

si los otros ribereños pueden quejarse del perjuicio que él les causa, él por su parte puede exigir reparaciones del perjuicio que los co-ribereños le originan. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo acerca de todos estos puntos (1).

IV. Poder reglamentario de los tribunales.

a). Objeto de estos reglamentos.

335. Ya hemos transcrito el art. 645, por cuyos términos los tribunales llamados á resolver las contiendas entre los ribereños "deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto á la propiedad." Lo que implica que en materia de corrientes de agua, disfrutan de un poder moderador, que por regla general no tienen. En este sentido, el art. 645 consagra una regla especial. Esta especie de excepción se comprende. Los derechos de los ribereños no son una propiedad absoluta, si se tratara de una propiedad verdadera, tal como la define el art. 544, nada habría que conciliar, el juez debería mantener á cada cual en su derecho. No sucede lo mismo con una propiedad común, de la que tienen derecho á usar un buen número de personas y con título igual; el derecho del uno modifica necesariamente el derecho del otro. ¿Pero en qué medida? Aquí hay materia para conciliación; la agricultura, la industria, la propiedad se disputan el uso del agua; estos son intereses en apariencia opuestos, hostiles; en realidad, todos los intereses concuerdan y deben armonizarse. La misión de los tribunales es establecer esa armonía entre los ribereños. Bajo este espíritu es como deben ellos ejercer el poder reglamentario que la ley les concede.

1 Caen, 28 de Septiembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 255, 1º). Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, nota 57, y las autoridades que citan.

336. El art. 645 no habla de reglamentos que los tribunales tendrían el derecho de expedir. Pero cuando los tribunales usan del poder moderador que la ley les concede, no pueden ejercerlo sino por vía reglamentaria. Si el código no pronuncia la palabra reglamento, es para no ponerse en oposición con el art. 5, según el cual se prohíbe á los jueces que pronuncien por vía de disposición reglamentaria acerca de las causas que se les someten. Así, pues, el poder reglamentario de los tribunales difiere en mucho del poder que pertenece á la administración. Esta expide reglamentos que tienen fuerza de ley general ó local, según que emanen del rey, de las provincias ó de las comunas. La administración tiene, pues, dentro de los límites de sus atribuciones, un poder legislativo, en el sentido de que procede como este poder. Ella interviene cuando lo juzga necesario ó útil, bajo el punto de vista de los intereses generales cuya dirección tiene; ella tiene la iniciativa, tanto como el poder legislativo y por la misma razón. Procediendo por interés público, sus actos tienen, por lo mismo, un efecto general; obligan á todos aquellos á quienes se extiende el poder de la autoridad que expide el reglamento, á todos los habitantes de un reino, de una provincia ó de una comuna.

Bajo todos estos conceptos la acción de los tribunales difiere de la administración. Ellos no pronuncian sobre intereses generales, sino que deciden las diferencias que se suscitan entre particulares, es decir, sobre derechos individuales. Así, pues, sus decisiones deben ser individuales, lo que implica que las partes deben hacerles conocer de su demanda; en tanto que no se lleva una acción ante ellos, no hay contienda, y por lo mismo, nada hay que decidir. El art. 645 no deroga estos principios, que son de la esencia misma del poder judicial, ni siquiera contiene la palabra reglamento; si la doctrina y la jurisprudencia les

reconocen el derecho de reglamentar el uso del agua, déjase entender que tales decisiones son judiciales, y que, por consiguiente, tienen todos los caracteres de un juicio. Tal es el principio; vamos á deducir sus consecuencias.

337. Los tribunales no pueden formar reglamento sobre el uso de aguas sino cuando conocen de la causa. ¿Quiere decir esto que las partes interesadas deban pedir un reglamento de aguas al juez? En varias ocasiones la corte de casación ha resuelto que esto no es necesario. En efecto, el art. 645 dice simplemente que si surge alguna diferencia entre los ribereños, los tribunales conciliarán los intereses opuestos. Así, pues, éste es un derecho que la ley les confiere, ó por mejor decir, una misión que les encarga. Ellos no la deben á los litigantes, sino á la ley. Bajo este punto de vista hay alguna analogía entre el poder reglamentario del juez y el de la administración. Pero la diferencia radical subsiste; el tribunal debe conocer de una *contienda*, porque sin esto no hay partes en causa, y sin partes no hay juicio posible ni por razón de reglamento. Del principio que no se necesita demanda de reglamento, se sigue que las partes pueden también pedir uno en apelación, y que aun sin demanda el juez de apelación puede reglamentar el uso del agua. No puede decirse que ésta sea una nueva demanda que deba pasar por los dos grados de jurisdicción, puesto que no se necesita demanda (1).

