

reños elevar sus aguas encima del clavo de orqueta son ilegales. Según los términos del art. 85 de la ley provincial, los reglamentos y ordenanzas de los consejos provinciales no pueden tener por objeto materias regidas ya por una ley sobre la materia, y es el art. 457 del código penal que prevee el caso en que los dueños de fábricas elevasen la vertiente de salida más allá de la altura determinada por la autoridad competente. El código penal no castiga este hecho sino en tanto que la sobre-elevación del agua hubiese inundado los caminos ó las propiedades ajenas. De aquí se ha sacado la consecuencia de que un reglamento que castiga el hecho solo de la sobre-elevación del agua, aun cuando no hubiese inundación, es contrario al art. 457, y por lo tanto ilegal. La corte de casación ha condenado esta falsa interpretación. No se puede disputar á la administración el poder de fijar la altura del agua; ¿y qué sería de este derecho si los acuerdos careciesen de sanción? Ahora bien, el art. 457 no tiene por objeto sancionar los reglamentos provinciales concernientes á las aguas; su único objeto es castigar un hecho perjudicial. Luego no hay violación de este artículo cuando un consejo provincial establece una pena para una contravención, haciendo abstracción de toda inundación, siendo los dos hechos esencialmente distintos. Por lo mismo, no puede decirse que los reglamentos administrativos son contrarios á la ley (1).

322. Han surgido otras reclamaciones contra los acuerdos de las diputaciones permanentes que bajan la altura de las vertientes. En un caso juzgado por la corte de casación, se trataba de una fábrica vendida por el Estado á la casa de Arenberg, el 14 de Noviembre de 1652. Hacia dos siglos que el propietario explotaba aquel molino con

1 Sentencia de casación, de 9 de Enero de 1854 de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1854, 1, 46).

una vertiente que le aseguraba una fuerza motriz sin la cual no podía marchar, cuando en 1853 la diputación permanente redujo la altura del agua. De aquí un pleito. El actor sostuvo que se le privaba de una parte esencial de su propiedad, lo que, según la constitución y las leyes, no se podía hacer sin indemnizarlo. La respuesta era muy sencilla y perentoria. ¿Se puede oponer la posesión, aun cuando sea inmemorial, al Estado encargado de administrar las aguas? No se prescribe contra el interés público, porque lo que se llama así es en realidad un deber que el Estado cumple, y no se prescribe contra un deber. La administración tiene, pues, á toda hora el derecho, ó por mejor decir, el deber de reglamentar el curso de las aguas por interés general. ¿Debe ella una indemnización á los que son lesionados por sus actos? Difícil es concebir que se deba una indemnización cuando sólo se ha cumplido un deber. El Estado que expropia debe una indemnización, porque en este caso, adquiere un terreno; siendo comprador y obligando á vender al propietario, justo es que pague el precio.

En este debate se han prevalido de la ley de 16 de Septiembre de 1807, cuyo art. 48 dice: "cuando, para ejecutar una desecación, la apertura de una nueva navegación, un puente, sea necesario suprimir molinos ú otras fábricas, moverlos de su luga, modificar ó *reducir la elevación de sus aguas*, se hará patente dicha necesidad. El precio de la estimación lo pagará el Estado, cuando emprende los trabajos....." Basta leer esta disposición para convencerse de que nada tiene de común con el ejercicio del poder reglamentario, en materia de corrientes de agua. El Estado que construye un canal adquiere una propiedad á expensas de los ribereños. Cuando modifica el régimen de las fábricas por interés de la nueva vía de navegación que

abre, justo es que indemnice á los propietarios, porque él es el que se aprovecha de los trabajos que ejecuta. ¿Pero cuándo la administración disminuye la altura de agua de una fábrica por un reglamento, adquiere un derecho nuevo? Ella nada adquiere, sino que cumple un deber. Así pues, se está enteramente fuera del texto y fuera del espíritu de la ley de 1807 (1).

