

transporte por agua por interés público, lo que es suficiente para atribuir el dominio del río al Estado. ¿Sucede lo mismo cuando la flotación se hace por leños aislados, es decir, cuando los ríos sustentan leña, tronco por tronco? Si nos ciéramos al texto del código, habría que contestar afirmativamente; en efecto, el art. 538 no distingue dos especies de flotación; ahora bien, desde el momento en que un río hace flotar madera, es flotable. La administración ha sostenido esta opinión en Francia, pero sus pretensiones han sido rechazadas por el consejo de Estado, y la jurisprudencia de los tribunales tanto como la doctrina se han pronunciado en el mismo sentido (1).

La opinión general se funda en la tradición. Jamás se han considerado como flotables los ríos en donde la flotación se hace por leños aislados. Nosotros no vemos más razón de esta diferencia que el respeto á los derechos que pertenecen á los ribereños en las corrientes de agua no navegables. El legislador ha querido conciliar los derechos de los ribereños con el interés de la flotación. Los derechos de aquellos pueden ejercitarse sin comprometer la flotación, y por lo mismo, no era necesario atribuir al Estado los ríos que hacen flotar la madera en leños aislados; ahora bien, sin necesidad no hay dominio público. Pero si tal es la mente del legislador, habría debido arreglar con qué condiciones la flotación por leños aislados puede hacerse en los ríos que no pertenecen al dominio. No lo ha hecho. De aquí surgen grandes dificultades cuyo examen corresponde á las obras que tratan del régimen de las aguas.

VI. De los ríos canalizados y de los canales.

13. Las ordenanzas de 1669 sobre aguas y bosques

1 Dalloz, *Aguas*, núm. 61; *Pesca fluvial*, núm. 15. Aubry y Rau, tomo 2º, p. 39, nota 5; Proudhon, *Del dominio público*, t. 3º, números 858-860.

(tit. XXVII, art. 41) dicen: «La propiedad de todos los ríos de grande ó pequeño caudal que sustentan bajeles «sin artificios y obras de manos,» en nuestros reinos y territorios que le están sometidos, forman parte del dominio de la corona.» Esta condición, de que el río sea navegable por naturaleza, no ha sido reproducida por el código civil: sí-guese de aquí que todo río navegable pertenece al dominio público, importando muy poco que lo sea naturalmente ó por la industria del hombre (1). Bajo el punto de vista de la propiedad no había razón para establecer una diferencia. Desde el momento en que un río es navegable, sirve de vía de comunicación y, con tal título, debe estar en poder del Estado. Hay, no obstante, una diferencia para la formación de la vía: la naturaleza forma navegable al río y lo coloca en el dominio público, mientras que el trabajo del arte es lo que canaliza los ríos. Así, pues, cuando un río es navegable por naturaleza, pertenece al Estado, sin que se pueda iniciar una indemnización para los ribereños; mientras que la cuestión de indemnización surge para los ríos que el trabajo del hombre vuelve navegables. Más adelante discutiremos esta cuestión. Aun en lo que concierne á la propiedad, los ríos canalizados pueden dar lugar á un debate. Si la canalización se ha hecho por vía de concesión, ¿quién es propietario, el concesionario ó el Estado? Más adelante trataremos la cuestión.

14. Los canales están regidos por los mismos principios que los ríos canalizados. Precisamente se construyen para que sirvan de vía de comunicación; su destino es esencialmente público, lo que debe atribuir su dominio al Estado. Cuando el Estado es el que construye el canal, no hay duda alguna; en efecto, la expropiación lo hace propietario del

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Julio de 1828 (Dalloz, *Aguas*, núm. 46). Tribunal de conflicto, 5 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1850, 3, 6).

alveo y de todas las dependencias; esta propiedad no es la propiedad ordinaria que nosotros hemos llamado el dominio privado del Estado; es una propiedad destinada al uso de todos; luego, según los términos del 538, los canales son una dependencia del dominio público. Si el canal se construye por vía de concesión, hay que distinguir. Los canales que se construyen ejecutando la ley de 1832, están regidos por los principios generales sobre las concesiones; más adelante expondremos dichos principios. Bajo el antiguo régimen se hicieron concesiones á título de propiedad. De ello hay un notable ejemplo en Francia. El canal del Sur, construido por el celebre Riquet, se erigió en feudo, con derecho de portazgo, y transmitirlos al concesionario, á sus herederos y sucesores en ese derecho, á título de propiedad incommutable y «sin que se pudiera respetar como dominial.» Una larga serie de actos auténticos celebrados posteriormente al contrato, hasta la revolución de 1879, confirmaron la propiedad de los herederos y sucesores de Riquet.

