

LA ELABORACION DE LA LEY DE AGUAS DE 1866

Por

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción: ante el centenario de la Ley de Aguas de 1866.—II. Situación previa a la Ley.—III. El proyecto de Ley para abastecimiento de agua a poblaciones.—IV. El proyecto Franquet: el Real Decreto de 27 de abril de 1859 nombra la Comisión encargada de redactar una Ley general de Aguas.—V. La obra de Rodríguez de Cepeda.—VI. Significado jurídico de las actuaciones de la Comisión nombrada por el Real Decreto de 27 de abril de 1859.—VII. Fase parlamentaria de elaboración de la Ley.—VIII. La Ley de Aguas de 1866, obra depurada del historicismo jurídico.—IX. El mito de la procedencia árabe de las instituciones más peculiares recogidas en la Ley.—X. Conclusión.

I

El 4 de enero último se cumplieron justamente los cien años del comienzo de las sesiones de trabajo de la Comisión creada por Real Decreto de 27 de abril de 1859 para redactar un proyecto de Ley general de aprovechamientos de aguas. Seis años después, el 3 de agosto de 1866, aparecía nuestra primera Ley de Aguas, cuyos principios y directrices, recogidos en el texto de 1879, tienen todavía plena vigencia y significado actual (1). Son pues casi cien años de permanencia, fenómeno que por sí solo merece destacarse con gozo, especialmente al constatar cómo el mantenimiento de las normas recogidas en la Ley de 1866, en modo alguno puede imputarse a un afán de hacer pervivir restos de nuestro pasado, sino, muy al contrario, a la perfección de su técnica, a la propia bondad de sus preceptos, al hondo arraigo alcanzado por los mismos, hasta el punto que GARCÍA DE ENTERRÍA (2) ha podido expresar que la Ley de

(1) Vid., justificando en concreto esta afirmación *infra*, nota 61.

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 77.

Aguas de 1866 constituye el monumento legal más prestigioso de nuestra legislación administrativa del siglo XIX.

Y si a la sentida admiración hacia el texto original de la Ley de Aguas, unimos el respeto cordial y sincero hacia los hombres que la elaboraron, creo que de ningún modo puede expresarse mejor este sentimiento que con las mismas palabras que recientemente ha referido al Código civil uno de nuestros más ilustres juristas, el profesor DE CASTRO. Permitásemse aplicarlas a la Ley de Aguas, diciendo de ella que lleva bien sus años y conserva entera y con menos postizos que otras leyes extranjeras, más recientes y celebradas. Obra ya madura al promulgarse no ha envejecido demasiado. Tiene la prestancia de los buenos servicios prestados, de la digna y modesta eficiencia. En su ejecutoria no se encuentran relatos de atrevidas invenciones o de inauditas hazañas. Sus títulos de nobleza son los del buen hidalgo casariego que sabe guardar el solar de sus antepasados, adaptándolo a las necesidades de los nuevos tiempos (3). Sin embargo, al aplicar a la Ley de Aguas palabras referidas al Código civil, no se trata únicamente de llevar a cabo una simple trasposición literaria, ya que la conexión entre ambos cuerpos legales es evidentemente mucho más profunda. Ellos constituyen, por así decirlo, el pórtico y el cierre de lo que el propio DE CASTRO (4) considera como «la edad de oro (1860-1889) de la moderna legislación española», de la que no se sabe qué más admirar, si el sosiego y seriedad con que se alumbró, la pureza de su técnica o la corrección jugosa e inigualable de sus propias expresiones.

Al dar ahora publicidad * a la documentación correspondiente a la elaboración de la Ley de 1866, nos proponemos fundamentalmente en este estudio, que precede a la edición que de la misma hemos preparado, analizar el proceso de su elaboración, así como también las circunstancias singulares que lo caracterizaron. Su análisis es en extremo relevante, no sólo en cuanto permite ahondar en el significado de dicho cuerpo legal, sino también como instrumento interpretativo de buen número de con-

(3) DE CASTRO: Estudio preliminar a la ed. del Código Civil del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959, pág. 5 (de la separata).

(4) DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 23 (de la separata).

(*) El presente trabajo constituye el estudio preliminar de la edición crítica que hemos preparado de la Ley de Aguas de 1866 y de sus antecedentes, y que aparecerá en breve publicada por el Ministerio de Obras Públicas.

ceptos jurídicos, algunos de los cuales juegan todavía hoy como claves en nuestra legislación de aguas públicas. A tal fin, debo resaltar ya desde el comienzo, la extraordinaria importancia que en nuestro estudio nos ha presentado el expediente ministerial de elaboración de la Ley de Aguas de 1866, en el que se conservan en su totalidad los trabajos de la Comisión nombrada por el Real Decreto de 27 de abril de 1859, expediente cuya existencia y contenido me fueron inicialmente descubiertos por el profesor JORDANA DE POZAS.

II

La legislación administrativa en materia de aguas, aparece siempre condicionada y en función directa de las características naturales de los distintos países. Este fenómeno ofrece además una continuidad histórica que alcanza hasta nuestros días. En definitiva, no podía ser de otro modo, pues el Derecho juega siempre partiendo de unos datos reales metajurídicos que en principio no puede sino considerar. El condicionamiento de la legislación por las circunstancias naturales y geográficas constituye en esta materia un fenómeno obvio y evidente. Así se explica por ejemplo, y a nuestra mentalidad acaso puede extrañar, cómo la dirección originaria que en los Estados de Europa central (5) adopta la legislación de aguas, busca fundamentalmente la defensa contra las mismas, en evitación de posibles daños originados por exceso de aguas. Del mismo modo, encontramos también abundantes ejemplos en el extremo contrario, entre los que, acaso, el más reciente y significativo lo constituya la legislación israelí (6).

En la consideración referida debemos indefectiblemente situarnos para intentar explicar la génesis de la actual legislación española en ma-

(5) Es expresiva la afirmación de ENNECERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, trad. española, III, I, Barcelona, 1936, pág. 605, nota 8, en relación con el derecho histórico alemán: «La legislación de protección *contra* las aguas es más antigua que la de la protección del aprovechamiento de las mismas.» Más referencias, con abundante bibliografía, también en relación con el derecho alemán, en KOLB: *Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes*, Köln, 1958, págs. 9 y ss.

(6) La legislación del joven Estado de Israel parte del supuesto contrario, tratando fundamentalmente de *provocar* los cursos subterráneos de agua, para evitar así la evaporación de la misma. Me remito a mi trabajo en prensa sobre *La legislación de aguas en el Estado de Israel*. «Revista de Estudios Agrosociales», 1960.

teria de aguas. Necesidad de una distribución adecuada de los caudales, modificando incluso su régimen natural; primacía del riego y, muy especialmente, necesidad de compatibilizar los distintos aprovechamientos entre sí, teniendo en cuenta los límites que ofrece la explotación del agua. Se trata de un conjunto de caracterizaciones cuyo significado alcanza plena validez hasta nuestros días.

Ha sido, pues, en el ámbito señalado, dentro del cual se ha desarrollado históricamente la compleja normatividad en materia de aguas públicas; también en el que, como criterio general, se ha resuelto la propia conducta de la Administración pública en esta materia. En tal sentido, hay un momento histórico, perfectamente determinable, en el que las necesidades derivadas de las condiciones naturales cobran una relevancia operante. Me refiero, de modo directo, al segundo tercio del siglo pasado, que es cuando a la necesidad de respetar unas situaciones existentes, se une la insoslayable exigencia de una mayor explotación; cuando ésta ya no permite dejar alegremente libre el uso y el aprovechamiento del agua; cuando la vinculación a un mismo curso exige un estudio y una realización coordinada y planificada de las distintas explotaciones del mismo; cuando, incluso, es preciso establecer que quien tiene un aprovechamiento y no lo ejerce, pierde sus derechos sobre el mismo.

Toda esta problemática e inquietud es recogida por el derecho positivo, en relación con el cual, en modo alguno pretendo agotar en su exposición las normas de la época a que me refiero, tarea por otra parte casi imposible, pues a la multitud de Reales Decretos y Reales Ordenes se unen también abundantes instrucciones internas, difícilmente localizables en su totalidad. Recojamos tan solo algunas de estas disposiciones (7), testimonio de la preocupación señalada. Así, por ejemplo, la Real Orden de 14 de marzo de 1846 que suscribe ISTURIZ, establece reglas para el aprovechamiento de las aguas, exigiéndose autorización real. Por la Real Orden de 5 de marzo de 1847 se requiere de los jefes políticos noticias de las tierras de regadío y secano, así como de los molinos e in-

(7) Vid. referencias a disposiciones de la época a que me refiero en LLAURADÓ: *Tratado de aguas y riegos*, Madrid, 1878, págs. 13 y ss.; ROS BIOSCA: *Novísima legislación de aguas*, Valencia, 1882; GAY DE MONTELLA-MASSO ESCOFET: *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, I, Barcelona, 1956, págs. 29 y ss.; LATOUR BROTONS: *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*, Madrid, 1955, págs. 14 y ss.

dustrias, para promover los riegos donde convenga, para fomentar la construcción de fábricas; noticias también sobre el caudal de los canales, acequias y saltos de los molinos. La citada Real Orden de 14 de marzo de 1846, fue a su vez completada por las de 21 de agosto de 1849 y 4 de diciembre de 1859, debiendo destacarse la primera de ellas, procedente del Ministerio Bravo Murillo y en la que es importante destacar cómo es tal la preocupación por llegar a una explotación máxima de las aguas, que en la misma se dice lo siguiente: «Las concesiones de aguas han de entenderse que llevan la condición implícita de caducidad, siempre que no se acredite haber hecho uso de ellas en el término de seis meses, a contar de la fecha de la concesión, cuando ésta haya sido para un nuevo uso». También debe citarse la Real Orden de 20 de septiembre de 1859, que aclara cómo se concentra de modo exclusivo en el Estado la titularidad para el otorgamiento de la concesión de aprovechamientos de aguas de los ríos, ordenando que «se abstengan los Ayuntamientos de extralimitar sus atribuciones concediendo permisos para esta clase de aprovechamientos que únicamente puede otorgar el Gobierno Supremo». Medidas de policía se recogen por ejemplo en la Real Orden de 20 de octubre de 1858. El Real Decreto de 29 de abril de 1860 establece bases para el otorgamiento de autorizaciones de obras y concesiones de las aguas. Tampoco faltan en aquella época disposiciones referidas a la más típica acción de fomento (8) —así, la Ley de 24 de junio de 1849—, encaminadas a facilitar y a promover una mejor y más completa explotación de las aguas.

Lo que llevamos dicho, nos evidencia cómo se fue formando de este modo, por vía de acumulación, y ante la inexorabilidad de exigencias concretas, una normatividad realmente compleja, sin tener un punto de arranque unitario y sistemático. Se trataba, repito, de afrontar unas situaciones siempre apremiantes, tratando, principalmente, de lograr la coexistencia y armonía de los distintos intereses que por entonces llegan a su punto máximo de fricción. En modo alguno afirmo que esta problemática acuciante no existiese con anterioridad; lo que señalo, y ello es

(8) Vid., en general, VILLAR PALASÍ: *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en esta REVISTA, núm. 14; LATOUR BROTONS: *Antecedentes cit.*, pág. 15, que recoge, a su vez, la intervención parlamentaria de Bravo Murillo en la discusión de la Ley de 24 de junio de 1849.

evidente, es que, salvo situaciones concretas, es en la época a que me refiero, cuando realmente cobra volumen y significado, ya que es entonces cuando se hacen vivas las dificultades que las posibilidades límites de los aprovechamientos ocasionan. Este estado de cosas, repito, intenta solventarse desde ángulos siempre parciales. Se alcanza así un conjunto normativo resultante de un proceso aditivo de integración.

Esta situación fue ya contemplada por la doctrina (9) y a ella se refería también el Real Decreto de 27 de abril de 1859, por el que se nombra la Comisión ministerial que había de redactar el proyecto de Ley de Aguas, cuya expresión es testimonio gráfico del fenómeno que señalamos:

«La multitud de documentos legales que hoy rigen, excesivos por su número, incompletos en su contenido, diseminados entre las demás partes de la legislación patria, contradictorios a veces, con frecuencia confusos, faltos siempre de unidad, como procedentes de diversas épocas y de sistemas de gobiernos y de civilizaciones radicalmente distintas.»

Igualmente, en el Dictámen de la Comisión especial del Senado que, presidida por Alejandro OLIVÁN, informó el proyecto de Ley de Aguas, puede leerse cómo

«el aumento de población y las crecientes exigencias del cultivo hacen ya indispensable un Código general, como el que nos ocupa, para precaver los conflictos que con frecuencia ocurren y evitar los abusos que suelen cometerse en el aprovechamiento de las aguas por falta de una legislación precisa, uniforme y completa.»

III

La necesidad de compatibilizar los distintos aprovechamientos, en la que frente a exigencias nuevas e ineludibles, se percibe la pugna de antiguos privilegios, reclamados siempre con un énfasis que es ya caracte-

(9) Una completa referencia bibliográfica sobre este punto en JORDANA DE POZAS: *Ensayo de una bibliografía española de aguas y riegos*, en «Actas del III Congreso Nacional de Riegos», Valencia, 1923 (separata).

rístico, adquiere carácter perentorio, en razón de los abastecimientos de agua a poblaciones. Va a ser éste, precisamente, el punto por el que la situación referida se desborda hacia una Ley general de aguas; más propiamente, hacia una ley general sobre *aprovechamiento* de las aguas públicas.

