 2º vigente, constituye una abolición del derecho de propiedad sobre el aprovechamiento de aguas, lo que no sólo quebranta expresamente la Constitución, sino que afecta de modo sustancial los derechos actualmente constituidos.

El hecho de que se encuentren en trámite diversos proyectos de reforma constitucional para establecer un régimen como el propuesto, es decir, temporal y que, adicionalmente, implica diversas formas de extinción de derechos legalmente constituidos, demuestra que no es posible realizar dicho cambio por la vía de una modificación meramente legal, sino que requiere una reforma constitucional.

De hecho, los mismos autores del actual proyecto han presentado iniciativas de reforma constitucional, en que han dejado constancia de que el ordenamiento constitucional vigente no es compatible con lo que proponen, justificando de esta forma la necesidad de una reforma a la Constitución al efecto.

Intentar, por tanto, introducir una modificación de este alcance por la vía de una modificación meramente legal, implica ir contra la doctrina de los actos propios o "*venire contra factum proprium non valet*", según la cual quien pretende hacer valer una pretensión contraria a la confianza generada por su conducta anterior jurídicamente relevante, ejerce un derecho de manera abusiva.

2º Afectación de Derechos Adquiridos.

No obstante la afirmación del Artículo Primero Transitorio, el nuevo régimen propuesto en el proyecto en análisis invade los derechos constituidos de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente, que asigna al aprovechamiento de aguas la naturaleza de un derecho de dominio pleno.

A continuación se identifican las materias en que las normas, presuntamente propuestas para el futuro, vulneran derechos actualmente constituidos actual/el cambio que se propone y explicar por qué es inconstitucional.

1. Cambio de naturaleza del régimen jurídico.

Diversas disposiciones del proyecto, sustituyen los actuales términos “dominio” y “dueño”, inherentes al derecho de propiedad, por las de “uso y “goce” y “titular”, respectivamente, propias de las concesiones administrativas. Se trata de una modificación que no es meramente terminológica sino que da cuenta de una sustitución de la naturaleza jurídica del régimen de aprovechamiento de aguas, que, como se ha señalado, pasa del dominio pleno a una mera concesión temporal.

Al privar de los atributos esenciales del dominio a los actuales detentadores de derechos de aprovechamiento de aguas, adquiridos como dominio pleno en conformidad a la Constitución vigente, este cambio implica un acto expropiatorio por parte de un órgano del Estado, que no cumple con las condiciones jurídicas para proceder a acto de esa naturaleza.

La degradación de un derecho de dominio pleno a una mera concesión temporal, supone un evidente detrimento patrimonial que debe someterse a un proceso expropiatorio con las garantías que establece el ordenamiento jurídico en protección del expropiado y que, a todo evento, debe ser indemnizado por el Estado. Así lo dispone expresamente el artículo 19° N°24 de la Constitución Política de la República cuando dispone que ***“nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos esenciales del dominio sino en virtud de (...) expropiación”***.

Finalmente, hay que señalar que el propio art° primero transitorio, que es aquel que dispone que “los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley...continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo” también señala que “ los titulares (no los dueños) de dichos derechos quedarán sujetos a **todas** las demás disposiciones del Código de Aguas...” lo que confirma el cambio de régimen que afecta a los actuales dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En resumen, que el art° primero transitorio afirme que los actuales derechos continuaran vigentes e indefinidos es un resguardo muy insuficiente para los mismos, toda vez que el proyecto lo que hace es, como se ha visto, modificar el régimen jurídico de éstos a través de diversas normas que atraviesan todo el articulado del proyecto, afectando derechos establecidos en la propia Constitución.

2. Eliminación de la Facultad de Disposición (Derogación inciso segundo artículo 6°)

El artículo 6° bis incisos 5° a 7°, limita el cambio de destino de las aguas, lo que podría redundar en una limitación de la facultad de disposición entre particulares para utilizarlas en distintas actividades económicas.

3. Extinción por No Uso de la Aguas (Art. 6° bis, 129 bis 9, 134 bis y Primero Transitorio)

El artículo 6° bis del proyecto dispone que *“Los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9”*.

Esto altera sustancialmente la regulación contenida en el artículo 129 bis 9 vigente, introducida en la reforma legal de 2005, según la cual quienes no usen las aguas están expuestos a pagar una patente (impuesto) por no uso de las mismas.

