

que me dispensaréis en vista de la naturaleza i aridez de la materia i que miraréis este imperfecto trabajo con toda la induljencia que es característica de la sabiduría.

Santiago, noviembre 13 de 1869.

La comision examinadora que suscribe acordó la publicacion de esta memoria en los *Anales de la Universidad*. PALMA.—SOLIS.—TOCCRNAL.—JOSÉ BERNARDO LIRA.

LEJISLACION.—Jurisdiccion en materia de aguas.—Memoria de prueba para obtener el grado de licenciado en la Facultad de leyes i ciencias políticas, por don José María Eyzaguirre.

Señores:

Obligado por los estatutos universitarios a desarrollar ante vosotros algun tema para poder obtener el grado de licenciado en la Facultad de leyes i ciencias políticas de la Universidad, me he fijado en el que encabeza la presente memoria, por ereerlo no solo de suma importancia i utilidad, atendida la principal industria de nuestro país, sino mui particularmente porque en la práctica la jurisdiccion en materia de aguas ofrece sérias dificultades a las diversas autoridades encargadas de ejercerla. El orijen del mal es bastante conocido. Hasta el presente, solo tenemos una que otra disposicion legal sobre la materia. A mas que carecemos de lejislacion completa que fije i deslinde con toda precision i exactitud las atribuciones de cada uno de los poderes gubernativo i judicial en las cuestiones de aguas, por lo comun están éstos revestidos de un doble carácter. En verdad, las relaciones que ellas tienen con los derechos privados i con el interés público a la vez; con la policia, que está bajo la vijilancia de la autoridad gubernativa; i con la conservacion i goce de la fortuna privada, que solo es materia de la jurisdiccion ordinaria, suscitan a menudo dificultades i obstáculos para deslindar como se debiera la competencia entre uno i otro poder.

Hai, por otra parte, cierta costumbre establecida, de ocurrir por lo regular en todos los asuntos de esta clase a los gobernadores departamentales, aunque por la naturaleza de ellos, ya por haber contencion entre partes, ya porque se trate de un delito, como sucede en

los robos de aguas, sean del exclusivo conocimiento de la autoridad judicial. No obstante, los gobernadores, sin poner en duda la legitimidad de su intervencion, sin sospechar siquiera su manifiesta incompetencia, entran a conocer en cuestiones de esa especie, i no es raro verlos aplicar penas o multas a los que de cualquier modo infrinjan contratos privados sobre reglamentacion de aguas de dominio particular.

El objeto, pues, del presente trabajo es marcar conforme a las disposiciones legales que hoy día rijen la materia, la línea de separacion que existe entre las atribuciones del poder administrativo i las del judicial; qué asuntos sobre aguas son de la competencia del primero, cuáles de la del segundo.

Como las municipalidades no son mas que una rama, meros auxiliares del poder administrativo, i lo que ahora me propongo es simplemente deslindar la competencia de dicho poder con la del judicial, no se estrañará que en el curso de esta memoria enumere como atribuciones del primero todas las que corresponden por la lei, ya a los intendentes o gobernadores como representantes de la autoridad gubernativa, ya a las municipalidades como cuerpos administrativos encargados de ayudarles en todo lo que concierna al buen gobierno de sus respectivos territorios.

I.

COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN ASUNTOS DE AGUAS.

Las atribuciones de la autoridad administrativa en esta materia se desprenden naturalmente de unos cuantas disposiciones legales que tocan la cuestion.

Le corresponde en *primer lugar* hacer *concesiones o mercedes de agua*. El inciso último del art. 118 de la lei de 8 de noviembre de 1854 le confiere espresamente esta facultad. Dice así: "Las mercedes o permisos para sacar agua de un rio o estero corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse." Investigándose la razon de esta disposicion, se encuentran los siguientes fundamentos en que apoyarla.

