

cho una distinción. En la corriente de entrada, dice ella, ningún ribereño puede desviar las aguas del saetín, si no es en virtud de un título ó de la prescripción; pero en la corriente de salida y en las partes en que el juego de la fábrica no tiene que sufrir con los riegos practicados por los ribereños, la *presunción* es que ese derecho se les deje en compensación del daño causado por el establecimiento del canal. De esto infiere la sentencia que no corresponde á los ribereños justificar el título ó la prescripción, para usar de la facultad de regar sus fundos; tienen á su favor la *presunción*, que los dispensa de toda prueba. Tócale, por el contrario, al propietario de la fábrica rendir la prueba de su derecho, si quiere retener la posesión de las aguas inferiores (1). Hé aquí una de esas opiniones que hallan favor en el ánimo de los magistrados, porque tienen ellas cierta apariencia de equidad; olvidan estos magistrados que son los ministros de la ley. ¿Qué contestaría la corte de Grenoble si se le preguntara en dónde ha encontrado esa pretendida *presunción* en favor de los ribereños? Ciertamente que no es en la ley. ¿Y puede haber una *presunción* legal sin ley? Primera herejía jurídica. Resultaría de esta *presunción* una servidumbre á cargo del canal de escape, lo que conduce á la consecuencia, admitida por la corte, de que al propietario corresponde establecer la liberación. ¡Así es que en ausencia de un texto que crea una servidumbre, se obliga al propietario á probar que su fundo es libre!

265. Se presenta todavía otra dificultad en la aplicación de los principios que acabamos de establecer. Se pregunta si el propietario de la fábrica puede ceder á terceros no ribereños tomas de agua en el canal del molino, para la irrigación de sus propiedades no ribereñas. La corte de Nîmes ha resuelto la cuestión afirmativamente, pero la

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 2, 162).

sentencia agrega que incumbe al tribunal verificar si el volumen de agua es suficiente para que la concesión pueda ejercerse, aun en la estación seca, sin perjudicar los derechos de los demás ribereños cuyas tierras atraviesa el canal (1). Esta reserva se haya en contradicción con la disposición de la sentencia que reconoce al propietario de la fábrica un derecho *exclusivo* á las aguas; si él tiene la propiedad exclusiva de éstas, los ribereños carecen de derecho, y por lo tanto, los tribunales no tienen el poder de conciliación que les da el art. 645 cuando se trata de una agua corriente. ¿Pero es cierto, como lo expresa la corte, que el propietario de la fábrica sea necesariamente propietario de las aguas del canal? Puede suceder que él no tenga en estas aguas más que un derecho de servidumbre, y en este caso ciertamente que no tiene el derecho de disponer de ellas, ni en provecho de un ribereño ni en provecho de uno que no sea ribereño. Aun cuando él tenga la propiedad de las aguas, puede ser que no tenga la propiedad exclusiva; si él las ha derivado de una corriente natural, está obligado á devolverlas al río del cual las ha tomado, en este caso, no puede concederlas á uno que no sea ribereño con perjuicio de los propietarios que son ribereños de la corriente. Así pues, el derecho de casación no se concebiría sino cuando el dueño del canal tuviese la propiedad absoluta de las aguas, sin que ningún propietario inferior pudiera reclamar derechos. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho de las aguas de manantial (núms. 190 y siguientes) y de las aguas de lluvia (número 230).

266. Hay canales artificiales que la jurisprudencia considera como corrientes naturales, en el sentido del artículo 644. Estos son los canales establecidos antes de 89 por los propietarios de un molino, no con esta calidad, sino

1 Nîmes, 6 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209).

con la de señores jurisdiccionales; los ribereños tenían la policía de las aguas no navegables, y esto era un resto de su antigua soberanía; procediendo como soberanos, se les tenía por haber establecido el canal, no por interés de sus molinos, sino por interés de todos los ribereños. Síguese de aquí que los canales no se volvían una propiedad privada, y por consiguiente, los ribereños podían ejercer en ellos los derechos que el art. 644 ha consagrado, y naturalmente pueden todavía ejercerlos bajo el imperio del código civil (1). Esto sería admisible cuando se probase que el canal fué construido por un señor en calidad de tal, pero era á la vez señor jurisdiccional y propietario de una fábrica, ¿de qué modo saber en qué calidad había obrado? Las cortes deciden la cuestión de hecho; pero para decidir se necesitan pruebas, y ninguna se alega. Nosotros creemos que hay lugar á aplicar los principios generales que rigen las pruebas. A los que pretenden que un canal artificial es una corriente pública, es, pues, á quienes corresponde probarlo.

