

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AGUAS NO MARÍTIMAS, EN LA LITERATURA IUSROMANISTA DESDE LOS POSGLOSADORES HASTA MEDIADOS DEL SIGLO XVIII

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fuentes utilizadas*. III. *El problema de la divisio rerum*. IV. *El lugar del agua y de los ríos en la divisio rerum*. V. *Categorías jurídicas dentro del concepto de "río"*. VI. *El régimen jurídico de los ríos públicos*. VII. *Aspectos jurídicos de la ribera (ripa)*. VIII. *Discusiones acerca del lecho del río*. IX. *El derecho de los molineros*. X. *Aguas del subsuelo*. XI. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

Una historia del régimen jurídico de los ríos —y del agua dulce en general—, limitada a Hispanoamérica, podría contar con los siguientes capítulos:

a) la evolución de las normas respectivas en los derechos romano y romano-bizantino, hasta su cristalización en la compilación justiniana;

b) la reinterpretación de las normas justinianas sobre los ríos y sus orillas, dentro de la "segunda vida del derecho romano";¹

c) las modificaciones aportadas por la Corona castellana (más tarde Corona española) al régimen fundamental de los ríos, sugeridas o no por el derecho romano medieval-renacentista;

d) las añadiduras al derecho castellano que encontramos en las normas expedidas específicamente para las Indias, incluyendo la costumbre indígena autorizada y la costumbre indiana en general, y, finalmente,

e) un estudio comparativo de la evolución del régimen jurídico de los ríos y otras formas de agua pública, desde la independización de los diversos países hispanoamericanos.

Ad a). A este tema, varios romanistas europeos de reconocido nivel

¹ En mi "Introducción a la Segunda Vida del Derecho Romano", actualmente en prensa, describo la estructura de esta "segunda vida", desde la renovación del interés por el derecho justiniano en la Italia de la segunda mitad del siglo XI hasta las codificaciones iusnaturalistas que se formulan desde la segunda mitad del siglo XVIII. Por tanto, la "segunda vida" tiene un término *ad quem* que es variable de país a país (y que para Sudáfrica, en cierto sentido, todavía no ha venido). Se podría decir que en la actualidad el interés por el derecho romano se encuentra en su "tercera vida", caracterizada por una perspectiva histórica, más bien que por miras pragmáticas y forenses.

académico han dedicado estudios monográficos y, sin una especial *peregrination académica a Europa*, sería presumido, por parte de nosotros, los romanistas latinoamericanos, el intentar añadir algo original y relevante a este capítulo de la investigación, ya que vivimos lejos de las grandes bibliotecas que pudieran ofrecer acceso a la enorme literatura secundaria —¡tan importante!—, sobre estos temas.

Esta literatura secundaria toma generalmente la forma de aportaciones publicadas en *Festschriften*, anales, memorias, revistas (no necesariamente iusromanistas), etcétera, publicaciones que proceden básicamente de Europa, y que, lógicamente, no encontramos en forma razonablemente completa y accesible en las buenas bibliotecas académicas de nuestro continente.² En vista de tal circunstancia, lo mejor que pudiera producir nuestra investigación sobre la “primera vida del derecho romano”³ en las fuentes localmente disponibles, sería un “descubrir al Mediterráneo”; y en supuestos menos favorables, uno se pondría fácilmente en ridículo por ignorancia de ciertos hallazgos o hipótesis, que cualquier romanista europeo hubiera podido (y debido) encontrar fácilmente en aquella literatura secundaria.

De las nuevas investigaciones europeas sobre la “primera vida del derecho romano y romano-bizantino” debemos tomar conocimiento, desde luego; merecen nuestro interés y a menudo nuestros aplausos, pero por lo que se refiere a investigación original, más vale para nosotros el consejo de *¡hands off!*

Ad b). En cambio, a la investigación de ciertas subfases y de diversos aspectos nacionales y regionales de la “segunda vida del derecho romano”,⁴ el investigador latinoamericano puede hacer contribuciones útiles.

² En relación con nuestro tema por ej., Kaser, en su *Römisches Privatrecht*, menciona en las notas de pie de página los estudios monográficos sobre el derecho del agua, por Pampaloni, Costa, Perozzi, Bonfante, Scialoja, Biondi, Manenti, Siber, Schnorr V. Carolsfeld, Grosso, Branca, Scherillo, Lombardi y Lauria; y con ayuda de la *Collectio Bibliogr.* por (originalmente) Caes y Henrion, uno podría establecer una lista impresionante; sin embargo, en las dos bibliotecas iusromanistas más ricas de nuestra República, o sea la del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho (UNAM) y la del Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), sólo un mínimo porcentaje de estas obras podría localizarse.