Sabemos, ante todo, por el art. 595 del código civil, que los rios i todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos. Ahora bien, si el poder guber-

nativo es el que administra la fortuna pública, si ésta se encuentra bajo la inmediata direccion de él, ¿cuál otro podrá aventajarlo en mejor conocimiento de la conveniencia o inconveniencia de hacer o negar tales concesiones? ¿Quién, por otra parte, podrá calcular de un modo mas cabal i exacto la mayor o menor necesidad de los solicitantes, que la autoridad gubernativa, que es la que ejerce una accion mas inmediata i directa sobre los gobernados que ninguna otra? No hai, pues, duda alguna de que estas circunstancias colocan al poder gubernativo en una situacion mucho mas ventajosa que la de cualquier otro poder, para otorgar las mercedes de agua; circunstancias que el lejislador no pudo menos de tener en cuenta al concederle espresamente esta facultad.

Hai aun otra razon en favor de la disposicion legal citada. El núm. 2 del art. 128 de la Constitucion encarga a las municipalidades la promocion de la agricultura. ¿No importará esta atribucion la facultad de emplear los medios que a ese fin llevan, de usar i disponer del elemento indispensable i necesario para el desarrollo de aquel importantísimo ramo? El deber que nuestra carta fundamental impone a la autoridad administrativa de fomentar la industria agrícola ¿no llevará envuelto el derecho recíproco de dar a los particulares que a ella dedican su tiempo i trabajo el agua que fecundiza las tierras, multiplica los frutos de los campos, da vida i vigor a la vejetacion? Evidente que sí.

El lejislador, pues, al estampar en sus disposiciones la facultad del poder administrativo para conceder mercedes de agua, no ha hecho otra cosa que reconocer en cierto modo un derecho incuestionable de ese poder, derecho que tiene su fundamento no solo en la lójica razon sino tambien en nuestro código fundamental.

Corresponde en *segundo lugar* a la autoridad administrativa la *distribucion o repartimiento natural de las aguas de los rios entre sus diversos interesados por medio de reglamentos dictados al efecto*. Esta atribucion, a mas de corresponderle por la naturaleza de ella, pues la circunstancia de ser los rios bienes públicos los hace depender en cuanto a su gobierno i vijilancia de aquella autoridad, está tambien sancionada i establecida en varias disposiciones legales.

Segun el art. 118 de la lei de 8 de noviembre de 1854, los rios i demas corrientes de aguas del uso comun de los habitantes, están sujetos a la accion de las municipalidades, *en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas, mientras corren por el cauce*

natural i ordinario. Segun el art. 598 del código civil, el *uso i goce* que para el riego corresponden a los particulares en los ríos, estarán sujetos a las disposiciones de este código i a las ordenanzas jenerales o locales que sobre la materia se promulguen. Por el primero de los artículos citados, se consigna de un modo claro i terminante la facultad del poder administrativo para reglamentar el uso de las aguas, mientras corren por el cauce natural i ordinario; i por el segundo se sujeta este uso a las ordenanzas jenerales o locales que al efecto se promulguen. Desde el momento que estas últimas son dictadas por el poder administrativo de cada departamento i provincia, se confiere indudablemente a este poder por el artículo citado el derecho de que se trata.

Este derecho de reglamentacion, que segun el testo de la lei solo se limita a las aguas mientras corren por el cauce natural i ordinario, se quiere hacer estensivo a toda clase de asuntos de esa especie, de tal suerte que la autoridad gubernativa intervenga, ya en la confeccion, ya en la aprobacion de reglamentos de aguas de dominio particular i que corren por cauces privados. Al hablar de la competencia del poder judicial, trataré mas por estenso esta última materia. Réstame decir por ahora que la accion del poder administrativo no se estiende mas allá que a dictar reglas para el buen uso de las aguas mientras corren por el cauce natural i ordinario, i como consecuencia de esta facultad, la de establecer i aplicar penas o multas a los que de cualquier modo infrinjan esas reglas. Si un individuo, por ejemplo, es sorprendido alterando una toma del rio; si algun interesado a sus aguas no paga los derecho que adeuda al repartidor de ellas, debe sin duda alguna el gobernador respectivo proceder en uno i otro caso gubernativamente, ya para aplicar la multa correspondiente al primero, ya para obligar al segundo a pagar los derechos debidos.