La administración pretendió que el canal formaba un dominio empeñado, y que ella tenía el derecho de pedir su redención en virtud de la ley del 14 ventoso, año VII; la corte de casación rechazó semejante pretensión. Claramente resulta de todos los actos que acabamos de recordar que el canal del Sur jamás formó parte del dominio de la corona, que siempre fué propiedad privada; luego para atribuir su dominio al Estado se habría necesitado una expropiación (1). Se preguntará cómo un canal, que es esencialmente una vía de comunicación, puede estar en el dominio de un particular. Es cierto que tal propiedad no es el derecho absoluto, que el art. 544 la define; es una propiedad gra-

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Julio de 1843 (Dalloz, en la expresión *vias por agua*, núm. 153).

vada con una carga; como lo dice el acta de concesión, Riquet fué declarado concesionario con la condición de aplicar perpetuamente los peages á la conservación del canal. De este modo se concilian los intereses de la sociedad y los derechos de los concesionarios.

En las antiguas provincias belgas, la atribución de la propiedad á los concesionarios del canal era la regla. Es probable que lo mismo haya sido en Francia, y que por tal razón las ordenanzas de marina de 1681 no coloquen en el dominio del Estado sino los ríos navegables, excluyendo los que llegan á serlo por artificio. En los Países Bajos, el concesionario era de derecho propietario, por más que el acta no le reservase la propiedad; se necesitaba, al contrario, una cláusula expresa para reservar el dominio al Estado. Aun hoy existen canales que pertenecen á los concesionarios (1).

Los canales que forman una propiedad privada «están gravados con la servidumbre perpetua de permanecer en ese estado y de dejar paso á todos los que lo reclamen, conforme á los reglamentos y tarifas.» En tales términos formuló la corte de casación el principio (2). La palabra *servidumbre* no es exacta; es una carga impuesta á la propiedad por el interés público. De esto resulta una propiedad de un género particular, limitada á cierto uso, y cuyo destino no puede cambiar el propietario. Este destino público produce una consecuencia muy notable. ¿Los canales concedidos á título de propiedad están en el comercio? Es verdad que el concesionario puede ceder su concesión; luego tiene el derecho de enagenar, pero sólo puede hacerlo con los derechos que posee; así es que no se le permite que disponga de una

1 Gante, 27 de Julio de 1865 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 364).

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Marzo de 1829 (Dalloz, *Aguas*, número 164, 1°).

parte del canal, con este efecto que la parte enagenada no estaría sometida á la carga de la concesión; es decir, que él puede enagenar, no el canal ni sus dependencias, sino la concesión. Síguese de aquí que el canal y todos los terrenos que de él dependen, como accesorios son imprescriptibles; están fuera del comercio, supuesto que se destinan al uso público (1). Este destino público no impide que los concesionarios hagan de su propiedad todos los usos que son compatibles con el servicio de la navegación. Se ha fallado que la compañía concesionaria podía autorizar al ribeño del canal para que estableciese bóveda sobre la parte del canal que atraviesa su propiedad, y sobre esta bóveda construcciones, suponiendo que tales trabajos sean compatibles con las necesidades públicas (2).

V. De los ríos no navegables ni flotables.

15. ¿A quién pertenecen las corrientes de agua que no son navegables ni flotables? Acerca de este punto hay un verdadero caos de opiniones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Unos consideran estos ríos como una propiedad de los ribereños, los otros los colocan en el dominio del Estado; hay quien los atribuya al dominio público de las comunas; por último, la jurisprudencia y los autores los más recientes deciden que los ríos no navegables ni flotables son cosas comunes y que, en consecuencia, á nadie pertenecen (3). Esta gran contrariedad de pareceres prueba que es dudosa la cuestión. Creemos que lo sería menos si nos ciéramos al texto y al espíritu de la ley, en

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1837 (Dalloz, *Dominio público*, núm. 47, 4°).