³ Este concepto comprende la evolución del derecho romano desde el derecho arcaico hasta la compilación justiniana, el *Corpus Iuris (Civilis)*, añadiéndose a ésta el desarrollo del derecho romano-bizantino en el mundo bizantino posterior a Justiniano, hasta la ocupación turca (o inclusive hasta el fin de la dominación turca).

⁴ Este concepto comprende el análisis de los comentarios al *Corpus Iuris*, con sus reinterpretaciones (a menudo en amalgamación por principios del derecho canónico) desde el renacimiento del interés por la compilación justiniana en la Italia de la segunda mitad del siglo XI hasta la entrega de parte de esta cosecha intelectual a la corriente de las condificaciones iusnaturalistas. Véase mi libro *La segunda vida del derecho romano*, México, M. A. Porrúa y Fac. de Derecho, UNAM, 1986.

A menudo, nuestros acervos de obras antiguas ("pergaminos")⁵ sobre el derecho romano y el *Ius Commune*, publicadas desde el Renacimiento hasta la corriente de las codificaciones iusnaturalistas, son apreciables, y como la investigación de esta fase de la historia del derecho todavía no muestra la amplitud e intensidad que caracteriza el análisis de la "primera vida del derecho romano", uno puede hacer aportaciones interesantes. En relación con el tema del agua, tales incursiones en la literatura de *Ius Commune* demuestran que para esta materia resulta importante, sobre todo, el ingrediente del derecho romano (medieval, renacentista y barroco), y sólo marginalmente aquel segundo componente del *Ius Commune*, que es el derecho canónico.

Es a esta fase del desarrollo del derecho sobre el agua, que se dedica el presente estudio.

Ad c). En el derecho castellano encontramos, desde el *Fuero Juzgo* y, sobre todo, en las *VII Partidas* una reformulación de varias normas sobre los ríos, que a pesar de su sabor predominantemente iusromanista, muestra una gran originalidad como para no considerar esta aportación como simple variante dentro de la segunda vida del derecho romano; parece mejor no incorporarla, por lo tanto, en la sección anterior: aunque el famoso comentario renacentista por Gregorio López a las *Partidas* añade a la interpretación varios ingredientes que incrementan su marcado sabor romanista, metodológicamente parece preferible atribuir estas *VII Partidas* a la sección referente a la legislación monárquica castellana.

Ad d). A esta base, formada por el *Ius Commune* combinado con normas expedidas por la Corona castellana, las autoridades indianas, establecidas en la península, pero también las radicadas en las posesiones de ultramar, añadieron luego reglas específicas para las Indias, aprovechando —en relación con el tema de las aguas— la circunstancia de que la Corona proclamó ser titular fundamental de las tierras y aguas en las posesiones de ultramar, de manera que las autoridades indianas pudieran comenzar a reglamentar este tema, partiendo de una *tabula rasa*, sin tener que respetar derechos o pretendidos derechos, surgidos de situaciones forales y feudales, o del fenómeno de los "ríos privados".⁶

⁵ Este término de "pergaminos" a menudo es usado en nuestras bibliotecas para las antiguas obras, frecuentemente (no siempre) encuadradas en pergamino. Habitualmente, en las secciones de "pergaminos" se colocan las obras publicadas anteriormente a 1800.

⁶ Al estudio de este aspecto de la historia del derecho sobre los ríos en Hispanoamérica he dedicado una ponencia, presentada este año al VIII Congreso del Inst.

Ad e). A tal base del derecho indiano, existente en el momento de la independización en cada uno de los países hispanoamericanos, los legisladores nacionales (en algunos países tanto locales como federales) han ido aportando las sucesivas modificaciones que finalmente dieron lugar al polifacético panorama comparado actual, en el cual poco ha quedado de la relativa unidad, antaño ofrecida por *Ius Commune*, el derecho peninsular y el derecho indiano.

II. FUENTES UTILIZADAS

Para la investigación del presente tema pude aprovechar, sobre todo, la sección de los "pergaminos" de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, sección que cuenta con aproximadamente 4 000 volúmenes, todos referentes a temas jurídicos, y repartidos ahora entre los siguientes ramos:

Vocabularia Iuris;

Glosadores y posglosadores (desde luego en ediciones impresas);

Mos Italicus;

Mos Gallicus;

Iurisprudentia Elegans;

Usus Modernus Pandectarum;

Obras antiguas de derecho canónico general;

Obras antiguas españolas sobre "ambos derechos" (*i.e.* romano y canónico);

Fuentes de derecho español (hasta la *Novísima Recopilación* de 1805) y sus comentarios;

"Segunda Escolástica" española;

Derecho hispano-canónico (sobre todo comentarios al Real Patronato de la Iglesia);

Derecho Indiano (fuentes y comentarios).

