

LIBRO II

DE LOS BIENES Y DE LAS DIFERENTES MODIFICACIONES
DE LA PROPIEDAD.

TITULO PRIMERO

DE LA DISTRIBUCION DE LOS BIENES.

(Continuación).

DE LOS BIENES EN SU RELACION CON LOS QUE LOS PÓSEEN.

§ I. —*División de los bienes considerados bajo este punto de vista.*

1. El código Napoleón trata únicamente de las cosas que son *poseidas*, y por *posesión*, da á entender la *propiedad*. No se ocupa de las cosas que no son poseidas, que no tienen propietario. El derecho romano llama cosas *comunes* á las que no tienen dueño, y que la naturaleza ha destinado al uso de todos los hombres: cita como ejemplo el aire, el agua de corriente, el mar y sus riberas (1). Esta expresión de *cosas comunes*, no existe en el código civil; pero el art. 714 parece dar su definición al decir que hay cosas que no pertenecen á nadie, y cuyo uso es común á todos; el artícu-

1 Pfo. 1º, *Instit*, II, 1:

lo agrega que ciertas leyes de policía reglamentan la manera de disfrutar de ellas. Nosotros creemos que el art. 714 se refiere más bien á las cosas que los juriconsultos romanos llaman *públicas*, es decir aquellas cuyo uso pertenece á todos los ciudadanos. Y son las que el art. 538 coloca en el dominio público, con motivo de que no son susceptibles de una propiedad privada: tales son los caminos y los ríos navegables ó flotables (1). No siendo susceptibles de apropiación en razón de su destino público, no tienen realmente dueño. En tal sentido, puede decirse que á nadie pertenecen. Si el código los considera como dependencias del dominio público, es en razón del uso que todos los ciudadanos pueden hacer de ellos, uso que está reglamentado por leyes de policía. Esta observación no carece de importancia, como lo veremos más adelante al tratar de la propiedad de las corrientes de agua que no son navegables.

A veces se da el nombre de cosas *comunes* á las que no tienen dueño, aunque sean susceptibles de apropiación por vía de ocupación: tales son las conchas de mariscos los pescados y los animales silvestres (2). No es esta la doctrina del derecho romano; los juriconsultos llaman á estas cosas *res nullius*; no tienen dueño, pero pueden tenerlo; mientras que las cosas *comunes* propiamente dichas no pueden volverse objeto del derecho exclusivo de propiedad. Por otra parte, no puede decirse que las *cosas sin dueño* estén destinadas por la naturaleza para el uso de todos los hombres; en realidad, ellas no sirven á nadie en tanto que no tienen dueño; y desde el instante en que lo tienen, sirven exclusivamente á qué la que se las ha apropiado.

A las cosas sin dueño deben asimilarse aquellas que aban-

1 Proudhon, *Tratado del dominio público*, núms. 16 y 204; Limeon, discurso sobre el título de las *Sucesiones*, núm. 3 (Loché, t. 4º, p. 130).

2 Toullier, t. 3º, núm. 27.

donan sus propietarios con la intención de abdicar la propiedad. Cuando son mobiliarias, pertenecen al primero que las ocupa, y si son inmuebles pertenecen al Estado. En el libro tercero trataremos del derecho de ocupación, siguiendo el orden del código Napoleón.

2. Se dividen aún las cosas en cosas que están en el comercio y en cosas que no lo están. Ordinariamente se dice que una cosa está en el comercio cuando es enagenable y en consecuencia, prescriptible: de lo que se ha inferido que las cosas que no están en el comercio son inalienables, y por lo tanto, imprescriptibles. En el título de la *Prescripción* diremos que el adagio de que una cosa es ó no prescriptible, según que es ó nó enagenable, no es siempre verdadero. En principio, una cosa está en el comercio por el hecho solo de que tiene un dueño, es decir, por el hecho solo de que constituye el objeto del derecho exclusivo de propiedad, importando poco que por una causa legal no pueda ser enagenada: los inmuebles dotales están en el comercio, por más que tengan en sí el carácter de inalienabilidad. El mismo código lo dice: según los términos del artículo 1598 «todo lo que está en el comercio puede venderse cuando algunas leyes particulares no han prohibido su enagenación.» Tales son los bienes dotales; por más que sean inalienables, están en el comercio; porque pueden cambiar de dueño por la prescripción, cuando ésta ha comenzado antes del matrimonio, ó cuando comienza á contarse después de la separación de bienes (art. 1561). Ahora bien, desde el momento en que una cosa tiene dueño, está en el comercio. Luego están fuera del comercio, en primer lugar, las cosas que, aunque susceptibles de apropiación, no pueden ser objeto de una propiedad exclusiva: tales son las cosas que forman parte del dominio público, del Estado, de las provincias ó de las comunas. El terreno que consti-

tuye una vía pública es por sí mismo susceptible de apropiación; tenía un dueño antes de haber sido empleado en la construcción de un camino; pero desde el momento en que recibe tal destino, ya no es susceptible del derecho exclusivo de propiedad; en vano se diría que pertenece al Estado, porque el dominio público, como más adelante lo expresaremos, no es una verdadera propiedad. Están, además, fuera del comercio las cosas que tienen un dueño, pero que no pueden cambiarlo, ni siquiera por la prescripción: tales eran, según el decreto de 1.º de Marzo de 1808, los bienes que componen un mayorazgo. En cuanto á las cosas que no pueden, por su naturaleza, volverse objeto de la propiedad, no están ni en el comercio ni fuera de él, porque la noción del comercio supone antes que todo la posibilidad de la apropiación (1).

3. Los bienes se dividen, además, en bienes que pertenecen á particulares y bienes que pertenecen á personas morales. Hay personas civiles públicas: este nombre se da al Estado, á las provincias y á las comunas. Hay personas civiles que, aunque encargadas de ese servicio público, no forman parte del Estado: tales son los hospicios, las fábricas de iglesia. Por último, hay sociedades que constituyen una persona civil. Los bienes que pertenecen á personas morales están regidos por principios diferentes, bajo ciertos respectos de aquellos que rigen los bienes de los particulares. De aquí, la necesidad de distinguirlos.

§ II.—DE LOS BIENES DEL ESTADO.

4. El código civil llama *dominio público* á los bienes que pertenecen al Estado; abarca en esta expresión dos especies de bienes regidos por principios esencialmente diferentes. Existen desde luego los bienes que están destina-

1 Aubry y Rau, *Curso de derecho francés*, t. 2º, ps. 40-48.

dos al uso de todos, y que, según el art. 714, no pertenecen á nadie, ó que según el art. 538 no son susceptibles de una propiedad privada: tales son los caminos públicos y los ríos navegables; la ley dice: «que se consideran como dependencias del dominio público.» Lo que quiere decir que no forman parte del dominio propiamente dicho; en realidad, en razón de su destino público, no son susceptibles de apropiación, ni en manos del Estado, ni en las de los particulares. Basta leer la definición que da el código, de la propiedad para convencerse que no tiene aplicación á esta parte del dominio del Estado. «La propiedad, dice el art. 544, es el derecho de disfrutar y de disponer de las cosas «de la manera más absoluta.» Lejos de que el Estado pueda disponer de la más absoluta manera de los caminos públicos y de los ríos navegables, está obligado á mantener el destino público de esas vías de comunicación; ménos aún puede disponer de ellos; acabamos de decir que las cosas públicas están fuera del comercio. Lo mismo pasa con los terrenos de las fortificaciones, con las playas del mar, con las abras y radas (art. 538). El Estado tiene otros bienes de que disfruta y dispone, como los particulares disfrutan y disponen de lo que les pertenece. Tales son los bosques y selvas de que no habla el código; estas cosas no cambian de naturaleza cuando las posee el Estado. Lo mismo pasa con todos los bienes que son susceptibles del derecho exclusivo de propiedad: tales son los bienes vacantes y sin dueño que, según el art. 539, pertenecen al dominio público: tales son también los aluviones de mar, que el artículo 538 clasifica infundadamente entre los bienes que no son susceptibles de una propiedad privada, permitiendo la ley que el Estado los enagene: por último, tales son los bienes afectos á un servicio público, cuando éste cesa; por

ejemplo, los terrenos de las plazas que ya no lo son de guerra (art. 541)

Existe una diferencia capital entre esta segunda especie de bienes, que el código llama también dominios públicos, y la primera, y es que unos están en el comercio y otros no lo están; luego hay falta de lógica y de claridad al confundirlos en una misma expresión. De la ley, la confusión ha pasado á la doctrina. Es importante evitarle en una ciencia como la nuestra, que exige la más rigurosa precisión (1). Supuesto que el código da el nombre de dominio al derecho que tiene el Estado en las cosas públicas, conservaremos dicha expresión; pero á fin de evitar la confusión que los mejores autores deploran, llamaremos «dominio público del Estado» á los bienes que su destino público coloca fuera del comercio, y daremos el nombre de «dominio privado del Estado» á los bienes que quedan en el comercio, aunque pertenezcan al Estado. Esta terminología tiene la ventaja de aplicarse igualmente á los bienes de las provincias y de las comunas, las cuales tienen también un dominio público y un dominio privado.

Núm. 1. Del dominio público del Estado.

I. De las playas del mar.

5. Según el art. 538, las playas del mar pertenecen al dominio público. El código no habla del mar; los juriconsultos romanos lo colocaban entre las cosas de uso común, lo mismo que el aire (2). Si se tomase al pie de la letra la disposición final del art. 538, habria que decir que el mar forma parte del dominio del Estado, suponiendo que pueda decirse que el mar es una porción del territorio francés. El

1 Proudhon, *Tratado del dominio de propiedad*, núm. 821; *Demante Curso analítico*, t. 2º, p. 437, núm. 373, bis.

2 L. 3, D., *Ne quid ni loes publico* (XI III, 8).

art. 538 dice que «todas las porciones del territorio frances que no son susceptibles de una propiedad privada se consideran como dependencias del dominio público.» ¿Esta disposición recibe su aplicación al mar? Es evidente que nó. El mar no forma parte de ningún territorio, supuesto que se halla fuera de todo territorio. En verdad que no han escaseado las pretensiones al dominio del mar; pueblos hay que se titulan dueños del mar; semejante ambición es tan contraria á las leyes de la naturaleza y á los principios del derecho, que es inútil combatirla. La Francia, por otra parte, jamás la ha tenido. Luego bastará hacer constar que el mar no es susceptible de apropiación. Troplong dice que se le ocupa, pero no se le posee (1). Esto es decir demasiado. La ocupación es un modo de adquisición de la propiedad; si pudiera ocuparse el mar, podría también ser apropiado, sea en provecho del Estado, sea en provecho de los individuos. Hay que negar que el mar sea susceptible de apropiación. Grotius dice que el mar no puede ser objeto del derecho de dominio, porque la propiedad no puede comprender sino las cosas que tienen un límite, una barrera determinada; ahora bien, el mar es indefinido, y por lo tanto intangible (2). Esto no nos parece completamente exacto. Los poetas dicen que la mar es ilimitada, el jurisconsulto no puede decirlo; la mar es tan limitada como otra cosa cualquiera creada. ¿Pero toda cosa creada es susceptible de apropiación? La atmósfera que envuelve á nuestro globo es limitada; no obstante, el aire no forma parte del dominio, ni del Estado, ni de los particulares. ¿Por qué? Porque Dios lo ha destinado para el uso de todos; lo mismo pasa con el mar. Luego permanece esencialmente común, según lo dicen los jurisconsultos

1 Troplong, *De la prescripción*, t. 1º, p. 181.

2 Grotius, *De jure pacis, et belli*, lib. II. c. II, núm. 3.

tos romanos. La propiedad, en efecto, no es legítima sino porque es necesaria para el desenvolvimiento intelectual y moral de los hombres; cesa de serlo cuando la cosa que uno quisiera apropiarse es de tal extensión, que satisface á todas las necesidades, sin que sea preciso sujetarla á un dominio cualquiera. En este sentido puede decirse con Grotius, que la inmensa extensión del mar lo sustrae á toda apropiación.

No obstante esto, el derecho común de los pueblos civilizados ha introducido una modificación en estos principios. Se admite que el Estado tiene una especie de propiedad en una parte del mar que baña sus costas. ¿Hasta dónde se extiende dicho territorio marítimo? Es difícil precisar nada en materia de derecho internacional, supuesto que no hay ley. Únicamente podemos hacer constar el uso de las naciones y la doctrina de los autores que están de acuerdo en extender el dominio del Estado hasta el alcance de una bala de cañón (1). No hay más derecho que aquél que se puede defender; más allá del alcance del cañón, el pretendido dominio del mar sería una simple pretensión, es decir, una quimera. Nosotros decimos que el dominio marítimo, aun limitado de esa manera, es una especie de propiedad; no puede tratarse de una apropiación verdadera, no estando destinado el mar á un imperio exclusivo. Esta cuasi propiedad no recibe aplicación en derecho francés, sino á la pesca y á la aduana. Los tratados y á falta de ellos, los usos fijan los límites dentro de los cuales la pesca está reservada á los ribereños, así como el rádio sometido á la vigilancia de la aduana, con el fin de impedir el contrabando (2).

1 Véanse las autoridades en Dalloz, en la palabra *propiedad*, número 81.

2 Dalloz, *Propiedad*, núms. 82-83, y en la palabra *aduanas*, números 168-169.

6. El derecho romano colocaba el mar entre las cosas comunes, y por consiguiente, las playas del mar. Nuestro código las considera como dependencias del dominio público. El mar está destinado al uso de todos los hombres, sin distinción de nacionalidad; mientras que las playas tienen un vínculo íntimo con el Estado cuyo límite constituyen. El enemigo puede abordar á las playas, luego precisa que estén á la mano del gobierno encargado de la defensa nacional. Los intereses de la navegación y del comercio exigen, además, que el Estado disponga de las playas del mar. Luego hay aquí una necesidad pública que legitima la apropiación en tanto que sea posible. Porque, en cierto concepto, los jurisconsultos romanos tenían razón de clasificar las playas en el número de las cosas comunes: la pesca y los baños son un derecho común para todos los que se hallan en la ribera, lo mismo que el derecho á las yerbas que el mar produce y á las cosas que él arroja.

¿Hasta donde se extiende la ribera del mar? Las ordenanzas de marina de 1681 (libro IV, título VII, art. 1.º), dicen: «Se reputa orilla ó playa del mar, todo lo que éste cubre y descubre durante las lunas nuevas y los plenilunios, hasta donde la ola mayor de Marzo puede extenderse.» Esta definición difiere un poco de la que da el derecho romano: se lee en el Digesto que la playa del mar comprende el terreno que se halla cubierto por la ola mayor de invierno (1). El pensamiento es el mismo; la ola mayor es la que determina los límites de la playa. ¿Cuál es la época de tal oleaje? Los redactores de las ordenanzas tenían como punto de mira el Océano sobre cuyas orillas la ola avanza más durante la luna de Marzo, mientras que los romanos no conocían más que el Mediterráneo que no tiene flujo y reflujo, y en

1 L. 96 y 112, *de verbsign.* (L., 16, *é instit.* II, 2, 3.

el cual las aguas son las más fuertes durante el invierno (1).

Las dos definiciones concuerdan en un punto, y es que las tierras deben estar cubiertas habitualmente por las olas para que constituyan la playa; si solo accidentalmente lo están por un desbordamiento extraordinario, no puede decirse que la ola los cubre y los descubre; dichas tierras siguen siendo lo que eran, propiedad particular. ¿Cuándo hay ola ordinaria? Esta es una cuestión de hecho. Se ha fallado que ciertas tierras sumergidas noventa y seis días del año forman parte de la playa del mar (2).

Resulta, además de las definiciones del derecho romano y de las ordenanzas, que no puede ser cuestión de la playa del mar, cuando el terreno que como tal se reclama no es limítrofe del mar. El buen sentido lo dice y la corte de casación así lo ha resuelto en un caso en que algunas tierras estaban realmente sumergidas con bastante frecuencia hacia varios años, pero esto había acontecido merced á unos trabajos ejecutados por el gobierno; ahora bien, no es de la incumbencia del hombre crear la playa, la naturaleza lo hace. Si el Estado por sus trabajos sumerge la propiedad de un particular, hay lugar á indemnización, ó según las circunstancias, á expropiación por causa de utilidad pública (3).

Conforme á los mismos principios debe resolverse la cuestión de saber si los terrenos que están á orillas de los ríos, á la llegada del mar, deben considerarse como playas marítimas. En el antiguo derecho era debatida la cuestión; ha-

1 Domolombe, t. 9º, p. 340, núm. 457; Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *riberas de mar*.

2 Douai, 10 de Enero de 1842 (Dalloz, *Dominio público*, núm. 32). Sentencia de denegada apelación, de 4 de Mayo de 1830 (Dalloz, *propiedad*, núm. 105). Decreto del consejo de Estado de 27 de Mayo de 1863 (Dalloz, 1863, 3, 63).