La imposición de un tributo como el introducido en la reforma de 2005 respeta el contenido sustantivo del derecho de propiedad, de la forma en que lo concibe la

Constitución en el artículo 19 N° 24 incisos 1°, 2° y 3°, en relación con el inciso final del mismo número.

En cambio, la extinción del derecho por no uso de las aguas, como propone el proyecto en el artículo 6º bis, implica una privación de los atributos fundamentales del dominio sobre un derecho adquirido bajo un régimen constitucional y legal previo. Implica, por tanto, un acto expropiatorio.

En consecuencia, al afectar sustancialmente el contenido del derecho de aprovechamiento de aguas, el artículo 6º bis del proyecto, implica la privación de derechos adquiridos bajo la vigencia del régimen actual, lo infringe abiertamente la norma constitucional.

En tanto, el artículo Primero Transitorio del proyecto, tiene una doble connotación. Por un lado, suprime el derecho de propiedad sobre el aprovechamiento de aguas y, por otro, lo sujeta a las mismas causales de extinción y de caducidad que las que afectarían a los derechos que, eventualmente, se otorguen de conformidad con el nuevo régimen.

Todo ello vulnera la propiedad de los particulares sobre sus derechos de aprovechamiento constituidos y reconocidos, sin indemnización previa, afectando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°24 incisos 1°, 2° y 3°, de la Constitución Política, y afecta la garantía constitucional contenida en el N°26 del mismo artículo, en cuanto afecta los elementos esenciales de todo derecho de aprovechamiento, como son su perpetuidad y no obligatoriedad de uso de las aguas.

Actualmente el propietario de un derecho de aprovechamiento tiene la facultad de usar, gozar y disponer en conformidad a los atributos propios del dominio. Desde el año 2007 está obligado a pagar una patente en caso de que no utilice tal derecho, lo que implica la eventual pérdida del mismo en caso de no pago, previo procedimiento y remate judicial.

4. Caducidad por no uso de derechos y plazo para la regularización (5 años) de derechos consuetudinarios (primero transitorio inciso tercero)

Respecto de los “usos” susceptibles de regularización en virtud de los artículos 2° y 5° Transitorios del Código de Aguas, el Artículo Primero Transitorio del proyecto, fija un plazo para iniciar las tramitaciones de solicitudes de regularización de los mismos, consagrando una excepción sólo en favor de los indígenas y de las comunidades indígenas, transcurrido el cual dichas peticiones no serán admitidas.

Esta norma priva a los dueños de esos derechos de aprovechamiento, de la posibilidad de obtener un reconocimiento formal de los mismos y, consecuentemente, de poder inscribirlos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y, posteriormente, de registrarlos en el Catastro Público de Aguas.

Esto dejaría a los titulares de estos usos en una situación de absoluta incerteza jurídica e indefensión respecto de los mismos, ya que, al no contar con la respectiva

inscripción conservatoria, no podrán acreditar su posesión y, por lo tanto, no podrá presumírseles dueños de los mismos, como establecen los artículos 724, 924, 728 inciso 1°, 2505 y 700 del Código Civil.

Se les dejaría, además, en una situación de desigualdad ante la ley, con respecto a aquellos titulares que sí pudieren regularizar sus derechos de aprovechamiento, por cuanto éstos sí se encontrarán plenamente amparados por el ordenamiento jurídico; quedando, entonces, en una situación privilegiada en caso, por ejemplo, de un litigio entre titulares que se encuentren en una y en otra situación.

5. Caducidad por No Inscripción en el Catastro Público (Artículo Segundo Transitorio, inciso quinto)

Se establecen nuevas causales de caducidad de derechos de aprovechamiento de aguas, en caso de que no queden inscritos en el Conservador de Bienes Raíces ni registrados en el Catastro Público de Aguas dentro de los plazos que señala el inciso quinto, del Artículo Segundo Transitorio.

De acuerdo con los incisos primero, segundo y final del Nº24 del artículo 19 de la Constitución Política, la ley que regule los modos de adquirir la propiedad, sólo puede imponer aquellas limitaciones que deriven de su función social, que comprende las exigencias que impongan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Ninguna de estas cláusulas es aplicable a la no inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces o en el Catastro Público de Aguas, trámites que implican efectos meramente administrativos.