338. Se necesita una *contienda*. ¿Qué *contien-*das pueden y deben llevarse ante los tribunales? La administración tiene una acción en las aguas, sea por vía de reglamento general, sea por vía de concesión particular; ella afecta, pues, á intereses individuales. ¿Cuándo serán competentes los tribunales? ¿cuándo lo será la administración?

1 Sentencias de denegada apelación, de 19 de Julio y 18 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 40 y 255).

Acerca de este punto delicadísimo encontramos desarrollos preciosos en un fallo del tribunal de Castres que la corte de Tolosa confirmó adoptando los motivos, y que ha recibido una nueva confirmación por una sentencia de denegada apelación. Puede decirse en términos generales que la autoridad administrativa administra, y que los tribunales juzgan, es decir, resuelven las contiendas que se suscitan entre los ribereños sobre sus *derechos* respectivos. En la legislación belga este carácter es decisivo, porque según los términos de nuestra Constitución, los tribunales son exclusivamente competentes para decidir las contiendas que tienen por objeto *derechos civiles*; ya no tenemos jurisdicción administrativa en materia de derechos civiles. Y hasta es difícil precisar el sentido de esta expresión. En Francia, la dificultad es mucho mayor, puesto que existen tribunales administrativos que juzgan igualmente procesos acerca de derechos civiles. Existen, dice la sentencia que estamos analizando, dos órdenes de intereses en los debates que dividen á los ribereños de las corrientes de agua no navegables. En primer lugar, los "intereses generales" que se refieren á la policía y al régimen de aguas; antes hemos dicho cuáles son estos intereses; la administración es la única competente para reglamentar lo concerniente al interés público. Vienen en seguida los "intereses privados;" nosotros preferiríamos la expresión "derechos individuales," porque la administración estatuye también sobre intereses privados, cuando da concesiones, pero no estatuye sobre las diferencias que surgen entre los ribereños acerca de sus derechos respectivos. Uno de los ribereños pretende que el otro abusa del dominio común que pertenece á todos, en virtud del art. 644; pide que el tribunal reprima ese abuso de goce, y que reglamente los derechos de las partes interesadas. Este es un debate que, en Francia como en Bélgica, debe llevarse an-

te los tribunales. "A los tribunales corresponde, dice la corte de casación, estatuir sobre las contiendas que surjan entre particulares y por un interés privado, con motivo del modo de goce de las corrientes de agua y de las empresas que en ellas pueden hacerse" (1).

Los ribereños pueden modificar por convenciones particulares los derechos que la ley les concede. Si surjen contiendas entre ellos sobre la ejecución de estas convenciones, los tribunales son los únicos competentes para decidir las. En principio, los derechos convencionales son derechos privados ó *civiles*, como dice nuestra Constitución. En el caso de que se trata, podría objetarse que los derechos privados conciernen á intereses generales, que no corresponde á los tribunales arreglar. Hay, es verdad, en los debates concernientes á las aguas, una mezcla de intereses particulares y de intereses generales, fuente inagotable de dificultades. Pero los derechos que son objeto de la contienda entre ribereños, no son concernientes al interés general; las convenciones de los particulares ni siquiera pueden estribar en intereses generales; y por más que los toquen, en razón del vínculo que liga los intereses individuales y el interés público, esas convenciones no comprometen ese interés, puesto que la administración queda en libertad para reglamentar el uso del agua como le ocurra, sin que esté ligada ni por las convenciones de los ribereños, ni por los fallos que recaigan sobre dichas convenciones. Dos ribereños se dividen las aguas; las disputas que origina esta convención son de la competencia exclusiva de los tribunales (2). La jurisprudencia del consejo de Estado y la de la corte de casación así lo resuelven cuando se trata de la altura de las aguas de un moli-

1 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 359).

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra *aguas*, num. 563, 9°).

no, cuando la cuestión tiene que decidirse por convenios celebrados entre las partes interesadas (1).

Lo que decimos de los derechos convencionales se aplica también á los derechos adquiridos por prescripción, y la razón es idéntica. La única dificultad consiste en saber si los ribereños pueden prescribir contra la administración ó contra un acuerdo que ésta ha tomado. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núms. 326 y 329) sobre esta cuestión.