A partir de este punto, el estudio que realizamos sólo es posible llevarlo a cabo siguiendo paso a paso la documentación comprendida en el voluminoso y aleccionador expediente de elaboración de la Ley de Aguas de 1866, conservado hoy en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas. En él, hay un proyecto inicial de ley de abastecimiento de aguas a poblaciones, obra de Constantino ARDANAR, Ingeniero Oficial del Ministerio de Fomento. La copia firmada que del mismo se conserva, está fechada el 3 de marzo de 1857 y consta de 110 artículos. El proyecto ministerial para el cual sirvió de base el de ARDANAR, es casi idéntico al de este último; cuatro artículos más breve. Nuestra remisión se refiere al texto original de ARDANAR, que, como es evidente, data de fecha anterior a la que se deduce de la copia que se conserva firmada en 1857.

La Real Orden de 11 de julio de 1856 nombra una Comisión ministerial de carácter especial, encargada de examinar el citado proyecto de ley de abastecimiento de aguas a poblaciones. La Comisión, emite dictámen favorable al mismo, fundamentado además con un completo análisis del derecho comparado. En este punto, debemos ya destacar inicialmente una circunstancia que, de modo constante, se manifiesta en todo el proceso de elaboración, no sólo del proyecto concreto a que nos referimos, sino que más tarde jugará también en relación con la Ley de Aguas. Se trata de la referencia constante al derecho comparado; más exactamente, de la preocupación directa por conocer y saber qué es lo que se hace en los demás países, los resultados de estas experiencias ajenas, su posible aplicación a nuestra realidad.

El proyecto de Ley de abastecimiento de agua a poblaciones al que nos referimos, es el punto de partida desde el que se llegará a la Ley de 1866. La afirmación se explica fácilmente: al tratar de resolver la problemática peculiar de los abastecimientos de agua a poblaciones, se va a intentar también afrontar en su totalidad—superando las peculiaridades propias de este tipo concreto de aprovechamientos—, la situación originada por la falta de una Ley general de Aguas. Un tanto sobreprecia-

mente, el proyecto señalado pretende fijar un sistema unitario y general que sustituya la multitud de normas entonces en vigor. Esto es, recoger en un texto referido tan sólo a una clase de aprovechamientos, normas relativas a todos ellos.

El proyecto de ARDANAR consta de una primera parte que se refiere a «el dominio y propiedad de las aguas» (capítulo primero), y a «las concesiones de aprovechamientos» (capítulo segundo); sólo la segunda, se refiere ya estrictamente al abastecimiento de agua a las poblaciones, del que el artículo 16 nos da su concepto al señalar que «comprende las obras necesarias para la reunión de las aguas, su conducción, distribución, desagüe y aprovechamiento de las mismas». La sola inclusión de los capítulos primero y segundo en un proyecto de Ley de la naturaleza del que nos referimos, merece por sí sólo resaltarse: el primero de estos dos capítulos contiene la doctrina sobre el dominio de las aguas; el segundo, recoge las normas generales sobre la concesión de aprovechamientos, aprovechamientos que aparecen diversificados según sus tipos, y de los que el artículo 11 establece ya, de modo elemental pero expresivo, el siguiente orden de preferencia: 1.º Para abastecimiento de las poblaciones; 2.º Para la agricultura; 3.º Para la navegación; 4.º Para la industria.

El proyecto de Ley analizado fue objeto de consulta, y sobre el mismo emitieron dictámen el Consejo de Administración del Canal de Isabel II, la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos y el Consejo de Estado, entonces Consejo Real. Los informes de estos dos últimos Colegios consultivos son fundamentales. Están sustancialmente de acuerdo con el proyecto, pero expresamente denuncian el hecho señalado; esto es, que un proyecto de Ley de abastecimiento de aguas a poblaciones recoja y refiera la normatividad general sobre las aguas públicas. El camino quedaba así implícitamente señalado: no una ley para una clase concreta de aprovechamientos, sino una Ley general de Aguas.

La Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos dictamina favorablemente (10) el proyecto ministerial de 106 artículos, tras haber re-

(10) Figura un voto particular de Toribio de Areitio, precisamente en relación con el punto de arranque fijado por la Junta de que este texto «pueda servir de fundamento o punto de partida a la redacción de la legislación general de aguas, de que el citado proyecto debe formar parte». Toribio de Areitio intervendrá en la Comisión redactora de la Ley, siendo también autor de un proyecto que se conserva; vid. sobre esta figura LATOUR BROTONS: *Antecedentes*, cit., pág. 19.

clamado los antecedentes históricos, cuyo conocimiento constituye siempre una insustituible medida de política legislativa. «Hay un principio muy vulgar—se dice en el informe—, pero que no se puede perder de vista cuando se trata de legislar sobre cualquier materia, a saber: que nada debe innovarse sin perfecto conocimiento de lo pasado». Y añade el dictamen de la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos (11):

«El pensamiento que ha presidido a la redacción del proyecto de Ley de abastecimiento de aguas para poblaciones, es el de formar la legislación especial sobre el uso y aprovechamiento de aguas por medio de cuatro leyes, a saber: 1.ª La que ahora se trata y de la cual forma parte una sección o título preliminar con el epígrafe de *disposiciones generales* que serán comunes o aplicables a toda clase de aprovechamientos de aguas; 2.ª La relativa a las aguas que se aplican a la agricultura; 3.ª Las que tengan por objeto la navegación fluvial, y 4.ª La correspondiente a las aguas que la industria puede utilizar. Este pensamiento se descubre por el espíritu que domina a todo el proyecto y además se ve expresamente consignado en la letra de varios de sus artículos y en las breves consideraciones que aparecen apuntadas en su preámbulo. La primera consecuencia que de esta observación se deduce es: que en vez del epígrafe con que se ha encabezado y que no da cabal idea del asunto que abraza tan importante trabajo, debería llevar éste u otro semejante: «Proyecto de Ley que comprende las disposiciones generales que han de regir el uso y aprovechamiento de las aguas y las particulares para el abastecimiento de las poblaciones.»

De modo análogo se manifiesta también la Sección de Gobernación y Fomento del Consejo Real, en dictamen del 3 de diciembre de 1857. Puede señalarse en este punto, que la intervención del más alto órgano consultivo va a resultar determinante para variar el rumbo de la legislación en la materia que estudiamos. Transcribimos del dictamen del Consejo Real:

«La Sección ha observado desde luego, que el proyecto de que se trata no debe dirigirse exclusivamente más que a las derivaciones de

(11) Lo subrayado es del propio dictamen.

aguas para surtir de las potables a las poblaciones necesitadas de este elemento indispensable a la vida y salubridad de sus habitantes. Si mayor extensión tuviese el pensamiento del legislador en esta materia, no bastaría lo proyectado; sería forzoso redactar una Ley que comprendiese en sus diversas y multiplicadas aplicaciones, la propiedad, el aprovechamiento, el disfrute y las servidumbres de las aguas, cosas todas en que es bastante incompleto nuestro actual derecho constituido; pero que por lo mismo no puede ser confirmado, alterado o modificado sino entre tanto la promulgación de una Ley cuyo carácter de generalidad satisficiera todas las exigencias, al menos en lo posible, y respetase, ratificándolo en formas claras y precisas lo que, consuetudinariamente es al presente regla de conducta y principio legal para muchos de los usos de las aguas. Sin embargo, la Sección no está llamada en la actualidad a trabajo tan vasto, ni su cometido puede extenderse a más que a informar sobre un proyecto de abastecimiento y distribución de aguas potables...»

El texto transcrito es hasta tal punto expresivo que nos ahorra cualquier otro comentario. Hay en él, en primer lugar, una llamada sustancial de respeto hacia el derecho consuetudinario que debe ser legalmente ratificado «en formas claras y precisas». Se trata, tendremos ocasión de verlo, de una característica que se encuentra no sólo en la elaboración concreta de la Ley de 1866, sino que, trascendiendo de la misma, caracteriza todo el régimen jurídico de las aguas públicas en el ordenamiento positivo español (12). En segundo lugar, y es lo que ahora nos interesa, el Consejo Real denuncia la necesidad de afrontar directamente la cuestión, mediante una ley general de aguas. Los inconvenientes que de su falta se derivan, en modo alguno podían resolverse a través de la vía indirecta de una ley exclusivamente referida a una clase de aprovechamientos; era necesario aprehender frontalmente la cuestión. El camino quedaba marcado. Sólo quedaba la solución lógica y necesaria de una Ley de Aguas.

La documentación conservada, como vemos, permite recorrer gradualmente las distintas fases seguidas en el proceso de elaboración de la Ley

(12) Sobre estos problemas me remito a S. MARTÍN-RETORTILLO: *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, páginas 109 y ss.

de Aguas. Hay que señalar todavía un nuevo hito. Tras el intento recogido sobre la base de un proyecto de ley de abastecimiento de agua a poblaciones, y antes de llegar a la Ley general de Aguas, debemos situar un «Proyecto de Ley sobre el *aprovechamiento* de las aguas públicas» que se conserva entre los antecedentes de la Ley de 1866. Esta circunstancia, y el hecho de que ofrezca ya el carácter de generalidad que el Consejo Real reclamaba, nos induce a situar el proyecto al que ahora aludimos, precisamente en este momento, como antecedente inmediato de la Ley de 1866, a pesar de que el ejemplar conservado carece de fecha y referencia a su autor. Se trata de un proyecto de Ley breve, que alcanza sólo los sesenta artículos, en los que se pasa revista con carácter general al dominio de las aguas, a la doctrina de las autorizaciones y de la concesión, analizándose también las distintas clases de aprovechamientos, sin que falten tampoco artículos referidos a las *servidumbres*; al sistema de ayudas o subvenciones, o a los Tribunales privativos de aguas. A la gráfica simplicidad con que quedaba fijado el orden de preferencia de los aprovechamientos en el proyecto de Ley de abastecimiento de agua a poblaciones, el proyecto al que ahora nos referimos establece en su artículo 41 un orden distinto, que en su *expresión* se acerca ya a la fórmula que más adelante empleará la Ley de Aguas: 1.º Abastecimiento de las poblaciones; 2.º Navegación; 3.º Riegos; 4.º Movimiento de molinos, fábricas y demás artefactos industriales; 5.º Conducción de maderas a flote.

IV

Es en este momento histórico cuando la preocupación habida en el seno del Ministerio de Fomento para afrontar de modo total el problema de la legislación de aguas, se encauza siguiendo precisamente el hilo que marca el proyecto de Código general de Aguas que publica Cirilo FRANQUET, ex director general de Administración y, con anterioridad, gobernador civil. FRANQUET proviene pues, no sé si profesionalmente también, de la esfera superior de la Administración del Estado: de esa clase de hombres que entre nosotros no ha llegado a adquirir carta de naturaleza, tal y como se concibieron en su origen siguiendo el modelo francés, y de los que tan sólo en contados momentos de nuestra Historia del siglo pa-

sado podemos encontrar algunos representantes (13). Ahora bien, si como tendremos ocasión de ver, la presencia de Cirilo FRANQUET está siempre determinada por esta condición, no puede olvidarse que él es igualmente un hombre de estudio, un investigador eminente, autor de la mejor colección que conozco de textos históricos en materia de aguas (14).

El proyecto elaborado personalmente por Cirilo FRANQUET es el que sirve de punto de arranque. Con expresa referencia al trabajo de FRANQUET, el Real Decreto de 27 de abril de 1859 nombra una Comisión encargada de redactar un proyecto de ley general de aprovechamiento de aguas, cuya integración fue completada sucesivamente por los Reales Decretos de 8 de mayo, 20 de julio y 24 de agosto del mismo año, incorporando este último a la Comisión redactora, al ex ministro de Fomento ALONSO MARTÍNEZ, que había de presidir con frecuencia los trabajos de la Comisión (15).

De ahora en adelante seguiremos un orden estrictamente cronológico en la exposición de los hechos. Sólo de este modo es posible lograr una representación real del proceso de elaboración de la Ley de 1866. En tal sentido, el primer punto a estudiar es la composición de la Comisión nombrada, para después intentar determinar las circunstancias personales de sus miembros.

No cabe la menor duda que el ámbito material sobre el que incide una nueva Ley de Aguas comprende directamente la competencia sustantiva de distintos Departamentos ministeriales. Sin embargo, no por ello se desnaturaliza la competencia fundamental que en esta materia presenta un determinado Ministerio, en este caso el de Fomento. La preparación de la Ley se realiza totalmente en su seno, sin que la circunstancia de

(13) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Prefectos y Gobernadores civiles. El problema de la Administración periférica en España*. Estudio preliminar a su trad. española de la obra de CHAPMAN: *Los prefectos y la Francia provincial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, págs. 10 y ss.

(14) FRANQUET: *Ensayo sobre el origen, espíritu y progreso de la Legislación de Aguas*, Madrid, 1864, 2 vols.

(15) La Comisión fué posteriormente modificada; a lo largo de las actas de las sesiones queda constancia de los cambios sucesivos: vid. el Real Decreto de 21 de noviembre de 1860, por el que se incorpora un representante de la Sociedad Aragonesa de Amigos del País. En la sesión del 17 de abril de 1861 se nombran vicepresidentes de la Comisión a los ex-ministros Cirilo Alvarez, Consejero de Estado, y a Manuel Alonso Martínez.

implicar la acción de varios ministerios, imponga una infructuosa emigración de los mismos a un posible órgano superior. Un criterio racional, deducido por la importancia que para cada Departamento (16) ha de representar la nueva Ley, adscribe indubitadamente su elaboración al Ministerio de Fomento. La referencia concreta a la competencia de otros Departamentos, se resuelve llamando a sus representantes para que formen parte de la Comisión. En tal sentido, figuran los de Gracia y Justicia, Marina y Gobernación. Concebir al Consejo de Estado en sus funciones de asesoramiento y consejo a la Administración Central para la preparación de sus decisiones, no sólo a posteriori, sino en su propia gestación (17), explica igualmente la presencia de uno de sus miembros en la citada Comisión.