267 La prueba puede ser difícil, y hasta imposible. ¿Se puede, en este caso recurrir á presunciones de hecho? He aquí el caso que se le presentó á la corte de casación. Un canal artificial sirve para la explotación de una fábrica; pero antes de llegar á la fábrica, recorre una extensión de dos kilómetros, y en esta larga distancia todos los ribereños lo utilizan; además, se ha comprobado que el canal está formado de la reunión de diversos arroyos cuya dirección natural ha sido modificada por antiquísimos trabajos. ¿Es ese un canal ó es una agua corriente? La corte de casación resolvió que, de las circunstancias comprobadas de esa manera, la corte de apelación había podido sacar la consecuencia *legal* de que las aguas conservaban en todo

1 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 238); Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

su curso, á pesar de los trabajos hechos por manos del hombre para contenerlas en un lecho regular, el carácter de aguas corrientes en el sentido del art. 644; de donde la consecuencia de que los propietarios cuyas heredades atravesaban no podían servirse de ellas sino con la condición de devolverlas á su curso ordinario. La corte entra aquí en un orden de ideas que ya combatimos en el título de la *Propiedad* (1).

La jurisprudencia admite que los canales hechos por mano del hombre, para que sirvan á la alimentación de un molino, se *presumen* hechos por el propietario del molino y que le pertenecen; pero esta *presunción* no se admite sino cuando los trabajos se han emprendido exclusivamente por su interés. La presunción deja de ser aplicable, dice la corte de casación, cuando los trabajos existen en una corriente de agua de una extensión considerable, y cuando son útiles para varias fábricas y para las necesidades de los habitantes. En tales circunstancias, concluye la sentencia, el canal ó lecho de la corriente de agua no es otra cosa que el agua misma, y la fábrica que, en último análisis, recibe sus aguas, no hace uso de ellas sino con el mismo título que los otros ribereños (2). Esto, en definitiva, es decidir una cuestión de propiedad por medio de presunciones de hecho. Ciertamente es que, conforme al rigor de los principios, esto es inadmisibile, porque las presunciones del hombre no pueden invocarse sino en los casos en que la ley permite la prueba testimonial, art. 1353. Este es uno de aquellos debates en los cuales la fuerza de las cosas supera á la legalidad, á menos que se admita que haya imposibilidad para los ribereños actuales de procurarse una prueba literal: en este caso la prue-

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núm. 187.

2 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 139).

ba testimonial, y en consecuencia, las presunciones, son admisibles.

c) *De los ríos no navegables.*

268. En otro lugar hemos expuesto la controversia concerniente á la propiedad de las corrientes de agua no navegables ni flotables (1). En nuestra opinión, pertenecen á los ribereños, pero su derecho no es la propiedad absoluta que define el art. 544; es una propiedad limitada, en el sentido de que la naturaleza destina las aguas corrientes para el uso de todos los ribereños, y la ley consagra las miras de la naturaleza. Tal era ya la doctrina del antiguo derecho. "En materia de ríos, dice Coquille, y de otras heredades públicas, el derecho de cada uno consiste en usar de ellas de tal manera que no se estorbe el uso de los demás (2)." Las usurpaciones del feudalismo habían despojado á los ribereños de un derecho que el mismo Creador les ha dado; no obstante, las costumbres limitaron los derechos de los señores por interés de los ribereños. Se lee en la costumbre de Normandía, art. 206: "Los señores, aunque reputados propietarios de los ríos, no pueden desviar sus aguas sino con cargo de devolverlas, á la salida de sus fundos, á su curso ordinario y sin detrimento ageno." El art. 644 del código Napoleón reproduce esta distinción casi en los mismos términos. Sin duda para asegurar mejor los derechos de los ribereños es por lo que la jurisprudencia se rehusa á reconocerles la propiedad de los ríos no navegables. En efecto, el derecho de propiedad es invasor por naturaleza, tiende necesariamente á hacerse exclusivo; ahora bien, el uso de las aguas no podría ser exclusivo, estando tal apropiación en oposición con las leyes de la naturaleza. En este sentido es cómo la

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 15 y siguientes.