339. La aplicación del principio no carece de dificultades cuando se trata de la altura á la que el agua puede ser retenida por los establecimientos ribereños. Nosotros hemos dicho que á la autoridad administrativa corresponde fijar la altura á la cual deban estar las aguas de las fábricas, núms. 320, 321. Se supone que un acuerdo fija la retención, y que el ribereño no lo observa; de aquí un daño para otro ribereño. La parte lesionada pide daños y perjuicios. Opónesele que el tribunal no es competente. La corte de Tolosa se pronunció por la competencia de la autoridad judicial (2). ¿Para qué dirigirse á la administración? ¿Para fijar la altura del agua? Ella ya lo había hecho; su acción estaba agotada. Ya no había que proveer á intereses generales, á los que había provisto el acuerdo; sólo quedaban por arreglar derechos particulares, manteniendo la ejecución del acuerdo, cosa que es de la incumbencia del juez.

En otro caso, era el propietario de una fábrica establecida con autorización el que pedía la supresión de las obras ejecutadas por un ribereño inferior para la irrigación de sus predios. El disfrutaba del agua hacía más de treinta años, cuando ciertos trabajos emprendidos río abajo estor-

1 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Mayo de 1813 (Daloz, *Aguas*, núm. 563, 7°). Sentencia de casación, de 19 frimario, año VIII (*ibid*, núm. 563, 1°).

2 Tolosa, 17 de Diciembre de 1832 (Daloz, *Aguas*, núm. 558, 9°).

barón la marcha de su fábrica. La corte resolvió que los tribunales eran competentes, y en el fondo juzgó que la larga posesión del ribereño superior no impedía que el ribereño inferior emplease el agua, que únicamente había lugar á un reglamento que conciliase los derechos de las partes en la causa. Recurso de casación. El dueño de la fábrica sostuvo que la decisión de la corte modificaba el acuerdo que fijaba la altura de la retención de su molino, y atentaba, en consecuencia, á un acto administrativo. Esta pretensión fué desechada, pero en el fondo la corte hizo ganar el pleito al dueño de la fábrica (1). Nosotros creemos también que los tribunales eran competentes en el caso al debate; no se trataba de intereses generales, sino que la cuestión era saber si el ribereño inferior había podido perturbar en su goce al ribereño superior, y si entre ellos se necesitaba un reglamento de aguas. En el fondo, la corte de Besançon había fallado bien, á nuestro juicio. ¿Acaso un goce, por prolongado que sea, del ribereño superior, impide que el inferior se sirva del agua? ¿No todos los ribereños tienen un derecho igual, á menos que esté modificado por convenios ó por la prescripción? En vano la corte de casación dijo que el ribereño inferior atentaba á derechos adquiridos por un goce prolongado; en el caso de que se trata no había prescripción, luego tampoco derecho adquirido; no había más que un reglamento de aguas por hacer, salvo conceder daños y perjuicios al dueño de la fábrica, si el propietario inferior se hubiese salido del límite de su derecho.

Un ribereño pide la destrucción de un dique hecho sin autorización. El demandado opone que el juicio debe entablarse ante la administración, porque ésta sólo tiene el derecho de fijar la elevación del agua. Sí, si se tratara de

1 Besançon, 16 de Febrero de 1859, y sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 347).

regir intereses generales, sea por un reglamento, sea por una concesión. Pero, en el caso actual, el tribunal no tenía que decidir si el ribereño había tenido el derecho de perjudicar á su co-ribereño por la construcción de un dique. Cualquiera que fuese su decisión, la administración estaba en libertad para tomar la medida que juzgase conveniente por el interés público. La doctrina se halla en este sentido, así como la jurisprudencia (1).

En otro caso, en que sólo estaban interesados dueños de fábricas, la corte de Caen se declaró competente respecto á aquéllos que invocaban títulos ó convenciones particulares, y remitió á los otros á la administración, á fin de que ésta fijase la altura de las aguas por el interés general. A recurso de casación, recalló denegación (2). En nuestra opinión los tribunales eran competentes; las partes interesadas no les pedían que fijaran la altura para retener el agua de cada fábrica bajo el punto de vista del interés público, sino que únicamente pedían al juez que conciliara el derecho de uno de los ribereños con el derecho igual de sus co-ribereños; y esto es precisamente lo que el art. 645 permite que los tribunales hagan en ausencia de un reglamento. Y la resolución general no habría impedido á la autoridad administrativa reglamentar el agua, bajo el punto de vista de los intereses generales.

