

derecho es inherente al predio en donde brota el manantial: el propietario inferior no puede, pues, adquirir más que una servidumbre en virtud del art. 642; mientras que nada impide al ribereño que ceda á otro ribereño todo el derecho que le da el art. 644; lo que también decide la cuestión de prescripción.

III. Poder reglamentario de la autoridad administrativa.

a.) Reglamentos generales.

314. Se ha disputado á la administración el derecho de reglamentar las corrientes de agua no navegables. El artículo 644, háse dicho, da á los ribereños un derecho absoluto de usar el agua, en el sentido de que el código no subordina tal derecho á una condición cualquiera que ella sea. Pero el art. 644 no puede separarse del art. 645 que es su continuación y su complemento. Ahora bien, según los términos de esta última disposición, si surge una contienda entre los propietarios á los que puede ser útil el agua, los jueces deben observar los reglamentos locales acerca de la corriente y del uso del agua. Por otra parte, existen leyes generales, las de 20 de Agosto de 1790, 6 de Octubre de 1791 y 4 floreal, año XI, que encargan á las administraciones departamentales que aseguren el libre curso del agua, y que la dirijan hacia un fin de utilidad general. Ciertamente es que tales leyes dan á la administración el derecho de expedir reglamentos sobre las corrientes de agua no navegables tanto como sobre los ríos navegables. La única dificultad está en precisar los límites de ese poder reglamentario; y las leyes que acabamos de citar incluso el código Napoleón, son de tal manera vagas, que le es imposible al intérprete decir en qué punto se detiene la intervención de la autoridad administrativa.

Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de

casación. Un prefecto expidió un reglamento referente al río Eura; ordenaba que se persiguiese á los que se permitieran desviar el agua á voluntad y prohibía que se hicieran sangraduras en el río sin previa autorización de la administración. Ante la corte de casación púsose en duda la legalidad de esas prevenciones. La ley de 1790, díjose, y las que posteriormente se dieron, conceden en verdad á los prefectos el derecho de tomar medidas de policía para asegurar el libre curso del agua, pero no les permiten que sujeten á una autorización previa el ejercicio de un derecho natural que el código consagra en el art. 644. El código da formalmente á aquél cuya heredad es atravesada por el agua el derecho de desviar su curso dentro de los límites de su propiedad, y ¿acaso un prefecto puede vedarles lo que la ley autoriza? El art. 644 da á los ribereños el derecho de servirse del agua para la irrigación de sus predios, y ¿acaso un prefecto puede modificar ese derecho sometiéndolo á la intervención de la administración? La corte de casación resolvió que á la administración correspondía arreglar todo lo concerniente á la policía de las aguas y al orden público (1). La decisión es tan vaga como las leyes en que se apoya. Puede, además, citarse el art. 645 del código civil, que reconoce fuerza obligatoria á los reglamentos concernientes al uso del agua, lo que parece investir á la administración de un poder ilimitado. Sería necesaria una ley que tratase los límites dentro de los cuales puede ejercerse ese poder; el intérprete debe aplicar las leyes, pero no puede corregirlas.

En Bélgica la cuestión se complica, porque nuestra Constitución reconoce á los tribunales un poder más ex-

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Mayo de 1843 (Dalloz, *Aguas*, núm. 457). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, notas 60 y 61; y fallo del tribunal de Lieja, de 6 de Agosto de 1852, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 201).

tenso del que en Francia disfrutaban. Conforme á los términos del art. 107, "las cortes y los tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos generales, provinciales y locales, sino en tanto que sean conforme á las leyes." Así, pues, los tribunales tienen el derecho y el deber de examinar si el reglamento cuya aplicación se pide ha sido expedido por la autoridad competente, dentro de los límites de sus atribuciones, y si dicho reglamento es conforme á las leyes (1). ¿Cuál es la autoridad encargada de hacer reglamentos relativos á las corrientes de agua navegables? Según la ley fundamental de 1815, la vigilancia del régimen de las aguas pertenecía á los Estados provinciales, art. 221. Nuestra Constitución no reproduce esta disposición, pero atribuye á los consejos provinciales todo lo que es de interés provincial, art. 108, núm. 2. Y ¿de qué manera saber lo que es de interés provincial? Naturalmente hay que recurrir á las leyes anteriores que han reglamentado los diversos objetos de interés local. Venimos á parar en la conclusión de que siempre la ley de 1790 y las otras leyes francesas que hemos citado, son las que determinan las atribuciones de los consejos provinciales en materia de corrientes de agua. La ley comunal no deja duda alguna acerca de este punto, puesto que impone la obligación al colegio de los burgomaestres y regidores de que manden conservar las aguas en buen estado, conforme á las leyes y á los reglamentos de la autoridad provincial (art. 90, núm. 12).