Llama acaso la atención, el predominio que en la Comisión tienen los elementos técnicos sobre los jurídicos; más concretamente, la superioridad numérica de hombres prácticos en materia de Administración, sobre hombres de estudio. No obstante la consideración numérica, en modo alguno debe conducirnos a un error de apreciación, ya que el fenómeno señalado es tan solo aparente. La experiencia y la práctica administrativa de quienes integraron la Comisión redactora de la Ley de Aguas, no puede negarse que dio a la misma una agilidad que en otro caso quizá no hubiera tenido; es preciso afirmar, sin embargo, que ni la Ley de 1866 hubiera alcanzado la perfección lograda, ni sus principios la pervivencia que han conseguido, a no haber mediado como principal artífice de la misma el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, profesor ANTONIO RODRÍGUEZ DE CEPEDA (18). Las actas de las sesio-

(16) Se trata, en definitiva, de la misma técnica que tan justamente ha recogido, ya en otro plano, la vigente Ley de Procedimiento administrativo al determinarse por un criterio cuantitativo en el caso de que sean varios los Departamentos ministeriales que hayan de intervenir con competencia propia sobre una determinada materia.

(17) Sobre los distintos matices que puede revestir la función consultiva, véase GARCÍA DE ENTERRÍA: *Aspectos de la Administración consultiva*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, especialmente págs. 22 y ss.

(18) Pocas cosas sabemos acerca de la persona de Rodríguez de Cepeda; su hijo, Catedrático también de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, es autor de un texto manuscrito en el que se recogen algunos datos biográficos. Antonio Rodríguez de Cepeda nació en Cartagena el 21 de abril de 1814; cursó tres años de Filosofía y tres de Teología en el Seminario de San Fulgencio, de Murcia; alcanza después el grado de Bachiller en la Facultad de Teología de Granada. Sabemos que su carrera civil se vió interrumpida con frecuencia como resultado de cambios políticos; de 1846

nes acreditan lo que decimos, por encima de cualquier otro testimonio: RODRÍGUEZ DE CEPEDA es la figura central; se diría que los demás giran a su alrededor, en pro o en contra, pero siguiendo siempre la pauta por él marcada. Con frecuencia, la Comisión no hace sino ratificar los artículos del proyecto RODRÍGUEZ DE CEPEDA; a veces, los apostilla sobre su propio enunciado; otras, es el propio CEPEDA quien retira el texto de un artículo para presentarlo modificado; en ocasiones también la Comisión es testigo presencial de un debate, siempre cordial entre FRANQUET y RODRÍGUEZ DE CEPEDA, y en el que ALONSO MARTÍNEZ ha de ejercer con frecuencia sus buenos oficios, inclinándose la mayor parte de las veces a favor de lo sostenido por el ponente CEPEDA, si bien hay que reconocer cómo en alguna ocasión se adhiere a lo defendido por FRANQUET.

La Comisión, instalada el 22 de julio de 1859, se hace eco de lo dispuesto en las Reales Ordenes de 9 de mayo de ese año: el proyecto FRANQUET, se somete a información pública. Se solicita la opinión de Corporaciones y funcionarios, así como de las llamadas Corporaciones Superiores; de los dictámenes de estas últimas, se conservan los de la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos, Junta Superior Facultativa de Minería, Consejo de Sanidad y Junta Consultiva de la Armada. Este último informe es acompañado por los de la Comandancia Principal de los Tercios navales del Norte (Ferrol, 20 de julio de 1859), de la de Levante (Cartagena, 10 de agosto de 1859) y por el de la Capitanía General

es su nombramiento como Catedrático de la Universidad de Valencia, llegando, en 1871, a ser decano de su Facultad de Derecho, y en 1876, Vice-rector; parece ser que el 24 de septiembre de 1880 recibió el nombramiento de Rector de la Universidad, cargo que no aceptó. Su figura fué relevante dentro de la sociedad valenciana, en la que el nombre de Rodríguez de Cepeda figura encabezando, dirigiendo o fundando multitud de obras culturales, económicas, o de caridad. Su producción escrita fué realmente escasa; notoria su fama como abogado, que rebasó nuestras fronteras: su archivo conserva abundantes dictámenes profesionales en pleitos extranjeros; incansable y variado su afán de saber: Rodríguez de Cepeda era también excelente astrónomo, materia a la que frecuentemente se dedicaba desde su observatorio de Torrente y sobre la que poseía una amplia colección de libros; su cultura fué, sin duda, excepcional, y nada mejor nos lo prueba que su excelente biblioteca, de cerca de cinco mil volúmenes en distintos idiomas y que, un tanto paradójicamente, había de sufrir los daños de las aguas en la más triste de las inundaciones sufridas por la capital del Levante. Debo agradecer públicamente a don Antonio Martí Guillén, descendiente directo de Rodríguez de Cepeda, la ayuda prestada para poder llevar a cabo este trabajo, así como las facilidades recibidas para poder consultar directamente el Archivo familiar, de inestimable valor.

del Departamento de Cádiz (San Fernando, 17 de agosto de 1859). Desde un punto de vista jurídico, de entre estos informes de Corporaciones superiores ofrecen mayor interés los dos primeros, que se recogen íntegros en este volumen. El propio Cirilo FRANQUET presentó expresamente una refutación directa de los juicios recogidos en el dictámen de la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos (19).

La información solicitada, siempre sobre la base de proyecto FRANQUET, se extiende igualmente a los Gobernadores civiles, Juntas provinciales de Agricultura, Sociedades Económicas de Amigos del País (20), Comisaría Regia de Agricultura, Sindicatos de Riegos, Consejos provinciales. No se conservan las respuestas originales de esta información, de la que sin embargo existe un voluminoso extracto sin foliar, que ya fue manejado por la Comisión. En él se sintetizan de modo sistemático las distintas opiniones, siguiendo un orden sucesivo de acuerdo con el articulado del proyecto FRANQUET. Hemos de recoger una excepción a lo dicho. Acaso por su significado, se conservan los informes originales de distintas Corporaciones de la provincia de Valencia (21); están unidos y los acompaña una Memoria del Gobernador civil, verdadero resumen de dichos dictámenes, remitida al Gobierno con fecha 24 de octubre de 1859, y en la que se permite recordarle, adhiriéndose a las opiniones «en todo... y con predilección a las remitidas por la Sociedad Económica y el Sindicato del

(19) Se recogen en este volumen las observaciones de Franquet a la Junta Superior de Caminos, Canales y Puertos. Se conservan igualmente distintas modificaciones del texto propuestas por el propio Franquet, acompañadas de la correspondiente justificación al nuevo texto que se ofrece.

(20) Se conserva, impresa en 1860 en la litografía de Agustín Peiró, de Zaragoza, una Memoria de la Sociedad Aragonesa de Amigos del País, que contiene en su primera parte, *Medida de aguas corrientes. Módulo legal más perfecto que los módulos de Italia para el nuevo Código de Aguas*, y en la segunda, junto a los informes de la misma sobre los proyectos de Areitio y Franquet, informe este último que recogemos textualmente, se ofrece un nuevo texto completo de Código de Aguas. La Sociedad Aragonesa de Amigos del País debió jugar ciertamente papel relevante en este proceso de elaboración de la Ley de Aguas; uno de sus miembros, como tal, se incorporó a la Comisión redactora del proyecto; vid. *supra* nota 15.

(21) Son éstos el de la Sociedad Económica de Valencia, firmado por el Conde de Almodóvar y José Mercé el 2 de agosto de 1859; el del Sindicato General de Riegos del Río Turia, que suscriben Vicente Linares y Salvador Castillo el 20 del mismo mes; el de la Comisaría Regia de Agricultura, que fecha el 20 de julio de 1859 el Conde de Ripalda en Baños de Panticosa (Huesca), y, por último, el del Tribunal de Aguas de la Vega, con fecha del día 14 del mismo mes y año.

Turia», ya que «los individuos que componen estos cuerpos, además de los conocimientos científicos de que se hallan adornados respecto del sistema de riegos en general, poseen los que les ha suministrado la práctica y la especialidad en esta provincia».

Esta es la primera fase de la elaboración de la Ley de Aguas. Se ve ya desde el principio, un buscado afán de llevar a un conocimiento exacto de la realidad, y también de constatar juicios y opiniones. Creo que por este solo hecho, merecería ya destacarse la Ley de 1866; su preparación se nos ofrece de acuerdo con las más depuradas técnicas de preparación de la tarea del legislador, por sí solo insospechadas en el tiempo en que se llevaba a cabo dicha elaboración (22).

Las Reales Ordenes de 9 de mayo de 1859 disponían la remisión de todos los informes al Ministerio de Fomento. Estos informes se toman por la Comisión como elemento base para su trabajo. Es expresivo el cómputo de fechas. La Comisión se instala, como hemos dicho, el 22 de junio de 1859; la sesión siguiente con la que realmente inicia su tarea, no es hasta el 4 de enero de 1860, fecha en la que ya se tiene preparado «el sucinto extracto por artículos» resultado de la información pública. Es entonces el momento de que «la Comisión, en vista de todos los datos reunidos, se ocupe ya en la formación del proyecto que le estaba encomendado»: para esto, es necesario estudiar con detenimiento las distintas opiniones reunidas, comparar los juicios diversos. Se considera que por el número excesivo de sus miembros esta tarea ni debe, ni puede realizarla directamente la Comisión en pleno; surge entonces la alternativa de nombrar una Subcomisión, a la que encomendarle el trabajo, o bien, una sola persona en condición de Ponente general. ALONSO MARTÍNEZ es quien defiende con machaconería esta segunda solución frente a opiniones contrarias. Su criterio se impone mayoritariamente; y, ya por unanimidad, se nombra ponente general de la Ley a RODRÍGUEZ DE CEPEDA.

La Ley de Aguas, que tiene como antecedente la obra de FRANQUET, se ofrece también en su desarrollo más inmediato como resultado del

(22) En relación con la técnica de los informes presentados por el Gobierno, sobre la base de encuestas y consultas, como preparación a la obra del legislador; vid. la documentación correspondiente a la Sesión de Lieja de 1958 del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas; un resumen de la misma en S. MARTÍN-RETORTILLO: *La «table ronde» de 1958 del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas*, en esta REVISTA, 26, págs. 237 y ss.

esfuerzo personal de Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA. Creo poder afirmar que es esta circunstancia— un solo hombre—, y las condiciones del elegido, lo que puede explicarnos la tan traída y llevada perfección del texto de la Ley de 1866. Una vez más, se corroboraba el principio de que «los códigos extraordinarios sólo surgen cuando una sola e importante personalidad los moldea de una vez». En tal sentido, nada mejor que referir en su totalidad a la Ley de Aguas de 1866 las palabras certeras de Franz WIEACKER (23): «La experiencia del Derecho... muestra empero que los Códigos extraordinarios sólo surgen cuando una sola e importante personalidad los moldea de una vez. La monumentalidad y pureza de estilo de los grandes códigos provienen de la intuición personal y de la capacidad voluntariosa... de una sola persona... El trabajo de colaboración en comisiones, por el contrario, debilita la responsabilidad y la autocrítica, favorece la irresolución y la persistencia en lo antiguo, rebaja también de por sí la superior calidad de los miembros al nivel del promedio más inferior: sólo es imprescindible, para la comprobación y examen de un proyecto acabado...»

Más de un año va a tardar en reunirse otra vez la Comisión: desde el 4 de enero de 1860 en que RODRÍGUEZ DE CEPEDA recibe el encargo de redactar el texto del proyecto a la vista de las informaciones recibidas, hasta el 4 de febrero de 1861. Determinar el modo en que RODRÍGUEZ DE CEPEDA llevó a cabo el trabajo encomendado exige, ni más ni menos, tomar contacto personal con la figura del ilustre profesor valenciano.

V

Es frecuente el hecho de que las obras humanas pasan a la historia con una paternidad equívoca, al mismo tiempo que queda silenciado quien realmente las alumbró. Se mantienen de esta forma juicios erróneos, ajenos a la verdad, o, al menos, no reconociéndola en su totalidad. Estamos en uno de estos casos. No podemos negar el valor positivo que supone la obra de Cirilo FRANQUET; una opinión generalizada, sobre la que no es preciso insistir, le atribuye sin embargo la paternidad de la Ley de Aguas

(23) WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. española, Madrid, 1957, pág. 423.

de 1866: los juicios elogiosos que en el Senado se expresan hacia la tarea llevada a cabo por el Ministerio de Fomento, tan solo hacen referencia personal a él; a FRANQUET se le ha llamado, incluso (24), el verdadero mago de la Ley de Aguas.

Nuestro punto de vista difiere radicalmente del anterior. La valoración objetiva y serena de los hechos determina la paternidad directa de la Ley de Aguas, en Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA. A lo largo de este trabajo quedará nuestra afirmación más que fundada.

Grande debió ser su fama; ella nos explica el hecho ciertamente casual (25), de haber sido llamado a formar parte de la Comisión, como única persona no residente en la Corte, circunstancia que hace comprender además sus ausencias a algunas de las reuniones: fue condición por él impuesta (26) la de no obligarle a residir permanentemente en Madrid.

(24) LATOUR BROTONS: *Antecedentes*, cit., p. 19.