Para privar de los derechos de aprovechamiento de aguas a quienes legítimamente los hayan adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente al momento de su adquisición, sería necesario proceder a ejercer una acción expropiatoria cuyo procedimiento y derecho de indemnización del expropiado se encuentran expresamente garantizados en el inciso 3º del Nº24 de la Constitución Política de la República.

Esta disposición infringe, además, el denominado principio *non bis in ídem*, en virtud del cual una misma conducta no puede ser sancionada dos veces, por cuanto sancionaría con caducidad conductas que ya vienen habrían sancionadas previamente en virtud de lo dispuesto el artículo 122.

6. Límites al cambio de uso productivo (Artículo 6º bis).

Al establecer limitaciones para cambiar el uso del agua, confiriéndole, incluso, facultades a la Dirección General de Aguas para limitar o suspender en ciertos casos el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que hayan cambiado el uso de las agua, limita la facultad de

disposición de los mismos, la que es inherente y consustanciar al dominio que actualmente ostentan sus titulares, de acuerdo con el art. 582 del Código Civil.

Por lo tanto, esta disposición constituye una infringe la garantía constitucional consagrada en el inciso final del artículo 19 N°24, en lo referido al (derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento constituidos y reconocido; y el N°26 del mismo artículo, al alterar el contenido esencial del derecho de propiedad.

7. Fijación retroactiva de caudales ecológicos (Artículo 129 bis 1)

El caudal es un elemento esencial de todo derecho de aprovechamiento, tal como se desprende de los artículos 140 N°3 (Menciones de la solicitud de derecho de aprovechamiento); 149 N°3 (Menciones del acto administrativo que lo constituye); 119 N°5 (Menciones de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces); 263, inciso 5° (Números 4 y 5: Menciones de la escritura pública de constitución de una junta de vigilancia); y 198, N°4 (Menciones de la escritura pública de formación de una comunidad de aguas), todos del Código de Aguas.

Más explícito en cuanto al carácter esencial del caudal como elemento del derecho de aprovechamiento, es el artículo 45, inciso 1°, letra d, del Reglamento del Catastro Público de Aguas, que lo califica explícitamente como tal; sin perjuicio de lo que disponen sus artículos 8, N°6; 10, N°4, y; 11, números 7 y 8 (Menciones del registro de comunidades de aguas, de asociaciones de canalistas y de juntas de vigilancia, respectivamente, en el mencionado Catastro).

Siendo el caudal un elemento esencial del derecho de aprovechamiento de aguas, y existiendo sobre éste un derecho de propiedad constitucionalmente consagrado, el titular está facultado para extraer desde la respectiva fuente natural todo el caudal indicado en su respectivo título, en la medida que exista disponibilidad y respetando los demás elementos esenciales.

Cualquier modificación legal en cuya virtud de la cual se faculte a algún órgano del Estado para disminuir el caudal sobre el cual recae un derecho de aprovechamiento preexistente a la entrada en vigencia de la misma, estará afectando el derecho de propiedad y, a la vez, afectando su esencia e impidiéndole el libre ejercicio a su dueño.

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible. Y se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica”*¹.

¹ STC 200 c. 4, STC 226 c. 38, STC 280 cc. 13 y 29, STC 541 c. 14, STC 1046 c. 23, STC 1345 c. 10, STC 2381 c. 39, STC 2475 c. 20, STC 2643 c. 18, STC 2644 c. 18, STC 2693 c. 10, STC 2841 c. 25, STC 3121 c. 36

En consecuencia, al alterar la regulación actual de la fijación de caudales ecológicos establecida en la reforma de 2005, que respetó a los antiguos derechos, las disposiciones del proyecto implican una privación de parte de los caudales que forman parte del derecho de aprovechamiento de los actuales titulares de derechos de aguas.

Dicha privación de una porción de los caudales, sólo puede constitucional y legalmente materializarse a través de un procedimiento expropiatorio. Al otorgar la facultad de proceder a dicha privación de caudal a la autoridad administrativa, para fijar un caudal ecológico que afectará a los titulares vigentes de derechos de aprovechamiento de aguas, sin la debida indemnización por el acto expropiatorio que implica, el proyecto infringe abiertamente el texto constitucional.

Las disposiciones que regulan el establecimiento de este nuevo caudal ecológico mínimo, no solo se aplican para el futuro, sino que también afectan a los derechos actualmente constituidos al ver disminuido el caudal considerado al momento de su adquisición.