2 Lyon, 4 de Julio de 1839 (Dalloz, *Aguas*, núm. 506, 1°).

3 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 2°, p. 36, nota 9. Demolombe, t. 10, p. 99, núms. 130 y siguientes; y Dalloz, *Aguas*, números 208-213.

lugar de dejarnos influenciar por el derecho antiguo, ó por consideraciones de teoría á las cuales el intérprete debe permanecer extraño. Un autor al que profesamos grande estimación, Championnière escribió un tratado especial sobre la propiedad de las aguas corrientes (1846), para probar, por la historia del derecho, que las aguas no navegables ni flotables pertenecen á los ribereños. Tal es también nuestra opinión; pero hacemos á un lado la tradición, porque el mismo derecho antiguo es objeto de una viva controversia. Cuando Championnière y Laferrière son de opinión contraria en un punto de historia, ¿para qué serviría la discusión histórica? Para complicar con una controversia una cuestión controvertida. Hagamos notar únicamente que la corte de casación ha fallado que, en el derecho antiguo, las corrientes de agua no navegables ni flotables se reputaban pertenecientes á los señores altas justicias, pero sólo en ausencia de títulos particulares, se consideraba dichas corrientes en aquella época como susceptibles de apropiación privada; de donde se sigue que los que han adquirido la propiedad de un río bajo el antiguo derecho, la conservan bajo el imperio del código, con todas sus consecuencias, notablemente el derecho á una indemnización por causa de expropiación (4).

16. El código Napoleón contiene un capítulo especial sobre «los bienes en sus relaciones con los que los poseen,» es decir, sobre la división de los bienes considerados en cuanto á la propiedad, porque tal capítulo es el tercero del título I, intitulado «De la distinción de los bienes.» Ahora bien, no hay más que una sola clasificación en el mencionado capítulo: allí se trata de bienes pertenecientes á particulares y bienes no pertenecientes á particulares (art. 537),

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 391).

La ley cuida de enumerar los bienes que no pertenecen á particulares, y son los del dominio público y los bienes comunales. Así, pues, todos los demás bienes son propiedad privada. En otros términos, el dominio privado es, respecto al dominio del Estado y de las comunas, lo que la regla es respecto á la excepción.

Ciertamente que el dominio privado es la regla; ya hemos dicho que el legislador por necesidad quita una cierta parte del suelo á la explotación de los ciudadanos, siempre más activa y más provechosa que la del Estado. Desde el momento en que no se trata de necesidad pública, los bienes deben quedarse en el dominio de los particulares. Creemos que éste principio es suficiente para decidir esta cuestión. El art. 538 pone en el dominio público del Estado los ríos navegables y flotables. Esto implica desde luego que las corrientes de agua no navegables ni flotables no son una dependencia del dominio público, si no las palabras «navegables ó flotables» del art. 538 carecerían de sentido. El art. 644 está concebido de la misma manera: «Aquél cuya propiedad está al borde de una agua corriente, «que no sea la que se declara dependencia del dominio público por el art. 538, puede servirse de ella.» luego hay una distinción: las corrientes de agua navegables pertenecen al Estado: las que no son navegables no le pertenecen. ¿Y á quién pertenecen? No perteneciendo al Estado, deben pertenecer á los particulares, supuesto que todo bien que no es una dependencia del dominio público es por eso mismo propiedad privada. Esta interpretación del art. 538 no descansa, como se ha dicho, en un argumento *a contrario*, argumentación que, en el caso de que se trata, carecería de valor. El art. 538 es una consecuencia del art. 537. Este último distingue los bienes que pertenecen á los particulares de los que no les pertenecen; y el art. 538 divide las corrientes de agua en nave-

gables y no navegables; atribuyendo las unas al dominio público, deja á las otras en el dominio de los particulares, á los cuales pertenecen todas las cosas por regla general.

17. Aquí encontramos ya algunos contra lictores. Hay algunos que dicen que los ríos no navegables pertenecen al dominio público (1); unos los ponen en el dominio del Estado, otros en el dominio de las comunas. Cuando se lee el texto de los arts. 538 y 644, maravilla que semejante opinión haya podido formarse partidarios. Por esto Merlin escribe: «Que el alveo de un río no navegable no pertenece á las comunas, lo cual es *evidente*.» En seguida añade: «No pertenece al Estado, lo cual es una verdad reconocida por *todos los jurisconsultos* (2).» Demolombe cree que este sistema está ahora fuera de combate (3). No obstante, encontró favor en las cortes de Bélgica, cuyas decisiones son ordinariamente tan mesuradas y tan justas. Se invoca, cosa singular, el art. 538. Ciertamente es que empieza por excluir los ríos no navegables del dominio público, pero su redacción no es restrictiva, se dice, contiene, por el contrario, un principio general que debe aplicarse á las corrientes de agua no navegables: «Todas las perciones del territorio francés que no son susceptibles de una propiedad privada se consideran como dependencias del dominio público.» Ahora bien, dice la corte de Douai, el agua corriente está por naturaleza, fuera de toda apropiación privada; y lo mismo el alveo que la contiene y que es su accesorio necesario (4).