Además, el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho de nuestra UNAM, tiene también una colección básica (más modesta) de "pergaminos", tanto del *Ius Commune* como del derecho castellano.

Un buen punto de partida para un estudio como el presente se encuentra habitualmente en las orientaciones alfabéticas, panorámicas, so-

Internac. de Hist. del Der. Indiano, Santiago de Chile. Aparecerá en la Memoria respectiva.

bre "ambos derechos", que ostentan títulos como *Vocabularia Utriusque Iuris*, *Alphabeta Juridica*, *Summae*, *Gemmae*, etcétera. Especialmente resultaron útiles, en esta ocasión, el *Alphabetum Juridicum* de Castrejón de Alcántara,⁷ la *Summa* de Sabellus (autor que escribe desde Parma, pero cuyas obras abundan en nuestras viejas bibliotecas, y que ofrece bajo *Aqua* y *Flumen* una buena orientación sobre la literatura relevante de su época, y la obra, siempre indispensable, alfabéticamente organizada, del cardenal dominico Tuschus, *Practicae Conclusiones Iuris*,⁸ sobre todo representada en este estudio por las *Concl.* 404-407, bajo la letra F.

Como resultado de la búsqueda en estos tres autores, se formó la bibliografía básica, que va desde los grandes posglosadores hasta juristas como Larrea, Rodericus Suárez, Mela, Cortiada, Menochius, Valenzuela Velázquez, Gentilis (Scipio, no Alberico), Ciriacus, Cancerius, Olea, Donnellus, Cuyacius (con los *addenda* por N. Fern. de Castro), Vigelius, Antonius Faber, I. Molina (Molinaeus), Vela y, sobre todo, Pechius, Antúnez, Montanus, Caepolla y Heringius.⁹

Además, como en el derecho justiniano los datos sobre agua y ríos se encuentran dispersos en el *Corpus Iuris*, formando, empero, unas conglomeraciones alrededor de la *Divisio Rerum*¹⁰ y los interdictos,¹¹ los grandes tratadistas exegéticos que iluminan las Instituciones ofrecen a menudo datos interesantes. Estos autores forman un grupo que va desde los posglosadores, y los autores renacentistas Pichardo, Harprecht, etcétera, hasta aquel Vinnius —tan popular en el mundo hispano— o el comentario por Beleña (mexicano) al comentario respectivo español por Magro. También deben consultarse los autores que comentan el *Digesto*. Entre éstos encontramos desde luego también a los posglosadores, pero también, por ejemplo, Antonius Faber con sus —incompletos— *Rationalia ad Pandectas*, o las famosas *Pandectae* de Voetuis.

En el amplio paisaje bibliográfico así formado, destacan algunas cúspides. Como tales quisiera señalar:

- a), la larga glosa de Bartholus a D. 43.11.2, que en la bella edición de Basilea, 1588 (pp. 436-441 de la primera parte del *Digestum Novum*) figura en compañía de extensas notas por Alexander y otros autores);
- b), el *Consilium* 463 de Baldus;

⁷ Colonia, 1738.

⁸ Lyon, 1661.

⁹ La riqueza de la mencionada colección de "pergaminos" de la UNAM queda ilustrada por el hecho de que casi todas las obras mencionadas en relación con este tema, por Sabellus, Castrejón y Tuschus, estuvieron allí a la disposición.

¹⁰ Ins. 2.1; D.1.8.

¹¹ D. 43, *passim*.

- c), *De Donationibus Regiis*, de Antúnez, Portugal, Lisboa, 1675;
- d), *De Regalibus Tractatus*, de Hon. Montanus, Nápoles, 1634, especialmente interesante en las pp. 55 y ss.
- e), *De Servitutibus*, de B. Caepolla, de Verona, Lyon, 1660.
- f), *Tractatus de Aquaeductu*, de Fr. María Pecchius, junto con su *Tractatus de Molendis*, Roma, 1713;
- g), *Tractatus Singularis de Molendinis*, de Joannes Heringius, de Oldenburgo, Colonia, 1724;
- h), los *Consilia* 20, 81 y 100 de Valençuela Velázquez, Col. Allobrogum, 1727 (la frecuente referencia, en relación con derechos de aguas, al *Consilium* 7 se deriva probablemente de un error que se ha ido arrastrando de autor a autor).
- i), *Tractatus Varii in quibus universa aquarum materia*, de Antonius Gobius, Venecia, 1700.