3 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 123).

bía en los intérpretes una tendencia á exagerar los derechos del Estado. Bajo el imperio del código civil, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en rechazar tales pretensiones (1. Como dice muy bien la corte de casación, el código declara dependencia del dominio público, las riberas del mar; ahora bien, el río sigue siendo río hasta su embocadura; considerar sus orillas como parte del dominio público, equivaldría á decir que el río se torna más desde que las olas remontan su corriente (2). La naturaleza de las cosas rechaza esta confusión. Hay, no obstante, un motivo para dudar, en los términos absolutos de las ordenanzas de 1684; la corte de casación ha contestado en una sentencia reciente que establece perfectamente los principios. Si las ordenanzas reputan como playas del mar todo lo que éste cubre y descubre durante los novilunios y plenilunios, y hasta donde la grande ola de Marzo puede extenderse en la arena, evidentemente que sólo quiere hablar de los terrenos que limitan la mar, es decir, de la playa que, aun en tiempo de marea baja, se halla en contacto con las aguas del mar. La aplicación de este principio sufre alguna dificultad cuando un río desemboca en el mar. Nosotros, con la corte, decimos que el río permanece tal hasta el momento en que se pierde en el mar; luego los límites del mar se detienen allí en donde las rocas y las arenas están interrumpidas por las riberas del río; por consiguiente, éstas se prolongan hasta el punto en que cortan las rocas ó la ribera del mar. Es verdad que por efecto de ciertas mareas el curso del río se halla detenido y hasta rechazado por el oleaje que sube; entonces mezcla sus aguas á las del mar y con ellas se desborda por sus riberas; pero no por esto cesan los terrenos sumergidos de ser riberas de

1 Dalloz, *Domino público*, núm. 30.

2 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Julio de 1841 (Dalloz, *propiedad*, núm. 106).

rio, y no se tornan por aquel hecho momentaneo, ni playa ni una parte del mar. Si se pretendiese que el reflujó vuelve al río y sus dependencias parte del mar, podría decirse también que el flujo hace del mar una parte del río, supuesto que éste, en la marea baja, se derrama en el lecho del mar con cierta rapidez, hasta el punto de que en él puede reconocerse por bastante tiempo aun el curso de sus aguas (1).

Estos principios reciben una excepción cuando se trata de los *schoores*: existe una legislación especial acerca de las tierras de aluvión que llevan aquel nombre; volveremos á tratar esta cuestión en el número 45.

7. El código Napoleón considera aún como dependencias del dominio público los puertos, las abras y las radas. Se llaman *abras* los puertos que no pueden recibir sino naves de mediano porte. Las radas son la parte del mar en donde los buques fondean en espera del momento favorable para entrar al puerto. El destino público de los puertos, abras y radas es lo que las atribuye al dominio público: la navegación y la defensa, en tiempo de guerra, están interesadas igualmente en que estos establecimientos estenen poder del Estado.

II. De los ríos navegables.

8. Los ríos navegables sirven para transportar hombres y mercaderías; por lo que facilitan las relaciones civiles y comerciales, por éste título debían estar colocados en el dominio público del Estado, supuesto que están destinados exclusivamente al uso del público (art. 538). Por ríos de mayor ó menor caudal no se entiende el agua considerada como elemento. Como tal, el agua no es susceptible de apropiación; por eso los jurisconsultos romanos la colocan

1 Sentencia de 28 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 489).

entre las cosas comunes; la corriente de agua es un conjunto de cosas que se compone del lecho y de las aguas que lo llenan. Surge, pues, la cuestión de saber hasta dónde se extiende el río: hay en esto un límite entre el dominio público y el dominio privado, que urge definir con precisión. Desde luego debe excluirse del dominio del Estado, la ribera del río. En el antiguo derecho se decía que todo lo que estaba destinado para el uso del público se reputaba como perteneciente al rey; con este título, Bacquet reivindicaba los ríos y sus orillas para el dominio público. A decir verdad, la lucha no existía entre el Estado y los particulares, había conflicto entre el rey y los señores feudales; por esto los legistas, defensores de la monarquía, se pronunciaron por el rey. El principio de donde partían es justo: lo que se destina al uso de todos debe pertenecer al dominio público. Cuando el destino es permanente, la cosa consagrada de este modo á las necesidades públicas es por esto mismo propiedad del Estado. Tales son las playas del mar: el uso público es cotidiano é incesante. No pasa lo mismo con las riberas de un río; ellas sirven para la navegación, luego para un servicio que no es continuo. Por lo mismo no se necesitaba colocar las orillas de los ríos en el dominio del Estado; ahora bien, el dominio público es una cuestión de necesidad; jamás debe sustraerse inútilmente una parte del suelo á la actividad inteligente de los individuos. Para las necesidades de la navegación es suficiente un andén establecido á título de servidumbre en los fundos ribereños; la propiedad se les queda á estos. Tal es el sistema del código civil (art. 630); volveremos á tratar esto en el título de las *Servidumbres* (1).

Perteneciendo la ribera á sus habitantes, mientras que el río hace parte del dominio público, importa precisar hasta

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *rio*, pfo. 1^o, núm. 4 (t. XXX, página 82).

dónde se extiende el río y en dónde comienza la ribera. Si el nivel de las aguas fuere siempre el mismo, no habría cuestión; pero este nivel sube ó baja, y en consecuencia el espacio ocupado por la corriente se ensancha ó se estrecha. ¿Qué momento es el que se ha de considerar para fijar el límite del río? ¿aquél en que las aguas corren con pleno caudal? ¿aquél en que están bajas? ¿ó ha de tomarse un promedio? El derecho romano sigue para las riberas de los ríos el mismo principio que para las playas del mar; toma el nivel que las aguas señalan en su crecida habitual (1). La naturaleza misma es la que fija estos límites en las corrientes. No puede tomarse nivel medio, porque el promedio es una ficción, y el legislador es el único que tiene derecho á establecer ficciones. En el silencio del código, debe seguirse el principio del derecho romano, á título de razón escrita, dice la corte de Rouen (2). Los jurisconsultos romanos agregan que no deben tenerse en cuenta las crecidas extraordinarias; las riberas se fijan invariablemente por las crecidas habituales, y no cambian si las aguas se elevan por una causa pasajera. ¿Quién, dice Ulpiano, ha pensado jamás en sostener que las riberas del Nilo cambian cuando sus aguas se desbordan hasta el punto de cubrir una gran parte del Egipto? ¿Hasta dónde se extiende la crecida habitual? Esta es una cuestión de hecho que los tribunales decidirán conforme á la naturaleza y á los hábitos de las diversas corrientes. La corte de Lyon ha hecho á este respecto una observación que puede servir de guía en la práctica: las partes del suelo, dice ella, que están sometidas al retorno de las aguas están, en general, afectadas de una esterilidad absoluta; por el contrario, sus límites se manifiestan por un revestimiento de vegetación por el cual se reconoce que allí

1 "*Ripa ea putatur apia heamissimum fluvium continet*" (L. 3, pfo. 1 y L. 1, fpo. 5, D., *de fluvio deo* XI, IV, 12).

2 Rouen, 31 de Julio de 1844 (Daloz, *Aguas*, núm. 43).

termina el dominio del río; si el agua pasa de este nivel, se dice que se desborda, y el terreno que ella cubre al desbordarse ciertamente que no está comprendido en el nombre del río (1). Esto es una inundación; ahora bien, las inundaciones, á diferencia de las crecidas ordinarias, son producidas por causas accidentales é inprevistas, nada tienen de regular, ni en su retorno, ni en la zona de terreno por la cual se extienden; no reconocen orillas y llevan la desolación á las tierras que asuelan; mientras que todo es fijo y normado en el curso del río (2). La naturaleza particular del río puede influir en la decisión: cuando la corriente es desarreglada, el juez decidirá por circunstancias del hecho (3).

Queda en pié una dificultad. El río se lanza al mar; al acercarse á su embocadura, las olas del mar remontan de un modo regular el curso del agua y elevan por consiguiente, su nivel. ¿Debe tenerse en cuenta esta elevación para fijar los límites del río, y por lo tanto, del dominio público? La afirmativa no permite duda alguna. Desde el momento en que el río tiene límites fijos, el dominio privado no puede comenzar sino más allá de dichos límites, importando poco que las aguas deban su elevación al mar ó á las lluvias: la fijeza del nivel es lo que demarca las orillas del río, y no la causa que le da ese nivel (4).

9. ¿Cuándo es navegable un río? El código lo dice; pero el sentido de la palabra *navegable*, y el espíritu de la ley bastan para decidir la cuestión. Navegable quiere decir en donde se puede navegar, y navegar significa ir por agua,

1 Lyon, 25 de Febrero de 1843 (Daloz, *Aguas*, núm. 42). Sentencia de denegada apelación, de 9 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 1, 270); Lyon, 10 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 148).

2 Tolosa, 22 de Junio de 1860 (Daloz, 2, 128).

3 Lieja, 26 de Diciembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 217).

4 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 114).

sea siguiendo la corriente ó remontándola. Luego no basta que se pase de una orilla á la otra en un barco para que sea navegable el río. Hay más. Se ha resuelto que un río no es navegable por el hecho solo de que los ribereños han circular en él batelillos para el acarreo de los abonos y de las cosechas (1). En efecto, la navegabilidad implica la posibilidad de transportar hombres y cosas; porque los ríos navegables son una vía de comunicación, el legislador los ha puesto en el dominio público; si no pueden servir para la comunicación, la razón por la cual son del dominio ya no existe, y no hay efecto sin causa.

Cuando un río no es navegable, no está en el dominio público. La consecuencia parece resultar con toda claridad del art. 538, que no pone en el dominio público más que las corrientes de agua navegables. La cuestión, no obstante, es muy discutida; volveremos á tratarla más adelante, así con otra que con aquella se liga, la de saber si los ribereños pueden impedir el paso por medio de barcas en un río que no es navegable (núms. 13 y siguientes).

¿Cuándo un río es navegable por su naturaleza, cesa de pertenecer al dominio público si se interrumpe la navegación? Planteada de este modo la cuestión ha sido resuelta, negativamente y sin razón. Se supone que el río continúa siendo navegable por naturaleza, y que por una causa temporal se ha suspendido la navegación; ese río no cesa por eso de ser navegable, luego continúa formando parte del dominio público. El consejo de Estado así lo decretó en varias ocasiones (2). Creemos que la decisión sería diferente, si por un acontecimiento de la naturaleza, el río cesara de ser nave-

1 Decreto del consejo de Estado, de 1º de Diciembre de 1853 (Daloz, en la palabra *via por agua*, núm. 52).

2 Decreto del consejo de Estado de 22 de Febrero de 1850 (Daloz, en la palabra *via por agua*, núm. 338), y de 5 de Agosto de 1829 (Daloz, *Aguas*, núm. 150).

gable: cesando la navegabilidad, el efecto cesará también. Y que no se diga que una vez producido el efecto debe subsistir. Si el río forma parte del dominio público, es como vía de comunicación; desde el momento en que ya no puede servir para este destino, deja de haber razón para que sea todavía una dependencia del dominio público. La naturaleza es la que hace navegable al río y la que lo coloca en el dominio público; y también la naturaleza es la que lo vuelve no navegable y la que lo retira del dominio público. Más adelante diremos á quién pertenecen las corrientes de agua no navegables.

10. Un río puede ser en parte navegable y en parte nó. ¿Pertenece al dominio público en todo su curso? D'Aguesseau ha contestado que el río entero es una dependencia del dominio del Estado. En el repertorio de Merlin se lee que D'Aguesseau hablaba menos como magistrado imparcial que como defensor de los derechos del dominio (1). La opinión no ha encontrado favor. Se juzgo lo contrario en el antiguo derecho y bajo el imperio del código Napoleón (2). Según los principios que acabamos de establecer, parece evidente la decisión. En efecto, si los ríos navegables pertenecen al dominio público, es en razón de su navegabilidad: luego cuando no son navegables en todo su curso, no pueden ser patrimoniales sino desde el punto en que se hacen navegables. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. Cualquiera que sea la opinión que se adopte sobre la propiedad de los ríos navegables, claro es que los ribereños pueden usar de las aguas cuando sus heredades están demarcadas ó atravesadas por el río; no puede este uso comprometer la navegabilidad del río? ¿por lo mismo, no es necesario que el río esté en poder del Estado, á fin

1 D'Aguesseau, *duo-lésima requisitoria* (obras, t. 7º, p. 176, Merlin *Repertorio*, en la palabra *río*, pfo. 1º; núm. 2.

2 Dalloz, *Aguas*, núms. 47 y 48.

de que vele en que una vía que la naturaleza ha destinado para que sirva á las comunicaciones de los hombres no sea quitada de este destino por las empresas de los ribereños? Proudhon contesta á la objeción diciendo que, bajo el punto de vista del régimen de las aguas, la parte superior del río navegable debé considerarse como estando ya afectada al servicio público, de manera que el gobierno podrá prohibir á los ribereños que hagan tomas de agua para el regadío, como pueden hacerlo en virtud del art. 644; pero bajo todos los demás aspectos, el río se considera como no navegable, y así es que los ribereños tendrán el derecho de pesca, no pudiendo el ejercicio de ese derecho estorbar la navegabilidad (1)». Esto es muy racional, pero se puede preguntar cuál es el texto que nos autoriza para hacer una excepción en el art. 644, y hay que confesar que no hay ninguno. Sin duda que la administración puede expedir reglamentos sobre las corrientes de agua no navegables, pero tiene únicamente el poder de normar el ejercicio de los derechos que el código reconoce á los ribereños, y no el poder de despojarlos de dichos derechos. ¿Le es necesario modificarlos y restringirlos, por medio de la navegabilidad, ¿no debe indemnizarse á los ribereños? En la opinión que reconoce á los ribereños la propiedad de los cursos de agua no navegables, hay que contestar afirmativamente. Si se admite la opinión general que permite canalizar los ríos no navegables sin indemnización, debe resolverse que con mayor razón puede el gobierno imponer restricciones á los derechos de los ribereños por interés de la navegación.

11. Se pregunta si el alveo de los ríos navegables pertenece al Estado; no debería preguntarlo, siendo evidente la negativa. El texto de la ley resuelve la cuestión. Atribuye los ríos navegables al dominio público; le atribuye,

1 Proudhon, "Tratado del dominio público," t. 2^o, núms. 752-756.

pues, el alveo: ¿se concibe, dice Ulpiano, que el río sea público y su lecho no lo sea? (1). ¿Hay acaso algún río sin alveo? Es inútil insistir. La aplicación del principio ha dado lugar á una dificultad. Unos ribereños podan árboles plantados en la parte de la ribera que pertenece al dominio público, como que forma cuerpo con el río; pretenden que ellos ó sus antecesores han plantado aquellos árboles. ¿Les pertenecen éstos? El consejo de Estado resolvió que pertenecen al Estado. Lo que no ofrece duda alguna. Lo que había extraviado al primer juez, es que los árboles estaban plantados en la ribera, ahora bien, ¿no pertenece ésta á los ribereños? luego los árboles también son de su propiedad. Esto es confundir la ribera, interior con la exterior: ésta se halla dentro del dominio del río, y por lo tanto, del dominio público; impropriamente se le da el nombre de ribera, porque es más bien el límite extremo del lecho que está cubierto por las aguas en su mayor crecida, y que, en consecuencia, forma con éstas una sola cosa. Esto decide la cuestión (2).

III. De los ríos flotables

12. El código civil pone á los ríos *flotables* en la misma línea que á los navegables. Los hay no navegables que son flotables, es decir, que, sin soportar bajeles, sirven para transportar madera, sea en balsas ó almadías, sea en leños flotantes. Cuando la conducción, se hace en balsas, el río es flotable en el sentido del art. 538, y pertenece al dominio público. Consiste la razón en que la flotación es una especie de navegación puesto que sirve para transportar una mercancía; la navegación está restringida supuesto que no recibe aplicación más que á la madera; de todos modos hay

1 L., 1, pfo. 7, D., *de flumini* (XI IV, 12).

2 Consejo de Estado, 17 de Agosto de 1866 (Daloz, 1867, 3, 25).

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.

(tít. XXVII, art. 41) dicen: «La propiedad de todos los ríos de grande ó pequeño caudal que sustentan bajajes «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: síguese 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, *Agus.*, 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^o).

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. Siguese 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 pertenece (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 cotrovertida. 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 (1).

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 deregada apelación, de 17 de Julio de 1866 (Da-
lloz, 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 contradictores. Hay algunos que dicen que los ríos no navegables pertenecen al dominio público (1); unos las 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. Cierto es que empieza por *exclure* 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. 2º, núm. 5.

3 Demolombe, t. 10, p. 101, núm. 130.

4 Douai, 18 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 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 atribuirseles (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. 435, 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).

privada ¿cómo se quiere que la ley atribuya su propiedad á los ribereños? Las corrientes de agua no navegables eran propiedad privado en el derecho antiguo y han continuado siéndolo. ¿Se necesita una ley para atribuir á los particulares la propiedad de lo que es apropiable? Al contrario, se necesitaría una, para atribuirla al dominio del Estado, porque el dominio público es la excepción, mientras que el dominio privado es la regla casi universal.

La corte de casación de Bélgica no se ha pronunciado sino hipotecariamente acerca de la cuestión que estamos debatiendo. Admitiendo, dice ella, que los ríos no navegables no sean susceptibles de propiedad privada, resulta del «conjunto de nuestra legislación» que esas corrientes, cuyas principales ventajas se abandonan á los propietarios ribereños, deben colocarse en el dominio público municipal, más bien que en el dominio público nacional (1). ¿La corte no ha confundido aquí lo que el legislador habría podido y quizás debido hacer, con lo que él ha hecho? ¿Cómo se ha de poder fundar un derecho de propiedad ó de dominio público comunal en un motivo tan vago como el del «conjunto de nuestra legislación?» La corte había visto la imposibilidad, en presencia de los arts. 538 y 644, de colocar los ríos no navegables entre los bienes del Estado; y si no pueden ser propiedad privada, sólo queda colocarlos en el dominio comunal. El legislador puede emplear tal lenguaje ¿pero el intérprete?