Siempre, pues, que se trate de la distribucion o reglamentacion de las aguas de uso público, la autoridad gubernativa es la única competente, así como en ningun caso lo es ella para intervenir del mismo modo en los que son de simple dominio particular.

Corresponde *en tercer lugar* al poder administrativo la *vijilancia de policía sobre las aguas*, en cuanto puedan comprometer la salubridad pública, el libre tránsito por los caminos. El inc. 2.º del art. 118 de la lei de 8 de noviembre de 1854 dispone que “sacada el agua de la corriente comun, solo quedará sujeta a la accion municipal en cuanto lo exijieren las reglas jenerales de policía de salu-

bridad i las que se dictarén para mantener espedito el tránsito por los caminos del departamento o territorio municipal.”

En estos casos, como en todos los que tienen relacion con la policía de cualquier jénero, está el interés público inmediatamente comprometido; de suerte que el poder administrativo, i no otro, es el llamado o intervenir en ellas, por cuanto a él está confiado el buen réjimen interior del país, la tranquilidad i bienestar de sus habitantes. Por esta razon, no solo la lei de municipalidades en várias de sus disposiciones, sino tambien la del réjimen interior confiere a ese poder la atribucion de que me ocupo.

Corresponde por *último* a la autoridad administrativa *la distribución i buen réjimen de las aguas de las ciudades*. Le otorgan espresamente esta facultad el art. 2.º de la lei de 17 de setiembre de 1847, principalmente el núm. 7.º del art. 27 de la lei de 8 de noviembre de 1854 tantas veces ya citada.

Nadie pone en duda que las acequias de ciudad tienen el importante fin de conservar el aseo, salubridad i comodidad en las poblaciones. Su existencia, pues, está íntimamente ligada con el bienestar de éstas, con el provecho de todos sus habitantes, en una palabra, con el interés jeneral de la sociedad. Esta circunstancia i la de haber sido por lo regular costeados su cauce por el municipio respectivo, las hace depender, en cuanto al arreglo i buen servicio, del poder administrativo, que, como ya he dicho mas arriba, es el encargado de velar por la conveniencia e interés público, por la mejora i adelanto en todos sus ramos de la localidad confiada a su especial cuidado i proteccion

Con motivo de la nivelacion de acequias que es está practicando en esta capital, se ha querido poner en duda por algunos la facultad de la autoridad gubernativa para hacer variaciones en el curso de dichas acequias, i aun para abrir nuevos cauces subdividiendo los primitivos con el fin de suministrar agua a vecinos que de ella carecian. No veo como se pueda negar de buena fé atribuciones tan espresamente concedidas por la lei i tan conformes con lo que dicta el buen sentido i la sana razon. En verdad, si las acequias de ciudad no son propiedad de los particulares, los que solo tienen el derecho de usar de sus aguas para sus menesteres domésticos, sino del respectivo municipio para el aseo, salubridad i comodidad pública; si ellas dependen, como lo hemos visto, del poder administrativo, en cuanto a su arreglo, buen servicio i conveniente distribucion de sus aguas; si

por fin, el art. 2.º de la lei de 17 de setiembre de 1847 ya citado ha facultado espresamente a dicho poder para hacerlas nivelar i construir conforme a las exigencias del interés de todos los vecinos, de la salubridad i ornato de las poblaciones, ¿cómo se puede poner en duda el perfecto derecho del poder administrativo para hacer uso de tales atribuciones? Es, pues, de notoria evidencia la legitimidad de su intervencion i su innegable competencia en estos asuntos.

He espuesto con la brevedad que me ha sido posible las funciones que la lei otorga a la autoridad administrativa en materias de aguas. Paso ahora a esponer con la misma brevedad las que tambien la lei concede al poder judicial.

II.

COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL EN IGUAL MATERIA.