III. EL PROBLEMA DE LA DIVISIO RERUM

Los autores mencionados a menudo trataron primero de determinar el lugar exacto de los ríos dentro del esquema dogmático general del derecho, y se encontraron al respecto con la imprecisión general, y las contradicciones, que el derecho justinianeo a menudo ofrece.

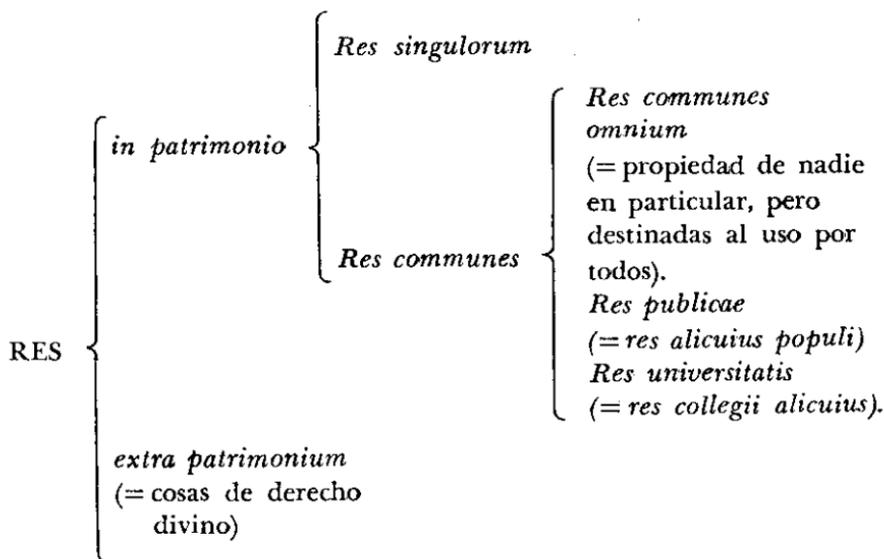
Los autores iusromanistas modernos no se preocupan mucho por tales rasgos del *Corpus Iuris*: desde la perspectiva de la investigación moderna (o sea, desde la "tercera vida del derecho romano") se suele decir que dicha división es un producto libresco de los profesores del derecho¹² (también la antigua Roma y Constantinopla tenían sus *egg-heads*); pero los autores de la "segunda vida", que debían explicar el derecho romano en una forma que sirviera para fines prácticos, para metas forenses inmediatos, tuvieron que corregir y pulir la *Divisio Rerum*, eliminando de paso sus contradicciones. Una lacónica referencia a los antiguos intentos de profesores, clásicos y a veces posclásicos, ajenos a la práctica, o el señalamiento del hecho obvio de que el *Corpus Iuris* es un curioso mosaico en que se colocaron frases tomadas de autores diversos, de escuelas y épocas distintas, hubiera sido una actitud fuera de lugar, en obras o dictámenes que trataban de adaptar el derecho justinianeo a las necesidades de la práctica jurídica de la Edad Media, el Renacimiento o la fase barroca.

En relación con la *Divisio Rerum* —como en relación con tantos otros

¹² Cf. M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, Munich, 19. . . ., 1a. ed., II, 175.

temas—, las vaguedades y contradicciones del texto justiniano abundan. Así, los *littora maris*, que son *res communes omnium* según Inst. 2.11, son propiedad de *populus romanus* de acuerdo con D. 43.8.3. Además, D.1.8.1, con “*quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur*”, además de la falta de elegancia estilística y lógica,¹³ parece borrar los límites entre *res publica* y *res universitatis*. Por una parte Inst. II.1.1 dice categóricamente que todos los ríos son públicos pero en D.1.8.4.1 Marcianus afirma, más prudentemente, que esta regla vale para casi todos los ríos. Según Inst. II.1.1 el *aqua profluens* es una *res communis omnium*, pero luego Inst. II.1.2 afirma que el río (¿no se compone de *aqua profluens*?) es una *res publica*, etcétera.