8. Limitación del Derecho a Demandar Indemnización en Caso de Redistribución de Aguas. (Artículo 314)

El inciso 9° introducido por el proyecto en el artículo 314, priva de la legítima compensación a aquellos propietarios de derechos de aprovechamiento que, como consecuencia de la redistribución, hubieran recibido menos agua que la que les hubiera correspondido según las disponibilidades existentes.

Estas disposiciones afectan de manera esencial el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento, y de la garantía constitucional de desarrollar cualquier actividad económica lícita contemplada en el artículo 19 N°24, inciso final, y N°21, respectivamente, ya que sin contar con el caudal que le hubiera correspondido, el titular del derecho no podrá llevar adelante dicha actividad económica.

CASO INFANTES DE MARINA EN LOTA

El 13 de mayo recién pasado en horas de la madrugada, tres infantes de marina, identificados como KEVIN FICA APABLAZA, CARLOS VILLA ALONZO, y, JOSE EPULEF ROSS, se encontraban de servicio en la comuna de Lota en el contexto del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, cuando un vehículo intentó atropellarlos. Para repeler la agresión hicieron uso de sus armas de fuego. *“Uno de ellos realizó un disparo con la escopeta antidisturbios, con balín de goma, hacia el vehículo que intentaba arrollarlos, golpeando el balín en la puerta del costado del vehículo y rebotando. Por su parte, otro servidor realizó un disparo de salva (foguelo) al aire, no obstante lo cual, el vehículo no se detuvo y continuó su rápida huida”*. Posteriormente concurren a la Tercera Comisaría de Carabineros de Lota a realizar la denuncia, donde, por instrucción del fiscal adjunto jefe de Coronel ENZO OSORIO SALVO, de acuerdo al artículo 91 del Código Procesal Penal, les tomó declaración como imputados.

Frente a la calificación de “imputados” que les asignó el Fiscal, los tres afectados, presentaron un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Concepción, frente a la acción ilegal y arbitraria cometida por el Fiscal. La Corte solicitó informes al Fiscal Osorio, a la Fiscalía Local de Coronel, a la Fiscalía Regional del Bío – Bío y a la Tercera Comisaría de Carabineros de Lota.

Para justificar su decisión de tomarles declaración como imputados, el Fiscal Osorio dijo que *“El móvil, siempre según los términos de la denuncia que recibía Carabineros, se dio a la fuga, sin lograr detenerlo los denunciantes. Inicialmente no se señaló que el conductor del móvil habría intentado arrollar a los funcionarios de la Armada, sino solo que estos se habrían visto en la necesidad de esquivarlo, al no detener este su marcha (...)*

Con esos antecedentes, el Fiscal de turno instruyó acoger la denuncia y tomar declaración a los denunciantes, por delegación del fiscal de turno y previa lectura de derechos; en este último punto, se aclaró a Carabineros, que debía darse lectura a los derechos que a todo imputado corresponden, en especial el de guardar silencio para no incriminarse, ante la eventualidad de que se les atribuyera posteriormente responsabilidad en algún hecho punible (...)

Del modo descrito, US.I. puede advertir que no se ha afectado en modo alguno, ni siquiera amenazado, la libertad personal de los recurrentes, como paso a razonar: a. Respecto del Sr Villa Alonso, no se dio cuenta de hecho alguno al fiscal, por lo que no se dispuso ninguna medida ni se le efectuó lectura de derechos. b. Respecto de los Sres. Epulef Ross y Fica Apablaza, se adoptó una medida en resguardo de sus derechos, pues aun cuando aceptemos que denunciaron un atentado en su contra (denuncia que solo toma forma en horas de la tarde del mismo día 13 de mayo, cuando