Nosotros oponemos á esta argumentación una doble excepción, el texto y los principios. Si los autores del código Napoleón hubiesen creído que los ríos no navegables no son

1 Véanse las autoridades en Demolombe, t. 10, p. 99, núm. 130.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Río*, pfo. 2^a, núm. 5.

3 Demolombe, t. 10, p. 101, núm. 130.

4 Douai, 18 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1845, 2, 26).

susceptibles de apropiación privada, ¿habría hecho, en los arts. 538 y 644, una distinción entre las corrientes de agua que son navegables y las que no lo son? Ellos habrían debido colocar todas las corrientes de agua en el dominio público; y como no lo han hecho, el principio que ellos establecen en el art. 538 no tiene el sentido que se le atribuye. No es exacto decir que las corrientes de agua no son susceptibles de una apropiación privada; acabamos de hacer constar que la corte de casación reconoce que los canales de navegación, que los ríos canalizados se hayan en el dominio de los particulares. Esto basta para que venga á tierra la argumentación de la corte de Douai, la cual confunde dos cosas esencialmente diferentes, el agua que corre y el río.

Las cortes de Gante y de Bruselas han buscado otro apoyo á la doctrina que ha consagrado el art. 563. Un río no navegable se forma un nuevo curso abandonando su antiguo lecho; los propietarios de los fundos nuevamente ocupados toman á título de indemnización, el antiguo lecho abandonado, cada uno en la proporción del terreno que se le ha quitado. Esto implica, se dice, que el lecho abandonado pertenece al dominio público. Este mismo artículo lo invocan los que sostienen que las corrientes de agua no navegables á nadie pertenecen, y que niegan que pertenezcan al dominio público. ¿No es esto una nueva prueba de que el art. 563 no tiene el alcance que se le atribuye? Es una disposición fundada en la equidad. Cuando el río es navegable, el lecho abandonado habría debido seguir siendo la propiedad del Estado, lo mismo que habría debido pertenecer á los ribereños cuando el río no es navegable. La ley deroga el rigor del derecho por consideraciones de equidad; ahora bien, no es ésta una disposición excepcional que pueda invocarse para inferir un principio. Lo que prueba que

el derecho de los ríos no navegables pertenece realmente á los ribereños, es que todos admiten que el cauce desecado debe atribuírseles (1), mientras que en la opinión que estamos combatiendo, habría que resolver que el lecho desecado pertenece al Estado, sea porque el río es del dominio público, sea porque el cauce desecado es un bien vacante y sin dueño (art. 539). Esto por lo menos es una inconsecuencia; en el fondo, es reconocer que los ríos no navegables están en el dominio de los ribereños, porque el cauce desecado no ha podido volverse súbitamente de su propiedad, porque el agua se retira ó se pierde; luego eran propietarios antes de la desecación, y si tenían la propiedad del alveo eran por lo mismo propietarios de la corriente de agua.

La corte de Gante invoca, además, la ley de 22 de Enero de 1808, que no otorga ninguna indemnización á los ribereños, ni por la corriente, ni por el cauce, cuando el gobierno declara navegable un río que no lo era. Más adelante volveremos á tratar de estas cuestiones de indemnización. Notemos, además, que una reciente sentencia de la corte de Bruselas se ha decidido en favor del dominio público, por otro principio que en realidad echa por tierra todo principio en materia de propiedad. Ninguna ley, dice la corte, atribuye á los particulares la propiedad de los ríos no navegables; luego deben considerarse como dependencias del dominio público, en atención á que son para el uso de todos, tanto como para las corrientes de agua navegable (2). Hay extrañas contradicciones en este pretendido principio. Si es cierto, como lo expresa la sentencia, que los ríos no navegables no son susceptibles de una propiedad

1 Demolombe, t. 10, p. 135, núm. 153.

2 Gante, 22 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 294); Bruselas, 21 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 186), y 6 de Mayo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 313).