La Constitución y la ley provincial dan el poder reglamentario á los consejos provinciales. Al lado del consejo hay una diputación permanente que tiene también atribuciones en materia de corrientes de agua, pero que regu-

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 109), 13 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 101).

larmente no toma más que medidas de interés particular, respecto de las partes que contienden; son, no reglamentos, sino decisiones administrativas. Sólo por excepción las diputaciones permanentes ejercerán el poder reglamentario, en caso de urgencia y cuando el consejo no se ha reunido; lo que raras veces tendrá lugar (1).

315. Los consejos comunales tienen también un poder reglamentario en materia de vía pública, pero este poder no se extiende á las corrientes de agua, supuesto que leyes especiales atribuyen á la autoridad provincial el derecho de expedir reglamentos relativos á los ríos no navegables (2). En Francia se ha fallado en el mismo sentido, con esta reserva, no obstante, que la administración superior puede delegar sus poderes (3). En nuestro orden constitucional, tal delegación no se concibe; las atribuciones de las autoridades provinciales y locales las fija la ley, conforme á los principios establecidos por la constitución, y los poderes públicos no se delegan. Distinta es la cuestión de saber si un acuerdo tomado por la autoridad comunal y aprobado por la autoridad provincial competente tendría fuerza obligatoria según el rigor de los principios, habría que contestar también negativamente; porque un reglamento aprobado no viene á ser la obra de quien lo aprueba, y siendo incompetente el cuerpo de donde emana, realmente no hay acto reglamentario. La jurisprudencia se ha pronunciado, sin embargo, por la validez, en Francia y en Bélgica (4).

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Octubre de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 1, 158), y la requisitoria del procurador general Deuwandre (*ibid.*, p. 163).

2 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 30 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 299).

3 Sentencia de denegada apelación, de la sala criminal, de 1º de Octubre de 1846 (Daloz 1846, 4, 441).

4 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1859, 1, 489). Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 108).

Cuando se dice que las autoridades locales son incompetentes para reglamentar las corrientes de agua, es bajo el punto de vista de la dirección del agua; pero hay intereses de policía que se confían á las comunas, tales como la seguridad y la salubridad públicas. Cuando se trata de uno de estos intereses, la autoridad municipal es competente para reglamentarlo por más que se trate de una corriente de agua. Así, cuando las aguas de los ríos se han henchido exageradamente, ó bien cuando habitualmente presentan riesgos para los barcos, la autoridad local puede prohibir el paso de los ríos, sea durante un cierto tiempo en todo el curso del agua, sea para siempre en los puntos peligrosos. Expedidos estos reglamentos para garantir la seguridad de los ciudadanos, previniendo los accidentes que pudieran amenazar su vida, se toman dentro de los límites de las atribuciones que las leyes confían á las autoridades locales (1). Otro tanto debe decirse de la salubridad pública (2).

316. Dejemos á un lado las atribuciones de las comunas en materia de corrientes de agua, porque son extrañas á los principios que por el momento estamos exponiendo. En cuanto á las autoridades provinciales, su competencia está regida por leyes que es importante transcribir, para que nuestros lectores comprendan las dificultades á que dan lugar. La primera ley es la de 22 de Diciembre de 1789, que está concebida en estos términos (sec. III, § 2, núm. 6): “Las administraciones de departamento tendrán á su cargo, bajo la autoridad é inspección del rey, como jefe supremo de las nación y de la administración general del reino, todas las partes de dicha administración, prin-

1 Sentencia de casación, de la sala criminal, de 16 de Octubre de 1835 (Daloz, *Comuna*, núm. 1015).

2 Sentencias de casación, de 25 de Marzo de 1865 (Daloz, 1865, [1, 398], y de 8 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1869, 5, 336, núm. 6).

