

lación con los que lo poseén»; el legislador divide, bajo este aspecto, todos los bienes en dos clases, los pertenecientes á particulares y los que no les pertenecen. Entre estos últimos, hay algunos que no son susceptibles de apropiación, en razón de su destino público que los consagra al uso de todos; ¿qué es lo que el código hace con ellos? Los atribuye al dominio público (art. 538). El art. 714 no hace más que reproducir en substancia el 538; lo mismo que el artículo 712, por cuyos términos los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado, reproduce el art. 539 que dice que los bienes sin dueño pertenecen al dominio público. El objeto de tales disposiciones no es crear una nueva clase de bienes; si el legislador repite en los arts. 713 y 714 lo que ya dijo en los 538 y 539, es para marcar que hay cosas que no pueden volverse propiedad privada por la ocupación, de los cuales tratan los artículos que signen al 714 (715-717). Luego no hay una clase de cosas aparte que pudieran llamarse comunes, en el sentido de que á nadie pertenecen, por más que el uso sea común á todos: tales cosas forman parte del dominio público. Luego decir, como lo hace la jurisprudencia francesa, que los ríos no navegables no pertenecen á nadie en virtud del art. 714, es decir un contrasentido jurídico, porque los bienes que á nadie pertenecen, y cuyo uso es común á todos, forman parte del dominio público, según el título 538, con el cual no hace más que uno el 714: ó es crear una clase imaginaria de bienes, sin apoyo ninguno en nuestros textos, como lo hacen Aubry y Rau. Estos excelentes jurisconsultos se cuidan muy bien de citar el art. 714; los términos mismos de esta disposición se resisten á la aplicación que de ella quiere hacerse á las corrientes de agua no navegables. Allí se habla de cosas cuyo uso es común á todo ¿y acaso el uso de las aguas no navegables es común á todos? El artí.

culo 644 dice todo lo contrario, supuesto que atribuye el uso de dichas corrientes á los ribereños, y á éstos solos. Dicese, además, en el art. 714 que las leyes de policía arreglan el uso que pueda hacerse de las cosas comunes á todos: esto se comprende para las cosas realmente comunes, que el código coloca en el dominio público, tales como los ríos navegables para los cuales hay reglamento de policía: esto no se comprende para las aguas corrientes no navegables, para las cuales no hay leyes de policía, por la excelente razón de que el código civil reglamenta su uso en los arts. 644 y 645.

La jurisprudencia redarguye esos artículos contra la opinión que atribuye la propiedad de las corrientes de agua á los ribereños: dando el *uso* del agua corriente á los ribereños, se dice, la ley les niega el *derecho de propiedad*. Parécenos que con mayor razón puede decirse que la ley reconoce como propietarios á los ribereños, por el hecho sólo de darles á título exclusivo, el uso de las aguas. En efecto, ¿en qué consiste la propiedad de las aguas no navegables? No se trata de una propiedad absoluta, y acerca de este punto no hay duda alguna. Dejando á un lado toda idea de un poder absoluto ¿á qué se reduce la propiedad de un río? A usar de sus aguas para las necesidades de la agricultura y de la industria; los ribereños tienen ese derecho. A aprovecharse de la pesca, este derecho pertenece también á los ribereños. Queda el derecho de extraer del lecho del río, el barro, la arena, el derecho de recoger las yerbas, los rosales: ¿á quién pertenece este derecho? En este punto, tenemos que reprochar una nueva contradicción á los partidarios de la opinión que estamos combatiendo. Según ellos, el lecho á nadie pertenece; luego tampoco deberían pertenecer á nadie el barro, la arena, las yerbas y los rosales. Se ha retrocedido ante el absurdo de esta con-

secuencia; así, pués, se enseña que los ribereños tienen sobre estas cosas un derecho que, según el rigor de los principios, no deberían tener. En nuestra opinión, nada es más lógico. El barro y la arena, las yerbas y los rosales son un producto natural ó un accesorio del lecho que pertenece á los ribereños; ninguna razón hay para que no lo disfruten; mientras que, en la opinión contraria, hay una razón decisiva para negarles tal privilegio; ¿no se dice que el artículo 644 es limitativo? Luego se necesitaría un texto para conceder aquel derecho á los ribereños, y ese texto no existe. Demolombe desesperado de su causa, cita la ley que obliga á los ribereños á limpiar las corrientes de agua: ¿cómo si una ley que impone una carga diese un derecho! (1).