18. Volvemos al código civil cuyas disposiciones son el verdadero lugar de la materia. Hay un punto que es decisivo, y es el de la propiedad del alveo. Hemos tomado nota de la afirmación de que el cauce seco pertenece á los ribereños; pero esto no es más que un punto de doctrina,

1 Sentencia de casación, de 23 de Abril de 1852 (*Pasierisia*, 1852, 1, 245).

que si hoy se reconoce, mañana puede rechazarse. Se necesita una base más sólida, y la encontramos en el texto del código. El art. 560 dice que las islas que se forman en el lecho de los ríos navegables pertenecen al Estado; y el art. 561 establece que las que se forman en los ríos no navegables pertenecen á los ribereños. ¿Troplong ha hecho mal en decir que este artículo decide la cuestión? Demolombe pretende que el argumento relluye con todo su peso en aquellos que lo han suscitado (1) En nuestra opinión, la argumentación de Troplong es muy jurídica. ¿Con qué título atribuye la ley las islas, sea al Estado, sea á los ribereños? La seccion en donde se hallan los arts. 560 y 561 nos lo dice. Ella trata del *derecho de accesión* relativamente á las cosas inmobiliarias. Así, pues, por derecho de accesión es por lo que el Estado y los ribereños se vuelven propietarios de las islas. ¿A qué adhieren éstas? Evidentemente al lecho. El Estado no tiene otro derecho; por otra parte, la isla no puede ser más que el accesorio del lecho, supuesto que en éste se forma, es una parte de él, no hace más que una sola cosa con él; luego si el Estado y los ribereños adquieren por accesión las islas que se forman en los ríos, es porque son propietarios del lecho. ¿Qué se contesta a esta interpretación de los arts. 560 y 561? ó por mejor decir ¿como se aparta el texto del código? Invócanse la discusión y los discursos de los oradores. Nosotros también los invocamos. En el consejo de Estado Jollivet hizo notar que las antiguas ordenanzas no atribuían las islas á la nación. Treilhard contestó que la cuestión estaba ya resuelta: supuesto que, dijo él, el consejo ha resuelto que el lecho de los ríos navegables pertenece al dominio nacional, necesaria-

1 Troplong, *De la prescripción*, t. 1º, núm. 145, Demolombe, tomo 10, p. 115, núm. 139.

mente está resuelto también que las islas que forman parte del lecho siguen la suerte de la cosa principal. Regnaud de Saint-Jean d' Angély abundó en este orden de ideas, y Tronchet agregó que no podía haber á la vez dos principios contradictorios. Otros miembros del consejo invocaban, además, el interés de la navegación, lo que, dijo Tronchet, léjos de contradecir el principio puesto al debate por Treilhard, lo confirma, supuesto que precisamente por interés de la navegación es por lo que los ríos navegables se han puesto en el dominio público (1).

En cuanto á las islas que se forman en los ríos navegables, el principio no podría discutirse; ellas pertenecen al Estado, porque los ríos navegables le pertenecen. Si tal es el principio para los ríos navegables, el mismo debe aplicarse á los ríos no navegables, porque se trata siempre del derecho de accesión; ahora bien, ¿se concibe que la isla acceda al lecho, á título de accesorio, si el lecho, cosa principal, no pertenece á los ribereños? ¡Es decir que habría una adquisición, á título de accesión, sin que hubiese una principal! ¿Se concibe que unos jurisconsultos hayan consagrado tamaño absurdo! Sé nos oponen algunas palabras de Tronchet. «Las islas en los ríos no navegables, dijo él, son objetos de tan poca importancia, que tal vez no hay interés alguno en disputarlas á los particulares.» Posible es que Tronchet haya sido de opinión que el lecho de los ríos no navegables pertenecen al Estado; pero no lo dice formalmente, únicamente añade un motivo de hecho á otro de derecho.

¿Qué dicen los oradores en sus discursos? Portalis no hace más que parafrasear el texto del código. Faure, el relator del Tribunado, dice que la distinción entre las islas

1 Sesión del consejo de Estado, de 27 vendimiario, año XII, número 14 (Loché, t. 4º, p. 65).

de los ríos navegables y la de los otros ríos se funda en que los de la primera clase son de una importancia mayor para el Estado, á causa del interés del comercio, y porque nada de lo que se forma en el médio de su corriente debe ser extraño al dominio público. Esto equivale á decir, en otros términos, que los ríos navegables están colocados en el dominio del Estado, á causa del interés del comercio, y esto es decir implícitamente que los ríos no navegables permanecen siendo propiedad particular, porque el interés general no exige que se pongan bajo el dominio público. Grenier, el orador del Tribunado, se limita á asentir el principio que ya hemos invocado en multitud de ocasiones. ¿Por qué hay un dominio público? Porque hay cosas que la naturaleza ó la sociedad destinan para el uso de todos. Tales son los ríos navegables: el interés de la navegación domina al interés de los ribereños (1). Cuando las corrientes no son navegables ni flotables, ya no hay interés público que atender, navegación, ni flote; los ribereños son los únicos interesados; por esto es que la ley los reconoce propietarios. La ley, dice Grenier, decide siempre en favor de la *propiedad individual* (2).

Hé aquí la palabra decisiva *propiedad* resolviendo la dificultad, porque el código mismo la pronuncia. Después de haber dicho en el art. 644 que los ribereños de las corrientes no navegables pueden servirse de ellas para la irrigación de sus tierras, el art. 645 agrega que, si surgen disputas entre los ribereños, los tribunales deben conciliar el interés de la agricultura con el «respeto debido á la propiedad.» ¿Que es esta «propiedad» que los tribunales deben respetar, á la vez que favoreciendo á la agricultura? No puede ser otra cosa que la propiedad de las aguas corrientes, por.

1 Faure, informe al Tribunado, núm. 19 (Loaré, t. 4º, p. 91).

2 Grenier, Discurso núm. 17 (Loaré, t. 4º, p. 100).

que el texto no tiene otro sentido. Los ribereños tienen la propiedad de las aguas que bañan sus heredades; como propietarios, podrían oponerse á la irrigación en la cual quisieran sus vecinos emplear las aguas; el juez tendrá en cuenta el derecho de aquéllos, dice el código, pero tomará en consideración el interés de la agricultura. El art. 645 consagra, pues, en términos formales la doctrina que estamos defendiendo.

19. Este derecho de propiedad es de una naturaleza particular. Cierto es que no es la propiedad que define el artículo 544; los ribereños no tienen el derecho de disponer de la corriente de la manera más absoluta. El art. 645 lo dice: hay lugar á conciliar intereses opuestos. Mientras que el propietario, en general, no se detiene ante el interés de los demás propietarios; aun cuando comprometa dicho interés, usando de su derecho, él responde: el que usa de su derecho á nadie hace daño. El ribereño no puede decir otro tanto. ¿Por qué? Porque su derecho es una co propiedad y no una propiedad exclusiva. La naturaleza ha destinado las corrientes para el uso de todos los ribereños, de los que están agua arriba ó agua abajo. Los que reciben las primeras aguas y usan de ellas no pueden absorberlas, esto sería vulnerar el derecho igual que la naturaleza da á los ribereños inferiores, porque es ley de la naturaleza que las aguas se precipiten sin cesar de arriba abajo. Con este espíritu la ley arregla los derechos de los ribereños. Contra ellos se han esgrimido los derechos mismos que la ley les otorga. ¿A qué conduce arreglarlos, se dice, si son propietarios? ¿Acaso, dice la ley, cuáles son los derechos de los que poseen una pradera? Después de esto, se sostiene que

1 Championnière, "De la propiedad de las corrientes no navegables," p. 761, núm. 430. Compárese, Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 78, núms. 122_126; Marcadé, t. 3°, p. 414, núms. 1 y 2, Hennequin, t. 1°, ps. 314_326.

tales derechos no se les reconocen sino por consideraciones de equidad, que son restrictivos, que por el hecho solo de que la ley les da un derecho para el uso de las aguas, les deniega la propiedad del alveo, es decir, del río (1). Si ha de decirse la verdad, toda esta argumentación se toma en el aire, en nada reposa. La ley ha debido determinar los derechos de los ribereños, porque su propiedad es de una naturaleza especial; ella les da todos los derechos que son compatibles con el derecho igual de sus co-propietarios; cada ribereño tiene el derecho exclusivo de pesca (2), cada ribereño puede servirse de las aguas para todos los usos á que las destina la naturaleza ó la industria. Acabamos de decir la industria, y todos lo aceptan, lo que prueba que la ley no es restrictiva, aunque el texto no hable de agricultura. Hay que decir más: por el hecho solo de que el código arregla los derechos de los ribereños, debe resolverse que estos derechos forman una propiedad por limitada que ella esté. En efecto, cuando se trata de cosas que pertenecen á otras personas que no sean particulares, el código remite á las leyes especiales que se ocupan de las personas civiles ó privadas (art. 537). Sucede lo mismo con las cosas cuyo uso es común á todos: ciertas leyes de policía, dice el artículo 714, sistematizan la manera de disfrutarlas. Si las aguas corrientes entrasen en esta categoría, el código no habría hablado de ellas. Lo hace porqué los ribereños tienen en ellas un derecho de propiedad. Únicamente el lugar que ocupan los arts. 644 y 645 lo prueba. A continuación de los arts. 641-643, que tratan de la propiedad de los manantiales, es donde el código se ocupa de las corrientes no navegables; ahora bien, los manantiales forman una propiedad

1. Demolombe, t. 10 p. 114, núm. 138. Sentencia de denegada apelación, de 17 de Junio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 202).

2. Dictamen del consejo de Estado de 30 pluvioso, año XIII. Ley francesa de 31 de Mayo de 1865 (Daloz, 1865, 4, 37).

absoluta: ¿no es esto marcar con claridad que los ríos son también el objeto de un derecho de propiedad?

Esta es una propiedad particular; da derechos, pero limitados, por el derecho igual de los demás ribereños. Impone también cargos particulares. En general, el propietario es libre para usar de su cosa como mejor le convenga; puede emplearla malamente, puede no mantenerla en buen estado, si ese es su gusto. No pasa lo mismo con el derecho de los ribereños, porque están obligados á hacer la limpia de las aguas, contribuyendo en ello cada uno en la medida de su interés; si hay que ejecutar algunos trabajos, el gobierno los ordena, el gasto se reparte entre los ribereños y el recobro se opera como el de las contribuciones públicas (1). ¿Por qué esta comunidad de cargas entre los ribereños, si no había de haber comunidad de derecho? Hay una relación lógica, necesaria entre los derechos y las obligaciones. La limpia de los ríos navegables incumbe al Estado; ¿porqué? Porque las corrientes son del dominio público. Mientras que los ribereños están encargados de los ríos no navegables. ¿Por qué? Porque los ríos son de su dominio.

20. Al decir que la propiedad de los ríos navegables es una propiedad especial subordinada á los intereses comunes de los ribereños, damos el derecho á una objeción de teoría que se dirige á nuestra doctrina. Merlin dice que los ríos no navegables, sin pertenecer radicalmente al Estado, no dejan de formar, como la de los caminos vecinales, una propiedad pública que ningún individuo puede abrogarse, y sobre la cual, en consecuencia, el gobierno ejerce un derecho de inspección y de alta policía (2). Esto implica que las corrientes no navegables no son y no pueden ser propiedad privada, en razón de los intereses generales que con

1 Ley de 14 floreal, año XI (Daloz, *Aguas*, núms. 107 y 220).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *rio*, pfo. 2º, núm. 5 (t. 30, página 87).

ellas se ligan y que el gobierno debe amparar (1). ¿Cuáles son esos intereses? Los únicos intereses realmente generales en materia de aguas corrientes son la navegación y el flote; éstos se hallan fuera de la cuestión, supuesto que se trata de ríos no navegables ni flotables. Después de esto viene el interés de la agricultura y de la industria; éste es ciertamente un interés general; pero en el actual debate, no concierne más que á los ribereños, porque ellos solos pueden servirse de las aguas, sea para la irrigación, sea como motor hidráulico de las fábricas; de hecho éste es un interés común á los ribereños más bien que interés de todos. Así, pues, se concibe que el código haya considerado los ríos navegables como una dependencia del dominio público, y que haya dejado las corrientes no navegables en el dominio común de los ribereños. No decimos que este sistema sea el mejor, sino únicamente que concilia los diversos intereses. Cuando se prevalen del destino de las aguas corrientes para rehusar su propiedad á los ribereños, se olvida que en el antiguo derecho había canales y ríos que pertenecían á los ribereños, por más que la navegación estuviese interesada, al menos respecto á los canales; se olvida, además, que en nuestro antiguo derecho los caminos vecinales eran igualmente propiedad privada, aunque los habitantes de varias comunas estuviesen interesados en esas vías de comunicación (2). Esto no puede ser lógico, pero al menos es posible, supuesto que así era el antiguo derecho. Pues bien, tales también, según el código civil, la condición de las aguas corrientes no navegables. Los intereses comunes que están implícitos, los de la agricultura y de la industria, están amparados por la intervención del gobierno. Insistiremos acer-

1 Proudhon, *Tratado del dominio público*, núms. 938-943.

2 Sentencia de la corte de casación, de Bélgica, de 10 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865. 1, 280).

ca de este poder reglamentario, al explicar el art. 645 en el título de las *Servidumbres*.

21. La opinión que acabamos de defender no ha encontrado favor ante los tribunales; con excepción de una sentencia sólidamente motivada de Amiens y una de Bruselas que no tiene valor doctrinal (1), la jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión que considera los ríos no navegables no pertenecientes á nadie. Los que sostienen este sistema no están de acuerdo sobre la manera de formularlo. Merlín, cuya autoridad se invoca, dice que los ríos no navegables, forman una propiedad pública, en el sentido de que ningún individuo puede abrogársela; en otra parte dice: «Destinados al uso común de todos, por una especie de consagración pública, los pequeños ríos propiamente á nadie pertenecen y no dependen más que del poder soberano, salvo el uso particular que tienen derecho á hacer los propietarios para sus necesidades y ventajas» (2). Zachariæ y sus traductores dicen que esas corrientes no son del patrimonio de nadie: lo que, según ellos, quiere decir que no se les debe poner ni en la clase de las cosas *comunes*, supuesto que los ribereños tienen en ellos algunos derechos, ni en las de las *res nullius* propiamente dichas, supuesto que no son susceptibles de adquirirse por vía de ocupación; en definitiva, «las aguas corrientes de que se trata forman, bajo el punto de vista del derecho de propiedad, una categoría de cosas completamente aparte» (3). La corte de Gante falló que los ríos no navegables forman una dependencia del dominio público, cuyo uso es de todos y cuya propiedad á

1 Amiens, 23 de Enero de 1843 (Dalloz, 1845, 2, 189); Bruselas, 16 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 260); la sentencia decide que el alveo de los ríos no navegables pertenece á los ribereños.

2 Merlín, *Repertorio* en la palabra *rio*, pfo. 2º, núm. 5 (t. 30, p. 87) *Questiones de derecho*, en la palabra *corrientes de agua*, pfo. 1º (t. 4º). página 395.

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 36, nota 8.

nadie pertenece (1). Las cortes de Francia deciden generalmente que esos ríos pertenecen á la categoría de las cosas de que habla el art. 714 en estos términos: «Hay cosas que á nadie pertenecen y cuyo uso es común á todos. Las leyes de policía arreglan la manera de disfrutarlas (2)».

Hacemos á un lado la doctrina de Merlin, porque en ningún texto, se basa. Con mayor razón rechazamos la opinión de Zachariæ; sus anotadores confiesan que las aguas corrientes no navegables forman una clase de cosas completamente aparte: y ¿no precisa una ley para fundar una propiedad tan especial? ¿y en dónde se halla dicha ley? La corte de Gante cita las Institutas; ella olvida que el código civil tiene un título consagrado á la distinción de los bienes, en donde se halla un capítulo que trata de la división de los bienes, considerados en cuanto á la propiedad; luego no tiene que ver en esto el derecho romano. Queda el art. 714 invocado por la jurisprudencia francesa.

En vano se buscaría en las sentencias bastante numerosas en esta materia, un motivo que justifique la aplicación del art. 714. Notemos desde luego que este artículo no se halla colocado en el título de la *Distinción de los bienes*; luego no puede tener por objeto establecer un principio concerniente á esta distinción. El lugar de la materia no está en el libro tercero, que trata de las diferentes maneras de adquirir la propiedad, está en el título I del libro II, intitulado de la *Distinción de los bienes*. Ahora bien, ya vimos que el capítulo III se ocupa especialmente «de los bienes en su re-

1 Cante, 7 de Julio de 1855 (Dalloz, *Aguas*, núm. 213).

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Febrero de 1833 (Dalloz, *Aguas*, núm. 213); Tolosa, 6 de Junio de 1832 (*ibid*, núm. 377); sentencia de casación, de 10 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 177); sentencias de denegada apelación de 23 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 18), y de 8 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 130), Metz, 11 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 53).

lación con los que lo poseen»; 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 siguen 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, pues, 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.

nó 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. Cierto 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; Proalhon. *Del dominio público*, núms. 669, y 1415. Sentencias de Agen, de 4 de Marzo de 1859 (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 habria duda alguna. Los ríos no navegables no están destinados á la navegación; sea lo que fuere lo que diga Demolombe, esas aguas no son vías de comunicación, la excepcion 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 plantéada 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 (Daloz, 1863, 2, 122); casada por sentencia de 8 de Marzo de 1865 (Daloz, 1865, 1, 130).

2 Isambert lo admite (*De las vías públicas*, núms. 191 y siguientes); Demolombe retrocede ante tamaña envijidad (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 (Daloz, 1850, 1, 202).

berañero 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 arrebatan 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 (Daloz, 1846, 1, 177).

3 Demolombe, t. 10 p. 130, núm. 140. *Contra*. Daviel, *De las corrientes de agua*, t. 1^o, núm. 181. Comparese, Daloz, *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 extraido 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 (Daloz, 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 las 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 (Lochró, t. 4º, p. 23).

no obstante, ciertas calles que son la prolongación de una gran vía de comunicación, y que, como tales, pertenecen á la gran vía pública y no á la vecinal. Con este título, forman parte del dominio público del Estado, porque están á su cargo, como lo dice el art. 538 (1).