cialmente..... 6º la conservación de los bosques, ríos, caminos.” La ley, en forma de instrucción, de 12-20 de Agosto de 1790 (cap VI) precisa los derecho y deberes de las autoridades departamentales: “deben también indagar é indicar el medio de procurar el *curso libre de las aguas*, impedir que sean *sumergidas las praderas* por la demasiada elevación de las *presas, molinos* y otras *obras de arte* en los ríos; por último, de *dirigir*, en lo que sea posible, *todas las aguas* del territorio hacia un fin de *utilidad general*, según los principios de la *irrigación*.” Viene en seguida la ley de 28 de Septiembre.—6 de Octubre de 1690 (tít. II, art. 16) que no hace más que aplicar la de 1790. “Los propietarios estarán obligados á mantener las aguas á una elevación que á nadie perjudique, y que fijará el directorio del departamento.” Por último, el art. 645, al encargar á los tribunales que decidan las contiendas que se susciten entre los propietarios ribereños, quiere que sean observados los reglamentos locales sobre *corriente* y el *uso* de las aguas.

317. La ley de 1790 establece un principio general que está fuera de toda duda, y es que la administración no interviene sino con un propósito de *utilidad general*; si se suscita un debate entre los ribereños acerca del uso del agua sus diferencias son de la competencia de los tribunales, porque son concernientes á intereses puramente privados. Nada es más sencillo que este principio, que resulta de la separación y de la misión de los dos poderes llamados á ejecutar y á aplicar las leyes, el poder ejecutivo y el poder judicial. Los tribunales no funcionan sino cuando se les eleva una demanda, y ésta no puede existir sin interés; luego son intereses esencialmente privados los que tienen á su cargo los tribunales al resolver las disputas á que dan lugar. Mientras que el poder reglamentario de la adminis-

tración tiene por objeto intereses generales; cuando intervienen los consejos provinciales, es para arreglar *intereses provinciales*, como la expresa nuestra constitución, es decir, intereses concernientes á una generalidad de ciudadanos, ó como con más energía lo expresa el legislador de 90, *la utilidad general*. Si es sencillo el principio, no pasa lo mismo con su aplicación, que atañe á intereses particulares; los ribereños son objeto cuando la administración ejecuta sus reglamentos, y son objeto cuando los tribunales aplican las leyes ó reglamentos que hacen veces de ley. ¿Cuál es la línea de demarcación de los dos poderes, y cómo saber si es la administración la que debe intervenir, ó si los magistrados? (1).

318. Hay que ajustarse al principio de que la autoridad provincial administra y reglamenta intereses generales, aun cuando tome una medida que se refiera á intereses individuales. Desde el momento en que esos intereses entran en conflicto, ya no se trata de *intereses*, sino de *derechos*; la contienda debe llevarse ante los tribunales, que tienen la misión de mantener los derechos y las obligaciones. Una sentencia de la corte de casación ha formulado con toda claridad esa distinción: "Los reglamentos sobre corrientes de agua, dice la corte, corresponden exclusivamente á la autoridad administrativa, siempre que las consecuencias de tales reglamentos puedan afectar sea á un *interés general*, sea al *interés de terceros* que no son colitigantes, sea á un acto emanado de la autoridad administrativa para ordenar ó para prohibir ciertos trabajos; pero á la autoridad judicial corresponde intervenir en las contiendas entre particulares, cuando no implican más que la cuestión de saber cuáles *derechos* respectivos sobre una corriente de agua resultan por sí solos de las convenciones que aque-

1 Demolombe, t. 11, p. 238, núm. 109.

llos han consentido recíprocamente" (1). En otra sentencia se lee que "la autoridad administrativa rige las corrientes de agua por un "interés colectivo" de los ribereños, y que la autoridad judicial estatuye sobre las contiendas que se suscitan entre particulares con motivo del modo de *goce* de las corrientes de agua y de las empresas que en ellas pueden hacerse" (2).