2 Guy-Coquille, *Costumbre del Nivernais*, título de las casas art. 2.

corte de casación proclama que el agua corriente es una cosa común entre aquellos cuyas heredades borda ó atraviesa (1).

La naturaleza, es verdad, concede desde luego el uso al ribereño superior, pero éste no puede absorber las aguas con perjuicio de los ribereños inferiores, porque éstos tienen un derecho igual al de aquél: no debe ser, dice la corte suprema, que el derecho de todos se torne en privilegio de uno solo. De aquí este principio, consagrado igualmente por la jurisprudencia, que el declive de las corrientes de agua no es susceptible de propiedad privada; de donde la consecuencia de que el propietario cuyos fundos están atravesados por un río no puede pedir á título de derecho absoluto, que la retén de agua de una fábrica situada río abajo se abaje de tal suerte que ningún remolino se haga sentir á lo largo de su propiedad: el derecho de uno de los ribereños necesariamente se modifica y limita por el derecho igual del otro (2).

269. De esto, la jurisprudencia concluye que los ríos no navegables son inalienables é imprescriptibles (3). Y esto no porque tales ríos estén colocados en el dominio público, y porque como tales, estén fuera del comercio. El artículo 644 establece una distinción precisa entre los ríos navegables que se consideran como una dependencia del dominio público, y los no navegables que no pertenecen á este dominio, los ribereños de los primeros no pueden ejercer en ellos ningún derecho sino por vía de concesión, mientras que los otros tienen el derecho de servirse de las

1 Sentencias de casación, de 17 y de 4 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 73 y 74).

2 Esta es la jurisprudencia constante del consejo de Estado. Nosotros nos limitamos á citar el decreto más reciente, de 18 de Abril de 1866 (Daloz, 1869, 3, 63). Compárese, Daloz, en la palabra *aguas*, números 419 y 420.

3 Bruselas, 8 de Junio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 319).

corrientes de agua que bordean ó atraviesan sus heredades; y precisamente porque todos tienen tal derecho, ninguno de ellos puede disponer del río, como un propietario puede disponer de sus cosas. Las sentencias que establecen el principio derivan la consecuencia de que los ribereños no pueden oponer ni título ni prescripción contra los reglamentos expedidos por la administración por interés de todos; he aquí todavía un carácter de esta propiedad limitada que pertenece á los ribereños, y es que está subordinada al derecho que el Estado ejerce en las corrientes de agua, navegables ó nó, por interés general. Más adelante insistiremos en esto. En este sentido, la corte de casación de Bélgica dice que "el uso de las aguas corrientes está subordinado al interés general, al cual deben ceder los intereses particulares" (1).

270. Hemos dicho ya que, en el antiguo derecho, no se observaban estos principios, ni aun respecto á los canales de navegación. El Estado, es decir, el príncipe en cuya persona se concentraba el Estado, disponía de las vías navegables ó nó disponía; y los señores jurisdiccionales hacían por su parte concesiones en virtud de su soberanía feudal. ¿Los derechos de propiedad conferidos por tales actos pueden todavía ser invocados por los concesionarios, bajo el imperio de nuestro código que no reconoce ya propiedad absoluta en las aguas? La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo para mantener los derechos de los propietarios. Las leyes que han abolido el feudalismo son extrañas á las leyes de *soberanía*; en el presente caso, no se trata de relaciones entre señor y vasallo, sino del ejercicio del *poder soberano*, tal como estaba organizado en el antiguo régimen. Los actos de soberanía subsisten, salvo que estén abrogados por una ley que despoje de los dere-

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842, (*Pa-sicrisja*, 1842, 1, 110):

chos de propiedad concedidos por nuestros antiguos soberanos ó por los señores en su calidad de soberanos feudales. Esto decide la cuestión (1).

La corte de casación admite una excepción á estos principios para los molinos construidos por antiguos señores. Se supone que los molinos han permanecido en la posesión de los señores hasta la publicación de las leyes que han abolido todos los derechos feudales. La consecuencia de esta opinión será que los propietarios de esos molinos ya no disfrutarán del derecho exclusivo en las aguas que pertenecía á los señores jurisdiccionales en las corrientes de aguas navegables (2). En efecto, el goce exclusivo de las aguas era uno de esos abusos feudales que la revolución de 89 ha abolido hasta en sus últimos vestigios. Esta distinción entre los derechos feudales abolidos, y los derechos de propiedad privada que emanan del poder feudal en provecho de particulares no vasallos, puede parecer sutil, pero no obstante, es jurídica.