(25) Testimonio de lo que decimos es el texto de la siguiente carta, que he encontrado en el Archivo familiar: «Sr. D. Antonio Rodríguez de Cepeda.—Muy señor mío y querido profesor: Aunque he tenido la satisfacción de oír las explicaciones de V. durante dos cursos, probablemente habrá V. olvidado mi nombre con el de tantos otros discípulos insignificantes. El particular afecto que siempre he tenido a V. como profesor, y la merecida idea de sus distinguidos conocimientos, me ha hecho conservar siempre con respeto y aprecio el recuerdo de V. y de él voy a darle una prueba por más que sienta ofrecer a V. al hacerlo, quizás nada más que una molestia.—Anoche rubricó S. M. el Decreto de que acompaño a V. copia. Al ocuparse mi primo y jefe el Marqués de Corvera de nombrar la comisión que en él se crea me significó sus deseos de que entre las personas que la formen figure una que a los conocimientos grandes que deben tener todas, reúna el de la legislación y jurisprudencia que en materia de aguas rigen en esa hermosa huerta. Como yo me he educado ahí, me consultó sobre esta designación y no pude menos de hacerle presente el reconocido mérito de V. como profesor, legista, publicista y abogado. Añádile, sin embargo, que temía que en las particulares circunstancias de V. no le conviniese venir a Madrid por el tiempo que la Comisión ha de funcionar, y en vista de esta observación me ha encargado escriba a V. proponiéndole en su nombre el formar parte de la indicada Comisión. Si a V. le fuera posible aceptar sería un motivo de satisfacción para el Ministro y muy particularmente para su antiguo discípulo; pero si razones especiales de familia o intereses se lo impiden, no quisiera que esta invitación fuese para V. un compromiso, y así me ha encargado expresamente el Marqués lo signifique a V.—Espero se servirá V. contestarme lo antes que le sea posible, aprovechando yo en tanto esta ocasión de repetirme suyo affmo. discípulo y seguro servidor q. e. s. m.—Antonio de Peñaranda y Baillo.—Madrid, 28 abril 1859.»

(26) Vid. el texto siguiente, respuesta a la carta que transcribe la nota anterior, igualmente procedente del Archivo de Rodríguez de Cepeda: «Valencia, 30 de abril de 1859.—Sr. D. Antonio Peñaranda y Baillo.—Muy Sr. mío y estimado amigo: Aunque generalmente no es posible conservar en la memoria los nombres de la mayor parte

El 4 de enero, RODRÍGUEZ DE CEPEDA recibe el nombramiento de ponente general de la Ley de Aguas. De sus actuaciones inmediatamente siguiente, no hemos encontrado testimonio directo en el expediente de elaboración de la Ley; sí los hay, sin embargo, y muy expresivos, en el Archivo familiar que se conserva en Valencia. Sabemos de este modo que el 12 de enero de ese año, se dirige RODRÍGUEZ DE CEPEDA al Ministro de Fomento pidiéndole autorización para servirse de personas que le ayuden, encargadas no sólo de ordenar «los antecedentes e informes reunidos en el Ministerio... sino también las disposiciones de la legislación española antigua y moderna, general y foral, a fin de que la Comisión pueda tener a la vista estos trabajos». Para auxiliarle en esta tarea propone RODRÍGUEZ DE CEPEDA los nombres de Eduardo PÉREZ PUJOL, catedrático

de los discípulos, no sucede así con los que, como V., se distinguen por su talento y aplicación; contribuye también a ello la circunstancia de no ser V. valenciano y no confundirse su apellido con los de este país.—Doy a V. mil gracias por el favorable recuerdo que de mí ha conservado y honrosa indicación que de mi nombre ha hecho al señor Ministro, a quien se servirá V. dárselas por la favorable acogida que ha hecho a la indicación de V. Ambas circunstancias, que me honran más de lo que merezco, me decidirían, desde luego, a aceptar la comisión sin vacilar, siempre que ésta fuera compatible con la conservación de mi clientela. V. no ignora que las dotaciones de las cátedras son insuficientes para que una familia pueda subsistir con regular decencia en una de estas ciudades de primer orden, donde la vida es casi tan cara como en la Corte; y de aquí el que la mayor parte de los profesores, aun de los que tenemos algunos bienes de fortuna, hayamos de cifrar nuestra subsistencia, la educación y carrera de nuestros hijos y el aumento de un patrimonio que poder legarles, en el ejercicio de nuestras respectivas profesiones. Yo en el de la mía he tenido ya la suerte de ocupar uno de los primeros lugares y V. conocerá que una ausencia larga o indefinida me haría perder una clientela que me ha costado algunos años de formar y que con dificultad volvería a reunir. Si para contribuir a los trabajos de la comisión bastare que pasase en ésa dos o tres temporadas de quince o veinte días y aun permaneciendo cada una de ellas haría gustosísimo el sacrificio de aceptar por corresponder como es justo a la bondadosa deferencia del Sr. Ministro y contribuir en cuanto pudiera con mis cortos conocimientos a la perfección de la obra; pero si, como presumo, los trabajos han de ser continuos y de mucha más duración, exigiéndome mi permanencia constante en ésa, la aceptación sería un sacrificio tan grande para el porvenir de mis hijos, que no me atrevo a imponérmelo.—En vista de las anteriores consideraciones, el Sr. Ministro, que podrá conocer mejor que yo la duración probable de los trabajos y la necesidad de que yo asista constantemente a ellos o la posibilidad de que lo haga por intervalos, sin perjuicio de ilustrar además desde aquí sobre aquellos puntos que mayor conexión pudieran tener con estas costumbres y sistemas de riegos, resolverá lo que crea más conveniente y compatible a la vez con el servicio público y mis intereses.—Sirvase V. hacer presente al Sr. Ministro mi consideración y respetos como particular y profesor y como actual decano de este Colegio de Abogados, y me repito de V. affmo. SS. Q. S. M. B.—Antonio Rodríguez de Cepeda.»

de la Universidad de Valencia; Vicente FERRER Y FUERTES, ex secretario del Sindicato de Riegos del Turia y de la Sociedad Agrícola Valenciana, y Juan de DIOS ESQUER, abogado. La propuesta es aprobada oficialmente por Real Orden del mismo día 12 de enero de 1860 (27). En Valencia y durante este año, se lleva a cabo la elaboración del proyecto de Ley. Es esencialmente distinto al presentado por FRANQUET, y en líneas generales. pasará a ser la Ley de Aguas de 1866.

Si resulta sorprendente en su conjunto todo el proceso de elaboración de la Ley por la seriedad con que se asume el empeño, puede afirmarse también, sin temor de caer en la hipérbole, que el trabajo de RODRÍGUEZ DE CEPEDA llega a causar asombro. Muchas de sus fichas se conservan todavía, y debieron ser varios centenares. En ellas se recogen normas de derecho histórico, textos concordantes del Derecho romano, resoluciones del Consejo Real en materia de aguas saladas, de aguas dulces, etc. Resultado de ese trabajo es el proyecto que RODRÍGUEZ DE CEPEDA presenta a la Comisión y que constituye todavía hoy el más valioso elemento de interpretación de la Ley de Aguas de 1866: son muchos los artículos, si bien casi todos de la primera parte, en los que después del texto que de ellos ofrece, se recoge la procedencia del mismo o, en ocasiones también, la referencia a textos de otras legislaciones que presentan soluciones contrarias a la propuesta. Se recogen de este modo, como verdaderos precedentes, referencias al Digesto, a las Leyes de Partidas, a la legislación foral valenciana, a la Novísima Recopilación, al Código Sardo, al de La Lui-

(27) Transcribimos la Real Orden de 2 de mayo de 1861 por la que se reconoce la labor desarrollada por esta Comisión auxiliar: «MINISTERIO DE FOMENTO.—Obras Públicas.—S. M. la Reina (q. D. g.) ha tenido a bien aprobar la cuenta que V. S. acompaña a su comunicación de 23 de abril próximo pasado y que justifica la distribución de los cinco mil reales gastados por V. S. como Vocal Ponente de la Comisión creada por Real Decreto de 27 de abril de 1859 para redactar un proyecto de ley general de aprovechamiento de aguas, mandando que la referida cuenta se remita a la Ordenación General de Pagos de este Ministerio para que se expida a favor de V. S. el oportuno libramiento por aquellas cantidades. Al propio tiempo y en vista de lo que V. S. manifiesta respecto a la conducta observada por D. Antonio Pérez Pujol, D. Vicente Ferrer y Fuentes y D. Juan de Dios Esquer, nombrados para auxiliar a V. S. en sus trabajos por Real Orden de 12 de enero de 1860, se ha dignado mandar S. M. se les den las gracias por la eficaz cooperación que han prestado en este servicio y por el generoso desprendimiento con que han renunciado a toda gratificación.—De Real Orden lo digo a V. S. para su inteligencia y efectos oportunos.—Dios guarde a V. S. muchos años.—Madrid, a 2 de mayo de 1861.—Corvera.—Sr. D. Antonio Rodríguez de Cepeda.»

siana, al Código holandés, a otras disposiciones del derecho positivo español. La simple constatación de este hecho y las consecuencias que del mismo se deducen, estimo que no necesitan mayor comentario. Detengámonos por el momento en este punto, sin perjuicio de que más adelante volvamos a referirnos al mismo, precisamente al estudiar la posible procedencia de las normas que recoge la Ley de Aguas de 1866.

El 4 de enero de 1861, presenta RODRÍGUEZ DE CEPEDA su proyecto de Ley de Aguas (28), acompañado de una justificación del mismo, textos

(28) Resulta casi imposible señalar comparativamente las diferencias entre los proyectos Franquet y Rodríguez de Cepeda, por la sencilla razón de que son obras totalmente distintas. No obstante, no debe silenciarse el hecho, lógico por otra parte, de que una buena parte del material preparado por Franquet y de las soluciones por él propuestas fueron recogidas en el proyecto Rodríguez de Cepeda. Señalemos, a modo de ejemplo, algunas diferencias entre ambos proyectos. En primer lugar, la sistemática de los mismos es del todo diferente; sencillamente, distinta. La propuesta por Rodríguez de Cepeda es la que pasará a la Ley de 1866 y, en líneas generales, a la Ley vigente. *El proyecto de Código de Aguas de Cirilo Franquet tiene un significado marcadamente administrativo; el de Cepeda, más estrictamente jurídico.* En aquél abundan en extremo normas de carácter típicamente reglamentario: se explica así el que, a pesar de tener cinco artículos más, sea de ámbito mucho más reducido en relación con las materias que regula. El carácter administrativista, repito, es determinante en la obra presentada por Cirilo Franquet: la actividad administrativa que se prevee se plantea sobre base planificada y de acuerdo con un complejo sistema de Registros y Censos. Valórense en su misma expresión los siguientes artículos del proyecto Franquet: «El Gobierno ordenará la formación de planos hidrográficos que abracen todas las cuencas de los ríos y grandes corrientes, haciendo el aforamiento del caudal de sus aguas...» (art. 365); «los alcaldes promoverán la demarcación en sus distritos de los alveos de las ramblas de uso público para dejar así deslindados los derechos de los ribereños y de los ganaderos y demás que hiciesen uso de dichos cauces, vigilándolos por medio de sus guardas» (art. 423). Llama también la atención la ingenua creencia que el proyecto Franquet presenta en relación con las posibilidades de la navegación, atenuada un tanto en el de Rodríguez de Cepeda.

Paradójicamente si se quiere, las administraciones autónomas de regantes se presentan sin sustantividad propia en el texto de Franquet que las recoge, lo mismo que hace con la servidumbre de acueducto, al referir el aprovechamiento de aguas para riego: Rodríguez de Cepeda, por el contrario, estudia independientemente las comunidades de regantes al tratar de la Policía de las aguas y da también sustantividad a las servidumbres que analiza en su conjunto en un capítulo independiente. En este último proyecto se afronta también de modo expreso el estudio de la distinta atribución de competencias a los Tribunales o a la Administración, problema que no se recoge en la obra de Franquet, en la que, a su vez, puede afirmarse que se resalta insistentemente la vinculación del agua a la tierra. Conviene destacar, asimismo, algunas diferencias terminológicas de importancia: Franquet se refiere al «dominio público nacional»; Rodríguez de Cepeda, al «dominio público del Estado». Las consecuencias de estos enunciados son, como veremos, importantes. Por último, en relación con la doctrina

que se publican íntegros en este volumen. Desde esta fecha, al 20 de diciembre del mismo año, estudia la Comisión el proyecto presentado por CEPEDA. Las sesiones se realizan con periodicidad variable; a veces, son diarias. Su duración también varía; concluyen normalmente a media noche, habiéndose comenzado dos o tres horas antes; algunas, incluso, se inician a las ocho y media de la noche y terminan ya muy pasadas las doce.

VI

El estudio de las actas de las sesiones es desde luego sugestivo, no sólo en cuanto sirve para acreditar el esfuerzo de quienes llevaron a cabo la redacción de la Ley, sino también en cuanto constituyen además medio insustituible para profundizar en el espíritu y en el sentido de la misma Ley. El valor jurídico de estas actas es desde luego irregular. No obstante, en su conjunto, arrojan siempre abundante luz sobre no pocos puntos. En este sentido, hay que destacar algunos de ellos.

En primer lugar, resulta ciertamente obsesiva la preocupación de respetar tanto los derechos adquiridos (29) como los usos entonces vigentes en esta materia: más aún, el propio RODRÍGUEZ DE CEPEDA fundamenta en ocasiones el texto que de un artículo propone, señalando que tal texto no viene a introducir novedad alguna en la jurisprudencia vigente.

En contra de lo que aparentemente pudiera parecer, destaca también la necesidad, ya vivamente sentida y conciliable con la característica anterior, de dar a la Administración del Estado amplios poderes en la

del uso y aprovechamiento del agua, el planteamiento formulado en ambos textos es el siguiente: Franquet trata en libros distintos de las «aguas dulces en sus cauces naturales» y de las «aguas dulces fuera de sus cauces naturales»: el primero de ellos, además de las normas fundamentales sobre el dominio, comprende aquéllas que hacen relación al uso del agua; esto es, navegación, flotación, pesca, etc.: empleo del agua sin que sea consumida ni derivada de sus cauces naturales. El *aprovechamiento* supone para Franquet empleo del agua, consumiéndola y sacándola además «fuera de sus cauces naturales». Rodríguez de Cepeda, por el contrario, diferencia esencialmente el dominio de las aguas (título 1.º del libro 2.º) de su empleo (título 2.º del mismo libro), dentro del que, a su vez, distingue las dos formas posibles de uso y aprovechamiento.