Es de principio que el interés general domine al privado; luego cuando la administración reglamenta una corriente de agua, los ribereños no pueden atacar el reglamento ni dispensarse de observarlo, por razón de que lastima su interés privado (3). Pero la máxima que subordina el interés privado al interés general no significa que el poder administrativo pueda lesionar los derechos de los individuos tales como resultan, sea de la ley, sea de sus convenios. La administración no estatuye sobre los derechos y los reserva siempre en sus prevenciones; si se suscita un debate sobre los derechos de los individuos, la administración es incompetente; sólo los tribunales tienen misión para resolver la contienda.

319. Sábese que en Francia la administración tiene un poder mucho más extenso que en Bélgica. La autoridad administrativa es usurpadora por naturaleza. En más de una ocasión el consejo de Estado ha debido intervenir para reprimir los excesos de poder de los prefectos. No será inútil citar algunos rasgos de dichas usurpaciones, an-

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Julio de 1839 (Daloz, *Aguas*, núm. 563, 10°).

2 Sentencia de casación, de 16 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 359).

3 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Febrero de 1870, de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1870, 1, 261). "Las disposiciones dictadas por la administración, obligan á todos los habitantes del país, y nadie puede infringirlas con el pretexto de que lastiman un interés privado." Compárese, sentencia de denegada apelación, de 4 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 1, 194).

tes de abordar las dificultades que se han presentado ante las cortes de Bélgica. Un descendiente de un mariscal del Imperio posee hoy día unas tierras que en otro tiempo pertenecían á madame Pompadour. El agua traída al parque forma cascadas, juegos de agua que constituyen uno de los grandes placeres de la propiedad. Surgieron algunas dificultades entre el propietario y los ribereños inferiores acerca del uso del agua, y el tribunal cometió el error de declararse incompetente. Intervino entonces un acuerdo del prefecto, y he aquí algunas de sus disposiciones: intimó al duque de Coneglians que demoliese una parte de la pared de la cerca de su parque y que la reconstruyese de modo que hiciese constantemente visibles y accesibles, sea para el guarda-río, sea para los ribereños interesados, diversas obras, cuyo establecimiento creyó el prefecto que debía ordenar en el interior del dominio. El acuerdo llegaba hasta reglamentar la forma y el juego del surtidor en sus más minuciosos detalles. ¿Qué vendría á ser la libertad de domicilio si se dejase obrar á la administración? Nuestras viejas costumbres decían que: "el miserable es rey en su propia casa." Nunca olvidemos que la libertad del individuo constituye su vida. El consejo de Estado anuló el acuerdo del prefecto, no sólo por sus increíbles excesos sino por haber desconocido los límites del poder administrativo, el cual no puede arreglar sino los intereses públicos ó colectivos con un propósito de interés general (1).

1 Decreto de 19 de Junio 1863 (Daloz, 1865, 3, 19). Compárese, decreto de 4 de Mayo de 1854 (Daloz, 1855, 3, 11), que formula con toda claridad el principio. "Si los prefectos tienen el derecho y el deber de reglamentar, con un propósito de *policía y de utilidad general*, el régimen de los molinos y fábricas establecidas en los ríos no navegables, no les corresponde en ningún caso decidir sobre *derechos privados é individuales*." Estando tales decisiones manchadas con exceso de poder pueden ser anuladas por la vía contenciosa, según la legislación francesa, es decir por un decreto emanado del consejo de

320. ¿Debe inferirse de esto que la administración es incompetente desde el momento en que se trata de un interés individual? La cuestión se presentó en un asunto que tuvo prolongada resonancia, habiendo dado lugar á tres sentencias de la corte de casación de Bélgica. Cuando el negocio volvió por la tercera vez ante la corte suprema, el tribunal de Charleroi se había rehusado á aplicar un acuerdo de la diputación permanente de Haimant que fijaba la altura de la vertiente de salida de una fábrica. Esta fábrica gozaba de una retención más considerable; un ribereño solo se quejó, por interés particular; el consejo de puentes y calzadas reconoció que la altura de las aguas en nada afectaba al interés público, lo que no impidió que la diputación la redujese. Al tribunal parecióle que la diputación se había salido de sus atribuciones decidiendo sobre un debate entre dos dueños de fábrica, concerniente á la altura en lo cual uno de ellos pretendía retener el agua. "Si es cierto, dijo el tribunal, que á la diputación corresponde arreglar todo lo referente al interés público de la provincia, también lo es que no tiene calidad para dar decisiones acerca de las pretensiones individuales á las que el interés general es, como en el presente caso, completamente extraño" En consecuencia, el tribunal rehusó aplicar el acuerdo, en virtud del art. 108 de la Constitución por cuyos términos las cortes y tribunales no pueden aplicar los reglamentos sino en tanto que estén conformes á las leyes.