La cuestión de prueba ofrece alguna dificultad en la aplicación de los principios consagrados por la jurisprudencia. Naturalmente que al que invoca una concesión anterior á 89 es á quien corresponde probar su derecho, salvo que después los tribunales aprecien la naturaleza y la extensión de la concesión, conforme á las distinciones que acabamos de establecer. Si no hubiese prueba literal, se podría invocar la prescripción trentenaria, vencida antes de 89; ella, en efecto, probaría que había una concesión, supuesto que en el antiguo régimen los ribereños no podían establecer fábricas sino en virtud de una concesión emana-

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 54, nota 39, y la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *servidumbre*, número 23, y en la palabra *leyes*, núm. 91, 2º.

2 Sentencia de casación, de 21 de Julio de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, número 252, 4º).

da de los señores, sea en su calidad de propietarios sea en su calidad de señores que tenían la policía de las aguas (1).

*II. Derechos de los ribereños de los ríos no navegables.*

*a) ¿Quién es ribereño?*

271. El art. 644 dice que aquél cuya propiedad está á la orilla de una agua corriente puede servirse de ella á su paso, y que aquél cuya heredad es atravesada por dicha corriente, puede también usarla en el intervalo que ella recorre. En uno y otro caso, la ley no concede derecho en las aguas sino al que es ribereño de ellas. ¿Quién es ribereño? es decir decir ¿quién tiene derecho á las aguas? El art. 644 contesta que aquél cuyo fundo está orillado ó atravesado por una agua corriente. Tal es el principio establecido por la ley misma, que nos servirá para resolver las dificultades que se presentan en la aplicación del artículo 644.

El principio no se aplica indudablemente á los propietarios inferiores que son ribereños de un canal artificial, sin que lo sean del río de donde se han derivado las aguas; ellos no pueden pedir que el propietario del canal les transmita las aguas después de haberse servido de ellas, porque no son ribereños. El texto del art. 644 no es aplicable, ni el espíritu de la ley; porque si la naturaleza da el agua á todos, esto quiere decir que la da á aquellos cuyas heredades tocan el agua; pero ciertamente que no la da á los que no son ribereños, puesto que estos se hallan en la imposibilidad natural de aprovecharla.

272. Pasa lo mismo cuando una heredad está separada de la corriente de agua por un camino público. No puede decirse que este fundo esté al borde de una agua corrien-

1 Sentencia de casación, de 21 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 252, 4°).

te, ni que ésta pase al través de aquél; luego no estamos dentro de los términos del art. 644. El propietario tampoco puede invocar el espíritu de la ley; de cualquier manera que se considere el derecho de los ribereños, supone que sean contiguos. Si es una propiedad, el lecho será el accesorio del fundo del cual aquélla es una continuación; ahora bien, en el caso que nos ocupa, el lecho accedería á la vía pública, y el propietario del camino lo sería del río, lo que excluye al fundo ribereño del camino. Si es un derecho de uso el que el art. 644 concede á los ribereños, ese derecho les pertenece en razón de los inconvenientes y riesgos que á menudo presenta la proximidad de las aguas: esto supone la contigüedad (1).

La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. Sin embargo, hay dudas acerca de un punto. Pardessus dice que aquél cuya heredad no está separada de la corriente de agua sino por un camino público debería gozar de la misma ventaja que el ribereño inmediato, si la administración le permitiese construir en aquel camino un acueducto propio para facilitar el uso de las aguas. En la jurisprudencia del consejo de Estado se encuentra un ejemplo de una concesión semejante. El decreto se funda en las leyes que dan á la administración el poder de reglamentar las aguas con una mira de utilidad general, y de otorgar la autorización de derivarlas para las necesidades de la industria y de la agricultura. Sin duda que la administración tiene ese poder; pero puede usarlo en favor de los que no son ribereños? Esto equivale á preguntar si la administración ó la ley es la que da el derecho á las aguas. El art. 644 contesta á nuestra pregunta. Ahora bien, la ley sólo á los ribereños concede el derecho de servirse de

1 Tolosa, 26 de Noviembre de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, número 201), y Angers, 28 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 4, 445). Compárense los autores citados por Daloz, núm. 201.