323. ¿El derramamiento libre del agua es el único motivo de interés público que permite á la administración reglamentar las corrientes de agua no navegables? Se pregunta si puede reglamentar el uso del agua bajo el punto de vista de la irrigación. La afirmativa no es dudosa, puesto que la ley de 12-20 de Agosto de 1790, que le da el derecho de dirigir todas las aguas hacia un fin de "utilidad general," agrega: "según los principios de la irrigación" (2). Es también un interés público, y el primero de todos, el que por lo menos citan los autores del código civil, preferentemente, el interés de la agricultura; y se trata de conciliar este interés con el de la industria, igualmente vital. Verdad es que el art. 645 pone á cargo de los tribunales el conciliar estos intereses diversos, pero agrega que, "en todos los casos deben observarse los reglamentos particulares y locales sobre la corriente y el uso de las aguas." Luego cuando la autoridad administrativa ha dado un reglamento, á los tribunales no les queda más que el deber de asegurar su observancia. La corte de casación de Francia ha aplicado este principio á una corriente de agua hecha por mano de hombre; pero dicho canal conocido con el nombre de *Alarico*, es una derivación del Adour; luego es una agua pública y no una propiedad privada; existen en él cincuenta y dos fábricas, y sirve ade-

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 10 de Julio de 1855 (*Pasierisia*, 1855, 1, 315).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, nota 61 y las autoridades que allí se citan.

más para la irrigación de las praderas y para las necesidades domésticas de las comunas, que atraviesa en una extensión de más de setenta kilómetros. Evidentemente que hay un interés general en arreglar el uso del agua que sirve para tantas necesidades, cuando intereses, en apariencia opuestos, se cruzan y se entrechocan (1).

324. Las sentencias que acabamos de analizar admiten que la administración puede también reglamentar las corrientes de agua por interés de la industria. Es verdad que las leyes que hemos citado no hablan expresamente de los intereses industriales, poco desarrollados á fines del siglo XVIII, pero tampoco los excluyen. La expresión de "utilidad general" de que se sirve el legis'ador, abarca todos los intereses. Esto no es dudoso en cuanto á la industria y á la salubridad pública. Hay otro interés general que suscita una singular dificultad. Las aguas corrientes de que habla el art. 644 son ríos no navegables. Se pregunta si la administración puede prescribir á los ribereños medidas que tengan por objeto favorecer la navegación. En Francia, el consejo de Estado resolvió la cuestión negativamente en el siguiente caso. Existen algunos ríos no navegables, cuyas aguas en la época del reflujo del mar se elevan suficientemente para hacer posible una navegación momentánea; los ribereños aprovechan esta circunstancia para transportar sus cosechas y los objetos útiles para su explotación. A fin de favorecer esta navegación intermitente, un acuerdo prefectoral intimó á un ribereño que no estableciera en la corriente del agua más que un puente giratorio, y ordenó á todos los ribereños que dejaran en las orillas un andén para desembarcadero; por último, re-

1 Sentencia de casación, de 22 de Enero de 1858, y la requisitoria del procurador de justicia Dupin (Dalloz, 1858, 1, 89). Sentencia de casación, de la cámara criminal, de 3 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1858, 5, 157; núm. 15). Sentencia de denegada apelación, de la cámara criminal, de 7 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 5, 122).

glamentó las obligaciones de éstos en cuanto á la limpia, siempre teniendo en cuenta la navegación. El consejo de Estado anuló esos reglamentos, resolvió que la administración no podía tomar medidas en interés de la navegación de una corriente de agua, en tanto que ésta no se declare navegable (1). Este decreto está en armonía con la doctrina que hemos expuesto en otro lugar sobre la propiedad de las corrientes de agua no navegables (2). Estas no son vías de navegación; luego no están destinadas á la navegación; restringir los derechos que la ley concede á los ribereños en vista de la navegación, es imponerles servidumbres por este capítulo, es atentar á su propiedad, ó por lo menos al derecho de uso, que es también una especie de propiedad. Hay una sentencia de la corte de casación de Bélgica que parece contraria á esta opinión. Ella ha fallado que la diputación permanente puede ejercer su poder reglamentario por interés de la navegación tanto como por interés de las propiedades ribereñas á las cuales pueden dañar las aguas por su demasiada elevación (3). Pero había, además, otros intereses en juego; de suerte que la cuestión no se presentaba tal como la decidió el consejo de Estado. De todos modos, lo cierto es que no es exacto decir que los derechos de los ribereños pueden modificarse por motivos cualesquiera de utilidad pública; se necesita al menos que estos motivos estén en relación con el destino de los ríos. En este sentido es como la ley de 1790 dice que deben "dirigirse las aguas hacia un fin de utilidad pública," y la navegación no tiene, en verdad, relación con los ríos no navegables.