Proudhon invoca un texto, más bien contra nosotros que á favor de la opinión que estamos combatiendo. La ley del 3 frimario, año VII, establece en su art. 103, que las calles, las plazas publicas que sirven para ferias y mercados, los caminos reales los vecinales y los ríos no reciben imposición fiscal. Como la ley no distingue las diversas especies de ríos, hay que resolver que los ríos navegables no están sometidos á la contribución predial. Esto se comprende, si se destinan al uso de todos, pero á nadie pertenecen. Esto no se comprende, dicen, si son una propiedad privada (2). Desde luego contestamos que el argumento es de aquellos que tienen el mal de probar demasiado: todas las cosas enumeradas en el art. 103 pertenecen al dominio, y ¿de esto se inferirá que los ríos no navegables pertenecen al Estado? Hay otra respuesta, que ya ha sido dada por la corte de Amiens: la ley no aplica el impuesto sino á los bienes que producen una renta regularizada; porque sobre las rentas es como pagan los contribuyentes; ahora bien, los ríos

1 Demolombe, t. 10, p. 133, núm. 152. En sentido contrario, Proudhon, *Del dominio público*, núm. 948.

2 Proudhon, "Del dominio público," núm. 948.

no dan renta, y hasta pueden no procurar ventaja alguna á los ribereños que se sirven de ellos; por lo mismo, faltaría la base del impuesto.

22. Volveremos á la opinión consagrada por la jurisprudencia. Tenemos que reprocharle aún otra contradicción, y ésta es capital, y destruye las bases mismas del sistema. La mayor parte de los autores que la enseñan así como las cortes hacen una distinción, admiten que los riachuelos pertenecen á los ribereños, mientras que los ríos no navegables, propiamente dicho á nadie pertenecerían (1). Acabamos de decir que tal distinción arruina las bases de la opinión que estamos combatiendo. En efecto, se la funda en el destino común de las aguas corrientes, que es incompatible con la apropiación de los ribereños. Si es imposible apropiarse las aguas corrientes, la imposibilidad es la misma para los riachuelos como para los ríos de algún caudal: luego todos deben ser sustraídos al dominio privado. Y si los ribereños pueden ser propietarios de los pequeños ríos, ya no hay razón para que no lo sean de los grandes, porque la extensión de las aguas no puede influir en la cuestión de propiedad.

La doctrina es, por lo demás, enteramente arbitraria. Ciertamente es que se hacía en el derecho antiguo, pero no queda ya ningún vestigio de ella en la legislación moderna. Hay más que decir: el art. 644 la rechaza formalmente; da los mismos derechos á los ribereños de todas las corrientes de agua que no están declaradas dependencias del dominio público, es decir, de todos los ríos no navegables ni flotables. Distinguir entre los ríos, según que son más ó menos grandes, es crear una tercera clase de corrientes de agua, lo que se llama hacer la ley. En vano se apela al antiguo

1 Demolombe, t. 10, p. 122, núm. 142; Proudhon, *Del dominio público*, núms. 669, y 1415. Sentencias de Agen, de 4 de Marzo de 1850 (Daloz, 1856, 2, 63), y de Burdeos, de 7 de Agosto de 1862 (Daloz, 1862, 2, 191).

derecho: ¿tenemos que recordar á los intérpretes del código que el antiguo derecho está abrogado? Lo que Demolombe dice y lo que las sentencias repiten viene á parar en lo arbitrario más absoluto. Nuestras leyes no hablan más que de ríos ó de corrientes de agua; si hay que distinguir entre los grandes y los pequeños ríos ¿cómo se sabrá si tal ley habla de un pequeño río y tal otra de uno grande? Unas veces la palabra río comprenderá á los riachuelos, otras los excluirá; ¿en virtud de qué principio? Porque así se le antoja al intérprete. Proscribamos lo arbitrario del derecho, porque de lo contrario deja de existir esta ciencia (1).

23. Las opiniones contrarias que acabamos de exponer conducen á consecuencias muy diferentes, en cuestiones de alta importancia. Hay una en la cual es posible ponerse de acuerdo. Se pregunta si el declive de la corriente, es decir, la fuerza motriz resultante, pertenece á los ribereños. Nosotros contestamos que sí, en principio, y el texto mismo del código lo dice, supuesto que, por los términos del art. 644, los ribereños pueden servirse de las aguas para la irrigación de sus propiedades, y por consiguiente, para las necesidades de su industria. Pero esta propiedad no es un derecho absoluto, supuesto que el uso de las aguas pertenece con el mismo título á todos los ribereños. De aquí el derecho de intervención de la administración cuando se trata de establecer una fábrica. Sin decirlo se comprende que, en la opinión que niega á los ribereños todo derecho de propiedad en las corrientes de agua navegables, se decide que no tienen derecho sobre el declive (2). Derecho absoluto, nó, ni aun en nuestra opinión, pero un derecho que debe con-