VII. De las vías concedidas.

29. Los canales, los caminos, los caminos de fierro pueden construirse por vía de concesión. ¿A quién pertenecen las vías concedidas mientras dura la concesión? ¿cuáles son los derechos de los concesionarios? Hay una gran diversidad de pareceres sobre esta difícil cuestión; la doctrina nada tiene de preciso, y la jurisprudencia es á veces contradictoria. Comenzaremos por determinar cuál es posición de los concesionarios, según el cuaderno de cargos usados en Francia. El derecho es el mismo en Bélgica (2).

Todos los terrenos necesarios para el establecimiento del camino de fierro y sus dependencias son comprados y pagados por la compañía concesionaria (art. 21). He aquí un primer punto que es capital en el debate sobre la propiedad de las vías concedidas. Acabamos de decir que los caminos públicos pertenecen al Estado, ó á las provincias, ó á las comunas, porque el Estado, la provincia ó la comuna es el propietario del suelo. ¿Quién es el propietario del terreno en el cual se construye un camino de fierro? Evidentemente que la compañía concesionaria, supuesto que ella es la que compra, y el comprador es el propietario. ¿Se dirá que la compañía compra por el Estado y en su nombre? El cuaderno de cargos no dice eso; el Estado no interviene sino para hacer la concesión y para declarar que la vía por

1 Dalloz, en la palabra *vía por tierra*, núms. 1475 y 1533.

2 Dalloz, en la palabra *vía por camino de fierro*, núms. 97, p. 881 y siguientes.

construir es de utilidad pública. ¿Cuál es la consecuencia que de esto resulta? El art. 22 del cuaderno contesta á nuestra cuestión: «Siendo la empresa de utilidad pública, la compañía está investida, para la ejecución de los trabajos, de todos los derechos que las leyes confieren á la administración en materia de trabajo público, para la adquisición de terrenos, por vía de expropiación.» Así es que la compañía tiene el poder de expropiar, pero ella es la que compra los terrenos expropiados y la que los paga; que la compra se haga voluntariamente ó por decisión judicial, esto en nada cambia el derecho del comprador; siempre es él el propietario.

El camino de fierro construido, á expensas de la compañía, en un terreno que le pertenece, es, por esto mismo, su propiedad. Pero es una propiedad de una naturaleza enteramente especial. Ella tiene un destino público: es decir, que es una propiedad limitada, subordinada al servicio público, para el cual se concedió la vía. Ya se comprende que la compañía no puede cambiar ese destino; y debe también mantener y reparar el camino de fierro y sus dependencias, á fin de que el servicio quede asegurado. Ella está, á este respecto, sometida á la inspección permanente de la administración (art. 34). Su derecho consiste en percibir los peages durante el plazo estipulado en el acta de concesión: la duración habitual es de noventa y nueve años (art. 35).

«En la época fijada para la espiración de la concesión y por el hecho solo de esta espiración, el gobierno queda subrogado en todos los derechos de la compañía sobre el camino de fierro y sus dependencias, y entrará inmediatamente al goce de todos sus productos» (art. 36). ¿Cuáles son esos derechos en los cuales el Estado es subrogado? La disposición que acabamos de transcribir nos lo dicē: es el

derecho de la compañía sobre el camino de fierro y sus dependencias, es decir, el derecho de propiedad. Sobre las dependencias, la compañía no tiene otros derechos; sobre el camino de fierro, ella tenía mientras duraba la concesión, el derecho de percibir peages; pero tal derecho ha cesado por el hecho solo de la espiración de la concesión; la compañía no puede subrogar al Estado en derechos que ella no tiene. Así, pues, hablando de subrogación á los derechos de la compañía, el cuaderno de cargos no puede entender más que la propiedad del suelo. Sucede á veces que la compañía cede sus derechos al Estado antes de la espiración de su concesión. ¿Cómo se llama este contrato? Dícese que el Estado rescata el camino de fierro: luego la compañía vende, luego es propietaria.

30. ¿La ley francesa de 15 de Julio de 1845 sobre la policía de los caminos de fierro ha modificado los principios generales, y en qué sentido? Según los términos del art. 1º, los caminos de fierro construidos ó concedidos por el Estado forman parte del camino real. Se ve que en lo que concierne á la vía pública, los caminos de fierro concedidos se asimilan á los caminos de fierro construidos por el Estado. ¿Cuál es el alcance de este principio? Cuando tuvo lugar la discusión, se dijo, y repitió, que los caminos de fierro debían considerarse como una dependencia del dominio público, y que, con tal título, eran imprescriptibles (1). Esto parece decidir la cuestión contra los principios generales, y contra las disposiciones del cuaderno de cargos que nosotros acabamos de invocar. La corte de casación así lo ha fallado casando un fallo del tribunal del Sena. Hábiales parecido á los jueces de primera instancia que, según las cláusulas del cuaderno, la compañía era propietaria, y tal propiedad no les parecía incompatible con el

1 *Monitor* del 2 de Abril de 1844 (Daloz, 1845, 3, 164).

destino público del camino de fierro, supuesto que el derecho de los concesionarios estaba limitado y dominado en cierto modo por el derecho del Estado. La corte de casación se basó en la ley de 1845 y en la asimilación que ella hace de los caminos construidos y de los caminos concedidos por el Estado. Hé aquí el principio que ella deduce. Las compañías no hacen más que encargarse de una empresa de trabajos públicos ejecutados por las órdenes, sobre los planos, bajo la dirección y a cuenta del Estado, quien los recibe después de concluidos é indemniza á las compañías, concediéndoles, por un tiempo determinado, la percepción privilegiada de los peages, conforme á tarifas acordadas entre las partes contrayentes. La consecuencia que se deriva de este principio, en cuanto á la propiedad, es evidente. Ella está inmediatamente adquirida para el Estado; en cuanto al derecho de las compañías, está limitado á los productos del camino de fierro; luego ese derecho es puramente mobiliario. El tribunal del Sena había decidido que si no se quería admitir que las compañías fuesen propietarias, preciso era reconocerles al menos un derecho de goce inmobiliario. Nó, dice la corte de casación, los concesionarios no tienen ni usufruct, ni enfiteusis, ni ningún derecho inmobiliario que implique un desmembramiento de la propiedad pública (1).

31. Nosotros hacemos constar los principios contrarios, y no estamos al término de las contradicciones. La corte de casación parece creer que es imposible que una vía de comunicación esté bajo el dominio de los particulares. No obstante, ella misma ha resuelto que el canal del Sur es propiedad privada; lo que no impide que forme parte de la vía pública (núm. 14). Luego no hay incompatibilidad en

1 Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 125).

que una vía pública pertenezca á los concesionarios. Asistamos por un instante á las variaciones de la jurisprudencia en materia de canales concedidos. Se lee en una Compilación que resume la doctrina dominante y la jurisprudencia: «Los juriconsultos están de acuerdo en considerar como una propiedad privada los canales ordenados por el Estado, pero construidos por los particulares á su cuenta y riesgo. No obstante, si dichos canales no están colocados en el dominio público, están gravados con una servidumbre que consiste en la obligación de permanecer á perpetuidad en el estado de canales y de abrirse para todos los que quieran transitarlos. Además, el Estado ejerce sobre los canales una autoridad de policía y de vigilancia general que depende de que los canales son verdaderos caminos públicos» (1). Si los concesionarios de un canal pueden tener su propiedad perpetua, por más que quede afecta al servicio público ¿por qué los concesionarios de un camino de fierro no habian de poder tener su dominio durante noventa y nueve años?

La corte de casación ha consagrado esta doctrina en los mismos términos que acabamos de transcribir. Ella establece como principio que los canales pueden ser de propiedad particular á pasar de estar gravados con la servidumbre perpetua de quedarse en ese estado y de dejar paso libre á todos los que lo reclamen, conforme á los reglamentos y á las tarifas (2). La corte de casación ha fallado, además, á propósito del canal del Sur, que si bajo el punto de vista de la navegación, los canales son una dependencia del «dominio público,» nada se opone, no obstante, á que un canal construido por un particular ó una compañía, en virtud de la concesión del Estado, pueda

1 Dalloz, *Aguas*, núm. 161.

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

constituir en manos del concesionario una «propiedad privada» (1). He aquí, pues, una vía de comunicación que á un tiempo mismo es del «dominio público» y propiedad privada. ¿Por qué no habría de ser lo mismo de los caminos de fierro concedidos á plazó? ¿Acaso la perpetuidad influiría en la cuestión de propiedad? Ciertamente que nó, porque si sobre un canal á perpetuidad puede haber una doble propiedad, el dominio público y el privado, con mayor razón es esto concebible durante un tiempo limitado. ¿Cuál será la parte de los concesionarios y cuál la del Estado? Puede decirse, en principio, que los concesionarios pueden hacer de su propiedad todo uso compatible con el destino público. Así es, como la corte de casación ha resuelto que los concesionarios del canal habían podido valdederamente establecer una servidumbre sobre el canal no perjudicando ésta en nada á la navegación. Si los concesionarios pueden gravar con una servidumbre la vía consedida es porque son propietarios de ella, porque únicamente el propietario puede establecer una servidumbre. Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que en una exposición de motivos presentada á la cámara de diputados en 1844, si niega que los terrenos adquiridos por los concesionarios les pertenezcan, y se les reivindica para el dominio público (2). Para completar este caso de opiniones, un excelente autor pretende que las sentencias mismas que deciden que los canales son propiedad privada, consagran el principio del dominio público (3). Sí; pero ellas admiten el dominio privado. Que esto choque con nuestras ideas, sea. De todos modos es cierto que tal es la

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 254).

2 Dalloz, *via por agua*, núm. 153.

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 40, notas 12 y 13.

jurisprudencia concerniente á la propiedad de los canales concedidos, y no vemos de qué manera podría conciliarse con la jurisprudencia sobre los caminos de fierro.

32 La jurisprudencia se ha modificado, ó por mejor decir, á medida que se han presentado nuevas cuestiones, nuevas faces del difícil problema que se trata de resolver se han suscitado, y las cortes se han apercibido que no recibía solución absoluta. Ateniéndose á la sentencia que ha decidido que los concesionarios no tienen más que un derecho mobiliario, se podría creer que la concesión no es más que un arrendamiento que asegura al arrendatario el disfrute de los peages, quedando al Estado la propiedad y la posesión. Esto ha sido sostenido ante la corte de casación; y de ello se ha concluido que los concesionarios ni siquiera podían intentar una acción posesoria. Esto era llevar hasta sus extremas consecuencias el principio consagrado por la corte suprema. La consecuencia era inadmisibile. Si se reivindica el dominio de los caminos de fierro para el Estado, es para garantir todos los intereses que se refieren á una vía de comunicación tan importante como lo son las vías férreas. Pero rehusar á las compañías el derecho de intentar las acciones posesorias, es precisamente comprometer los intereses que se deseen amparar. ¿Acaso el Estado puede promover acción posesoria en todos los puntos del territorio? Las compañías están interesadas en reprimir las usurpaciones, é importa por lo mismo que puedan promover. ¿Pero tienen para ello derecho? Nó, si no tienen más que un derecho mobiliario; es preciso que tengan una posesión, y una posesión á título de dueño. La corte de casación volvió sobre sus pasos; niega que los concesionarios sean poseedores precarios; persiste en considerar al Estado como el único propietario de las vías férreas; pero al menos las compañías tienen el derecho de explotarlas en propio provecho; luego

tienen el derecho y hasta la obligación de vigilar la conservación de todo lo que constituye el objeto de la concesión; ahora bien, las acciones posesorias son esencialmente actos de conservación y de administración. Esto decide la cuestión (1).

Este es un primer paso hacia una nueva doctrina. Los motivos dados por la corte no justifican suficientemente su decisión. Podría decirse de los arrendatarios lo que la corte dice de los concesionarios; en cuanto á la dificultad de obrar no es ciertamente un motivo de derecho. Hay que ir más lejos, y reconocer á los concesionarios una especie de propiedad. La jurisprudencia está siempre vacilante: se inclina más bien hacia el sistema opuesto. Se ha fallado que las compañías no tienen calidad para ejercer las acciones reales que tienden a obtener la supresión de servidumbres de que estarán gravados los terrenos por ellas adquiridos: esto es una rigurosa consecuencia del principio que deniega á las compañías todo derecho de propiedad. La corte de Douai llega hasta decir que los concesionarios no disfrutan sino á título puramente precario (2). En este punto está ella en oposición con la sentencia de la corte de casación, que acabamos de citar: prueba de que nada hay de preciso ni de resuelto en la doctrina de los tribunales.

¿No ha ido la corte más lejos rehusando á las compañías toda acción real? Leese en los cuadernos de cargos (art. 29) que las compañías están autorizadas, ó por mejor decir, que están obligadas á mandar que se proceda á sus expensas al deslinde contradictorio de todas las propiedades que constituyen el camino de fierro; el Estado ni siquiera interviene, por más que sus derechos puedan verse compromete-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 117), pronunciada en virtud de un informe notable del consejero Calmetes.

2 Douai, 9 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 145).

tidos por el deslinde. ¿No es esta una prueba de que los concesionarios son más que poseedores precarios? ¿qué tienen una especie de propiedad? En efecto, la acción de deslinde deriva del derecho de dominio. «Todo propietario, dice el art. 645, puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades contiguas.» Siempre venimos á parar á la misma conclusión, y es que las compañías tienen una especie de propiedad.

33. ¿La compañía concesionaria puede vender? Se entiende que no se trata de disponer de todo ó parte de los terrenos que componen el camino de fierro y sus dependencias, en el sentido de que la cosa vendida se emplee en otro uso que aquél al cual está destinada por el acta de concesión. El concesionario no tiene derecho á cambiar el destino de la vía de comunicación cuya explotación se le ha concedido; y no es posible transferir á otro más derecho de los que uno mismo tiene. Siguese de aquí que el concesionario no tiene derecho á vender terrenos desprendidos; en este sentido la vía ferrea y sus dependencias son inalienables y por tanto, imprescriptibles (1). Pero nada impide que el concesionario ceda los derechos que tiene. El arrendamiento mismo es cedible, y con mayor razón la especie de propiedad que citamos reconociendo al concesionario: bien entendido que el comprador recibe la cosa gravada con la carga que resulta de la concesión. La única cuestión que puede debatirse es la de saber si la venta del camino de fierro puede tener lugar sin autorización del gobierno. Ordinariamente, el cuaderno de cargos prevee la dificultad y exige una autorización. Aun en ausencia de una cláusula especial, habría que resolverlo así (2).

1 Resuelto así, en materia de canales concedidos, por una sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1837 (Daloz, en la palabra *dominio público*, núm. 47, 4º).

2 Decidido así, implícitamente por una sentencia de denegada apelación, de 15 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 235).

El concedente no tiene derecho sino en virtud de un acto de la autoridad pública; es de la esencia de la concesión que el gobierno acepte al concesionario; debe, pues, aceptar también al comprador, supuesto que toma el lugar del cedente. El tribunal del Sena había propuesto una distinción; admitía que la concesión misma, acto de la autoridad pública, no podía pasar de una á otra mano sin la intervención de esa misma autoridad; pero pensaba que el concesionario podía ceder los derechos que debía á la concesión. Esta distinción, por más que no haya sido rechazada formalmente por la corte de París, ni por la de casación, no podría admitirse. En efecto, precisamente, porque la concesión da derecho de explotar en provecho de un particular una vía de comunicación, es por lo que el gobierno debe autorizarla: el derecho de explotar es toda la concesión. Luego la autoridad pública que autoriza la concesión primitiva debe autorizar también la venta que de ella se haga.

34. ¿El camino de fierro puede ser embargado por los acreedores de los concesionarios? En principio, y según el derecho común, la cuestión debe resolverse afirmativamente. Los bienes que pueden venderse pueden también ser embargados. Ahora bien, acabamos de decir en qué sentido es permitida la venta. En el mismo sentido, el embargo debe serlo. Es preciso desde luego que sea el camino de fierro íntegro el que se expropia; no habiéndose hecho la concesión por partes, es por esto mismo indivisible. Es preciso, además, que el adjudicatario obtenga la autorización del gobierno, porque no puede haber venta sin dicha autorización; la venta forzosa, lo mismo que la voluntaria, se hace, pues, con la condición suspensiva del consentimiento de la autoridad pública (1). Hay una decisión contraria del

1 Lyon, 2 de Febrero de 1840 (Dalloz, en la expresión *venta pública de inmuebles*, núm. 79).

tribunal del Sena (1). El fallo parte del principio de que el concesionario no es el verdadero propietario del terreno en el cual el camino de fierro está establecido. Nó, si por propiedad se entiende la que define el art. 644. Sí, si se admite que hay una propiedad limitada, subordinada á un destino público. En este sentido no es verdad decir que los caminos de fierro no son susceptibles de una propiedad privada, y que no pueden venderse. La venta de la concesión es admitida, aun por el cuaderno de cargos; y si el camino de fierro puede ser cedido por venta voluntaria, por qué no por venta forzada? El tribunal agrega que la destrucción de la menor partícula de la vía la inutilizaría, lo que estaría en oposición evidente con la creación del camino. De antemano hemos contestado al argumento, y asombra que se haya hecho la objeción. ¿Quién piensa, pues, en permitir el embargo de un camino de fierro por piezas y pedazos? La concesión pasa á manos del adjudicatario tal como estaba en manos del concesionario; por lo tanto, el interés público no entra en causa; está amparado por la intervención del gobierno, sin la cual no puede haber mutación en la persona del concesionario.