Este fué casado. Cierto es que la diputación tenía el derecho de fijar la altura del agua; la ley de 1791 que hemos citado es formal; pero se pretendía que la diputación no podía hacerlo sino por un interés general, siendo así que había dado su resolución sobre la reclamación de un

Estado. (Véanse las autoridades citadas en Aubry y Rau, t. 3º, página 60, nota 65).

dueño de fábrica, y por lo tanto, en un interés puramente privado. La cuestión estaba mal planteada. El interés general no impide que haya intereses privados; porque ¿acaso el interés general no es otra cosa que la suma de los intereses privados? Poco importa, pues, que la administración determine sobre la reclamación de un ribereño y que la decisión á provecho á este ribereño. Lo que había que examinar, era si la diputación habría resuelto una contienda. Ahora bien, la contienda presupone derechos, y en el caso que nos ocupa, el quejoso no reclamaba ningún derecho en el agua, sino que únicamente sostenía que la altura del agua le causaba un perjuicio. El había podido llevar su querrela ante los tribunales y pedir un reglamento de agua. La administración, conociendo de la querrela, no resolvió cuál de los dos fabricantes tenía razón, y expidió un acuerdo que ni siquiera hace mención de los derechos que los ribereños pueden tener en el agua; fijó la altura de ésta porque para ello tenía derecho, y tuvo cuidado de agregar que aquella medida tenía por objeto evitar las inundaciones de las propiedades ribereñas. ¿Apreciaba ello bien ó mal el interés general que invocaba? El tribunal no tenía misión de examinar esta cuestión, porque no corresponde al juez criticar los actos que la administración lleva á cabo dentro de los límites de sus atribuciones (1).

321. Acabamos de decir que en el caso presente, el quejoso habría podido llevar su demanda ante los tribunales; se entiende que para reglamentar los derechos de los ribereños en el agua, pero no para que los jueces fijen la altura á la cual puede uno de los ribereños mantener el agua; este derecho pertenece exclusivamente á la autoridad ad-

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 5 de Noviembre de 1855, y las conclusiones conformes de M. Faider, procurador de justicia (*Pasicrisia*, 1855, 1, 438).

ministrativa (1), en Bélgica á la diputación permanente. Esto es lo que dice la ley de 1791. La aplicación ha dado lugar á una dificultad que ha sido resuelta por la corte de casación. Un acuerdo, que autoriza el establecimiento de un molino, fija la altura de la retención del agua y ordena que se hunda en la piedra un clavo de señal, con intervención del ingeniero en jefe y del burgomaestre. El concesionario excede el límite; pretendía que el clavo se había fijado más abajo de lo que habría debido serlo. Esta pretensión, desechada por la corte de Bruselas, fué reproducida ante la corte de casación. Se falló que la altura del agua sólo la administración puede fijarla, porque á ella es á la que corresponde cuidar de que el agua, por la demasiada elevación, cause algún daño en los caminos, en las propiedades ribereñas y en las fábricas. Esta es, pues, una cuestión de interés general, por más que figure un interés individual; pero este interés particular no permitía intervenir á los tribunales, porque para decidir á qué altura debe retenerse el agua, habrían debido consultar el interés general, cosa que no es de su incumbencia (2).

Teniendo la administración el derecho de fijar la altura del agua, tiene por esto mismo el poder de imponer á los ribereños los trabajos necesarios para impedir que aquella se tenga encima de la altura prescrita. Esto también se ha rebatido; pero una vez admitido el principio, hay que aceptar todas sus consecuencias, y ésta es tan evidente que es inútil insistir (3).

El principio mismo ha sido rebatido. Se ha sostenido que los reglamentos provinciales que prohíben á los ribe-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 58, nota 55, y las autoridades que citan.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Junio de 1834, de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1834, 1, 232). Compárese, Bruselas, 31 de Diciembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 164).

3 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 101).