1 Véase en este sentido, Aubry y Rau, y las autoridades que citan, t. 2º, p. 37, nota 10.

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Febrero de 1833 (Daloz, *Aguas*, núm. 214, 2º); Demolombe, t. 10, p. 129, núm. 144 y las autoridades en sentido diverso que él cita.

ciliarse con el derecho igual de los demás ribereños. Un ribereño construye en su fundo un canal de derivación alimentado por la corriente de agua que baña su heredad. Se ha fallado que las aguas pueden disminuirse por el movimiento de una fábrica construida arriba de la corriente, con la autorización de la administración (1). Nosotros admitimos lo mismo, porque no reconocemos derecho exclusivo á los ribereños; el art. 645 lo mismo dice, puesto que quiere que se concilien los diversos intereses. Aun se ha resuelto en Francia, por el consejo de Estado, que el ribereño cuyas tierras están atravesadas por una corriente de agua no puede pedir, á título de derecho absoluto, que la retención de una fábrica situada agua abajo se retire más, á fin de que no se haga sentir ningún remolino á lo largo de su propiedad (2). Nosotros admitimos también que no hay derecho absoluto en esta materia.

24. Se pregunta aún si los ribereños pueden oponerse á que otras personas atraviesen el río que baña á lo largo sus heredades ó que pasa por ellas. Si se admitiese nuestra opinión sobre la propiedad de las corrientes al agua, no habría duda alguna. Los ríos no navegables no están destinados á la navegación; sea lo que fuere lo que diga Demolombé, esas aguas no son vías de comunicación, la excepción misma de *no navegables ni flotables* lo prueba bastante. La ley da derechos sobre esas aguas á los ribereños; estos derechos son exclusivos, en el sentido de que únicamente á los ribereños pertenecen; luego participan de la naturaleza de propiedad. Ahora bien, el primer efecto de la propiedad es cercarse; luego el ribereño debe tener el derecho de cercarse, aun cuando no sea más que para impedir á los advenedizos que usurpen el derecho de pes-

1 Sentencia de casación, de 23 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 17).

2 Consejo de Estado, 18 de Abril de 1866 (Daloz, 1869, 3, 63).

ca que le pertenece exclusivamente. La corte de París así lo había resuelto, haciendo abstracción del derecho de los ribereños sobre las corrientes de agua; ellos tienen, al menos, el derecho de cercarse como propietarios, y por consiguiente, pueden impedir la navegación dentro de los límites de sus heredades (1). La sentencia fué casada por el motivo de que no perteciendo las corrientes de agua á nadie, cada uno puede pasar por ellas. Esto nos lleva lejos. Si las barcas pueden pasar, hay que dar también á los bateleros el derecho de practicar las riberas, es que viene á parar en imponer á los ribereños una servidumbre que ninguna ley establece, una servidumbre sin título alguno (2). ¿Por qué la ley no establece atracaderos sino en las riberas de los ríos navegables? Porque esas corrientes son las únicas que se destinan para que sirvan de vía de comunicación. Ella no los establece á lo largo de los ríos no navegables, porque no es ese su destino.

25 Un ribereño establece un portazgo en toda la anchura de la corriente; el ribereño del lado opuesto pide que se reduzca á la mitad, invocando su derecho de propiedad, pero sin alegar ningún perjuicio. La corte de casación ha fallado que su reclamación debía rechazarse, porque los ribereños no tienen ningún derecho sobre el álveo del río (3). Nosotros admitimos esa decisión en los términos en que está planteada la cuestión. No se pueden aplicar los principios que rigen el derecho absoluto de propiedad; luego cada ri-

1 Sentencia de París, de 2 de Agosto de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 122); casada por sentencia de 8 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 130).

2 Isambert lo admite (*De las vías públicas*, núms. 191 y siguientes); Demolombe retrocede ante tamaña envidia (t. 10, p. 132, número 148); pero á costa de una nueva inconsecuencia; porque, ¿qué significa el derecho de navegar sin desembarcadero?

3 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 202).

bereño puede hacer todo lo que es compatible con el derecho igual de los otros ribereños. Ahora bien, en el presente caso, el ribereño del lado opuesto no pretendía hacer ningún uso de las aguas, no experimentaba ningún perjuicio; luego no podía tener acción.