La competencia de este poder en asuntos de agua no es ni puede ser otra que la que por la naturaleza de sus funciones le corresponde. Es por tanto de su esclusivo conocimiento: resolver toda cuestion suscitada en tres partes sobre mejor derecho a algunas aguas, o sobre distribucion de las que pertenecen a particulares; deslindar los derechos privados entre varios interesados a una misma acequia de regadío o a distintas; i hacer cumplir, aplicando las penas acordadas, los contratos sobre reglamentacion de aguas celebrados por los dueños de uno o mas canales.

Estas cuestiones, por ser de suyo contenciosas i versar sobre derechos privados de los individuos, i no haber por otra parte interés alguno público comprometido en ellas, están evidentemente sujetas en su carácter de civiles a la decision de la justicia ordinaria.

Sabemos por el art. 108 de la Constitucion que la facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece esclusivamente a los tribunales establecidos por la lei, sin que, en ningun caso pueda el congreso o el presidente de la República ejercer funciones judiciales. Segun este precepto constitucional, que sin duda alguna comprende en la prohibicion que establece al poder lejislativo i al administrativo, ¿podrá este último entrar a conocer i juzgar las cuestiones que acabo de proponer? Evidentemente que no.

La circunstancia de ser ellas meramente civiles, de tocar derechos simplemente privados, las coloca bajo la disposicion del artículo constitucional citado, escluyendo por tanto de toda intervencion en su co-

nocimiento a la autoridad gubernativa. Aun hai mas: no puede éstar, sin violar el art. 160 de nuestro código fundamental, arrogarse mas atribuciones que las que espresamente le hayan conferido las leyes. Si ninguna disposicion legal le ha otorgado a dicha autoridad la atribucion de que me ocupo, i si aun su ejercicio seria infractorio del art. 108 de la misma Constitucion, ¿podrá sostenerse que tal atribucion le corresponde por derecho?

Se cree, no obstante, por algunos que la jurisdiccion en asuntos de agua corresponde en la mayor parte de los casos, sobre todo cuando se trata de reglamentar aguas de dominio particular, al poder administrativo. Para ello se fundan en el art. 128 de la Constitucion, en una resolucion del consejo de Estado del año 41, i por fin, en varias sentencias de los tribunales.

Veámos cual es el valor de estos fundamentos.

En primer lugar, ninguna disposicion trae el art. 128 de la Constitucion, que se cita, a no ser aquella en que encarga a las municipalidades la promocion de la agricultura, que pueda tener relacion alguna con el asunto en cuestion. Si el deber impuesto a aquellas corporaciones de promover la industria agrícola bien puede ser una de las razones que ha tenido presente el lejislador para otorgar al poder administrativo la facultad de conceder mercedes de aguas, de ninguna manera puede deducirse igualmente de él, sin lei espresa que lo diga, el derecho conferido a aquel poder para conocer en las cuestiones privadas i meramente civiles que sobre agua se suscitan.

Por idéntica razon, podria tambien sostenerse que la autoridad gubernativa debia intervenir en todas las causas comerciales, desde que el mismo artículo constitucional encarga a las municipalidades la promocion del comercio.

La resolucion del consejo de Estado que se suela citar en apoyo de la opinion que estoi combatiendo, de que he hecho mencion, se dictó con ocasion de una competencia suscitada entre la Ilustrísima corte de apelaciones i la municipalidad de Santiago, sobre la autoridad a que correspondia conocer i decidir acerca de las cuestiones que sobre repartimiento i curso de agua se suscitasen. Dice así:

“Santiago, noviembre 25 de 1841.—Vistos: se declara que en virtud de lo dispuesto en el art. 128 de la Constitucion, corresponde a la municipalidad, i de consiguiente a su delegado, la potestad económica sobre el curso i repartimiento de las aguas, i que por tanto, no ha debido el juez de letras conocer en esta materia sino

ocurrir don José María Infantes i don José. Isidro Saez, que se suponen agraciados, a la autoridad superior gubernativa competente. Firmados:—Irarázabal.—Renjifo.—Montt.—Vial.—Prieto.—Egaña.—Eyzaguirre.—Pinto.—Alcalde.—Tagle.?"