325. Por aplicación de estos principios, el consejo de

1 Decreto del consejo de Estado, de 12 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 3, 172).

2 Véase el tomo 6° de esta obra, núms. 15 y siguientes.

3 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Octubre de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 26).

Estado ha resuelto que la administración no tiene el derecho de modificar el ancho y el régimen de las corrientes de agua no navegables, con el fin de regularizar y agrandar un paseo que una comuna se propone establecer á lo largo de un río. Esto no es, dice el consejo, asegurar el derramamiento libre del agua con un fin de policía y de utilidad general (1) En el caso de que se trataba, había oposición por parte de un ribereño que pretendía tener derecho al uso y á la propiedad de dichas aguas. En efecto, según el art. 644, todos los ribereños tienen derecho al uso de las aguas corrientes.

Hay aguas que son propiedad privada, y éstas son los canales artificiales que sirven para el movimiento de las fábricas. Se pregunta si la administración puede reglamentarlos con un fin de utilidad general, por ejemplo, para prevenir las inundaciones. La afirmativa está consagrada por la jurisprudencia del consejo de Estado (2). Hay un motivo para dudar. ¿La autoridad administrativa tiene el derecho de mezclarse en el ejercicio del derecho de propiedad? Ciertamente que nó; por esto es que se ha admitido aun en Francia, que la administración no tiene el derecho de reglamentar los manantiales (núm. 179). Ciertamente es que la ley de 1790 dice que *todas* las aguas deben dirigirse hacia el fin de utilidad general, pero esta disposición supone aguas públicas, aguas corrientes, como lo expresa el art. 644 del código civil; lo que prueba que no se puede hacer extensiva á las aguas privadas, es que no se aplica á los manantiales. En el caso juzgado por el consejo de Estado, se trataba del canal de un molino. Esto cambia la cuestión: si se admite con la doctrina y la jurisprudencia que la administración tiene la policía de las fábricas, debe también reconocerles el derecho de regla-

1 Decreto de 18 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 3, 19).

2 Decreto de 24 de Enero de 1856 (Daloz, 1857, 3, 19).

mentar el agua que las hace mover, porque precisamente con motivo del agua se le permite que intervenga. Nuestra conclusión es, pues, que la autoridad administrativa no tiene el derecho de reglamentar las corrientes de agua privadas, á menos que sirvan para impulsar una fábrica.

326. ¿El poder reglamentario está ligado y limitado en su ejercicio por las posesiones y las convenciones de los ribereños ó por los fallos que han arreglado sus derechos? La negativa está universalmente admitida por los autores y por la jurisprudencia. A primera vista, esta doctrina sorprende y casi choca con nuestras ideas sobre la propiedad. En nuestra opinión, los ribereños son propietarios de las corrientes de agua no navegables; por lo menos, según la opinión general, tienen en ellas un derecho de uso que está en su dominio, supuesto que se les permite que dispongan de él. ¿Se concibe que la autoridad administrativa reglamente derechos privados, sin tener en cuenta ni las convenciones de las partes interesadas, ni la prescripción, ni los fallos? De antemano hemos contestado á la objeción. Aun suponiendo que los ribereños tengan la propiedad de las aguas corrientes, esta propiedad está subordinada al interés general, no es la propiedad absoluta del art. 544. Ahora bien, le sería imposible á la administración comparar el interés público si debiera respetar las posesiones, las convenciones y los fallos que las reglamentan; porque precisamente el estado de cosas que resulta de estos hechos en lo que ella quiere modificar, y lo que tiene misión y poder para modificar. Hé aquí por qué, cuando ella ha dado un reglamento, los tribunales están obligados á observarlo y á aplicarlo. En razón de que el uso del agua se relaciona con la utilidad general, es por lo que la ley ha encargado á la administración que lo reglamente. Aquí puede decirse que el derecho de la sociedad domina sobre los derechos de los individuos, porque