(29) Vid. LATOUR BROTONS: *Antecedentes*, cit. p. 20.

explotación de las aguas. No faltan desde luego las consabidas y características referencias a una concepción inviolable y altisonante de la propiedad individual. Sin embargo, el caso es que se articula y se ofrece un sistema en el que la presencia, o al menos la fiscalización directa de la Administración, garantice un máximo aprovechamiento de las aguas. Así por ejemplo, FRANQUET se manifiesta en una ocasión señalando que no reconoce Corporación alguna de regentes en que no tenga derecho a intervenir la Administración; ALONSO MARTÍNEZ exterioriza por su parte que no llega a comprender la causa de establecer una posible diferencia entre regantes sujetos a un régimen administrativo y regantes que no lo están. Y en este punto de fortalecer la posición de la Administración, adquiere singular relieve, incluso por la ingenuidad con que se resuelve, la respuesta que ALONSO MARTÍNEZ da a SCHULZ al proponer éste que sea suprimida la prohibición que se hace al Gobierno de modificar las Ordenanzas de las Comunidades de Regantes sin audiencia previa del Consejo de Estado, señalándole ALONSO MARTÍNEZ que, en definitiva, queda siempre libre el Gobierno de hacer lo que crea más conveniente, ya que en última instancia, puede aceptar o rechazar el dictámen del Consejo de Estado. En este sentido, el sistema español ofrece una superioridad innegable sobre los demás (30) al reconocer de modo directo la presencia y la acción del Estado en esta materia, solución que con posterioridad hemos visto adoptar en otros sistemas, y cuyo resultado más relevante es sin duda alguna, la extensión que ofrece del concepto de aguas públicas, concepto que evidentemente ha sido más tarde desvirtuado (31).

Sin embargo, es en otros dos puntos, en relación con los cuales las actas de las sesiones presentan un valor insustituible. En primer lugar, para acreditar el intento mantenido de excluir del ámbito de la ley aquéllos preceptos cuyo rango no debe ser superior al estrictamente reglamentario. Se trata de una característica constante: la Ley sólo debe recoger aquello que realmente merece estar en una Ley. Se explica así, en esa continua referencia a un Reglamento que nunca llegó, la reduc-

(30) Sobre el fortalecimiento de las facultades de la Administración pública en el Derecho alemán, especialmente a partir de la Ley de 20 de agosto de 1883, vid. ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, pág. 606, nota 9.

(31) ALONSO MOYA: *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado*, en esta REVISTA, 4, pág. 34.

ción que sufre el proyecto redactado por RODRÍGUEZ DE CEPEDA y el deseo expresamente manifestado de que la Ley comprenda tan sólo normas de carácter general, cuyo contenido ofrezca entidad suficiente para ser recogido en una ley.

La adopción de esta técnica ha constituido, a la larga, uno de los mayores aciertos en la Ley de 1866. Si bien hay que reconocer que la múltiple y compleja normatividad de carácter secundario que en esta materia ha debido promulgarse se explica precisamente por la *falta* de ese Reglamento general previsto pero no nato, no cabe duda, por otra parte, que a la permanencia de los principios fundamentales de la Ley ha ayudado no poco la circunstancia de que intencionadamente sólo fueron recogidos en la misma los preceptos básicos y esenciales. Cuanto más se descende a los detalles—objetaba RODRÍGUEZ DE CEPEDA a una propuesta de FRANQUET en la sesión de 19 de noviembre, y su testimonio vale para comprender en su totalidad el fenómeno señalado—, cuanto más se descende a los detalles, más fácil es que se olvide alguno, dando lugar entonces a dudas y problemas; por ello, es siempre preferible reducir el sistema a reglas generales.

El otro punto en el que la documentación de las sesiones de la Comisión ofrece singular relieve es, ni más ni menos, que en la determinación del mismo concepto de dominio público. Hoy día concebimos el dominio público como una propiedad de carácter *público*, determinada por una relación patrimonial existente entre un bien y un sujeto *singular*, de naturaleza jurídico-pública (32). Se trata, creo, de una opinión to-

(32) Sobre este punto, por todos: MAYEK: *Derecho administrativo alemán*, III, Buenos Aires, 1951, págs. 92 y ss., en relación con el carácter de propiedad *pública* del dominio público; HAURIU: *Précis de Droit Administratif et Droit public*, París, 1914, págs. 676 y ss., y *passim* en relación con la pertenencia del dominio público a un sujeto *singular*. Sobre la aplicación en concreto de la tesis anterior en nuestro derecho positivo, FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou. Aplicación a la legislación española*, «Revista de Derecho Privado», 1931, págs. 230 y ss.; vid. especialmente, también del mismo autor y sobre el mismo tema, el trabajo publicado en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1941, 9-10-11, número especial dedicado al profesor Gascón y Marín. Acerca de la operatividad de las estructuras jurídico-privadas en la configuración del dominio público, me remito a lo que en otra ocasión he señalado: S. MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, págs. 69 y ss. La mejor y más completa exposición doctrinal sobre estos problemas en GUICCIARDI: *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 8 y ss.

talmente admitida. Las dependencias demaniales tienen un *sujeto* específico que figura como titular de las mismas. Este significado, sin embargo, no corresponde al que el concepto de dominio público presenta en la Ley de Aguas, donde de modo claro y terminante aparece inexorablemente fijado en razón del *uso público*, y atribuido a la colectividad; sin sujeto determinado. El dominio público se atribuye así a todos (33). A veces se dice que por ello mismo, no es propiedad de nadie. El Estado cuida de él no en cuanto titular de un derecho real, sino en razón de su titularidad de la función de policía (34). Es el criterio que abiertamente se reconoce en la Ley, en la que además los llamados bienes patrimoniales—el dominio *particular* del Estado—se configuran en razón de su consideración como patrimonio fiscal. Al dominio público de Estado—se lee en el acta de la sesión de 20 de abril—le corresponde «todo aquello que, no siendo propiedad de nadie, era de aprovechamiento común e inmediato de toda la Nación»; el dominio particular del Estado, se añade, está integrado por aquellos bienes de los que la comunidad se aprovecha también, pero indirectamente, en cuanto todos participan del presupuesto general del Estado.

Esta característica permanece todavía en su conjunto en el texto vigente de la Ley de Aguas: así, por ejemplo, el enunciado del artículo 4 al referirse a aguas públicas o *del* dominio público, nos señala que estamos frente a bienes de uso común; también, el artículo 16 que es incluso todavía más expresivo. En este artículo además se *apunta* ya, lo mismo que en el artículo 12, la existencia de unas aguas que *pertenecen* al Estado—tienen ya un dueño singular—, y son públicas. Se rompe así, en cierto sentido, la concepción general que hemos visto según la cual el dominio público no es realmente un verdadero dominio. Estimo que el portillo que la Ley de Aguas ofrece en este punto para la consideración de parte del dominio público como perteneciente al Estado, hay que relacionarlo con el párrafo 2.º del artículo 339 del Código civil que determina con carácter general como bienes de dominio público, y junto a

(33) Es la fórmula arcaica que equipara el dominio público a las *res communes omnium*; vid., especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios*, cit., págs. 118-121 y 137-138.

(34) La policía administrativa como protección del uso común, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, pág. 617.

los de uso público, unos bienes que tienen un dueño directo, los que afectados a un fin público cualificado, pertenecen *privativamente* al Estado. Se ha entendido que el *privativamente* lleva implícita la idea de *exclusión de todos los demás* (35) y que juega en oposición a esa atribución a la colectividad que determinaba el dominio público; sin perjuicio de esta interpretación, y teniendo en cuenta la concepción del dominio público en el momento en que se redactó el Código civil, quizá podamos explicarnos también la expresión del artículo 339 del Código en el sentido de que no es pensable otra forma de propiedad—relación sujeto-cosa—que la estrictamente privada. De esta forma, nos señala el Código como bienes de dominio público, junto a los de uso público, otros sobre los que el Estado, como sujeto, tiene ya una relación dominical; que le pertenecen *privativamente*, porque *privativamente* es el único modo entonces conocido de ser propietario de una cosa.

El problema enunciado nos sitúa frente a una cuestión interpretativa de capital importancia. Si, como se ha señalado, la consideración de bienes de dominio público, en la Ley de Aguas se determina en principio de acuerdo con la consideración de los mismos como bienes de uso general, surge el problema de fijar actualmente el significado que el concepto de dominio público presenta, bien de acuerdo con su valoración originaria, o bien en consonancia con el significado que actualmente ofrece la expresión dominio público. Quede tan sólo enunciado el problema, si bien no es difícil colegir que una interpretación correcta del mismo deba acaso orientarse en este segundo sentido.

La Comisión concluye su tarea más importante, el 20 de diciembre de 1861. El día anterior, se había aprobado el texto de la cláusula derogatoria general con la que se concluía el proyecto; el 20 de diciembre se encarga a RODRÍGUEZ DE CEPEDA que, como vocal ponente, «revisase el proyecto para hacer en el mismo las correcciones de estilo que parecen convenientes, y redactase la exposición de motivos que debía precederle para su presentación al Gobierno».

En mayo de 1862 y de febrero a abril de 1863, volverá a reunirse de nuevo la Comisión. Se presentan entonces las últimas enmiendas sobre el último texto redactado por CEPEDA: *se soslayan contradicciones encon-*

(35) Vid. especialmente GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1959, I, pág. 478.

radas; hay también algún voto particular, y FRANQUET ofrece completar la exposición redactada por RODRÍGUEZ DE CEPEDA con otros datos, ofrecimiento no aceptado y que gentilmente retiró el propio FRANQUET. Se nombra por último, una Subcomisión para llevar a cabo la última corrección de estilo, y estudiar las últimas enmiendas presentadas, Subcomisión que fue integrada por ALONSO MARTÍNEZ, RODRÍGUEZ DE CEPEDA y Vicente GOMIS, quien a lo largo de todos los trabajos había figurado ya como vocal secretario de la Comisión.

Hemos tenido ocasión de consultar el texto original de la Exposición de Motivos redactado por RODRÍGUEZ DE CEPEDA, texto del que, un tanto paradójicamente, no hay constancia alguna en el expediente ministerial de elaboración de la Ley. El proyecto elaborado por la Comisión se publica, precedido de la Exposición de Motivos, en la Imprenta Nacional en 1862. Sobre esta publicación realiza la Comisión las últimas correcciones, de modo que entre el texto que tal publicación ofrece y el que actualmente se conoce de la Exposición de Motivos no existe identidad; las variantes, son sin embargo escasas y fundamentalmente de orden literario. Por el contrario, sí existe identidad absoluta entre el texto conocido y divulgado de la Exposición de Motivos y el ejemplar *personal* de RODRÍGUEZ DE CEPEDA de aquella edición conservado en su Archivo: publicadas sobre la letra impresa ha llevado a cabo las oportunas rectificaciones.

El 29 de abril de 1863 se reúne por última vez la Comisión, que firma la Exposición de Motivos y el proyecto de Ley; a estos documentos se añade el voto particular de Toribio de AREITIO (36). El ejemplar original del proyecto firmado por los miembros de la Comisión no nos ha sido posible consultarlo; el proyecto que como obra de la misma se publica, es el que se encuentra en el Archivo del Ministerio de Obras Públicas y que responde al texto elaborado antes de las últimas correcciones de estilo.

(36) Desconozco el contenido del voto particular de Areitio presentado al proyecto de Ley de Aguas en la última sesión de la Comisión; el acta de la misma dice tan sólo que fué presentado y unido a la documentación elevada al Ministro.

VII

El suceder de los hechos ofrece con frecuencia curiosas y aleccionadoras paradojas. En tal sentido, por ejemplo, conocida es la intervención de ALONSO MARTÍNEZ en la preparación del Código Civil, y conocido también el hecho de que ya como Ministro es él quien con toda justicia (37) suscribe la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Pues bien, fenómeno *exactamente* análogo ocurriría años antes en relación con la Ley de Aguas. ALONSO MARTÍNEZ, que como hemos dicho, dirige y preside los debates de la Comisión creada por el Real Decreto de 27 de abril de 1859, es quien, ya como Ministro de Fomento, la presenta al Senado el 6 de noviembre de 1863. Y es curioso observar en el apéndice correspondiente del diario de Sesiones de esa fecha, cómo el nombre de ALONSO MARTÍNEZ figura suscribiendo, no sólo como Ministro del Departamento correspondiente, la Memoria presentada por el Gobierno, sino que además encabeza la lista de miembros de la Comisión, al suscribir el proyecto por ésta presentado. El 7 de noviembre se nombra la correspondiente Comisión en el Senado, para que dictamine sobre el proyecto presentado; la presidirá el Marqués de VALCONERA, como secretario se designa al Marqués de MOLINS y de ella forma parte Alejandro OLIVÁN. Con la misma fecha, se remite a la Secretaría del Senado todo el expediente administrativo de preparación, resumen de lo actuado en el Ministerio de Fomento (38) para que lo «tenga a la vista la Comisión nombrada para

(37) Vid. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, pág. 215; sobre la intervención de Alonso Martínez, también, LATOUR BRONNS: *Antecedentes*, cit., pág. 20.