35. ¿Cuál es, en definitiva, la naturaleza de la concesión? ¿Cuál es el derecho del concesionario? Nosotros creemos que es imposible aplicar á las vías concedidas los principios que rigen la propiedad y sus desmembramientos. Los jurisconsultos lo han intentado, pero no han llegado á precisar la naturaleza del derecho. Cotelle enseña que las vías concedidas forman parte del dominio público y admite también que las compañías adquieren en ellas un derecho inmobiliario. ¿Cómo se calificará este derecho? El autor dice que es un dominio útil, un usufructo: las dos ex-

1 Fallo del tribunal del Sena, de 27 de Julio de 1850 (Daloz. 1851, 5, 78). Daloz aprueba la decisión (en la palabra *vía per camino de fierro*, núm. 186).

presiones son contradictorias; si hay usufructo, el dominio entero, salvo su goce, se halla en manos del propietario: luego no puede tenerse á la vez el dominio de una cosa y el usufructo. En otra parte, el autor dice que una concesión de trabajos públicos puede volverse un título de propiedad (1). Esto es vago y contradictorio. ¿Hay propiedad, ó no la hay? Dellalleau dice que es un verdadero usufructo (2), lo que implica que el Estado es propietario. Supongamos que lo sea; ésta no sería una propiedad ordinaria, la vía concedida haría parte del dominio público, y ¿por qué? Porque no es susceptible de propiedad privada, como lo dice el art. 538; ahora bien, lo que no es susceptible de apropiación, no es susceptible de un derecho real. Se ve que es imposible aplicar á la concesión las nociones de nuestro derecho privado. Proudhon, Solon y Dufour dicen que la concesión no da al concesionario más que una posesión puramente precaria (3). Esto equivale á decir que el concesionario no tiene ningún derecho, porque la posesión precaria no da ninguno. Esto es inadmisibile, cuando los concesionarios tienen el derecho de percibir peages por espacio de noventa y nueve años, y cuando tienen el derecho de poseer por todo este lapso de tiempo.

En vano se buscaría calificar el derecho de los concesionarios quedándose dentro de los límites del derecho común. La razón es que el derecho común no conoce más que una especie de propiedad, el dominio absoluto con sus desmembramientos; al lado de este dominio privado, admite un dominio publico que no es un verdadero dominio; pero el de-

1 Cotelle, *Derecho administrativo*, t. 4º, núm. 57; t. 2º, núms. 4 y 5; y tomo 1º, núms. 19 y siguientes.

2 Dellalleau, en la *Revista de legislación*, t. 5º, p. 140.

3 Proudhon, *Tratado del dominio público*, t. 1º, p. 281; Solon, *Repertorio de las jurisdicciones*, en la palabra *concesión*, núm. 11, y en la palabra *canales*, núm. 9; Dufour, *Tratado de derechos administrativos*, t. 2º, p. 422, número 2823.

recho común no conoce una propiedad que sea á la vez propiedad privada y dominio público. Es decir, que la concesión ha creado un derecho nuevo, cuyos efectos hasta ahora no han sido reglamentados por el legislador. En el silencio de la ley, los intérpretes ensayan penosamente aplicar las nociones del derecho común, pero la obra es contradictoria y en consecuencia, imposible; puede ser cuestión de derecho común un estado de cosas que es virtualmente excepcional? Concluyamos con la corte de casación que «siendo los caminos de fierro una dirección nueva, los derechos de las compañías concesionarias de esas vías de comunicación no podrían regirse de ninguna manera por los principios del derecho antiguo ó por los del código Napoleón (1).

VIII. —De las fortalezas.

36. Según los términos del art. 540, las puertas, paredes, fosos, murallas de las plazas de guerra y de las fortalezas forman también parte del dominio público. *Sucede lo mismo* con los terrenos, fortificaciones y murallas de las plazas que no son de guerra; pertenecen al Estado, si no han sido válidamente enagenadas, ó si su propiedad no ha prescrito contra aquél.» Se ha observado que esta disposición es inexacta y aun contradictoria; las palabras *sucede lo mismo* implican que los terrenos de las plazas que no son ya de guerra pertenecen al *dominio público*, lo que no es exacto; allí en donde no hay destino público, no podría tratarse de un dominio público; por esto es que el artículo 541 dice que dichos terrenos pertenecen al Estado, es decir, al Estado considerado como propietario, ó, como nosotros decimos, al dominio privado del Estado. Esta inexactitud de redacción proviene de que los autores del código reprodujeron literalmente la ley de 1.^o de Diciembre

1 Sentencia de 5 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 120).

de 1790, y esta ley no hacía distinción ninguna entre los diferentes bienes comprendidos en el dominio nacional, mientras que el art. 541 consagra implícitamente esta distinción (1).

En materia de fortificaciones, se distingue la zona de los terrenos militares y la zona de las servidumbres. Esta se halla fuera de las fortificaciones, de ella hablaremos algo en el título de las *Servidumbres*. Los terrenos militares, propiamente dicho, forman parte de las fortificaciones; y á este título, y como destinados á la defensa nacional, están colocados en el dominio público. Esto es cierto de toda plaza que lo es de guerra, importando poco que ella sea anterior á la ley de 1790, que ha sido la primera en declarar que los terrenos militares pertenecen al dominio público (2). Es difícil á veces precisar el límite exacto del terreno militar. En caso de disputa, tócale al gobierno, que es el que reivindica un terreno como militar, probar que forma parte de las fortificaciones; á falta de dicha prueba, el poseedor debe ser mantenido en su posesión. Esto es el derecho común (3); pero hay esto de especial en la prueba que incumbe al Estado actor, y es que únicamente está obligado á probar que el terreno litigioso forme parte de las fortificaciones; no tiene que producir otro título; desde el momento en que un terreno está comprendido dentro de las fortificaciones, por eso mismo pertenece al dominio público (4).

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentarios*, t. 2º, p. 42, número 63.

2 Sentencia de casación, de 24 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *plaza de guerra*, núm. 50).

3 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1837 Daloz, en la palabra "dominio público" núm. 37.

4 Sentencia precitada de la corte de casación, de 24 de Mayo de 1841.

IX. De los edificios consagrados á un uso público.

37. El código no habla de tales edificios, pero el artículo 538 contiene una disposición general que debe recibir su aplicación á todos los casos particulares no previstos por el código. «Generalmente, dice el art. 538, todas las porciones del territorio francés que no son *susceptibles de una propiedad privada*, se consideran como dependencias del dominio público.» ¿Qué es lo que debe entenderse por esta expresión: *susceptibles de una propiedad privada*? Esto no quiere decir que la naturaleza de las cosas se oponga á que haya propiedad privada; el destino público de un bien es lo que atribuye su dominio al Estado, á título de dominio público. El texto mismo del art. 538 lo prueba. En verdad que el terreno que constituye una ruta es susceptible de propiedad particular; pero la ruta, como tal, no puede ser una propiedad privada, porque el uso es de todos, mientras que el terreno que pertenece á un particular es de su uso exclusivo. Lo mismo debe pasar con los edificios consagrados á un uso público. Respecto á las iglesias, no hay duda alguna, y no vemos la razón de que no sea lo mismo para los demás edificios consagrados á un uso público. Bajo el punto de vista del derecho, no hay diferencia entre una iglesia y un colegio ó una universidad, y en donde existe la misma razón para decidir, debe haber la misma decisión (1).

Lu cuestión, no obstante, está vivamente debatida. Se ha fallado que el palacio de la prefectura no pertenece al dominio público: «La afectación á un servicio público de construcciones susceptibles, por naturaleza, de un destino diferente, no cambia su carácter» (2). Este principio nos

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 39, nota 9, y las autoridades que allí se citan.

2 París, 18 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854. 2, 178), y en el mismo sentido las autoridades citadas en Aubry y Rau, t. 2º, p. 39, n. 9.

llevaría lejos, hasta aniquilar el dominio público. Acabamos de observarlo respecto á los caminos públicos. ¿La circunstancia de que se trata de un edificio cambiaría en algo los principios? Cierta iglesia ha sido transformada en almacén, y ha sucedido que una sala de baile fué transformada en iglesia. Luego habría que concluir, con la corte de París, que, siendo susceptible la iglesia por su naturaleza de un destino diferente, no pertenece al dominio público. Si esto es inadmisibile respecto á las iglesias ¿por qué admitirlo para los edificios consagrados á un servicio civil? Si el palacio de la prefectura es propiedad privada, lo mismo debe ser de las casas consistoriales, y con mayor razón de las colecciones públicas de libros, papeles, cuadros. La corte de Paris parte de un principio falso: no es la *naturaleza* de la cosa lo que hay que considerar sino su *destino*. Volveremos á tratar la cuestión en el título de la *Prescripción*.

Núm. 2. Bienes del dominio privado del Estado.

38. Se lee en el preámbulo del decreto de 1^o de Diciembre de 1790, que el dominio nacional, que el decreto llama dominio público, ha procurado durante varios siglos la principal y casi única fuente de la riqueza nacional, y que por mucho tiempo ha sido suficiente á los gastos ordinarios del gobierno. Así, pues, el destino de tales bienes es subvenir á los gastos públicos. Concíbese la importancia de ese dominio en una época en que las contribuciones públicas eran desconocidas ó estaban mal organizadas. A medida que han aumentado las necesidades del Estado, la renta de los dominios nacionales ha sido insuficiente; ha sido preciso recurrir al impuesto. Los dominios no son ya más que una de las fuentes de la renta de los Estados, y su importancia va disminuyendo. A la vez que velando por su cons

servación, la Asamblea constituyente condena en cierto modo el principio, haciéndolo constar que: «posiciones raíces entregadas á una administración general, están viciadas de una especie de esterilidad, mientras que en manos de propietarios activos y vigilantes, se fertilizan, multiplican las subsistencias, animan la circulación, procuran pábulo á la industria y enriquecen al Estado.» No insistimos en esta cuestión, que pertenece á la economía política más que al derecho.

I. De los bienes sin dueño.

39. Según los términos del art. 539, todos los bienes vacantes y sin dueño pertenecen al dominio público. La edición primitiva del código civil, la de 1804, establecía que tales bienes pertenecían á la nación, cosa que era más exacta. Bajo el imperio, la noción desapareció y se la borró del código Napoleón. Para ser exacto, habría sido necesario decir que los bienes sin dueño pertenecen al *Estado*. Así es como se expresa el art. 713, que reproduce la disposición del art. 538.

El principio de los arts. 539 y 713 se aplica á los inmuebles cuando los hay vacantes, lo que casi no puede suceder sino en las grandes calamidades como la peste ó la guerra, y aun entónces el Estado sucedería por derecho de desheredamiento. Para que haya lugar á la aplicación del principio, hay que suponer que un propietario abandona un inmueble con la intención de no tenerlo ya; lo que casi no sucede en nuestras sociedades modernas en que los hombres están tan ávidos de propiedad. En cuanto á los muebles, el principio no se aplica sino en los casos en que no hay lugar al derecho de ocupación. Se ha ofrecido una singular aplicación de la ley. Una persona confecciona piezas de paño con lana robada; como los propietarios de la

lana no reclaman, el ladrón procede contra el Estado por restitución de las piezas de paño. Se falló que el Estado se había hecho propietario en virtud de los arts. 538 y 713. La cosa robada sigue siendo la propiedad del dueño; si éste no la reivindica, es una cosa vacante que, con tal título, pertenece al Estado. Luego la lana robada había venido á ser propiedad del Estado. Quedaba por saber si el obrero no se había hecho propietario por la especificación. Ahora bien, según el art. 570, el propietario de la materia es el que, por derecho de accesión, adquiere la propiedad de la nueva especie, salvo el reembolsar el precio de la mano de obra. Así es que el Estado se había vuelto propietario, y al mismo tiempo deudor del ladrón, por el precio de la mano de obra (1).

40. El art. 539 atribuye además al Estado, los bienes de las personas que fallecen sin herederos ó cuyas sucesiones se abandonan. Conforme á nuestro derecho hereditario, el Estado es llamado á suceder como sucesor irregular, cuando no hay ni heredero legítimo, ni hijos naturales, ni cónyuge superviviente (art. 768). El Estado sucede también cuando los herederos ó sucesores irregulares abandonan la sucesión, es decir que no la reclaman. El lugar de esta materia está en el título de las *Sucesiones*.

II. De las cosas abandonadas.

41. Las cosas abandonadas, cuando no es que pertenecen al primero que las ocupa son propiedad del Estado. Llámanse así las cosas extraviadas cuyo propietario es ignorado. Las cosas depositadas en los archivos de los juzgados, en los lazaretos ó en las oficinas de las aduanas, los bultos ó fardos confiados á empresarios de transporte ó de mensaje-

1 Montpellier, 23 de Abril de 1844 (Daloz, 1845, 2, 90).

rias, y por consiguiente, en Bélgica, al Estado, por los caminos de fierro que explota; las sumas depositadas en las casas de los agentes de correos, y los valores depositados ó hallados en los cajones ó rejas de las oficinas de correos, se atribuyen al Estado por leyes especiales que determinan los plazos dentro de los cuales deben reclamarse (1).

Se llaman derechos fluviales los objetos que se hallan en las orillas ó en el lecho de las corrientes de agua navegables ó flotables. Pertenecen al Estado si no se reclaman en tiempo útil. Los derechos marítimos son las cosas que el mar produce ó que arroja á la playa, sin que se conozca al propietario de ellas. Las hay que pertenecen al primero que las toma; en ello insistiremos en el libro tercero; otras hay que pertenecen al Estado, en todo ó en parte (2).

III. De los mérganos y descubiertos de la mar.

42. Entiéndese por mérganos los aluviones que se forman á lo largo de las playas del mar, en los límites de las propiedades ribereñas, y por *relais* ó descubiertos, los terrenos que el mar abandona. El art. 538 los pone en la misma línea que las playas del mar y los coloca igualmente en el dominio público. Esto no es exacto. Hay una gran diferencia entre las playas y los mérganos ó descubiertos. De las playas puede decirse, con el art. 538, que no son susceptibles de una propiedad privada, en el sentido de que se destinan sea á la defensa nacional, sea á la navegación, sea al uso de todos los hombres para su salud: por esto es que las playas del mar están fuera del comercio, son inalienables é imprescriptibles. No pasa lo mismo con los aluviones de que estamos tratando; son terrenos destinados á cultivarse; luego están

1 Véanse dichas leyes en Aubry y Rau, t. 1º, p. 44, y notas 8-12. Merlín, *Repertorio*, núms. 1-4.

2 Remitimos á Aubry y Rau (t. 2º, p. 45, notas 14 y 15), y á Merlín, *Repertorio*.

en el comercio, supuesto que son susceptibles de propiedad privada, y que no hay ningún motivo de interés general que exija que se les considere como dependencia del dominio público; el interés de la sociedad exige, al contrario, que se dejen al cultivo; así la ley de 16 de Septiembre de 1807 (art. 41) permite al gobierno enagenarlos, por simple concesión, con las condiciones que juzgue convenientes. Se puede preguntar por qué el código no los atribuye á los propietarios ribereños, como lo hace cuando se trata de los alviones de los ríos navegables (arts. 556 y 557). Es porque los méganos y descubiertos hacen en realidad parte de la playa de la que son un accescrío; son la parte de la playa que las olas cesan de cubrir y de descubrir. Esto puede tener lugar sea por la naturaleza, sin ningún trabajo del hombre, sea por trabajos de arte ejecutados por el gobierno, ó por aquellos á quienes el Estado concede terrenos que las olas cubren aún, pero que pueden conquistarse al mar por medio de diques. En uno y otro caso, los terrenos que el mar abandona ó que se le arrancan no pertenecen ya á la playa, y por consiguiente no son ya una dependencia del dominio público, entran en el dominio privado del Estado y se vuelven enagenables y prescriptibles (1).

43. Se pregunta cómo se opera ese cambio que hace pasar terrenos del dominio público al dominio privado del Estado, con la consecuencia importante que terrenos que estaban fuera del comercio vuelven á él. Hay acerca de esta cuestión sentencias que parecen contradictorias, pero las decisiones contrarias se explican por la diversidad de las circunstancias en que se pronunciaron. La dificultad está en saber si se necesita un acto de la administración para hacer constar que tales terrenos no constituyen más que

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 2º, p. 43, nota 4; y en Dalloz, en la palabra *propiedad*, núms. 101 y 102.

una parte de playa, para deslindarlos y separar lo que pertenece al dominio público y lo que está en el dominio privado del Estado. La decisión que recibe la cuestión es capital en materia de prescripción. Si no se necesita del acto de mutación, la prescripción queda sométida á las reglas generales, comienza á contarse desde la posesión; mientras que si se necesita un acto del gobierno, no puede ser cuestión de prescripción, por todo el tiempo que no hay acto administrativo que haga salir los terrenos del dominio público para atribuirlos al dominio privado del Estado, porque el dominio público está fuera del comercio y por lo tanto, es imprescriptible. La dificultad se resuelve por una distinción (1).

Si la mar deja una parte de la playa á descubierto, sin que haya habido un trabajo del hombre, los terrenos que las olas cesan de cubrir periódicamente, cesan por eso mismo de ser una dependencia de la playa. Esto resulta de la definición misma de la playa del mar: ésta implica que la ola del mar cubre periódicamente las tierras que la constituyen; desde el momento en que el oleaje ya no las alcanza, no puede llamárseles ya playas: son relais. Se ha operado un cambio considerable, obra de la naturaleza, el hombre nada tiene que ver en ello. Por lo mismo ninguna necesidad hay de que el gobierno intervenga. ¿A qué conduce una declaración cuando la naturaleza de las cosas manifiesta la revolución que se ha operado? La naturaleza es la que ha cambiado la playa en relais; por lo mismo el derecho debe tener en cuenta este cambio; él no puede ya aplicar principios que rigen la playa, supuesto que ya no hay playa, debe aplicar los principios que rigen los descubiertos: Esto equivale á decir que desde el momento en que la

1 Aubry y Rau han hecho la observación (t, 2º, p. 43, nota 5).

playa se vuelve descubierto, vuelve al comercio y puede adquirirse por prescripción (1).