26. ¿Los ribereños tienen derecho á una indemnización cuando se canaliza el río? En la opinión consagrada por la jurisprudencia, se distingue entre los pequeños ríos y los ríos no navegables. Proudhon concede una indemnización á los ribereños de los riachuelos, lo que es muy lógico; hay en este caso, una verdadera expropiación (1). La corte de casación ha fallado que no había lugar á indemnización por canalización de un río no navegable, porque los ribereños no son propietarios del río (2). En nuestra opinión, habría evidentemente que decidir lo contrario. Nos parece que, aún ciñéndose á los términos del código civil, hay lugar á indemnizar á los ribereños del perjuicio que experimenten. Ellos pierden el derecho de irrigación que el art. 644 les otorga formalmente; se les arrebató un derecho, se les lesiona y ¡no había de indemnizárseles! Demolombe ha sentido lo que de inicuo había en el sistema de la jurisprudencia, y propone una distinción: si el ribereño se sirve realmente de las aguas para la irrigación de sus propiedades debe ser indemnizado: si no se sirve de ellas, no sufre ningún daño, y por consiguiente, no hay lugar á indemnización. El motivo de esta distinción es muy singular; el derecho á usar las aguas corrientes es una oferta que hace el legislador; si esta oferta no se acepta, el legislador la puede retirar (3). ¡Cómo! las leyes son una oferta y el le-

1 Proudhon, "Del dominio público," núm. 795.

2 Sentencia de casación, 10 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 177).

3 Demolombe, t. 10 p. 130, núm. 140. *Contra*. Daviel, *De las corrientes de agua*, t. 1º, núm. 181. Comparese, Dalloz, *Aguas*, número 198.

gislador un policitante! ¡se necesita el concurso de consentimiento de los ciudadanos para que se vuelvan derecho las facultades ofrecidas por la ley!

La cuestión es la misma en caso de expropiación y recibe una solución idéntica (1). Hay en ambos casos una objeción contra la opinión que acabamos de enseñar. El decreto de 3 de Mayo de 1808 prevee el caso de canalización, y no concede á los ribereños una indemnización sino por el daño que sufran en razón del establecimiento del camino para poner en seco las embarcaciones. ¿No equivale esto á decir implícitamente que no tienen derecho á ninguna indemnización por el alveo ni por el uso de las aguas? Nó; la cuestión es de perjuicio más bien que de expropiación, supuesto que los ribereños no tienen un derecho de dominio propiamente dicha. Ahora bien, ¿experimentan ellos un daño por la canalización? Si pierden el derecho de irrigación, adquieren en cambio el derecho de navegación, el cual ordinariamente aumenta el valor de sus propiedades; ganan, pues, en lugar de perder. Sin duda por esta razón el decreto de 1808 limitó la indemnización al solo daño positivo que los ribereños experimentan, la servidumbre de desembarcadero. Hay que agregar el derecho de pesca. La ley francesa sobre la pesca, de 15 de Abril de 1829, concede expresamente una indemnización á los ribereños por la privación de esta ventaja en caso de canalización.

27. Las leyes conceden un censo al propietario del terreno en el cual se extrae mineral. Se pregunta si los ribereños tienen derecho al mineral extraído debajo del cauce de las corrientes de agua. Se ha fallado por el tribunal de San Estéban que es debida la indemnización á los ribereños,

1 Una sentencia de Metz, de 27 de Marzo de 1860, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 18 de Febrero de 1861, decide que los ribereños no tienen derecho á ninguna indemnización cuando el lecho se emplea para la construcción de un camino de fierro (Dalloz, 1860, 2, 160, y 1861, 1, 273).

porque son propietarios (1). El decisionista parece réprender á los jueces que se han atrevido á separarse de una opinión consagrada definitivamente por la corte de casación. Seria inútil, dice él, volver á poner á discusión esta jurisprudencia; así, conforme al sistema adoptado por la corte suprema, es como en nuestros días deben apreciarse las pretensiones de los ribereños. Nó, es conforme á la ley, y si los jueces tienen la convicción de que la corte de casación se ha engañado, el deber de ellos es no cejar ante una jurisprudencia que la corte misma puede abandonar. No hay que predicar el respeto á la jurisprudencia, sino el respeto á la ley.

VI. De los caminos, vías y calles.

28. ¿Cuáles son los caminos que forman parte del dominio público? Los que, dice el art. 538, están á cargo del Estado. Estas palabras no se hallaban en el proyecto, tomado á la ley de 1º de Diciembre de 1790. Bajo el imperio de esta ley, había duda acerca del punto de saber si los caminos vecinales, que son también caminos públicos, pertenecían al Estado ó á las comunas. Los autores del código han querido decidir esta dificultad. En principio, la renta pertenece siempre al dominio público, supuesto que está destinada al uso del público; pero está en el dominio del Estado, de los provincias ó de las comunas, según que ha sido construido en el suelo del Estado, de una provincia ó de una comuna (2).

Las calles de las ciudades pertenecen regularmente al dominio público de la comuna, supuesto que están construidas en un suelo que es propiedad de la comuna. Hay,

1 Fallo de 22 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1869 1, 442).

2 Sesión del consejo de Estado, de 20 vendimiario, año XII, número 21 (Loché, t. 4º, p. 23).