(38) El oficio de remisión firmado por Alonso Martínez especifica los documentos que se remiten al Senado: 1.º Proyecto de don Cirilo Franquet; 2.º Reales decretos nombrando la Comisión encargada de redactar un proyecto de Ley de Aguas; 3.º Actas de las Sesiones celebradas por la Comisión; 4.º Proyecto del vocal ponente de la Comisión; 5.º Propositiones y documentos presentados por algunos vocales durante los trabajos de la Comisión; 6.º Informes de Corporaciones superiores sobre el proyecto del señor Franquet; 7.º Informes de las autoridades y Corporaciones provinciales sobre dicho proyecto; 8.º Extracto de los informes de dichas Autoridades y Corporaciones; 9.º Proyecto de la Sociedad económica Aragonesa de Amigos del País; 10.º Medidas de aguas corrientes, de la misma Sociedad; 11.º Proyecto de don Rafael Boira; 12.º Antecedentes que obraban en el Ministerio con anterioridad al nombramiento de la Comisión, entre los que figuran varios proyectos de Ley de Aguas que no hemos

informar el proyecto de Ley general de Aguas». A partir de este momento, el proceso de elaboración de la Ley de Aguas se desarrolla en el ámbito parlamentario; el interés que en el mismo presenta es más bien escaso. Un año después, el 7 de diciembre de 1864 el ministro de Fomento retira el proyecto del Senado, ante el que es presentado de nuevo el 6 de mayo de 1865 por OROVIO, entonces titular del Departamento. Con fecha 6 de junio de 1865 dictamina la Comisión del Senado, presidida ya por Alejandro OLIVÁN, quien va a desempeñar un papel relevante (39) en defensa del proyecto. Se recoge el dictámen de esta Comisión, justificando a su vez las escasísimas modificaciones propuestas al texto presentado por el Gobierno. Las diferencias entre ambos proyectos son mínimas; nulas de significado. El 14 de junio del mismo año se abre debate en el Senado sobre la totalidad del proyecto, interviniendo en contra del mismo el senador LUXÁN; a favor lo hace el propio Alejandro OLIVÁN. En torno a estas dos figuras va a llevarse a cabo toda la discusión parlamentaria en la que, repetimos, es OLIVÁN quien asume el papel central en la defensa de la Ley. El propio tono de los contradictores es incluso altamente elogioso para el proyecto. Como muestra de ello, recogemos en esta edición del Diario de Sesiones correspondiente a la del Senado de 14 de junio de 1865 la intervención de LUXÁN contraria—si así puede llamarse—, a la totalidad del proyecto y la defensa del mismo llevada a cabo por OLIVÁN. Las discusiones del articulado ofrecen jurídicamente escaso interés. La terminación de la legislatura, decretada en San Ildefonso el 11 de junio de 1865, obliga a concluir los debates de la Ley, discusión que ha de recomenzar el 7 de marzo de 1866, siendo presentado otra vez el proyecto por el entonces ministro de Fomento Marqués de

podido identificar ni en cuanto a su autor ni en cuanto a su fecha. Puede afirmarse que la documentación que constituye el expediente administrativo consultado de elaboración de la Ley está constituida por la que acabamos de señalar, remitida al Senado por el Ministerio de Fomento, y al que con posterioridad debió ser devuelta; de los documentos reseñados, sólo faltan del expediente en sus originales los referidos en el número siete.

(39) Sobre la participación de Oliván en las leyes básicas de nuestro sistema administrativo, aun sin recoger mención expresa a su intervención en esta Ley, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a su edición de la obra de OLIVÁN: *De la Administración pública en relación con España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954; también S. MARTÍN-RETORTILLO: *Alejandro Oliván: notas a su vida y a su pensamiento administrativo*, «Argensola», 1956, II, págs. 133 y ss.

VEGA ARMIJO. En el texto que ahora se somete a juicio del Senado se recogen ya, casi totalmente, las modificaciones propuestas por el propio Senado en la legislatura anterior. Consta el proyecto presentado de 297 artículos, y en la breve justificación que lo precede se lee:

«El Senado se consagró [en la legislatura anterior] al examen y madura discusión de este proyecto, introduciendo en él importantes enmiendas y reformas: bien que faltándole ya muy pocos artículos que redactar y aprobar definitivamente, no la pudo concluir por haber terminado la legislatura. El ministro que suscribe, aceptando lo principal de aquellas modificaciones, y tomando en cuenta el espíritu que dominó en la discusión, tiene la honra de someter a la alta sabiduría de las Cortes un proyecto cuyo logro importa vivamente a la mayor prosperidad de los intereses agrícolas e industriales de nuestra patria.»

El 9 de marzo de ese año, vuelve a nombrarse en el Senado nueva Comisión que dictamine el proyecto (40), a la que se incorpora el 20 del mismo mes Alejandro OLIVÁN, que de nuevo vuelve a presidirla. El Diario de Sesiones publica en el apéndice segundo correspondiente a la del 30 de abril de 1866 el dictámen de esta Comisión con el proyecto correspondiente, y el 11 del mes siguiente comienza en el Senado la discusión del mismo, bajo la presidencia del Duque de LA TORRE, que la ocupa a lo largo de todo el debate de la Ley. Al no haber enmiendas ni modificaciones a la totalidad del proyecto, se discute éste por artículos (41). En alguna ocasión es la propia Comisión la que lo modifica, retira artículos, presenta nuevo texto de alguno de ellos. El 26 de mayo se aprueba la Ley en el Senado, por ciento once votos contra tres (42); el mismo día se remite al Congreso. La próxima conclusión de los trabajos parla-

(40) Componen dicha Comisión, Fernando Corradi, Príncipe Pío, Rafael Monares, el marqués de O'Gavan, Cirilo Alvarez, Aureliano de Beruete y Miguel de Osca.

(41) Intervienen de modo especial, además de Luxán y Alejandro Oliván, Corradi, el Conde de Ripalda, el Marqués del Duero, el de Villavieja, Ortiz de Zúñiga, etc.

(42) Votan en contra el Marqués de Jura-Real, Bedmar y Villavieja; entre los que votan a favor del proyecto se encuentran el Marqués del Duero, Seijas Lozano, Tomás Retortillo, Alejandro Oliván, el Duque de Valencia, Suárez de Deza, los Duques de Alba y Almodóvar, Iriarte, Francisco Retortillo, Bermúdez de Castro, los Duques de Baena y de Sesto, etc.

mentarios impone y exige celeridad para evitar un nuevo aplazamiento. En el Congreso dictamina también la Comisión correspondiente el 3 de junio de 1866; la preside ELDUAYEN y de la misma forma parte COLMEIRO. Las modificaciones propuestas son también aquí inapreciables. Un artículo más se añade al proyecto ya aprobado en el Senado. Carece de relieve especial el dictamen de la Comisión del Congreso, que abiertamente exterioriza el reducido alcance de las modificaciones realizadas:

«La Comisión del Congreso ha limitado... sus alteraciones al muy reducido número que aparece del siguiente dictamen; y en ellas, más bien que introducir ninguna disposición nueva, no ha hecho sino consignar con más claridad principios que estaban en la mente de la Ley misma, o que son su inmediata y conveniente derivación.»

El 4 de julio de 1866 se aprueba el proyecto en el Congreso. Las modificaciones introducidas, aunque escasas, obligan a un replanteamiento de la cuestión, de acuerdo con lo que establecía el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1837, reguladora de las relaciones entre los cuerpos colegisladores al señalar que si uno de ellos modificare, aunque sólo sea en una parte, un proyecto de Ley aprobado por la otra Cámara, se formará una Comisión compuesta de igual número de senadores y diputados para que conferencien sobre el modo de conciliar las opiniones, siendo el dictamen de esta Comisión el que habrá de discutirse, ya sin alteración alguna, en el Senado y el Congreso. De acuerdo, pues, con la técnica exigida, vuelve a reexaminarse el proyecto de Ley de Aguas, ahora por una Comisión mixta que de nuevo es OLIVÁN quien la preside y en la que Manuel COLMEIRO es uno de los representantes del Congreso. Escasas debieron ser las desavenencias y rápida la tarea de esta Comisión mixta, ya que el 7 de julio se vota definitivamente en el Senado el proyecto de ley propuesto, que es aprobado por unanimidad por los ochenta y cuatro senadores asistentes. El mismo día, aprobada también por el Congreso, RÍOS ROSAS, Presidente del mismo, la remite a la firma de la reina, con la que el día 3 de agosto la suscribió Manuel de OROVIO como Ministro de Fomento.

La gestación de la Ley de Aguas pierde en su última fase la exquisita

jugosidad que ha presentado en la precedente. Excepción hecha de contadas intervenciones, el significado jurídico que se deduce de la fase parlamentaria de elaboración es escaso. Al referirlo, nuestra tarea ha debido concretarse a una simple exposición de lo acaecido; a una escueta referencia de hechos. No obstante, si el proceso parlamentario de elaboración de la Ley de Aguas es cierto que objetivamente no presenta mayor significación, sí es preciso destacar la técnica empleada en el mismo, especialmente, por lo que se refiere a la función asumida por las Cortes, en relación con la obra preparatoria llevada a cabo por la Administración. Porque si arrancamos de la información solicitada sobre el proyecto FRANQUET, y seguimos paso a paso la fase administrativa de preparación de la Ley, vemos ya hechas realidad las más elogiabiles técnicas que el derecho público contemporáneo ofrece en relación con ese estado previo de preparación de la obra subsiguiente del legislador. La lección que en este sentido ofrece la elaboración de la Ley de Aguas es ciertamente admirable. Se remiten a las Cortes absolutamente todos los datos que la propia Administración ha procurado. En ocasiones también, es el propio Senado el que se dirige al Ministerio de Fomento, solicitando noticia de hechos reales cuyo conocimiento previo le es indispensable antes de ofrecer fórmula alguna; así por ejemplo, el 23 de marzo de 1866 se oficia al Ministro de Fomento solicitando «nota de todas las peticiones de concesión de canales para regar más de mil hectáreas, épocas de las peticiones y estado de los expedientes respectivos», pues la Comisión del Senado que ha de informar el proyecto de Ley de Aguas los «desea tener a la vista para fundar su dictámen en algunos puntos». Más aún; las relaciones entre los miembros de la Comisión nombrada en el Ministerio de Fomento y los de la del Senado son constantes, aunque no podamos especificarlas en su singularidad (43).

(43) Desconozco, en concreto, las relaciones habidas; puedo afirmar, sin embargo, que existieron de modo muy intenso, siempre sobre la base efectiva de contactos privados y personales. En el expediente administrativo de la ley encontramos, junto a una carta de Oliván que lo reclama, una nutrida carpeta con Diarios de sesiones, llenos de notas con abundantes enmiendas, así como cuadros comparativos de los textos de los distintos proyectos presentados y discutidos; no faltan tampoco nuevas redacciones de distintos artículos, con frecuencia en pequeños trozos de papel, con correcciones y notas marginales. En alguna de ellas se encuentran escritas, con la referencia expresa a los correspondientes artículos, las siguientes observaciones críticas: «Libro: no es Código.» «Eventual no es precario.» «Plena propiedad perpetua. ¿Mayorazgo?» «Falta de lógica.»

No obstante, el problema que ahora quiero destacar refiriéndome al papel que el Poder legislativo juega en relación con lo ya *preparado* por la Administración, va todavía mucho más allá de unas simples conexiones, ciertas, pero al fin y al cabo siempre esporádicas. Si en un principio me referí al respeto y admiración que merecen quienes elaboraron la Ley de 1866, creo debe también consignarse análogo sentimiento hacia los que integrando en aquel entonces los cuerpos legislativos, supieron tratar con tanto respeto, sin renunciar por otra parte a su función de control, lo que la Administración les sometía a su juicio. Se trata de un testimonio de singular valor. La potestad legislativa reside en las Cortes; éstas, sin embargo, tienen esencialmente una función primaria de fiscalización de lo actuado por el Gobierno, por la Administración pública. Por el conocimiento directo e imparcial de los hechos, por la mayor sensibilidad y equilibrio para aprehender ciertas situaciones y, en fin, por los elementos técnicos con que cuenta (44), no cabe duda, sin embargo, que es la propia Administración la que mejor que nadie puede *preparar* un orden normativo a aplicar. Se diría, que en determinadas situaciones a las Cortes les debe estar vedado el conocimiento *sustantivo* de ciertas leyes, de carácter técnico generalmente, no estrictamente político. Las Cortes deben determinarse siempre sobre lo que el Gobierno proponga, aceptándolo o rechazándolo: en modo alguno debe pretenderse que renuncien a esta función. No obstante, lo que sí parece obvio es que, limitadas las funciones de los cuerpos legislativos a esta tarea de control, no debe rebasarse para entrar en la modificación de un sistema en principio coherente y armónico, que la Administración ha podido preparar. En tal sentido, repito, el testimonio que la Ley de Aguas presenta es realmente

«Claridad y gramática.» «Moralidad.» «Falta de congruencia», etc. Por otra parte, por si todo esto fuera poco para acreditarlos la existencia de las relaciones a las que nos referimos, existe también una carta del senador Conde de Ripalda, que, como hemos visto —vid. *supra*, nota 21—, suscribe el informe de una de las Corporaciones valencianas, dirigida a Rodríguez de Cepeda al comienzo de la discusión del proyecto en el Senado, enviándole copia del texto propuesto y pidiéndole asimismo que haga todas las observaciones que estime oportunas.

(44) Vid. por todos AMORTH: *Nuove strutture dello Stato*, en el vol. *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Roma, 1953, pág. 157. Se trata, en definitiva, de la ratificación plena del viejo enunciado propuesto reiteradamente por von Stein y Hauriou sobre la base dialéctica de Constitución-Administración, o poder mayoritario-poder minoritario.

expresivo por el total respeto y por la serenidad de juicio con que las Cortes, en sus dos estamentos, se determinaron sobre una obra que, preparada técnicamente por la Administración, se les sometía a su juicio. La fórmula propuesta por ALONSO MARTÍNEZ (45) en relación con el Código Civil, fue válida también para la Ley de Aguas, y se nos presenta a su vez, cargada de buen sentido, con un significado generalizable: «Entendía yo que éste era el método más breve expedito para realizar pronto y bien reforma tan codiciada: y por cierto que no he cambiado en este punto de opinión. Dos asambleas numerosas y de carácter eminentemente político, pueden y deben discutir los grandes principios y las bases fundamentales de la legislación civil; pero no hacer el Código, que es una obra científica y artística, más propia de una Comisión facultativa, y aun ésta debe componerse de un personal muy reducido para que la obra no se resienta de falta de unidad.»

