

Infiere despojo el juez que autoriza la apertura de un canal por heredad ajena, sin precedente juicio para la constitución de la servidumbre.

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don Baltasar Arosena en la causa que sigue con don José D. de la Cuba sobre despojo judicial.*

Excmo. Señor:

A consecuencia de las copiosas lluvias y creciente extraordinaria de los torrentes que atraviesan la campiña de Arequipa, fué cortada á principios de 1884, en una extensión de 150 metros, la acequia «San Jerónimo», por la cual corre el agua para el riego de muchas chacras de propiedad particular.

Los damnificados se reunieron para acordar lo que conviniera á sus intereses (copia corriente á fojas 1 del cuaderno agregado); y el representante de ellos solicitó una inspección ocular de la quiebra causada por la avenida. Practicada ésta con asistencia de peritos y de las personas interesadas y opuestas á la variación del cauce, aquéllos fueron de parecer que la reparación de la acequia por su antiguo cauce, aunque difícil y costosa no era imposible; pero que sería de fácil y pronta ejecución abrir un nuevo cauce por las chacras contiguas, pertenecientes á la familia Muñoz y al monasterio de Santa Rosa. El conjuuez de primera instancia doctor Aro-

sena, en vista de ese dictamen y del acta de inspección ocular, á la que él no concurrió, expidió el auto de fojas 2 del cuaderno agregado, mandando abrir desde luego el respectivo cauce por las dos chacras mencionadas, con cargo de que se entregase á sus propietarios la cantidad en que un perito nombrado por los agricultores damnificados, había valorizado los terrenos que debían ocuparse, sin participación ni conocimiento de sus legítimos dueños.

Las señoras Muñoz pidieron al juez que revocara su propia providencia, por cuanto les infería despojo; y habiendo denegado esta solicitud por el auto de fojas 64 del mismo cuaderno, entablaron su querrella en forma ante la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa, la cual ha sido declarada fundada, habiéndose ordenado en consecuencia la restitución, según puede verse á fojas 88 del cuaderno corriente.

Después de interpuesto por el doctor Arosena el recurso de nulidad y de haber sido admitido, el representante de las señoras Muñoz solicitó que se ejecutara la restitución sin perjuicio de apelación interpuesta, conforme al artículo 1374 del Código de Enjuiciamientos Civil; pero como esta solicitud se declaró sin lugar, aunque los fundamentos del auto de fojas 99 no son admisibles, carece ya de objeto toda discusión sobre este punto, una vez que el expediente ha venido ante V. E., por lo cual el que suscribe pasa á ocuparse del asunto principal materia de este juicio.

La cuestión de derecho está reducida á saber, si por salvar intereses privados, por valiosos que ellos

sean, es lícito tomar de hecho la propiedad de una ó más personas, sin consentimiento de éstas y sin previa indemnización justipreciada.

La respuesta negativa no es dudosa, en vista de lo que disponen nuestras leyes. El artículo 26 de la Constitución del Estado consigna como una de las más tutelares garantías individuales, que la propiedad es inviolable, y que á nadie puede privarse de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada. Esta disposición es concordante con el artículo 462 del Código Civil y con los artículos 1513 y siguientes del Código de Enjuiciamientos. En el caso en cuestión se ha privado de su propiedad á la familia Muñoz, sin haberse acreditado la necesidad y utilidad que iban á reportar la Nación y el pueblo, y sin haberse hecho el pago ó indemnización previa de su valor; y por consiguiente, el conjuetz doctor Arosena ha inferido un verdadero despojo á las querellantes.

Esta conducta no puede justificarse invocando, como lo hace el juez despojante, el artículo 351 del Código de Enjuiciamientos Civil, tanto porque la inspección ocular que se practicó no se halla en ninguno de los casos del artículo 347, cuanto porque las órdenes necesarias que debe contener el auto correspondiente, á que se refiere aquel artículo, deben ser las que sugieran la previsión y la prudencia, impidiendo la causa que produce el daño, pero no atentando contra la propiedad de un tercero, que no ha causado el daño sufrido, y á quien se le priva de lo suyo, con el exclusivo objeto de hacer más

fácil y menos gravosa la reparación que otras solicitan con provecho propio.

Tampoco tiene aplicación la segunda parte del artículo 1149 del Código Civil, porque sólo hace referencia al dueño de propiedad cultivada que hubiese perdido su conducto de riego, y que no pueda es decir, *que le sea imposible*, restablecerlo sino atravesando por heredad ajena; en cuyo caso podrá cruzar dicha heredad, previo pago del terreno que ocupe, de las cosas que destruya y de los perjuicios que cause, afianzando á la vez la indemnización de los que se teman fundadamente para lo futuro. Que es inaplicable dicha resolución legal, aparece del mérito de los autos agregados; pues todos los peritos están conformes en que la reparación de la acequia de «San Jerónimo», aunque difícil y costosa, *es posible*; y además se ha procedido á ocupar los terrenos de las querellantes, sin la indemnización previa y sin la fianza de ley.

Si en todo tiempo es necesario fomentar el respeto á la propiedad, lo es más después del desorden de los últimos años en que ha sido frecuentemente violada, y si todas las personas deben respetar este derecho, base de la organización social, ese respeto es aun más obligatorio para los jueces encargados de dar á cada uno lo que es suyo y de corregir los abusos.

Por lo expuesto, el adjunto que suscribe es de sentir, que V. E. se sirva declarar que *no hay nulidad* en el auto expedido por la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa, corriente á fojas 88, su fecha 5 de noviembre del año próximo pasado, por el

que se declara que se ha causado despojo á las partes representadas por el procurador don José María Escalante con lo ordenado en el auto de 17 de marzo de 1885 por el enunciado conjuetz doctor Arosena; con lo demás que dicho auto contiene. Salvo mejor acuerdo de V. E.

Lima, junio 11 de 1887.

VALCÁRCEL.

---

*Lima, 14 de julio de 1887.*

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, declararon no haber nulidad en el auto pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa en 5 de noviembre del año pasado, corriente á fojas 88, por el cual se declara que se ha causado despojo á las partes representadas por el Procurador Escalante, con lo ordenado en el auto de 17 de marzo de 1885 por el conjuetz doctor Arosena, y se manda que se les restituyan los terrenos despojados, practicándose las diligencias convenientes á costa del despojante, á quien se condena en las costas del juicio y en la reparación de daños que hubiese ocasionado; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Sánchez. — Muñoz. — Arenas. — Chacaltana. — Mariátegui. — Loayza. — Guzmán.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Arequipa. — Cuaderno Núm. 26.