los derechos de éstos son concernientes á cosas que por su naturaleza quedan sometidas á la acción de la autoridad pública (1). En este sentido es como se ha fallado por la corte de casación que “los reglamentos á contar desde su publicación, vienen á ser la ley de los ribereños y que sus prescripciones se sustituyen de pleno derecho, á todas las maneras de goce de las aguas que hasta entonces habían pertenecido á los ribereños, sea en virtud de títulos, sea de cualquiera otra manera;” que todos los derechos anteriores “se borran con las decisiones prefectorales que deben solas y exclusivamente servir de norma á los ribereños” (2). La jurisprudencia del consejo de Estado es idéntica (3). Esto supone, como lo hemos dicho, que el objeto del reglamento es modificar el estado de las posesiones, que resulta de los títulos, de la prescripción ó de los fallos. Puede suceder que el nuevo reglamento mantenga los antiguos títulos, en el sentido de que estas disposiciones se concilien con los títulos particulares. Claro es que un reglamento podría reservar expresamente los derechos fundados en títulos, y aun puede ser implícita tal reserva, porque la administración no debe poner la mano en los derechos de los individuos sino cuando hay necesidad pública: así lo ha fallado la corte de Rouen (4).

327. ¿Si un ribereño se pretende lesionado por un reglamento, puede pedir daños y perjuicios? La cuestión se presenta bajo diversas faces. Se puede, en primer lugar, preguntar si un ribereño tiene derecho á una indemnización contra el Estado, cuando un reglamento lo despoja de un

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4.º, núms. 1521-1525. Demolombe, t. 11, p. 240, núm. 199.

2 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Agosto de 1863 (Daloz, 1864, 1, 43).

3 Ordenanzas de 17 de Enero de 1831, de 20 de Octubre de 1830, de 13 de Noviembre de 1835 y de 13 de Febrero de 1849 (Daloz, en la palabra *aguas*, núms. 467; 465, 1.º; 470, 2.º; 500, 1.º; 406, 2.º).

4 Rouen; 13 de Diciembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 333).

goce que ha tenido durante un tiempo más ó menos largo. Ya hemos contestado la pregunta, núm. 322: el Estado no puede estar obligado á pagar una indemnización cuando cumple un deber y cuando no vulnera ningún derecho, porque los ribereños no tienen derecho absoluto que puedan oponer al Estado. Distinta es la cuestión de saber si uno de los ribereños puede promover contra un co-ribereno. Aquí hay que distinguir un primer punto si es cierto: si se han celebrado algunos convenios entre ribereños, y si de ellos resulta una acción de garantía, de restitución de precio ó de daños y perjuicios, déjase entender, que el reglamento no quita á las partes interesadas el derecho de proceder judicialmente (1). La verdadera dificultad es esta. El reglamento priva á un ribereño de una parte del agua de que disfrutaba y la atribuye á otro ribereño; ¿puedé el primero promover daños y perjuicios contra el segundo?

Se ha fallado que el uso del agua da lugar, entre ribereños, á derechos que resultan de títulos ó de la prescripción; que esos derechos cejan en verdad ante los actos de la autoridad administrativa, porque ésta procede por interés general; pero que la parte lesionada no por eso deja de tener fundamento para reclamar una indemnización del co-ribereno que se enriquece á sus expensas (2).

Esto nos parece dudoso. Cuando uno de los ribereños gana, mientras que el otro pierde, ¿puede decirse que el uno se enriquece á expensas del otro? Si la modificación en el régimen de las aguas resultase de hechos de uno de los ribereños, podría invocarse la máxima que prohíbe enriquecerse á expensas de otro ribereño. Pero en el caso actual, el reglamento se ha expedido por un inte-

1 Prudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1525.

2 Agen, 24 y 26 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 189 y 190). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. 3º, p. 60 y nota 64.

rés público, y no por interés del ribereño que lo aprovecha. Si un acto de la autoridad procura una ventaja á una persona y perjudica á otra, ¿tendrá ésta una acción de daños y perjuicios contra la primera? Ciertamente que nó. El recurso por causa de lesión ante los tribunales no puede resultar de un simple perjuicio, cuando el demandado no es el autor del hecho dañoso, por más que lo aproveche. En este caso, no puede haber acción, sino cuando se funda en la lesión de un derecho, lo que nos hace volver á la primera hipótesis.

Hemos estado suponiendo un simple reglamento de agua provechoso para uno de los ribereños, y desventajoso para el otro. El caso sería totalmente diferente si la administración autorizara á un ribereño á que hiciese ciertos trabajos, y si la ejecución de éstos causare algún perjuicio á otro ribereño. Hay en este caso un hecho perjudicial, y si no hubiese autorización administrativa, la parte lesionada tendría sin duda alguna una acción de daños y perjuicios. Luego se trata de saber si la autorización de la administración tiene el efecto de que uno de los ribereños pueda dañar impunemente á su co-ribereno. Ciertamente que nó. Ordinariamente, la administración agrega la cláusula de que el concesionario será responsable del daño que puedan ocasionar los trabajos. Aun cuando tal reserva no se halle en la concesión, está sub-entendida en ella, porque la administración no puede dar á un individuo el derecho de causar un perjuicio á otro (1).