VIII

Un punto fundamental plantea la valoración conjunta de la Ley de Aguas de 1866. Ha señalado Alonso MOYA (46) en un excelente trabajo, que la Ley de Aguas constituyó una vivificación del Derecho tradicional; en otra ocasión (47), me he referido también a este problema, indicando cómo el citado texto representó de modo directo la sanción expresa de un derecho, con frecuencia consuetudinario, vivido y aplicado con anterioridad. Puede así justificarse la afirmación de OLIVÁN ante el Senado, sin que la suscribamos en su totalidad, de que en el proyecto que se presentaba había realmente muy poco nuevo.

Rebasa con mucho los límites de este estudio, y de nuestras mismas posibilidades personales, poder afrontar la cuestión señalada, llevando a cabo un análisis concreto de cada una de las instituciones, de cada uno de los preceptos contenidos en el cuerpo de la Ley, para ver hasta qué

(45) ALONSO MARTÍNEZ: *El Derecho civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, prólogo de CASTÁN, Madrid, s. f., pág. 8. Sobre este extremo también, vid. referencias en DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., pág. 213.

(46) ALONSO MOYA, *op. cit.*, 33.

(47) Me remito a S. MARTÍN-RETORTILLO: *De las Administraciones autónomas*, cit., págs. 108 ss.

punto cristaliza en ellos un derecho anterior, sea de carácter consuetudinario o no. En tal sentido, creo que sólo el camino señalado de una minuciosa y comprobante investigación histórica, puede acreditar en su totalidad y en sus dimensiones reales el fenómeno que enunciamos. No obstante, aun sin descender del planteamiento general, sí podemos acreditar la existencia cierta de ese recoger instituciones y preceptos de nuestro derecho histórico, vigentes muchos de ellos al elaborarse la Ley, ya que para ello tenemos datos suficientes y elementos de juicio bastantes. La Ley de Aguas de 1866 supuso, pues, la sistematización conjunta de normas jurídicas anteriores, especialmente procedentes de nuestro derecho histórico.

En primer lugar, y al margen de toda consideración subjetiva, constituye testimonio irrefragable de lo que decimos, el texto del proyecto RODRÍGUEZ DE CEPEDA. Las referencias históricas que siguen a los artículos, se encuentran coincidentes, tanto en el ejemplar presentado por el ponente a la Comisión nombrada por el Real Decreto de 27 de abril de 1859, como en los otros dos ejemplares consultados, propiedad personal de RODRÍGUEZ DE CEPEDA y que se conservan en su Archivo familiar. Nuestra extrañeza, al mismo tiempo que nuestro sentimiento, se determina por la circunstancia de que tales referencias expresas se encuentran casi exclusivamente en artículos contenidos en la primera parte del proyecto. Pensar, cómo acaso pudiera aconsejar la lógica, que sólo en estos artículos se ha recogido una normatividad precedente, es una solución que además de excesivamente simplista, resulta errónea, ya que también entre algunos de esos artículos en los que no se recoge explícita referencia al derecho anterior, se verifica de modo directo ese trasplante, como hemos tenido ocasión de comparar en algunos puntos concretos (48).

Pues bien, al margen ya de la amplitud que el fenómeno reseñado ofrezca realmente, lo que no cabe duda es que su explicación sólo puede captarse en su dimensión real si percibimos las circunstancias y las condiciones personales de quiénes jugaron un papel determinante en la ela-

(48) En tal sentido, es determinante todo lo relacionado con el problema de las *Administraciones autónomas de las aguas públicas*, punto en el que, acaso como en ningún otro, se verifica ese traspase de instituciones precedentes, ahora ya sobre la base de su generalización. Referencias históricas sobre este punto, realzando su significación consuetudinaria, en J. COSTA: *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1915, págs. 532 y ss.

boración de la Ley de 1866. Hay sí una preocupación, que a veces raya en la ingenuidad, no sólo por conocer las soluciones del derecho comparado, sino que en ocasiones se transforma además en cierto temor, en cierta falta de coraje, tratándose de llevar a cabo una empresa—Ley general de Aguas—que en ningún otro país (49) había sido acometida con la amplitud con que en el derecho español se pretendía. No obstante esta preocupación hacia afuera, lo que tajantemente destaca, incluso por encima de ella, es el profundo y buscado arraigo que se pretende con las instituciones de nuestro derecho histórico. Entiéndase bien, sin embargo, lo que decimos, pues en modo alguno debe creerse que la Ley de Aguas fue una simple recopilación del derecho existente.

La Ley de Aguas de 1866 se elabora en el ambiente del más depurado historicismo jurídico, en cuanto éste significa y supone una aprehensión de la realidad jurídica, constituida a lo largo de todo un proceso histórico de integración. El historicismo, representa así la vivencia esencial de una continuidad, trascendente de civilizaciones, épocas y culturas, cuyo inagotable contenido es preciso fijar (50). Pues bien, que esa preocupación por captar la realidad histórica aparece en extremo operante en quienes principalmente intervinieron en la elaboración de la Ley de Aguas, constituye un hecho obvio. En primer lugar, no es una simple casualidad el que FRANQUET sea autor de la mejor y más completa colección de textos históricos en materia de aguas, que publica formando parte de una obra en la que se recoge también su proyecto de Código General de Aguas (51). El papel que ALONSO MARTÍNEZ hace siempre jugar al derecho patrio, constituye una circunstancia ya conocida (52). Las referencias históricas en el trabajo de RODRÍGUEZ DE CEPEDA son, como hemos visto, constantes. Más aún, es precisamente una necesidad

(49) Es constante la referencia al hecho de que en el Derecho comparado no existe precedente con la amplitud que el proyecto pretende. Vid. especialmente la discusión parlamentaria en el Senado y la propia Exposición de Motivos. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, pág. 644, hacen referencia a una ley francesa de 1865 cuyo texto desconocemos; aunque la fecha de esta ley es anterior a la española, el intento al que la nuestra responde es, como queda abiertamente demostrado, muy anterior a 1865, de modo que la afirmación recogida no queda desvirtuada, al menos por lo que se refiere a la ley francesa de 1865.

(50) WIEACKER, *op. cit.*, págs. 330 s., así como la bibliografía allí recogida.

(51) Me refiero al significado de la obra de FRANQUET: *Ensayo*, cit.

(52) Vid. DE CASTRO: *Derecho civil*, cit., I, pág. 217.

de poder profundizar mejor en el derecho histórico, el motivo que, por el ingente trabajo que ello supone, le induce a solicitar la colaboración de esa Comisión valenciana de carácter en cierto modo oficioso y en la que el nombre de PÉREZ PUJOL es determinante en cuanto al sentido que la misma tiene. Las relaciones entre RODRÍGUEZ DE CEPEDA y PÉREZ PUJOL, compañeros además en el Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, son constantes. RODRÍGUEZ DE CEPEDA realiza, pues, su trabajo, con la colaboración y bajo la ayuda directa de quien será pionero singular del historicismo jurídico en España. Es precisamente en esta circunstancia en la que quiero situarme, pues sólo en ella encuentran explicación no pocas cuestiones que la Ley de Aguas presenta, especialmente por lo que se refiere al decidido intento de buscar un profundo arraigo sociológico a muchos de los principios que se establecen. En tal sentido, no puede olvidarse que, en esencia, el historicismo representa y supone una valoración de la realidad jurídica con un criterio abiertamente sociológico. Aceptación de los hechos, relevancia dada a los mismos. Por eso, junto a una estructura jurídica *oficial*, una realidad *jurídica* cierta, previa y determinante: que aquélla responde a esta última es, en definitiva, la más importante empresa que a la política legislativa se le presenta siempre. Fijar una distinción entre estas dos esferas —la real y la oficial—, constituye una empresa que, como sabemos, ha adquirido carta de naturaleza en el pensamiento español contemporáneo. Su significado, en esencia, no responde sino a un afán de certeza, de veracidad, empresa que también en el campo de la metodología jurídica tiene cabida, en cuanto que el Derecho, en su sentido más hondo y real, en modo alguno podemos encontrarlo determinado exclusivamente por las categorías *oficiales*. PÉREZ PUJOL fue maestro tanto en distinguir junto al Estado *oficial*, el Estado *no oficial* (53), como en valorar las fuerzas que integraban este último, así como su propio significado e influencias en el ámbito del Poder ejecutivo (54).

(53) Vid. como el más expresivo testimonio de la obra de PÉREZ PUJOL: *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, prólogo de SANTAMARÍA DE PAREDES, Valencia, 1896, 4 vols.; metodológicamente es fundamental para el conocimiento de su concepción del Derecho, el prólogo de PÉREZ PUJOL a SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho político según la Filosofía política moderna, la Historia general de España y la legislación vigente*, Valencia, 1880-81, págs. V-XLVI. En relación con lo que decimos en el texto, pág. XXV.

(54) Vid. el prólogo cit., pág. XXX.

El mantenido acierto del legislador español en materia de aguas radica precisamente aquí. Haber sabido llevar a cabo una exacta y equilibrada aplicación del programa señalado: afrontar los nuevos problemas que de modo sucesivo han ido presentándose, pero contando siempre con una realidad existente, con un fenómeno social dado (55), incluso con una normatividad consuetudinaria en cuya defensa tampoco han faltado exaltadas afirmaciones (56).

IX

Si la Ley de Aguas de 1866 supuso la revitalización decidida de un derecho histórico existente, lo que es ya más difícil determinar, caso que ello sea correcto, es la procedencia *singular* de todo ese conjunto normativo. ¿Tienen los preceptos en materia de aguas, que la Ley de 1866 recoge, un origen exclusivo y determinado? ¿De dónde vienen? A estas preguntas no sé, ni puedo responder exactamente. No obstante, sí quiero recoger en este punto dos consideraciones finales. En primer lugar, estimo que ese derecho histórico que se asume, como en definitiva siempre

(55) En este punto, lo más significativo es la aprehensión que la Ley ofrece de la realidad que presentan las organizaciones de usuarios: vid. JORDANA DE POZAS: *Administración de los regadíos*, en «Actas del II Congreso Nacional de Riegos», Madrid, 1919, págs. 14 ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO: *De las Administraciones autónomas*, cit., págs. 35 ss.

(56) Vid. el juicio ciertamente apasionado que en defensa de esa normatividad consuetudinaria formula años después LÓPEZ DE HARO: *Comunidades de Regantes*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1912, págs. 296 ss.: «Se trata de hacer una nueva Ley de Aguas y acabo de leer un proyecto de concesión de públicas. Solemos decir los que vivimos en provincias que en Madrid o se legisla para Madrid o se hace legislación de gabinete. Y esto es evidente. Hay en las Cortes un puñado de intelectuales y un montón de ineptos. Aquéllos no conocen la vida real, éstos tampoco la conocen. Los intelectuales hacen leyes como pudieran escribir libros. Los demás no aportan a la obra de la legislación, ni los refranes de Sancho Panza. Y cuando se piden informes a los altos Centros oficiales, éstos los evacúan con arreglo a estudios científicos, casi siempre por principios generales de nuevas teorías, y a veces por el criterio de la ciencia clásica. Si el derecho es vida y la ley sus mandamientos, hay que conocer la vida para formularlos. Y tratándose del derecho de aguas es más necesario por su naturaleza esencialmente consuetudinaria... Pero hay toda una biblioteca en los archivos de las Comunidades. Yo he visto en ellos el origen de las asociaciones de regantes y las vicisitudes de la institución a través de los tiempos, y cómo en ellos se ha tejido la urdimbre de las relaciones jurídicas de los comuneros, y la variedad de intereses que los afectan, y la manera práctica que han tenido las asociaciones para resolver, con singular acierto, los mil casos que fuera de las leyes se le presentaron.»

ocurre, no tiene en principio una procedencia *exclusiva*: es el resultado de una obra de acarreo, en la que se encuentran principios procedentes de distintos orígenes. En segundo lugar—y es lo que más me interesa en este momento—, proclamar el profundo error, sin base histórica alguna, de todos aquéllos que defienden la procedencia árabe de buen número de las instituciones que en nuestra patria juegan en materia de aguas. La adscripción sostenida de tal procedencia constituye uno de esos tópicos mantenidos (57), muy propios de nuestra idiosincracia, de atribuir con frecuencia aquello que nos es propio, a una influencia árabe. Que analizada en su *conjunto*, dejara una *huella* la dominación árabe en nuestros sistemas de riegos, no es de extrañar, dada la multiseccular duración de la misma. De todas formas, quedaría siempre por determinar si ese impacto fue obra de los propios árabes o de la población española que subyacía a los mismos. En tal sentido, es importante constatar cómo esas regiones donde se dice que la obra de los árabes ha sido más determinante, no son, como parecía lógico, aquéllas en las que la dominación musulmana fue más duradera, sino muy al contrario, las que ya tenían, por permitírsele así su propia naturaleza, un sistema de riego organizado con anterioridad a los mismos. Que a lo largo de ocho siglos se perfeccionaran los medios de aprovechamiento de los caudales de agua, en modo alguno permite atribuir la paternidad de tales sistemas a los árabes y mucho menos los de las normas que regulan tales explotaciones. En tal sentido, creo es determinante y no ofrece refutación alguna en contra de la tesis que criticamos, la constatación histórica de unos sistemas de riego y de una normatividad aplicable a los mismos cuando todavía el pueblo árabe ni siquiera existía como tal. El profesor JORDANA DE POZAS aducía a este respecto, como argumentos irrefutables, la existencia de sistemas de auto-administración de las aguas por los propios usuarios en el sur de Francia (58) con anterioridad a la llegada de los árabes a Es-

(57) Baste remitirme, por ejemplo, a la discusión parlamentaria en el Senado, donde la afirmación que criticamos juega constantemente, si bien sea el propio Oliván quien en su refutación a Luxán conecte directamente nuestras normas en materia de aguas con las de la época romana. Vid. también, por su significación, entre otros muchos, BORULL Y VILANOVA: *Tratado de la distribución de las aguas del río Turia y del Tribunal de los Acequeros de la Huerta de Valencia*, Valencia, 1831, págs. 111 ss.