Síguese de aquí que por todo el tiempo que las olas cubran periódicamente los terrenos ribereños del mar, estos terrenos continúan formando parte de la playa, y pertenecen, por consiguiente, al dominio público. De aquí una consecuencia importante. Si los ribereños ocupan dichos terrenos, si ejecutan trabajos para arrancarlos al mar, si los poseen, si los explotan como propiedad privada ¿podrán invocar la prescripción? La negativa es evidente; en efecto, el terreno que han ocupado pertenecía al dominio público, á título de playa, luego estaba fuera del comercio, y por lo tanto, era imprescriptible. En vano dirían que han repellido el mar, que las olas ya no invaden las tierras que poseen; se les contestaría que los ribereños no tienen calidad para transformar el dominio público del Estado, en dominio privado, que éste derecho sólo al Estado pertenece: al gobierno corresponde ver si la defensa nacional, si la navegación, si el interés general permiten renunciar á una parte de la playa transformándola en propiedad privada. Aquí se necesita, pues, un acto de concesión que limite los terrenos que el Estado halla conveniente abandonar á la industria privada. Únicamente á contar desde el acto de concesión es cuando los terrenos desprendidos de la playa vuelven á entrar al comercio. Toda posesión anterior sería inoperante para la prescripción (2).

44. Se presenta otra cuestión, acerca de la cual hay alguna duda. El Estado concede un descubierto, transformado

1 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1867 (Daloz 1867, 1, 449).

2 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 1, 105). Sentencia de casación, de 21 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 252), y las sentencias citadas en Daloz, en la palabra *propiedad*, núms. 104 y 105.

en tierra cultivable; después es invadido por las olas del mar, que lo cubren periódicamente durante veintitres años. Después de este largo lapso de tiempo, los terrenos se ponen á descubierto y al abrigo de las olas por los trabajos de un nuevo concesionario. ¿Acaso el primer concesionario puede reivindicar los terrenos que se le habían concedido? Ateniéndose al texto del código, se vería uno tentado á contestar negativamente. Las tierras que limitan el mar, son playa ó méganos y descubiertos; la playa es esa parte de las tierras que las olas cubren periódicamente; luego toda tierra que es invadida periódicamente por el mar, forma parte de la playa, y con este título pertenece al dominio público. Por lo tanto, no puede salir de este dominio sino por una nueva concesión; luego el nuevo concesionario es el que adquiere su propiedad. El antiguo concesionario no puede quejarse; es un acontecimiento fortuito, un caso de fuerza mayor el que lo ha despojado. Cuando el mar invade una propiedad ribereña, esta tierra entra en el dominio público, supuesto que se vuelve parte de la playa; y en tanto que continúa cubierta por las olas, ella no puede salir del dominio público, sino por un acto de concesión, como acabamos de decirlo. ¿No debe pasar lo mismo con una tierra concedida? ¿En dónde está la razón de diferencia entre la concedida y la tierra no concedida? La naturaleza es la que decide: el hombre está aquí fuera de caso.

La corte de casación ha fallado la cuestión en sentido contrario, y creemos que ha hecho bien (1). No es el artículo 538, dice la corte, lo que forma el terreno del debate; no se trata de decidir lo que es playa del mar y lo que es un descubierto, se trata de saber cuáles son los efec-

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 139). Véanse las conclusiones contrarias del abogado general Fabro (*ibid.*, p. 140 y siguientes).

tos de una concesión celebrada por el Estado, cuáles son los derechos del concesionario, cuáles las obligaciones del gobierno. Esta no es, pues, una cuestión de distinción de bienes, sino una cuestión de translación de propiedad; se necesita buscar la razón para decidir en los principios según los cuáles se adquiere la propiedad, se transmite y se pierde. Ahora bien, en el caso de que se trata, el concesionario se ha vuelto propietario en virtud de un título emanado del Estado; ¿ha perdido él su propiedad por una de las causas jurídicas que la ley admite? No se invoca contra él más que la invasión de las tierras por las olas del mar, de donde habría resultado un cambio de propiedad, una verdadera mutación; la tierra, se dice, que era descubierta se ha vuelto playa; luego se ha vuelto propiedad del Estado; y ¿puede volverse propiedad del Estado sin cesar de ser propiedad privada? Aquí está el error, dice la corte de casación. ¿Un propietario pierde su propiedad por el hecho sólo de hallarse en la imposibilidad de ejercitar sus derechos? Ciertamente que nó. Luego el concesionario primitivo ha conservado su derecho, á pesar de la ocupación temporal del terreno litigioso por el mar; y recobra su ejercicio desde el momento en que las olas del mar no cubren ya sus fundos.

Hay una objeción, y es muy grave. Sin duda que el propietario conservaría su derecho si no se hubiese verificado cambio alguno en la propiedad. Pero ha habido un cambio; el descubierta se ha vuelto playa, y como tal ha entrado al dominio público del Estado; por lo tanto, dicese, el concesionario ha cesado de ser propietario. La corte de casación confiesa que el terreno litigioso se ha vuelto una dependencia del dominio público durante todo el tiempo que estaba cubierto periódicamente por las altas mareas. ¿Pero de qué el terreno invadido por el mar haya vuelto á entrar al dominio publico, debe inferirse que el Estado esté des-

prendido de las obligaciones que como vendedor ha contratado? El no debe ninguna garantía al comprador por el caso fortuito que le impide disfrutar de su propiedad, pero tampoco ésta ocupación podría desligar al gobierno de sus compromisos: obligado á garantir á este concesionario los terrenos vendidos, puede prevalerse de un caso fortuito que pone en sus manos el terreno para concederlo á un nuevo concesionario desdeñando sus compromisos? El gobierno era libre para no conceder ya el terreno sin que el concesionario tuviese que quejarse; pero desde el momento en que lo concede, reaparece la obligación que había contraído con el primer concesionario.

Esta obligación, que incumbe al Estado vendedor, es lo que explica la diferencia entre un terreno concedido por el gobierno y un terreno que ha sido siempre propiedad privada; éste, definitivamente invadido por el mar, se vuelve playa, y por consiguiente, entra en el dominio público; el Estado puede concederlo, si ha lugar, á quien quiera, y no está atado por ningún lazo de obligación con el propietario desposeído.

¿No es ir demasiado lejos admitir que el derecho del propietario parece por la invasión de las aguas? Nosotros hemos agregado una restricción al decir que la ocupación del mar debe ser definitiva. ¿Pero cuándo puede decirse que es definitiva? ¿es decir, en qué instante el Estado puede ceder terrenos invadidos por el mar, sin tener en cuenta el derecho del antiguo propietario? Esto es una nueva dificultad é insoluble, porque sé necesitaría una ley para resolverla. Vamos á ver que hay una ley semejante para los *polders*, propiedad análoga á la de los méganos y descubiertos marítimos. Pero no hay ley para las tierras ribereñas del mar. ¿Resulta de estó que el propietario conserva su derecho, por larga que sea la ocupación del mar, aun cuan-

do hubiese durado siglos enteros? Insistiremos acerca de la cuestión en el título de la *Prescripción*.

IV. De los poderes.

45. Hay un decreto de 11 de Enero de 1811 sobre la administración y mantenimiento de los *polders*. Las disposiciones del decreto exceden en mucho al poder reglamentario; deciden cuestiones de propiedad, cosa que únicamente el legislador puede hacer. Es éste uno de esos casos ilegales como tantos hubo en el régimen imperial; la jurisprudencia los ha hecho válidos por el motivo de que no fueron atacados ante el senado en el plazo prescrito por las constituciones imperiales. Nosotros no tenemos que discutir esta cuestión; admitimos, con la jurisprudencia, que el decreto de 1811 tiene fuerza de ley (1). Basta leer esas disposiciones para convencerse de que derogan el código civil. El código distingue entre las playas del mar que él considera como una dependencia del dominio público y las riberas de los ríos navegables que pertenecen á los ribereños. Esta misma distinción se aplica al aluvión y á los descubiertos; las tierras del aluvión y los descubiertos que se forman en los bordes de los ríos pertenecen á los ribereños (arts. 556-557); mientras que el Estado es propietario de los aluviones marítimos y de los descubiertos de la mar. ¿Que debe decidirse si el flujo y refluo del mar hace que se remonten los oleajes en los ríos? Antes hemos dicho (núm. 6) que el río no cambia por esto de naturaleza; de donde se sigue que los aluviones, mégmos y descubiertos que se forman á lo largo de los ríos son propiedad de los ribereños, aun cuando fuesen producidos por las aguas del mar, lo que no impide que sean un terreno fluvial, y por

1 Bruselas, 12 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 23).

lo tanto, que estén regidos por los principios concernientes á los ríos: no puede tratarse de un terreno marítimo cuando todavía no hay mar. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1). Ya esto era así en el antiguo derecho; es inútil insistir, puesto que la cuestión no es dudosa (2).

46. Tales principios deberían aplicarse al Escaut, á menos que se le considere como un brazo de mar por su embocadura. Esta cuestión es la que decide el art. 1814 y la que sólo el legislador tiene el derecho de decidir. Llámense *schoores* las tierras que se hallan al frente de los *polders* y que son cubiertas y descubiertas por la marca. Conforme á los términos del art. 1º. los *schoores* están colocados en la misma línea que los méganos y descubiertos, y con tal título, están declarados dependencia del dominio público, ó por mejor decir, del dominio privado del Estado, porque son susceptibles de apropiación. Los *schoores* pueden recibir diques á cuenta y expensas del gobierno, ó por particulares, corporaciones ó comunidades, á las que legalmente se haya hecho la concesión; los *schoores* concedidos y con diques toman el nombre de *polders* (art. 21). Si el *polder* es invadido por el mar por más de un año, cesa de ser propiedad de aquellos á quienes pertenecía, y de hecho vuelve á entrar, dice el art. 13, es decir de pleno derecho, en el dominio del Estado. No obstante, agrega el art. 14, no puede oponerse á los propietarios la prescripción de un año que hacen constar, en las formas establecidas por el decreto, la imposibilidad actual de volver á poner diques. Si esto se hace posible, se comprueba y se notifica el acto

1 Sentencia de Rouen, de 26 de Agosto de 1840, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 22 de Julio de 1841 (Daloz, *propiedad*, núm. 106).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *playas de mar* (t. 14, página 116).

á los antiguos propietarios conocidos (art. 15). El decreto no fija ningún plazo fatal; luego no hay prescripción por todo el tiempo que dure la imposibilidad de reconstruir diques. Cuando la madurez del schoor ó la posibilidad de reconstruir los diques se ha notificado á los antiguos propietarios, éstos deben ejercitar sus derechos dentro del año que sigue á la notificación después de este plazo, la corte de apelación pronuncia la prescripción, es decir, la caducidad de los antiguos concesionarios, y por consiguiente, el gobierno puede conceder una nueva concesión ó poner diques al eschoor por cuenta propia. El decreto otorga, además, en esto ciertos privilegios á los concesionarios primitivos (art. 16-20).

Se ve que el decreto de 1811 trae una grave modificación á los principios del código civil. Según el código, los schoores serían tierras de aluvión y como tales pertenecerían á los ribereños; mientras que según el decreto, forman parte del dominio del Estado. Queda por saber desde qué punto los aluviones formados por el Escaut toman el nombre de schoores; ¿en dónde termina el dominio de los particulares? ¿en dónde comienza el del Estado? El límite, bajo el punto de vista del derecho, está trazado por el art. 1º del decreto: para que las tierras de aluvión se consideren como schoores, se necesita que estén cubiertas y descubiertas por la marea. En el punto en donde se detiene la marea, termina el dominio del Estado y empieza el dominio de los ribereños; luego ya no hay schoores, sino tierras de aluvión regidas por el código civil.

¿Qué debe resolverse de los schoores poseídos por particulares antes de la publicación del decreto de 1811? El decreto contiene á este respecto disposiciones transitorias á las cuales remitimos al lector (arts. 2-4).

47. No tenemos que ocuparnos de los *polders*, que son

una propiedad privada. Notemos únicamente que se ha fallado que la asociación de cada *polder* forma una persona civil (1); nueva derogación del derecho común, que debería estar consagrada por la ley, porque esta sola puede crear personas ficticias. Los *schoores* dan aun lugar á una dificultad. Según el decreto de 1811, pertenecen al Estado con el mismo título que los *méganos* y descubiertos del mar, pero el art. 2 reserva los derechos que los particulares, corporaciones ó comunidades pretenderían tener sobre esas tierras. Existen, en efecto, antiguas concesiones que comprenden á los *schoores*, además de las tierras llamadas *polders*. ¿Qué alcance tienen dichas concesiones? ¿Dan á los concesionarios el derecho de propiedad ó una simple servidumbre sobre las tierras y diques que se hallan al frente de los *polders*? Se ha fallado que la propiedad misma de estas tierras había sido cedida á las asociaciones que en otro tiempo llevaban el nombre de *dicages*. Surgía entonces la cuestión de saber si el príncipe tenía derechos en el condado de Flándes, de disponer del dominio público. Esta cuestión ha sido resuelta afirmativamente; no permitía duda alguna, supuesto que en Flándes el poder legislativo pertenecía exclusivamente al príncipe, él cual podía ejercerlo sin el concurso de los Estados ó de su consejo, y sin que los edictos tuviesen que estar cubiertos con el sello de la provincia, como era requerido en el Brabante (2).

V. De las islas.

48. «Las islas, islotes, terromonteros, que se forman en el lecho de los rios navegables ó flotables, pertenecen al Estado, si es que no hay título ó prescripción contraria.»

1 Gante, 10 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 119).

2 Bruselas, 20 de Mayo de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 253), y 1.º de Marzo de 1865 (*ibid*, 1865, 2, 234); Gante, 10 de Agosto de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 112).

(art. 560). En el núm. 18 hemos recordado la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado; de lo que resulta que las islas pertenezcan al Estado como accesorias del lecho. Hay, sin embargo, una diferencia entre las islas y el lecho; las islas forman parte del dominio privado del Estado, porque no están consagradas á un uso público; la naturaleza las destina, al contrario, á que se cultiven; mientras que el lecho, que forma una sola cosa con el río, es por eso mismo una dependencia del dominio público; las islas están, pues, en el comercio, como todos los bienes que pertenecen al dominio privado del Estado, mientras que el lecho está fuera del comercio como todo lo que es una dependencia del dominio público.

VI. De los bienes del dominio público que entran en el comercio.

49. El Estado tiene dos dominios, el dominio público y el dominio privado; los bienes que aquél posee pueden pasar de uno de esos dominios al otro. Acabamos de dar un ejemplo de ello: la playa del mar que pertenece al dominio público entra en el dominio privado cuando cesa de estar cubierta periódicamente por las aguas del mar; recíprocamente, los mérganos y descubiertos del mar se vuelven dependencias del dominio público cuando son invadidos por el mar y cubiertos periódicamente por sus olas. Es muy importante saber si un bien pertenece al dominio público ó al privado del Estado, puesto que, en el primer caso, está fuera del comercio, mientras que en el segundo, es enagenable y prescriptible. De aquí la cuestión de saber con qué condiciones un terreno sale del dominio público para entrar en el dominio privado. Más adelante la examinaremos (números 58 y 59).

Al enumerar los bienes que componen el dominio privado del Estado, no hemos hablado más que de los bienes que la ley coloca en esa categoría. Es inútil decir que siendo el Estado una persona civil, puede adquirir por los diversos medios que la ley le reconoce y sujetándose á las reglas del derecho común.

Núm. 3. De los principios que rigen el dominio del Estado.

I. Del dominio privado.

50. El Estado tiene sobre los bienes que forman el dominio privado un verdadero derecho de propiedad; tal es el principio enseñado por todos los autores (1). Formulado de tal manera, el principio es demasiado absoluto, y hay que agregarle una restricción. El Estado es una persona moral, y como tal posee algunos bienes. Ahora bien, la propiedad de las personas civiles es muy diferente de la de los particulares: es menos un derecho que una obligación. Ya hemos hecho la observación en el primer volumen de nuestros *Principios* (núms. 292 y 296), al cual remitimos al lector. No puede tratarse para el Estado de gozar de una manera absoluta de los bienes que le pertenecen; si disfruta de ellos, es á título de obligación, para emplearlos en las necesidades públicas. Así, pues, cuando se dice que el Estado tiene sobre el dominio privado los mismos derechos que los particulares tienen sobre los bienes, esto significa que los bienes del dominio privado están en el comercio, por oposición al dominio público que está fuera del comercio. Esto significa además, que no son los individuos los que usan directamente de los bienes del dominio privado, sino la sociedad personificada, es decir, el Estado; mientras que el

1 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 9º, p. 341, núm. 458.

uso del dominio público es, en general, público y se hace por el público: tales son los caminos y los ríos, tales son las playas del mar. Disfrutando el Estado mismo á título de *persona*, se necesitan reglas que normen ese goce. Dichas reglas constituyen el objeto de leyes especiales á las que remitimos, no entrando esta materia en los límites de nuestro trabajo (1).

51. En el antiguo régimen, el dominio privado del Estado se confundía con el dominio de la corona, porque el Estado se confundía con el rey. Se había declarado inalienable el dominio de la corona para impedir las insensatas prodigalidades de los príncipes, que arruinaban la fortuna pública para enriquecer á sus favoritos. Después de la revolución de 89, la nación ocupó el sitio del rey, el dominio de la corona se convirtió en dominio nacional. Desde entónces dejaba de haber razón para mantener el principio de la inalienabilidad. La Asamblea constituyente creyó, al contrario, que el interés general exigía que las posesiones raíces volviesen á entrar en el comercio, á fin de que la actividad inteligente de los propietarios hiciese de ellas una fuente de riquezas para ellos y para la sociedad (2).