el Abogado Sr. Juan Pablo Soterías, mediante correo electrónico, calificó los hechos como homicidio frustrado), al hacerlo están poniendo en conocimiento del Ministerio Público un hecho que reviste las características de delito, consistente en haber disparado en contra de un automóvil y de su conductor (...) e. Así las cosas, el más básico deber de diligencia por parte del fiscal de turno, en resguardo de los derechos de los funcionarios de la Armada que reconocieron haber disparado al móvil tripulado que circulaba por Lota durante el ‘aislamiento sanitario’, obligaba a poner en su conocimiento, por medio de Carabineros, los derechos que les asisten, en especial el de guardar silencio para no inculparse. f. Tan evidente es lo anterior que, una vez informados de esos derechos, los funcionarios Epulef y Fica llamaron a un Abogado y, aconsejados por este, hicieron uso de su derecho a guardar silencio. i. La atribución de la calidad de imputado que se reclama no es tal, pues esa calidad es una condición objetiva que surge del tenor de los hechos que eran puestos en conocimiento de Carabineros y del fiscal de turno. No hubo tal atribución, sino solo una instrucción dada a Carabineros para informar a los recurrentes de sus derechos, evitando de ese modo acciones que pudieran estimarse ilegales o que pudieran afectar sus garantías constitucionales y legales”.

4.- La Fiscal Regional MARCELA CARTAGENA RAMOS, por su parte, afirmó que, “en situaciones concretas en que un fiscal este ante un denunciante, víctima, o incluso un testigo, que de acuerdo al contenido de su denuncia o declaración relate hechos que pudieran ser constitutivos de delito y caberle algún grado de responsabilidad en ellos, y conforme al artículo 7 del Código Procesal Penal se vea en la obligación de informarle de sus derechos, especialmente, de su derecho a guardar silencio”.

5.- El 27 de mayo la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió: “Que, si bien este no es el momento ni la sede para pronunciarse sobre la eventual legítima defensa alegada, con los antecedentes hasta ahora reunidos, aparece que el actuar del recurrido (Es decir, el Fiscal) resulta al menos ilegal, de momento que, sin fundamento alguno les atribuyó el carácter de imputados a los amparados, sin que existieran, en ese momento, elementos objetivos que justificaran su conducta, razón por la cual el presente arbitrio debe ser acogido en la forma que se dirá en lo resolutivo (...) se acoge el interpuesto por los abogados Humberto Alarcón Corsi y Pelayo Vial Campos, en representación del Soldado Im Kevin Alejandro Fica Apablaza, del Cabo 1° IM (Inf.) Carlos Elier Villa Alonzo, y del Soldado 1° (Inf.) José Ignacio Epulef Ross, todos Infantes de Marina de la Armada de Chile, de dotación del Destacamento IM ‘ALDEA’ de Talcahuano, en contra del Fiscal Adjunto del Ministerio Público Enzo Osorio Salvo y, en consecuencia, al interrogar nuevamente a los amparados por el órgano persecutor, deberá hacerlo en carácter de víctimas del ilícito denunciado por éstos”.

6.- El fiscal Osorio apeló ante la Corte Suprema, la que acogió la apelación y resolvió: “Que aun de aceptar que al instruir el Fiscal a los policías que tomen declaración a los amparados previa lectura

de derechos, implica, de conformidad al artículo 7° del Código Procesal Penal, atribuirles la calidad de imputados, tal atribución, en todo caso, constituye un acto de investigación, cuya dirección, de manera exclusiva, el artículo 83 de la Constitución Política de la República reserva al Ministerio Público; 2°) Que, por consiguiente, no es posible por la vía de la acción constitucional impetrada pretender que esta Corte coarte o impida el ejercicio del acto de investigación correspondiente a la declaración reglada en los artículos 91 y 194 del Código Procesal Penal, de aquel respecto de quien el Ministerio Público no descarta aún que pudiera tener responsabilidad en un hecho que reviste carácter de delito, basándose tal pretensión exclusivamente en el mero disenso o la discrepancia con tal juicio, y no en alguna afectación actual o futura del derecho a la libertad personal o seguridad individual de los amparados en contradicción a la Constitución o la ley; 3°) Que, los objetivos del recurso constitucional de amparo están claramente establecidos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y, entre ellos, no figura el determinar el curso futuro o la manera como se lleva a cabo una investigación penal. En tal virtud, la Corte de Alzada ha acogido el arbitrio, pese a no concurrir el supuesto esencial de ilegalidad en una actuación o resolución”.

Hasta aquí los hechos tal y como constan en los documentos judiciales.

Aunque el recurso de amparo no fuera el medio idóneo para impugnar la acción ilegal y arbitraria del Fiscal de tomarle declaración a los militares en calidad de imputados, porque la declaración en sí misma no constituye una privación, perturbación o amenaza a su libertad personal, la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, establece expresamente el deber de la Fiscalía de proteger a las víctimas, que fue precisamente la condición en la que se presentaron los infantes de marina a presentar su denuncia.