(58) En el derecho alemán existen también las «compañías de aguas», cuya característica peculiar es la de referirse a muy diversos aprovechamientos de las aguas públicas, a diferencia del sistema español, donde de modo principal, si bien no exclusivo,

paña, y la constatación que en la literatura romana se ofrece con frecuencia de nuestros regadíos. Por su parte, SCHULTEN nos ha dado recientemente un expresivo testimonio de lo que decimos, que además ratifica con una serie de textos jurídicos (59), cuya aplicación en la España romana resulta evidente: refiriéndose a Murcia y a Valencia se refiere SCHULTEN a la creencia de que su sistema de riegos proceda de los árabes; sin embargo, la existencia de canales romanos en la huerta de Valencia muestra que el sistema de riegos procede ya al menos de esta época e incluso, puede señalarse acaso que de tiempos todavía anteriores.

X

No me propongo el estudio sustantivo del texto de la Ley de 1866; al concluir este trabajo, sin embargo, quiero sí señalar cómo el significado más hondo que la Ley de Aguas pudo ofrecer, ha sido el de establecer todo un *sistema*, principalmente en orden a las aguas públicas, a su *aprovechamiento*, a su *administración*. Este es quizá el mérito más importante que la Ley ofrece: la contemplación, casi absoluta, de los distintos y posibles supuestos relacionados con las aguas, recogidos desde una pluralidad de perspectivas y entrelazados entre sí. La legislación anterior facilitó, como hemos visto, buena parte de sus principios; sin embargo, en lo que en modo alguno pudo prestarle ayuda, en lo que no existía precedente fue en relacionar toda esa normatividad aislada, casuística, con frecuencia también, singular. Haber llevado a cabo su conjunción, haber generalizado también parte de las soluciones anteriores, esto es, haber implantado por primera vez un sistema, es, en definitiva, el alto honor que corresponde a la Ley de Aguas de 1866.

Comenzaba este trabajo refiriéndome a la jugosa longevidad del texto

se concretan en el aprovechamiento de aguas para riegos. Es cierto que las referencias a estas instituciones similares a las nuestras que recogen ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, cit., págs. 624 ss., y HEDEMANN: *Derechos reales*, Madrid, 1955, pág. 332, son realmente modernas, si bien parece han de conectarse con el tradicional espíritu comunitario, cierto aunque acaso exaltado en extremo, del derecho histórico germánico. Apunto tan sólo esta idea, sobre la que, sin embargo, no he llevado a cabo ninguna comprobación particular.

(59) Vid. SCHULTEN: *Iberische Landeskunde*, I, Strasbourg, 1955, págs. 378 s.

comentado. Habré de terminarlo, intentando explicarla; al menos en cierto modo. El mantenido interés de recoger tan solo principios generales, excluyendo aquéllos otros que tan solo debe ofrecer rango reglamentario; las profundas raíces sociológicas legalizando un derecho vivido, son valoraciones ya referidas y que deben tenerse presentes en este momento. Hay sin embargo, a nuestro parecer, otra causa que opera más directamente. Del contenido propio que, en principio, toda ley puede adoptar—como norma o como medida (60)—, la Ley de Aguas acoge casi de modo exclusivo, el relacionado con el orden *normativo*. Incluso, dentro del mismo, contempla escasamente lo referente a la actividad de la Administración, a su organización, materias fluctuantes, y cuyo contenido viene siempre impuesto por exigencias concretas y singulares, propias de una coyuntura histórica determinada. En tal sentido señalaré, por ejemplo, cómo el haber excluido del ámbito de la Ley la regulación detallada de las subvenciones, de la acción de fomento de la Administración, constituye uno de sus mayores aciertos. Es pues, en la perspectiva adoptada en la que hay que insistir. Y dentro de ella hay que señalar, a su vez, cómo la Ley de Aguas es no tanto una ley *administrativa*, una ley de acción, cuanto una ley típicamente *institucional*, en la que la intención primaria de quienes la elaboraron se centra fundamentalmente más que en el establecimiento de una conducta conformadora y que actúa, en el reconocimiento de una serie de situaciones que *institucionalmente* son recogidas. Hay de esta forma una pureza de principios, de enunciados de juicio. Se diría, que al mantenerse la Ley de Aguas en el plano estricto de las manifestaciones institucionales, su validez ha quedado en cierto modo perpetuada.

Presentamos ahora la pequeña historia de la Ley de Aguas de 1866; más concretamente, la historia de su nacimiento; el proceso de su elaboración. De este modo, mejor quizá que de ningún otro, se realiza su

(60) Un desarrollo temático de esta distinción peculiar de la dogmática alemana, en SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, en *Verfassungrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 332 ss.; FORSTHOFF: *Über Massnahme-Gesetze*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, págs. 221 ss., y los trabajos de MENDER y WEHRHANN que, con el título *Das Gesetz als Norm und Massnahme*, se recogen en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 1957.

propio contenido, se aplican sus principios que, en definitiva, son los mismos que continúan en vigor (61). Por ello precisamente el hondo y

(61) Esta circunstancia hace que lo dicho en relación con el texto de 1866 sirva no sólo en su consideración de simple antecedente de la ley de 1879, sino que, dada la identidad de soluciones adoptadas en la mayoría de los casos, pueda también referirse al texto vigente. Las razones de la ley de 1879 son claras: el texto de la Ley de 1866 fué pronto modificado sustantivamente por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1868 y por la Ley de 20 de febrero de 1870. Esta última hacía relación a problemas de riegos y construcción de canales, y el Real Decreto citado alteraba lo dispuesto en algunos puntos concretos referidos principalmente a obras de defensa, desecación de lagunas y a algunos aprovechamientos especiales. Se buscó normalizar esta situación, en cierto modo irregular, derivada de la existencia de distintos textos contradictorios, mediante la autorización general concedida por la Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876 y más tarde, incluso, por la de 13 de abril de 1877. En principio parece ser que se pensó en redactar un Reglamento previsto en la Ley como medio de normalizar esta situación, o un texto refundido con toda la legislación vigente, que es lo que en definitiva viene a ser la Ley de 1879. La Comisión nombrada al efecto optó, pues, por esta segunda solución, redactando una nueva ley de aguas. Creo sinceramente que, en general, las fórmulas precedentes se mejoran gramaticalmente la mayor parte de las veces que son modificadas; las expresiones de muchos artículos del texto de 1879 matizan y aclaran las empleadas en el de 1866. Se modifican también algunas referencias de competencia y se suprimen, asimismo, muchos artículos de carácter procedimental relativos a distintas tramitaciones previstas en la Ley. Intento señalar ahora las diferencias más importantes entre las dos leyes, advirtiendo que al establecerlas sólo pretendo recoger aquellas que estimo más importantes. La Ley de 1879 excluye de la misma todo lo que comprendía el título 1.º de la Ley de 1866 relacionado con el dominio, uso y aprovechamiento de las aguas del mar y de sus playas, que pasa a la Ley de Puertos. Es, sin duda alguna, la única diferencia de carácter sistemático realmente importante. La regulación de las aguas pluviales es totalmente semejante y también, en líneas generales, lo referente al dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes, salvo lo relacionado con los aprovechamientos eventuales, que se modifica ligeramente. En relación con las aguas subterráneas, la Ley vigente recorta un poco el dominio privado de las obtenidas por pozos, suprime artículos de carácter procedimental referentes a la investigación de las aguas subterráneas y ofrece en el artículo 20 el concepto de «pozo ordinario». En el título 2.º, la Ley de 1879 da una noción de «margen» diferenciada de la de «ribera», y en relación con las obras de defensa establece que el Ministerio de Fomento tiene la obligación de estudiar los ríos para llevar a cabo la repoblación de sus laderas «en interés del buen régimen de las aguas» (art. 59). En lo referente a desecación de lagunas, la novedad más importante es, acaso, lo que dispone el artículo 61. En materia de servidumbres pueden señalarse las siguientes novedades: el párrafo segundo del artículo 69, que establece que «los dueños de predios o establecimientos inferiores podrán oponerse a recibir los sobrantes de establecimientos industriales que arrastren o lleven en disolución sustancias nocivas introducidas por el dueño de éstos»; también, la supresión del modo de determinar el valor de los terrenos ocupados, para el establecimiento de las servidumbres perpetuas, así como también la reducción de diez a seis años del período de tiempo necesario para que una servidumbre de acueducto sea considerada como perpetua. En este

permanente sentido de actualidad que todavía, en nuestros días, ofrece la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866.

punto conviene notar que es tal la fidelidad del texto de 1879 al de 1866, que por ello mismo se ha deslizado en la Ley vigente el siguiente error: el artículo 127 de la Ley de 1866 señala que la servidumbre de acueducto se entenderá perpetua cuando su duración exceda de diez años; consiguientemente, el artículo 140 de la misma Ley señala que la servidumbre ya establecida se extinguirá «por espirar el plazo menor de diez años fijado en la concesión de la servidumbre temporal». Pus bien: el artículo 87 de la Ley vigente reduce, como hemos dicho, el tiempo de duración necesario para que la servidumbre se considere perpetua a seis años, y el artículo 100, al señalar las formas de extinción de la servidumbre, se refiere, no al plazo de seis años, como era lógico, sino que conserva la misma fórmula de la Ley anterior: «la servidumbre ya establecida se extinguirá: por expirar el plazo menor de diez años fijado en la concesión de la servidumbre temporal». La Ley de 1879 presenta también como novedad en esta materia la declaración formal que recoge el artículo 125 de que «el establecimiento de todas estas servidumbres, incluso la de tránsito por las márgenes, para aprovechamientos comunes de las aguas, compete a la Administración. En lo relativo a los aprovechamientos comunes, no hay realmente modificación destacable; más reducido el texto de la ley vigente, que, por ejemplo, en materia de pesca se remite de modo expreso a la legislación especial. En relación con los aprovechamientos especiales pueden señalarse como más importantes los siguientes puntos: a) Cfr., aunque los resultados efectivos no lleguen a ser distintos, el párrafo tercero del artículo 196 del texto de la Ley de 1866.—«las aguas concedidas para un aprovechamiento pueden aplicarse a otro diverso sólo con permiso del Gobernador...», si el nuevo aprovechamiento no exigiere mayor cantidad de agua, ni alteración alguna en la calidad y pureza de ésta, ni en la altura de la presa, dirección y nivel de la corriente»—, con el artículo 153 de la Ley vigente —«las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro distinto sin la formación de expediente, como si se tratara de nueva concesión»—; b) Vid. el artículo 203 de la Ley de 1866 y el 158 de la vigente; c) La Ley de 1879 sanciona de modo expreso en el artículo 160 el respeto preferente de los aprovechamientos comunes en relación con los especiales; d) En relación con los aprovechamientos para riegos se suprimen diversos artículos de contenido procedimental; e) La Ley vigente añade también el último párrafo del artículo 194, en el que se señala que las concesiones de riego por empresa «con subvención del Estado, de la Provincia o del Municipio, serán siempre objeto de pública subasta, con arreglo a lo que dispone la Ley general de Obras públicas»; f) Figuran también como novedad los artículos 198 a 202 del texto en vigor; g) En el artículo 220, relativo a concesiones para aprovechamientos industriales se condiciona la perpetuidad de la misma a que «si en cualquier tiempo las aguas adquiriesen propiedades nocivas a la salubridad o vegetación por causa de la industria para que fueron concedidas, se declarará la caducidad de la concesión, sin derecho a indemnización alguna». En materia de policía de aguas supone una novedad el artículo 229, así como la regulación detallada del encuadramiento de los productores de fuerza motriz en el seno de las Comunidades de regantes; también debe considerarse la declaración formal del último párrafo del artículo 237: «Las resoluciones que adopten los Sindicatos de riego dentro de sus Ordenanzas, cuando procedan como Delegados de la Administración, serán reclamables ante los Ayuntamientos o ante los Gober-

nadores de provincia, según los casos.» Se suprimen entre las atribuciones del Jurado la del «inmediato cuidado de la equitativa distribución de las aguas», prevista en la Ley de 1866, acentuando, por el contrario, la ley vigente el carácter jurisdiccional y sancionador del mismo Jurado. La ley actual, por último, ofrece también como novedad el capítulo XIV de la misma dedicado a las atribuciones de la Administración y en relación con la competencia de los Tribunales contenciosos se añade el párrafo primero del artículo 253—«cuando se declare la caducidad de una concesión hecha a particulares o empresas en los términos prescritos en la Ley general de Obras públicas»—, supuesto que en cierto modo se encuentra comprendido en la declaración del número segundo del mismo artículo, procedente de la Ley de 1866, según la cual la jurisdicción contenciosa era competente para conocer de aquellas providencias de la Administración «que lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración». Creo realmente que, a la vista de las diferencias señaladas en una ley, de la extensión que tiene la de Aguas, se encuentra más que justificada la afirmación de la continuidad y vigencia de los principios de la de 1866.