Por no prolongarme demasiado, quiero suponer que la precedente resolucion tenga todo el alcance que se le atribuye, como igualmente las sentencias de los tribunales que al efecto se citan. Siendo todas anteriores a la lei de 8 de noviembre de 1854, i aunque no lo fueran, ¿podria sostenerse lo que se pretende después de dictada ésta, que a la vez interpreta el art. 128 de la Constitucion? Creo que nó. El art. 118 de la citada lei, del cual ya he hablado mas arriba, sujeta las aguas a la accion de las municipalidades solo mientras corren por el cauce natural i ordinario. Sacadas de la corriente comun, no tienen mas accion sobre ellas, segun el mismo artículo, que la de dictar reglas jenerales de policia. Segun esto, ¿no es evidente que si se suscita una cuestion sobre distribucion o repartimiento de aguas de dominio particular, no es el poder administrativo el competente para conocer de ella, desde que esas aguas ya no corren por el cauce natural i ordinario que es el del rio dedonde se han sacado, sino por el artificial trabajado por sus respectivos dueños? Sin duda alguna que sí.

Por idéntica razon, no debemos aceptar la intervencion de los gobernadores departamentales en la reglamentacion de las aguas de los canales o acequias de particulares. Aunque dicha intervencion está en cierto modo sancionada por la casi universal costumbre del país, es no obstante, enteramente ilegal i no estriba en fundamento alguno. No siendo los reglamentos de los mencionados canales o acequias mas que unos contratos simplemente privados que celebran los diversos interesados entre ellos para distribuirse con mayor regularidad sus aguas, i teniendo solo en mira su interés individual, no hai razon alguna para que en su formacion i ampliamiento intervengan los espresados funcionarios. Si se quiere acompañar algunas solemnidades especiales a su otorgamiento, no hai mas que ocurrir a un escribano público. Por lo demás, la infraccion de ellos i la aplicacion de las penas en que incurran sus infractores, desde que se trata de hacer cumplir obligaciones meramente civiles, serán siempre materia de la jurisdiccion ordinaria.

Queda aun que hablar de los robos de agua i de la autoridad que de ellos debe conocer.

Aunque no se puede decir propiamente que hai robo de aguas, por ser el robo la sustraccion de un objeto mueble, segun la lei de 7 de agosto de 1849, i pertecer las aguas a la clase de inmuebles, segun el código civil, desde que están destinadas al servicio esclusivo de un predio, habrá de todos modos en la sustraccion de ellas fraude o, con cualquier otro nombre, un acto criminal que está sin duda alguna sujeto a la accion de la justicia ordinaria. Tratándose, pues, en el presente caso de la investigacion i castigo de un delito, ventilándose evidentemente una causa criminal, por la disposicion mas arriba citada del art. 108 de la Constitución, a nadie compete su conocimiento sino al poder judicial.

En obsequio a la brevedad, omito muchas otras reflexiones que podría aducir en apoyo de las diversas opiniones que en el presente trabajo he sostenido.

Creo, sin embargo, con lo espuesto haber deslindado, aunque de un modo muy imperfecto, las distintas funciones que cada uno de los poderes, gubernativo i judicial, debe ejercer en materia de aguas.

Bien comprendereis que el desarrollo de este asunto, por los obstáculos que en la práctica presenta i la utilidad manifesta de él, correspondia a una intelijencia i conocimientos muy superiores a los míos; no obstante, mi intencion bien se deja manifestar: despertar el interés por la reglamentacion de un ramo de tan vital importancia entre nosotros, i que yace sujeto a una que otra disposicion legal que al parecer lo tocan como de paso, es lo que me ha impulsado a entrar en esta difícil tarea.

Concluyo haciendo votos porque cuanto antes veamos en nuestro país una legislacion completa que, elevando al rango que merece esta clase de asuntos, venga a disipar todas las dudas, destruir todos los obstáculos que en ellas se suscitan, i asegurar de este modo un nuevo adelanto i bienestar a nuestra patria.

Santiago, diciembre 31 de 1869.

La comision examinadora que suscribe ha acordado la publicacion de esta memoria en los *Anales de la Universidad*. OCAÑO.—PALMA.—TOCORNAL.