El Código Procesal Penal es muy claro, cuando en su artículo 6º dispone que *“El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal.* El artículo 78 del mismo Código es todavía más preciso cuando establece que *“Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”.*

El propio Código Procesal Penal en el artículo 109 establece un catálogo de derechos de las víctimas, condición que tienen en este caso los infantes de marina y que, de acuerdo al inciso final de este artículo, *“no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los*

derechos que le correspondieren en esa calidad.”.

En otras palabras, el hecho de que el Fiscal califique como imputados a quienes son víctimas del delito que están denunciando, además del oprobio que implica esa calificación en sí misma y del proceso *kafkiano* al que los sometió el Fiscal Osorio, tiene un efecto judicial concreto y gravísimo: la pérdida de sus derechos como víctima del delito.

El artículo 37 del Reglamento de Personal de los Fiscales aprobado por Resolución, les impone con mayor perentoriedad y precisión el deber de *“Velar por la protección de las víctimas del delito en todo el procedimiento penal adoptando o solicitando todas las medidas necesarias para cumplir con esta obligación, **quedándoles prohibido discriminar por su condición social, religiosa, política u otra.** Deberán además destinar dentro de la organización de su jornada de trabajo un espacio destinado a recibir a las víctimas y explicarles el avance de la investigación como también deberán oírlos previo a adoptar una medida de suspensión del procedimiento o cuando se adopte una decisión de término anticipado, dándole a conocer los derechos que le asisten frente a estas medidas”.*

Si lo que llevó al Fiscal Osorio a calificar a los afectados como imputados y no como lo que realmente fueron, esto es, víctimas de una agresión, fue el uso de sus armas de servicio, baste recordar que de acuerdo al artículo 208 del Código de Justicia Militar, para los militares concurre una eximente de responsabilidad cuando hacen uso de sus armas en circunstancia en que no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida. Esta eximente de responsabilidad penal también concurre para el personal de las Fuerzas Armadas que cumplan funciones de guardadores del orden y seguridad públicos, entre otros casos, en los de legítima defensa propia, cuando un detenido huya o no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Así también se establece en las Reglas de Uso de la Fuerza (RUF) para durante los estados de excepción constitucional de catástrofe, emergencia y sitio, aprobadas por Decreto Supremo Nº 8 del Ministerio de Defensa del 22 de febrero pasado.

Sin embargo, ni en los informes de los recurridos, ni en las resoluciones judiciales se hace referencia a las citadas normas del Código de Justicia Militar o a las Reglas de Uso de la Fuerza.

9. El afán punitivo del Ministerio Público con las Fuerzas Armadas, no se circunscribe al caso de los infantes de marina en Lota. El 21 de octubre de 2019, en la Ruta 5 a la altura de Curicó, en el lugar en que se producía una manifestación, el Cabo Segundo Juan Carlos Reyes Araneda, realizó disparos al aire con su arma de servicio, siendo imputado por el homicidio de un manifestante y quedando en prisión preventiva, para luego descubrirse que el autor del homicidio fue un civil.

A pesar de ello, después de quedar sin efecto la formalización por homicidio, el Ministerio Público reformalizó investigación el 11 de diciembre por el delito de “disparo injustificado” descrito en el artículo 14 D, inciso final, de la Ley sobre Control de Armas que, además, solicitó las medidas cautelares personales de arresto domiciliario parcial y arraigo nacional, las que finalmente fueron denegadas por los tribunales.

10. En resumen y para lograr dimensionar la gravedad del proceder del Ministerio Público en los casos reseñados:

1º Lo que resolvió la Corte Suprema fue un recurso de amparo, considerando que en el actuar del Fiscal Osorio no hubo afectación del “*derecho a la libertad personal o seguridad individual*”, lo que no resta gravedad a su proceder al calificar como imputados a quienes formularon una denuncia como víctimas.

2º La gravedad de calificar como imputados a las víctimas denunciantes, radica, entre otras cosas, en que quienes son señalados como imputados NO pueden ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les confiere a las víctimas.

3º En la calificación de una persona como imputado, Ministerio Público debe respetar ciertos estándares para que su actuación se enmarque en la legalidad. De lo contrario, su proceder es abiertamente ilegal y arbitrario.