328. ¿El ribereño que pretende que un reglamento lastima sus derechos puede pedir su nulidad? Nuestra ley provincial da al rey el derecho de anular los ac-

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Mayo de 1831. (Daloz, en la palabra *manufacturas*, núm. 170, 4º), y de 2 de Enero de 1832 (Daloz, en la palabra *aguas*, núm. 572, 6º).

tos de los consejos provinciales que se salen de sus atribuciones; y tiene el mismo derecho para los actos de las diputaciones permanentes (arts. 89 y 116); los actos que no han sido anulados por el rey pueden serlo, además, por el poder legislativo. Así, pues, el ribereño que pretende que la autoridad provincial se ha extralimitado en sus atribuciones determinando acerca de derechos privados, podía, pues, dirigir su reclamación sea al rey, sea á las cámaras legisladoras. ¿Podrá también pedir á los tribunales la anulación de un reglamento administrativo? La negativa es evidente; los tribunales jamás pueden anular los actos emanados del poder ejecutivo; pero sí tienen el derecho y el deber de examinar la legalidad de dichos actos y de no aplicarlos si son ilegales. En este sentido la parte lesionada puede llevar su reclamación ante los tribunales (1). (Constitución belga, art. 107).

Se pregunta si el ribereño lesionado puede intentar la acción posesoria á efecto de ser mantenido en posesión contra un acto de la administración provincial. La corte de casación de Bélgica, ha fallado, y con razón, que el uso del agua corriente estando siempre subordinado al interés general al que deben ceder los intereses particulares, resulta que los ribereños no tienen un derecho de posesión que pueda fundar una acción judicial. Hay una mezcla de propiedad y de precario en el goce de aquéllos; son copropietarios respecto á sus co-ribereños; entre sí hay, pues, lugar á acciones fundadas en la posesión. Pero respecto á la autoridad administrativa, ellos no tienen más que una posesión precaria, que puede ser modificada de un día á otro, síguese de aquí que ellos no pueden quejarse de un trastorno; lo único que pueden hacer, es dirigirse á la ad-

1 En Francia no se admite que la demanda de nulidad dé un acuerdo prefectoral por la vía contenciosa. Véase la jurisprudencia del consejo de Estado, en Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 439.

ministración, la cual puede á toda hora modificar sus decisiones (1).

329. Cuando la autoridad provincial ha dado un reglamento, éste tiene fuerza de ley. Esto es incontestable en lo concerniente á los intereses generales que constituyen el objeto de dichos reglamentos. ¿Sucede lo mismo respecto á los intereses privados de los ribereños? Ellos pueden arreglarlos entre sí como se les ocurra; y si los convenios son válidos, ¿no hay lugar por vía de consecuencia, á la prescripción? Hay alguna duda, el motivo para dudar proviene de la mezcla de intereses diversos que juegan en causa en materia de corrientes de agua. En nuestra opinión, respecto á la propiedad de las aguas, podría decirse que siendo los ribereños propietarios de los ríos no navegables, deben tener el derecho de arreglar entre sí sus relaciones, con tal que no lesionen el interés general que es el objeto del reglamento. Dentro de estos límites, creemos nosotros que los convenios de los ribereños son válidos, y que por consiguiente, puede haber prescripción (2). Pero las más de las veces los intereses individuales son inseparables del interés general, en el sentido de que, determinando el reglamento bajo el punto de vista de la utilidad pública, el uso que los ribereños pueden hacer del agua; ellos no pueden celebrar convenios acerca de este uso sin derogar el reglamento. Y no es permitida esta derogación, porque los particulares no pueden derogar leyes de interés público (3). Así, pues, las convenciones contrarias á un reglamento de aguas, son nulas. Y si son nulas, tampoco puede establecerse derecho contrario á un reglamen-

1 Sentencias de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 108), de 6 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 1, 262), y de 9 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 390).

2 Compárese, Grenoble, 17 de Agosto de 1842 (Dalloz, 1845, 2, 161); Daviel "De las corrientes de agua," t. 3º, p. 76.

3 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 47 y siguientes.