Quedaba por resolver quién haría la venta. La ley de 1^o de Dbre. de 1790 decretó que los dominios nacionales podían ser enagenados por el poder legislativo. Los términos de la ley podrían hacer caer en error acerca de lpensamiento del legislador; ella establece (art. 8) que los dominios nacionales son y permanecen inalienables sin el consentimiento y el concurso de la nación. Creeríase, según esto, que la Asamblea constituyente ha prescrito la intervención de la nación á fin de mantener el principio de la inalienabilidad. Estó no es así, porque la Asamblea dice lo contrario en el

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 2^o, p. 46, nota 18.

2 Preámbulo del decreto de 1^o de Diciembre de 1790.

preámbulo de la ley. El art. 8 no es más que la aplicación del derecho común. ¿Quién puede enagenar? El propietario, y él únicamente. ¿Quién es propietario de los dominios nacionales? La nación. Luego únicamente ésta tiene poder para enagenar. Esto es todo lo que el art. 8 quiere decir; si aparenta mantener el principio de la inalienabilidad, es para declarar implícitamente que los reyes no pueden disponer del dominio del Estado, que ese derecho únicamente á la nación pertenece, representada por el poder legislativo. Volviendo los bienes del Estado al comercio, la consecuencia es que son también prescriptibles; el código civil somete al Estado á la misma prescripción que á los particulares (art. 2227).

52. El principio de que los dominios del Estado pueden ser enagenados, y que no pueden serlo sino en virtud de una ley, recibe excepciones. A la vez que declarando los dominios nacionales enagenables, la Asamblea constituyente mantuvo la inalienabilidad para las grandes masas de bosques y selvas pertenecientes al Estado (1). Poderosos intereses se relacionan con la conservación de los bosques. El Estado halla en ellos las maderas necesarias para la marina, así como los particulares para la construcción de buques mercantes. Cuando el Estado vende sus bosques, los compradores se ven obligados á desmontarlos, porque su interés así lo exige; pero el desmonte hace que se sequen los manantiales, ejerce una funesta influencia en la atmósfera, y daña por consiguiente, la agricultura. En parte, por tales consideraciones, fué por lo que la Asamblea constituyente se resolvió á dejar las grandes masas de bosques fuera del comercio, lo que tenia por consecuencia volverlos imprescriptibles. Una jurisprudencia constante de la corte de casación resolvió que esa disposición especial del decre-

1 Decreto de 1.^o de Diciembre de 1790, art. 12.

to de 1790 no había sido abrogada por el código civil. En Francia, esa legislación especial y excepcional fué abrogada por la ley de 25 de Marzo de 1817, que por interés del crédito público, autorizó la enagenación de las selvas (1).

El principio de que la enagenación de los dominios no puede tener lugar sino en virtud de una ley, recibe también una excepción. En virtud de la ley de 16 de Septiembre de 1807 (art. 41), el gobierno está autorizado para conceder, con las condiciones que haya establecido, los pantanos, los méganos y descubiertos del mar, el derecho para poner diques, las acreencias, terromonteros y aluviones de los ríos y torrentes, respecto á aquellos de estos objetos que constituyan propiedad pública ó dominial. El orador del Tribunalado dió como motivo de esta derogación del derecho común, «que la naturaleza de estos bienes no permite que se les someta á los azares de la concurrencia, sea porqué son dependientes de trabajos ejecutados ó por ejecutar, sea porque no pueden adquirirse sino por aquellos que disfrutan de las propiedades adyacentes.» Vesé uno tentado á creer que este motivo no era más que un pretexto. En efecto, un dictamen de la comisión de hacienda resolvió que era conveniente por interés del Estado, adoptar para las concesiones autorizadas por la ley de 1807, el modo de enagenación por vía de concurrencia y de subasta pública. En la práctica nos conformamos con este dictamen (2). La ten lencia de la legislación imperial era la de despojar al poder legislativo en provecho del gobierno: esto simplificaba las cosas, en atención á que el Cuerpo legislativo no era más que una máquina para votar. La ley de 1790 es la que establece el verdadero principio: el gobierno no representa á la nación; luego no

1 Sentencias de 27 de Junio de 1851, y de 9 de Abril de 1853.

2 Dalloz, *Concesión*, núm. 50, y *Dominio del Estado*, núm. 105.

debería tener el derecho de enagenar los bienes que pertenecen á la nación.

53. El principio de la enagenabilidad de los dominios nacionales tiene una consecuencia importante en materia de expropiación por causa de utilidad pública. Si una compañía concesionaria necesita un terreno perteneciente al dominio privado del Estado, ella debe expropiarlo, como lo hace respecto á los bienes que pertenecen á particulares, y por consiguiente, debe pagar una indemnización, como á ello está obligado cuando expropia á particulares. Esto ha sido puesto en duda, y el debate ha llegado ante la corte de casación. A primera vista, hay en efecto una extraña anomalía. Es aceptado por la jurisprudencia que las vías concedidas pertenecen al dominio público, es decir al Estado; lo que implica que los terrenos expropiados lo son á nombre del Estado y en su provecho, porque se expropian para reunirse al dominio público. ¿Se concibe que el Estado reciba una indemnización por terrenos que se destinan á que entren en su dominio? De esto se concluye que los bienes del dominio público, empleados en trabajos públicos, no son susceptibles de expropiación. Esto es confundir el dominio público del Estado con su dominio privado. Es muy cierto que los terrenos que forman parte del dominio público no pueden ser expropiados, como más adelante lo veremos (número 57); la expropiación es una venta, y los bienes del dominio público no pueden venderse, puesto que están fuera del comercio. Pero no sucede lo mismo con el dominio privado del Estado, estos bienes pueden venderse, y los hay que pueden serlo por el gobierno. Desde el momento en que la venta es posible, la expropiación también lo es. El Estado es propietario de sus bienes con el mismo título que un particular: si se le quita un bien por expropiación ¿por qué no habría de disfrutar

de los derechos que á todo propietario corresponden? La nación, tanto como los individuos, no puede ser expropiado sin una justa y previa indemnización. Es verdad que los terrenos expropiados volverán al dominio público, pero esto no prueba, como se ha pretendido, que el Estado recibe una indemnización por bienes de los cuales se vuelve propietario. En realidad, las compañías son las que compran, las que pagan, y las que, por consiguiente, son propietarias; únicamente á la espiración de su concesión es cuando las vías concedidas entran al dominio público del Estado: las compañías han sacado de su adquisición todo el provecho que debían sacar, luego es justo que paguen los terrenos que les sirven para realizar dicho provecho (1).

II. Del dominio público.

54. El dominio público difiere en mucho del privado; no es susceptible de una verdadera propiedad. En efecto, lo que caracteriza el derecho de propiedad, es que es absoluto y exclusivo: el propietario sólo disfruta y tiene derecho á excluir á otra persona cualquiera del goce de esa su cosa. El Estado no tiene ese poder exclusivo en los bienes que componen el dominio público: por mejor decir, no es él el que disfruta, sino el público; tiene únicamente la gestión de ese dominio que se destina al uso de todos. En verdad, que el Estado no tiene, ni aun en su dominio privado, los derechos de un propietario, pero por lo menos disfruta de ellos, y puede excluir á cualquiera otra persona. Puede también enagenarlos, mientras que el dominio público está fuera del comercio. Bienes de los que no se puede disponer ni gozar á título exclusivo, no constituyen una propiedad;

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Mayo de 1865 (Daloz 1865, 1, 293).

por esto el art. 714 dice que estas cosas á nadie pertenecen y que el uso es común á todos (1).

55. Los bienes del dominio público están fuera del comercio. Esto es lo que el art. 538 marca, diciendo que no son susceptibles de una propiedad particular: el destino público de estos bienes y el derecho exclusivo de propiedad son incompatibles. Supuesto que su destino público es lo que pone estos bienes fuera del comercio, debe inferirse que permanecen en el comercio por todo el tiempo que no se ha cumplido con este destino público. ¿Basta que un terreno sea expropiado por causa de utilidad pública para que desde ese momento esté fuera del comercio? Nó, se necesita que se haya vuelto, como vía pública, ruta, camino de fierro ó canal. En efecto, es posible que los trabajos proyectados no se ejecuten, ó que se aplaze su ejecución; en tanto que los terrenos no han sido empleados en los trabajos para los cuales se adquirieron, no puede decirse que sirven á todos y que á nadie pertenecen.

La corte de casación así lo falló en materia de alineación. Los planos generales de alineación designan los terrenos que deben formar parte de las calles de una ciudad. Si las calles no se han abierto todavía, los terrenos designados permanecen como propiedad privada, y por consiguiente, en el comercio (2). El efecto no puede preceder á la causa; la causa por la cual los terrenos empleados en los trabajos públicos están fuera del comercio, es que son del uso de todos; ahora bien, no están al uso de todos, sino porque se han transformado en vía pública.

56. Estando los bienes del dominio público fuera del comercio, son por eso mismo inalienables é imprescripti-

1 Proudhon, *Del dominio público*, núm. 202.

2 Sentencia de casación, de 30 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 1, 227). Aubry y Rau, t. 2º, p. 47.

bles; luego no pueden llegar á ser propiedad privada como lo dice el art. 538. Este principio recibe, no obstante, algunas modificaciones. Bajo el antiguo régimen los príncipes gozaban casi en todas partes de un poder absoluto: disponían del dominio público, que se confundía con el dominio de la corona. Estos actos confieren una propiedad privada á los concesionarios; aun en nuestros días, hay canales que están en el dominio de los particulares. No obstante, los príncipes, por absolutos que fuesen, no podían lo imposible: ahora bien, es imposible que una vía pública sea propiedad privada. La concesión no ha dado á los concesionarios más que una propiedad limitada, gravada con un cargo, ó, como dice la jurisprudencia, con una servidumbre perpetua, la cual sujeta la vía concedida al servicio público para el cual ha sido creada. Hay alguna analogía, bajo este concepto, entre los antiguos concesionarios y las concesiones que se hacen conforme á nuestras leyes modernas. Los concesionarios tienen también un derecho en las vías concedidas; pero este derecho no está todavía definido, precisado, como antes lo hemos dicho (núm. 35).

Los bienes que están fuera del comercio son imprescriptibles. Luego los bienes del dominio público no pueden prescribir por todo el tiempo que forman parte de aquel dominio, es decir, por todo el tiempo que su destino público subsista. Por más que esta cuestión se haya llevado ante la corte de casación, y en dos ocasiones en el mismo asunto, creemos inútil insistir en ello porque no hay ni sombra de duda (1).

57. Cuando una vía pública, tal como un camino de hierro, debe pasar por un terreno perteneciente al dominio pú-

1 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1835, pronunciada en ambas salas (Dalloz, *dominio público*, núm. 44, 1º).

blico ¿hay lugar á expropiar dicho terreno? La negativa no es dudosa. Hay una razón para decidir, que es perentoria: el término de la expropiación es una enagenación, voluntaria ó forzosa, poco importa; ahora bien, los bienes del dominio público, no pueden enagenarse. Podría objetarse que la enagenación no es más que ficticia, en el sentido de que los terrenos expropiados salen, á la verdad, del dominio público, para volverse propiedad de los concesionarios, pero que vuelven en seguida á título de vías públicas.

A esto se responde, y decisiva es la respuesta, que al Estado sólo corresponde ver si el interés general permite que un terreno perteneciente al dominio público cambie así de destino. Trátase de un terreno dependiente de una fortificación; ¿conviene que tal terreno cese de formar parte de una fortaleza para servir á la construcción de un camino de fierro? El Estado solo y el ministro de la guerra, su órgano, tienen calidad para decidir cuestiones que interesan á la defensa nacional; los tribunales son absolutamente incompetentes. Esto equivale á decir que no puede ésta ser cuestión de expropiar el dominio público. Los concesionarios deben dirigirse al gobierno, y él será el que decida (1). En Francia, un decreto de 16 de Agosto de 1853 ha fijado la organización y las atribuciones de la comisión mixta de trabajos públicos, y arreglado las medidas que deben tomarse para conciliar las exigencias de los diversos servicios relativamente á los terrenos que forman parte del dominio público.

58. Los bienes que dependen del dominio público pueden volver á entrar al comercio. Esto pasa cuando llega á cesar el destino público de dichos bienes. El art. 541 da un ejemplo de ello. Cuando se suprime una plaza de gue-

1 Sentencias de casación, de 17 de Febrero de 1847, y de 3 de Marzo de 1862 (Daloz, 1847, 1, 315, y 1862, 1, 291).

rra ¿qué vienen á ser los terrenos y los edificios que componían las fortificaciones? «Pertenece al Estado, dice la ley, si no han sido válidamente enagenados ó si la propiedad no ha prescrito contra aquél.» Esto equivale á decir que se vuelven susceptibles de propiedad privada, ó en otros términos que vuelven á entrar al comercio. El Estado puede enagenarlos; lo que prueba que los bienes salen del dominio público del Estado para entrar á su dominio privado, porque los bienes del dominio privado son los únicos que pueden enagenarse. Vueltos enagenables, estos bienes son por lo mismo, prescriptibles. Todos los bienes atribuidos al dominio público por el código civil pueden volver al comercio. Respecto á las playas del mar, esto sucede cuando una parte de la playa cesa de estar cubierta por las olas; los terrenos se vuelven, en este caso, descubiertos; continúan perteneciendo al Estado, pero á título de dominio privado, es decir, que vuelven al comercio y se vuelven enagenables y prescriptibles,

La playa entera es á veces abandonada por el mar; éste se ha retirado completamente de Harfleur y d'Aigues Mortes; por esta retirada del agua, la playa se ha tornado terreno cultivable, y como no sirve ya para un destino público, ha entrado al dominio privado del Estado. Los ríos cesarían de ser una dependencia del dominio público, desde el momento en que cesasen de ser navegables; en la opinión consagrada por la jurisprudencia, se volverían cosa común; en la que nosotros hemos adoptado, se volverían propiedad de los ribereños. En cuanto á los caminos, sucede con frecuencia que se rectifican; en consecuencia, cesan en parte, al menos, de estar consagrados á usos públicos; de donde se sigue que vuelven al dominio privado del Estado y á veces al de las comunas, como lo diremos más adelante.

59. ¿Cómo se verifica este paso del dominio público? ¿Se necesita un acto de la autoridad administrativa? La cuestión es muy importante para la prescripción, siendo prescriptibles los bienes del dominio privado, mientras que los del público no pueden prescribir (1). Creemos que debe distinguirse. Existen bienes dependientes del dominio público que pueden formar parte, sea del dominio público, sea del dominio privado, según la voluntad de la administración. Estos bienes no pueden salir del dominio público para entrar al privado sino por acto gubernamental. Tales son las playas del mar: en tanto que las olas las cubren, forman parte del dominio público, están fuera del comercio, y por lo tanto, los ribereños no pueden prescribirlas. Pero el gobierno puede conceder terrenos dependientes de la playa, con cargo para el concesionario de ponerlos al abrigo de la invasión del oleaje. Esto es lo que nosotros hemos dicho (núms. 42 y siguientes). En este caso, es de toda necesidad un acto de la autoridad, puesto que únicamente por una concesión las tierras de que se trata pueden salir del dominio público. Lo mismo pasa con los terrenos de una fortificación. El gobierno puede abandonar las fortificaciones, sea totalmente, demoliéndolas, sea en parte, desamparando tierras ó edificios que no son necesarios para la defensa. En tanto que mantiene en pié la plaza de guerra, los terrenos militares no pueden entrar al dominio privado sino por un acto de administración; luego ninguna prescripción se podría invocar contra el dominio público (2).

Pero si los bienes del dominio público son de tal naturaleza que su destino público puede cesar sin un acto de la

1 Véanse las autoridades en Dalloz, en la palabra *dominio público*, número 62.

2 Sentencia de casación, salas reunidas, del 27 de Noviembre de 1835 (Dalloz, *Dominio público*, núm 44).

autoridad, debe decidirse que vuelven al comercio desde el momento en que conste que ya no sirven para el uso de todos. Respecto á las playas marítimas, sucede esto cuando por efecto de la naturaleza, las olas no cubren ya una parte de la playa; este terreno se cambia entonces en un *descubierto*, y por consiguiente, se vuelve una dependencia del dominio privado, como lo hemos dicho (núm. 43). Si se trata de una plaza de guerra, que es obra del hombre, se necesita también la voluntad del hombre para que ella pierda aquél destino. ¿Pero se necesita una declaración expresa, un acto? Se cita la ley de 10 de Mayo de 1791, que prescribe las formas conforme á las cuales la administración militar hace la entrega al dominio de los terrenos que ella abandona. (tit. IV, art. 2, (1). ¿No equivale esto á dar á esta disposición un alcance que no tiene? Ella previene el caso del abandono expreso, pero no dice que el abandono puede ser tácito. Si, desde hace siglos. el Estado demolió una fortaleza, ó si dejó que se arruinase ¿se dirá que los terrenos, que evidentemente ya no pueden servir para la defensa, continúan perteneciendo al dominio público por interés de la defensa? Esto sería absurdo (2). Queda en pie una dificultad. ¿A contar desde qué momento se puede admitir que la administración ha abandonado una plaza de guerra? Esto es una cuestión de hecho.

La misma dificultad se presenta para las rutas y los caminos vecinales, y recibe la misma solución. Todos los días sucede que la administración abandona una parte de un camino para rectificarla ó para que disfrute un número mayor de localidades del beneficio de esa vía de comunicación. Raras veces interviene un acto que declare formalmente que

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 48, nota 6.