Ser considerado imputado implica que a la persona se le “*atribuyere participación en un hecho punible*”, y en el caso en cuestión el Fiscal no tuvo ningún antecedente objetivo a la vista, en el sentido de que los infantes de marina hayan participado en un delito, más aún cuando el Código de Justicia Militar asigna a las Fuerzas Armadas, la misma categoría que a Carabineros para el empleo de armas, cuando cumplen roles relaciones con el orden y seguridad interior.

Los infantes de marina no concurrieron al cuartel de Carabineros a informar que habían disparado injustificadamente sus armas, sino que a dar cuenta de una agresión ilegítima de la que habían sido víctimas.

4º El Ministerio Público tiene el deber constitucional, legal y reglamentario de proteger a las víctimas. Está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico cualquier forma discriminación. En el caso en cuestión, el Fiscal Osorio, y la Fiscal Regional Cartagena, intentaron justificar su proceder alegando que tomarles declaración como imputados fue de resguardar los derechos de los marinos. Por lo tanto, reconocieron el hecho sin hacerse cargo de que con dicha acción privaron a las víctimas de sus derechos esenciales.

INFORME ACTIVIDADES DESARROLLADAS EN VIRTUD DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A HONORARIOS, DE ASESORÍA LEGISLATIVA

ASESOR EXTERNO: César Eduardo Montalva del Pozo MES Y AÑO: Junio del año 2020

ASESORÍA EXTERNA PRESTADA EN EL MES: Junio

Durante el mes de Junio se elaboraron y entregaron 6 minutas las cuales son enumeradas y explicadas a continuación:

1.- ANÁLISIS DE MINUTA

SOBRE TRASPASO DE INMUEBLES A SERVIU ÑUBLE: La minuta analizada plantea, aparentemente, tres problemas de distinto orden relacionados con la transferencia de los bienes inmuebles que del SERVIU Bio Bio que se encuentran en la Región de Ñuble.

2.- ARQUITECTURA CÓDIGO DE AGUAS: El Proyecto de Código de Aguas, establece un nuevo régimen para el derecho de aprovechamiento de las aguas, reemplazando, tanto para los derechos actualmente constituidos, como para los que se otorgarían conforme al texto actual del proyecto, el actual régimen de dominio pleno establecido en el inciso final del artículo 19° N°24 de la Constitución Política, por una concesión administrativa de carácter temporal. Se analiza lo relativo a ello.

3.- Carta al Señor Sebastián Piñera Echenique, Presidente de la República

4.- CASO INFANTES DE MARINA EN LOTA: se analizan antecedentes de hecho y derecho relacionados al incidente del 13 de mayo recién pasado donde tres infantes de marina, identificados como KEVIN FICA APABLAZA, CARLOS VILLA ALONZO, y, JOSE EPULEF ROSS, se encontraban de servicio en la comuna de Lota en el contexto del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, cuando un vehículo intentó atropellarlos.

5.- Minuta Propuestas de Acciones Políticas y Administrativas en Gestión de la Pandemia de COVID-19

6.- PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE NORMA TRANSITORIA PARA ADECUAR LÍMITE DE REELECCIÓN A PROCESO ELECTORAL MUNICIPAL EN DESARROLLO. La reforma constitucional recientemente aprobada por el Congreso Nacional, (Boletines Nº 4.115-07, 4.499-07, 4.701-07, 4.891-07, 7.888-07 y 8.221-07, refundidos), sobre límites a la reelección de diversas autoridades de elección popular, circunscribió a dos las reelecciones consecutivas a la que podrán postular alcaldes y concejales en ejercicio.

Minuta
Propuestas de Acciones Políticas y Administrativas
en Gestión de la Pandemia de COVID-19

1º La experiencia práctica en los establecimientos hospitalarios demuestran la necesidad de implementar un sistema de supervisión directa por parte de la autoridad sanitaria, especialmente en lo relativo a existencia de insumos y proyecciones de disponibilidad y calificación del personal asignado a camas críticas.

2º En relación con lo anterior, se propone el levantamiento de un Diagnóstico Situacional de cada establecimiento, cuyo resultado sea dado a conocer públicamente, como muestra de transparencia en el manejo de datos.

3º Respecto de la calificación del personal asignado a camas críticas, se recomienda realizar un Análisis de Riesgo de eventuales demandas futuras por negligencia médica y el costo fiscal que podría significar responder a posibles indemnizaciones.