Cuando hay intereses generales implicados en un debate, el tribunal debe declararse incompetente. Se pedía al tribunal que prescribiera las medidas de conservación que necesitaban las asolaciones causadas por el agua de un torrente. El demandante no invocaba ni convención, ni po-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 56, nota 46. Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1838 (Daloz, *Aguas*, núm. 365, 10º). Sentencia de denegada apelación, de 26 de Julio de 1854 (Daloz, 1855, 1, 338).

2 Caen, 29 de Agosto de 1832, y sentencia de denegada apelación, de 4 de Julio de 1834 (Daloz, *Aguas*, núm. 444, 3º).

sesión, ni un hecho dañoso que pudiera imputarse al demandado. La corte de Aix se declaró incompetente, y á recurso de casación, su decisión fué mantenida por una sentencia de denegada apelación (1).

b). *¿Respecto á quiénes ejercen los tribunales su poder reglamentario?*

340. El art. 645 contesta á la pregunta: "entre los propietarios á quienes pueden ser útiles las aguas corrientes." Lo que quiere decir que únicamente los ribereños pueden pedir un reglamento, porque ellos solos tienen derecho al agua (núm. 271); no puede surgir disputa alguna acerca del uso del agua sino entre los que tienen derecho á usarla. Luego si un propietario está separado del río por una heredad intermedia, aunque sea un camino público, no podrá pedir un reglamento de aguas (2). En cuanto á los ribereños, todos pueden pedirlo, porque el art. 644 da á todos el derecho de servirse del agua. No hay lugar á distinguir entre los ribereños cuya heredad está ceñida por un río y aquellos cuya heredad está atravesada por ese río; sea cual fuere la divergencia de opiniones acerca de sus derechos, de todos modos los tienen, y precisamente porque difieren los pareceres es por lo que los ribereños disputan entre sí ya que no el uso, sí al menos el volumen de agua de que pueden disponer, y en consecuencia, hay lugar al ejercicio de un poder reglamentario. Entiéndase que la corriente de agua debe ser un río público, porque si se trata de una corriente de agua artificial, los tribunales carecen de poder. A la administración se le reconoce cierta acción sobre las aguas, en tanto

1 Sentencia de denegada apelación, de de 2 Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 4, 180).

2 Tolosa, 26 de Noviembre de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, número 201, 1°).

que lo exija el interés público, pero los tribunales no pueden arreglar más que derechos; ahora bien, el propietario es el único que en él tenga derecho; no teniendo los demás ribereños el derecho de usarlo, nada se tiene que conciliar, porque no hay conflicto posible. La jurisprudencia es de este sentir, y en verdad que es tan sencilla la cuestión, que apenas se comprende que se haya llevado ante los tribunales, y hasta á la corte de casación (1).

341. La aplicación del principio da lugar á alguna duda, cuando un propietario que es ribereño de una corriente de agua no lo es de los arroyos que la alimentan; ¿puede él pedir un reglamento contra los ribereños de esos afluentes? A la corte de Agen le pareció que dicho propietario, al no estar en contacto directo con las aguas cuya reglamentación pedía, estaba por esto mismo desprovisto de derecho, supuesto que no era ribereño. La corte de casación rechazó semejante interpretación, por ser tan contraria al texto como al espíritu de la ley. El art. 645 está concebido en los términos los más generales; no dice que los ribereños de un arroyo ó de un río son los únicos que pueden pedir un reglamento de aguas, sino que dice que si surge una disputa entre los propietarios "á quienes el agua corriente puede ser útil," los tribunales deberán conciliar el interés de la agricultura con el respeto que se debe á la propiedad. ¿Y acaso las aguas del arroyo que alimentan un río no son útiles á los propietarios cuyas heredades están á la orilla de dicho río? Si ha de decirse la verdad, los pequeños arroyos son los que constituyen el río, porque éste no existiría sin los afluentes. ¿De qué serviría el río á los ribereños si los ribereños de los arroyos absorbiesen ó desviasen su corriente? Hay, pues,

1 Bruselas, 8 de Abril de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 317, 1°). Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 255). Limoges, 25 de Julio de 1860 (Daloz, 1861, 2, 99).