2 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Julio de 1839 (Dalloz, *Dominio público*, número 62).

la administración abandona el antiguo camino. Las más de las veces el abandono será tácito. Y entonces nace de nuevo la cuestión de saber desde qué momento se cuenta la prescripción. ¿Basta que un ribereño haya poseído durante treinta años para que haya prescripción? Según el rigor de los principios, debe resolverse que la prescripción no puede contarse sino desde el momento en que la administración ha hecho el abandono del camino. Así, pues, lo que ante todo debe probarse, es este hecho (1). Esto no es fácil; pero lo mismo pasa siempre que tiene que probarse una voluntad tácita.

60. Los bienes del dominio público que no sirven ya para el uso á que se destinaban, vuelven, en general, al dominio privado del Estado. Hay, sin embargo, un caso en el cual dichos bienes se vuelven propiedad comunal. Una calle ó un camino vecinal, es cedido, á título gratuito, al Estado, para que sirva á la construcción de un camino; en seguida la administración abandona dicho camino; la vía abandonada vuelve á ser lo que era antes de la cesión que se había hecho al Estado, vuelve al dominio público de la comuna, si se conserva como vía de comunicación; si nó, se vuelve una dependencia del dominio privado de la comuna. Esto se resolvió así en Francia por dos dictámenes del consejo de Estado (2); la decisión no es más que la aplicación de los principios del derecho común. La cesión gratuita del terreno comunal se hace con la condición de que se emplee en un camino; si no se hace éste, ó lo que viene á ser lo mismo, si se abandona, la comuna debe tener el derecho de recobrar su terreno, sea para mantenerlo

1 Sentencias de denegada apelación, de 18 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 243), y de 24 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 206).

2 Dictamen del consejo de Estado, de 22 de Julio de 1858, y de 22 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1859, 3, 54, y 1863, 3, 55).

en el estado de calle ó de camino vecinal, sea para poseerlo como propiedad comunal.

61. Cuando se abandona un camino, vuelve al dominio privado del Estado y se convierte en propiedad particular. ¿Cuál será entonces la posición de los propietarios que eran ribereños de una vía de comunicación, y que ahora van á encontrarse frente á frente de una propiedad privada? Como ribereños, tienen ellos una salida para la vía pública, habían practicado vistas y luces; ¿conservarán este derecho á título de sèrvidumbre, ó no lo conservarán? Volveremos á tratar la cuestión en el título de las *Servidumbres*. Por el momento, nos limitaremos á citar una ley francesa que ha tratado de conciliar los derechos del dominio con los de los propietarios ribereños. Cuando uno se coloca en el punto de vista de los derechos del Estado, se debe decidir que los ribereños no tienen ningún derecho al camino abandonado, porque en tanto que era camino era imprescriptible, es decir, que los ribereños no han podido adquirir ningún derecho de propiedad ni de servidumbre. En cambio, si se coloca uno en el punto de vista de los ribereños, puede decirse que ellos han construido, practicado salidas y vistas, á título de derecho, que el Estado no puede arrebatarles ese derecho, y disminuir considerablemente el valor de sus propiedades sin indemnizarlos. El objeto de la ley de 31 de Mayo de 1842 es conciliar esos intereses y esos derechos opuestos (1).

Núm. 4. De los bienes de las comunas y de las provincias.

62. El art. 542 establece que: «son bienes comunales aquellos á cuya propiedad ó á cuyo producto los habitantes

1 Se encuentra en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *via por tierra*, tomo XLIV, 4^o, 1, página 210.

de una ó varias comunas tienen adquirido un derecho.» Las comunas han sido consideradas siempre como pèrsonas civiles, con capacidad para poseer: deben tener dicha capacidad para cumplir la misión que tienen á su cargo en la organización social. No siempre ha sido lo mismo de las provincias ó departamentos. La Asamblea constituyente dividió el territorio en departamentos, los departamentos en distritos y los distritos en cantones, comprendiendo cada uno una ó varias comunas. Esta división se ha mantenido, salvo una diferencia en las denominaciones: los distritos se llaman hoy *arrondissements*, y en Bélgica las provincias han reemplazado á los departamentos. En principio, el departamento, el distrito y el cantón, eran simples circunscripciones territoriales que sólo se habían establecido para determinar la competencia de las autoridades administrativas y judiciales, y para facilitar la administración de la justicia. Estas circunscripciones no tenían ninguna personalidad. Esto pasaba así todavía cuando se publicó el código civil; ésta es la razón por la cual no habla de los bienes departamentales. Algunas leyes posteriores habiendo supuesto que los departamentos tenían la aptitud de poseer, la jurisprudencia reconoció su personalidad, y la ley de 10 de Mayo de 1838 (art. 10), confirmó esta doctrina (1). En Bélgica las provincias gozan igualmente de la personificación (2). Los cantones y los distritos no son personas civiles. Luego, además del dominio del Estado, hay bienes provinciales y comunales.

1. Del dominio público, de las comunas y de las provincias.

63. Las comunas y las provincias tienen un dominio público y un dominio privado, lo mismo que el Estado. Exis-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 36, núm. 52).

2 Véase el tomo 1º de esta obra, p. 575, núm. 293.

ten bienes comunales y provinciales que se destinan al uso de todos, y qué, por eso mismo, no son susceptibles de apropiación; realmente á nadie pertenecen, como lo expresa el art. 714 respecto del dominio público del Estado. Tales son los caminos provinciales, los edificios y construcciones destinadas á un uso público, por ejemplo, los palacios de justicia, las prisiones, las gendarmerías. Tales son las calles y plazas públicas de las ciudades, los paseos, los cementerios, los caminos vecinales, las aguas destinadas á usos públicos; deben, además, comprenderse en el dominio público comunal las construcciones destinadas á un servicio público, por ejemplo, las casas consistoriales, las iglesias, los colegios y escuelas, las bibliotecas y museos con los objetos que en ellos se encuentren, los mercados, los rastros de ciudad (1). Se presentan algunas dificultades para algunos de esos bienes.

64. Proudhon coloca las casas de ayuntamientos y las comunes entre los bienes del dominio privado, porque no están sometidas á los usos del público en general (2). Esto no es exacto. Todos los habitantes se sirven de las casas consistoriales y tienen acceso á ellas para los actos del estado civil, para las sesiones del cabildo á las que tienen derecho de asistir. Esto es ciertamente un uso público, luego es un dominio público.

65. Hay caminos vecinales de diversas clases. Esta clasificación no se refiere sino á la cuestión de los gastos ó de conservación; es extraña á la propiedad, todo camino vecinal es propiedad de las comunas que lo han construido en un suelo que les pertenece y para necesidades comunales (3).

1 Aubry y Rau, t. 2º, ps. 40-41 y las notas.

2 Proudhon, *Del dominio público*, número 344.

3 Informe del conde Ro y á la Cámara de los Pares, sobre el proyecto de ley relativo á los caminos vecinales (Daloz, *vías por tierra*, página 204, números 26 y 27.

Las calles y plazas públicas pertenecen, sin duda alguna, al dominio público comunal. ¿Qué debe decirse de las plazas vacías que se hallan en el interior de las comunas rurales? Proudhon las pone en el dominio privado (1). Si dichas plazas sirven de paseo público ¿por qué no considerarlas como plazas públicas? Destinadas al uso de todos, participan de la naturaleza de las vías de comunicación, y deben, por consiguiente, clasificarse en el dominio público comunal.

Las calles pertenecen al dominio público de la comuna, porque están establecidas en un suelo que pertenece á las comunas. ¿Pero qué debe resolverse si una calle sirve de prolongación á un camino real? Si la calle ha sido cedida al Estado á título oneroso, vuelve al dominio del Estado: dominio público, en tanto que el camino subsiste como tal dominio privado, si se suprime el camino. Si la cesión es á título gratuito, se aplican los principios que acabamos de exponer (núm. 60).

66. Las aguas que alimentan las fuentes públicas han dado lugar á numerosos debates. Se comprende que aquellas que son necesarias á los habitantes de la comuna pertenezcan al dominio público, y que, por consiguiente, no puedan adquirirse por prescripción. ¿Pero pasa lo mismo con las aguas superfluas? En una primera sentencia la corte de casación habia admitido esa distinción (2). La distinción es poco jurídica. La fuente pertenece evidentemente al dominio público de la comarca; ahora bien, las aguas son una dependencia necesaria de la fuente, luego son igualmente del dominio público. ¿Qué importa que las aguas excedan las necesidades de la comuna? Las necesidades son cosa esencialmente variable; el hecho que cambia de un día á

1 Proudhon, *Del dominio público*, núm. 357.

2 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1860 (Dalloz, 1862, 1, 125).

otro, no podría influir en el derecho, porque de ello resultaría que el hecho destruyese el derecho. Si las aguas superfluas no pertenecen al dominio público, serán prescriptibles y si la prescripción se adquiere y las necesidades aumentan, la comuna se verá forzada á rescatar de los particulares las aguas que había destinado al uso de todos. Esto es inadmisibles, porque es contradictorio: lo que se destina al uso público no puede volverse propiedad privada. La jurisprudencia de la corte de casación es constante en este sentido (1).

Resultan de aquí consecuencias importantes. El dominio público es inalienable é imprescriptible; luego las aguas no pueden ni eragarse ni prescribirse, cuando alimentan una fuente pública. Toda posesión es precaria y de simple tolerancia, y no puede, por consiguiente, oponerse á la comuna. Hay todavía más. Aun las concesiones hechas de estas aguas por la comuna no confieren un derecho de propiedad á los concesionarios; están esencialmente subordinados al interés general como toda concesión hecha sobre el dominio público (2).

67. El dominio público está regido por los mismos principios, poco importa que pertenezca al Estado, á la provincia ó á la comuna. Luego siempre está fuera de comerci6; y por consiguiente es inalienable é imprescriptible. Insistiremos, en el título de la *Prescripción*, acerca de las dificultades que origine este principio. Los bienes que forman parte del dominio público entran en el dominio privado,

1 Sentencia de casación, de 20 de Agosto de 1861 (Daloz, 1861, 1, 385). Sentencias de denegada apelación, de 4 de Junio de 1866 (Daloz, 1867, 1, 35), y de 15 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 275). La jurisprudencia de las Cortes de apelación está conforme, así como la doctrina (Troplong, *De la prescripción*, núm. 168); Grenoble, 30 de Noviembre de 1867, (Daloz, 1868, 2, 130).

2 Véanse las sentencias citadas en la nota 1. Dijon, 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 216).

cuando cesa el destino público. Se ha propuesto distinguir entre los caminos vecinales que están clasificados y los que no lo están (1). Nosotros creemos que tanto en uno como en otro caso, ya no se necesita un acto de la autoridad. Un solo punto es esencial; es preciso probar que la comuna abandona el camino que se pretende adquirido por prescripción, de modo que la posesión útil á la prescripción no puede comenar, sino cuando dicho abandono es cierto. La jurisprudencia está en este sentido. Se ha fallado por la corte de casación que cuando un camino real ha sido establecido sobre una porción de la anchura de una calle comunal, el excedente de anchura que no ha conservado el destino de via pública se vuelve propiedad privada de la comuna, y es, por consiguiente, prescriptible (2). La corte de casación ha decidido, además, que este principio es aplicable á los terrenos abandonados sobre una porción única de la longitud ó de la anchura del camino, tanto como para los caminos enteros; ella, por consiguiente ha admitido á un rebereño á probar su posesión más que treinta años, á título de propietario de un terreno comprendido entre su propiedad y el camino público; pero en este caso, se necesita que el rebereño pruebe que su posesión comenzó después que el uso público del terreno había sido abandonado (3).

II. *Del dominio privado de las comunas y de las provincias.*

68. La mayor parte de las comunas tienen un dominio

1 Marcadé, sobre el art. 2226, núm. 4; Isambert, *De las vias públicas*, número 74.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 243).

3 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 34). Compárense las autoridades citadas por Daloz, *Pasto artificial*, número 576.

privado; las provincias pueden también tenerlo. Este dominio consiste en bienes que no se destinan al uso de todos, que están en el dominio de las provincias y de las comunas en virtud del derecho común. Las provincias y las comunas son sus propietarios en calidad de personas civiles: luego es una propiedad restringida, como la del Estado y de todas las personas morales encargadas de un servicio público (1). El art. 542 se expresa mal al decir que los *habitantes* de la comuna tienen adquirido un derecho á la propiedad ó al producto de los bienes comunales; la comuna es la propietaria y no los habitantes (2).

La ley dice que hay bienes comunales á cuyo producto tienen derecho los habitantes. Estos son los bienes comunales propiamente dichos, que los autores oponen á los patrimoniales. Cuando la comuna posee casas y tierras, los habitantes no disfrutan de ellas; la comuna las alquila, y los inquilinos ó arrendatarios figuran en el presupuesto de los ingresos y sirven para soportar las cargas que incumben á la comuna. Mientras que los mismos habitantes gozan del producto de los bienes comunales propiamente dichos, tales como la madera que se distribuye entre ellos en todo ó en parte.

Los bienes que forman el dominio privado de las comunas y de las provincias están en el comercio; luego son enajenables y prescriptibles. Se aplican los principios generales, tales como los exponemos en el título de la *Prescripción*. En cuanto á la administración, se siguen las reglas establecidas por la ley provincial.

Núm. 5. De los bienes de los establecimientos públicos.

69. Fuera del Estado, de las provincias y de las comu-

1 Véase el tomo 1º de esta obra números 301-302.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roostain, *Comentarios*, t. 2º, p. 43, número 65.

nas, hay, además, los establecimientos públicos que pueden poseer cuando hayan recibido la personificación civil. En el tomo I de esta obra hemos dicho cuáles establecimientos son personas morales y en qué sentido poseen. Estas nociones son suficientes para el objeto de nuestro trabajo; los detalles pertenecen al derecho administrativo. Hay, además, personas civiles que no son establecimientos públicos. Tales son ciertas sociedades. Para esta materia remitimos al lector al título de la *Sociedad*.

§ III.—DE LOS BIENES DE LOS PARTICULARES.

70. El art. 537 dice que: «los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, con las modificaciones establecidas por las leyes. Los bienes que no pertenecen á particulares son administrados y no pueden enagenarse sino según las formalidades y reglas que les son particulares.» ¿Cuál es el sentido y el objeto de esta disposición, que no parece ser más que un artículo de remisión? Treilhard dice en la Exposición de motivos: «Los bienes que pertenecen á particulares son los únicos de que debe ocuparse el código civil; los otros son del resorte ó de un código de derecho público, ó de leyes administrativas, y no se ha debido hacer mención de ellos sino para anunciar que estaban sometidos á leyes particulares» (1). Demolombe toma estas palabras al pié de la letra: «Seguiremos, dice él, la conducta del código civil, y nos cuidaremos mucho de toda empresa en el dominio del derecho público y administrativo» (2). ¿Acaso el art. 537 no quiere decir otra cosa sino que no se ocupará de los bienes pertenecientes á las personas civiles? No hay más que poner en parangón las dos disposiciones del artículo para convencerse de que dicen

1 Trilhan, Exposición de motivos, núm. 18 (Loché, t. 4º, p. 31).

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 9º, p. 332, núm. 454.

otra cosa más, y lo que dicen es un principio fundamental de nuestro derecho. Después de haber declarado, en el primer inciso, que los *particulares* tienen la libre disposición de los bienes que les corresponden, el código agrega, en el segundo, que hay bienes que no pertenecen á particulares. ¿Quiénes son esos propietarios distintos de los particulares? Son las personas llamadas morales ó civiles. El código Napoleón jamás se sirve de semejante expresión. Si hubiera querido emplearla, el art. 537 era el lugar en donde debiera haberlo hecho, en vez de servirse de una locución negativa: «los bienes que no pertenecen á particulares.» El legislador debe tener alguna razón para evitar con tanto cuidado emplear un término usado en la doctrina.

En el antiguo derecho, las personas morales llamábanse cuerpos ó corporaciones: la palabra era tan odiosa como la cosa misma á los hombres de la revolución, y no sin motivo. Aborrecían las corporaciones; las hay, no obstante, en nuestro derecho moderno: si el legislador no les da el nombre de *personas*, es sin duda para marcar la diferencia profunda que separa á las personas reales de esos seres ficticios á los que se les reconoce una especie de personalidad. Pues bien, dicha diferencia se pone de manifiesto en el artículo 537. ¿Qué es lo que constituye la esencia de la propiedad? Que el propietario administre á su antojo, disfrute y disponga á su gusto. Tales son los particulares propietarios, según el art. 537. Otra cosa es de las personas llamadas civiles; están sujetas á reglas especiales en cuanto á la administración de los bienes que les pertenecen, así como para la enagenación. Luego éstas no son verdaderos propietarios. Tal es el sentido del art. 537. En otro lugar establecimos ya el principio, pero no insistimos en el art. 537 que lo consagra. El principio es tan importante que hemos creído que debíamos reparar tal olvido.

La discusión del consejo confirma la interpretación que damos al art. 537. Béranger pidió la supresión del primer inciso, como que formaba doble empleo con el art. 544 que define la propiedad. Treilhard contestó que el art. 544 definía la propiedad en general; pero que los particulares, el Estado y las comunas no disponían de sus bienes de la misma manera; que era, pues, preciso expresar dicha diferencia (1).

De los derechos que pueden tenerse sobre los bienes.

71. El art. 543 dice: «Puede tenerse en los bienes ó un un derecho de propiedad, ó un simple derecho de goce, ó únicamente ciertos servicios que pretender. Este artículo inaugura la materia de los derechos reales. Vamos á explicarlo en el título de la *Propiedad*.

1 Sesión del consejo de Estado, de 20 vendimiario, año XII, número 29 (Loché, t. 4^o, p. 23).