Sobre este punto, puede resultar aconsejable una iniciativa legal que establezca una causal especial de exención de responsabilidad civil para los funcionarios de la salud y el Fisco, cuando la acción u omisión indemnizable sea consecuencia de fuerza mayor derivada de la imposibilidad de contar con personal plenamente calificado para el cumplimiento de la función.

4º Se ha determinado una falla en el funcionamiento del Sistema de Residencias Sanitarias, que ha derivado en un bajo uso del mismo, como consecuencia de lo cual se mantienen altas tasas de contagio derivadas del hacinamiento, especialmente en comunas populares.

En este sentido, se propone simplificar el acceso a residencias sanitarias, acudiendo de manera proactiva a las personas que califiquen para su empleo. Se recomienda levantar un catastro de los eventuales requirentes y un mecanismo de contacto que facilite su traslado, tan pronto se determine que cumple con las condiciones necesarias.

Se evalúan positivamente las acciones adoptadas por algunas municipalidades como la de Maipú, para acudir a los domicilios de los propios pacientes a retirarlos para internarlos en residencias sanitarias.

Se propone delegar en las propias municipalidades la implementación de este sistema y en los establecimientos de salud terciaria (Consultorios y CESFAM), el levantamiento del catastro de potenciales usuarios de las residencias sanitarias.

5º Se estima necesario precisar el carácter de enfermedad profesional que tiene el COVID para el personal de salud.

6º Se considera imprescindible mejorar el sistema de trazabilidad de los contagios, implementando medidas especiales en tal sentido para el personal de salud.

**PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE NORMA TRANSITORIA
PARA ADECUAR LÍMITE DE REELECCIÓN A PROCESO ELECTORAL MUNICIPAL EN
DESARROLLO**

La reforma constitucional recientemente aprobada por el Congreso Nacional, (Boletines N° 4.115-07, 4.499-07, 4.701-07, 4.891-07, 7.888-07 y 8.221-07, refundidos), sobre límites a la reelección de diversas autoridades de elección popular, circunscribió a dos las reelecciones consecutivas a la que podrán postular alcaldes y concejales en ejercicio.

En efecto, el número 3 del Artículo Único, introducido en segundo trámite constitucional por el Senado y aprobado por la Cámara de origen, agregó una oración final en el inciso primero del artículo 118 de la Carta Fundamental, del siguiente tenor: **“Los alcaldes serán elegidos por sufragio universal de conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades, durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos sucesivamente en el cargo hasta por dos períodos.”**. Lo mismo dispone el número 5 del Artículo Único respecto de los concejales.

Sin embargo, en el caso de alcaldes y concejales la norma aprobada por el Congreso Nacional incide en un proceso electoral en curso, ya que ha vencido el plazo para la renuncia a sus cargos con el objeto de presentarse a las elecciones de gobernadores regionales, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º, en relación con la letra c) del inciso segundo del artículo 23 Ter de la ley 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, según el cual la referida inhabilidad será aplicable a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección de gobernador regional, conculcando, de esta forma y por efecto indirecto, el derecho de los ciudadanos que actualmente se desempeñan en dichos cargos a presentarse como candidatos al cargo de consejero regional.

Por lo tanto, se hace necesario complementar la reforma constitucional recientemente aprobada, disponiendo, a través de una norma transitoria aplicable por una sola vez, que, tratándose de la elección de alcaldes y concejales, la norma sobre límite a la reelección se aplicará considerando como el último, el período que deberá iniciarse a partir de la próxima elección de dichas autoridades, para aquellos que cumplan con la hipótesis establecida en la norma recientemente aprobada.

En consecuencia, venimos en presentar a consideración de este H. Corporación, el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Agréguese la siguiente disposición transitoria:

‘Trigésima novena.- Para los efectos de los límites a la reelección de las autoridades señaladas en los incisos primero del artículo 118 y primero del artículo 119, se considerará como último período para quienes se encuentren en la situación descrita en dichas disposiciones, el que se inicia a partir de la elección de alcaldes y concejales que tendrán lugar el 11 de abril de 2021, conforme a lo dispuesto en la disposición Trigésimo Cuarta Transitoria de esta Constitución.’.”.

VÍCTOR PÉREZ VARELA
SENADOR