Zoesius, para tomar un ejemplo entre muchos, reconoce¹⁴ que en la compilación justiniana reina mucha confusión en relación con nuestro tema, y ofrece al lector el siguiente esquema para la *Divisio Rerum*, más lógico que el justiniano:

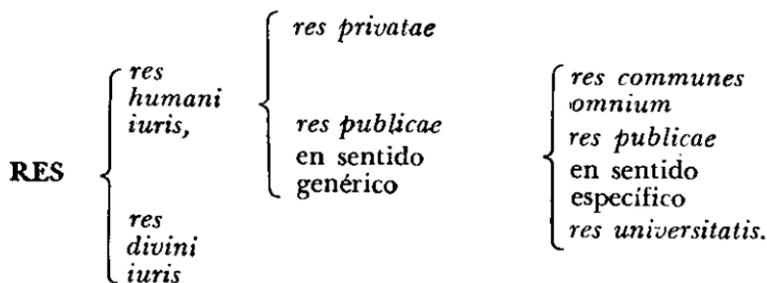


A esta esquematización uno podría objetar, desde luego, que muchas *res publicae* en realidad se encuentran *extra patrimonium*, o que la *res nullius*, apropiables por el primer interesado, no encuentren un lugar adecuado en este esquema; pero *grosso modo*, la *Divisio Rerum* de Zoesius es bastante didáctica y transparente.

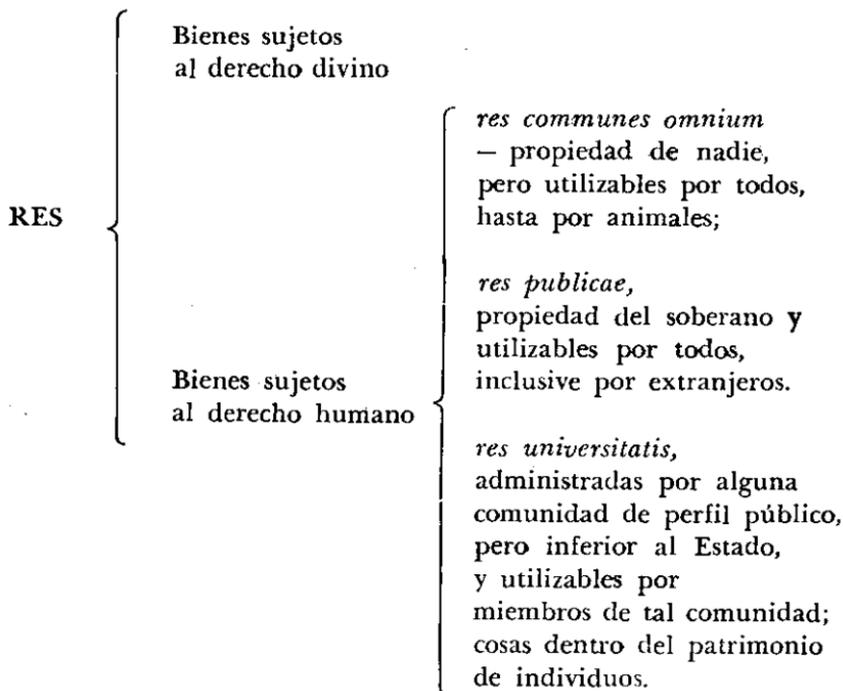
¹³ Una *universitas* no es precisamente “nadie”.

¹⁴ Inst. 2.1.8 *in fine*.

Otros autores, aplicando algo de cirugía plástica al contenido del *Corpus Iuris*, llegan a esquemas distintos. Por ejemplo Vinnio,¹⁵ sugiere la siguiente división:



En Hispanoamérica encontramos intentos por parte de J. M. Álvarez,¹⁶ de mejorar la *Divisio rerum*, presentando el esquema siguiente:



¹⁵ *Jurisprud. Contr. sive Partitionum Iuris Civilis Libri IV*, en I.17.

¹⁶ No mencionamos aquí la edición de las *Instituciones* de Magro, comentadas por Beñea, ya que, a este respecto, el comentarista mexicano no aportó una solución nueva a la base presentada por el autor español.

Este autor coloca los ríos dentro de la categoría de la *res publicae*.

Así, durante la segunda vida del derecho romano surgieron varios nuevos esquemas para la *Divisio Rerum*, generalmente dotados de más lógica de la que resulta de la yuxtaposición de los textos justinianos respectivos, pero siempre creados al costo de violar algunos de estos textos del *Corpus Iuris*.

IV. EL LUGAR DEL AGUA Y DE LOS RÍOS EN LA DIVISIO RERUM

Luego se asomó otra tarea: la de colocar lógicamente y, si fuera posible, apegándose a los textos justinianos, los diversos objetos de la realidad dentro de tales esquemas ya racionalizados.

Un problema especial, en relación con los ríos, al respecto, nace del término de "*aqua profluens*", que es *res communis omnium* según las *Instituciones* de Justiniano en II.11,¹⁷ mientras que, en II.1.2 las mismas *Instituciones* colocan los "*flumina*" entre las *res publicae*. Por lo tanto, si queremos defender a Justiniano contra el reproche de haber permitido contradicciones en su compilación¹⁸ debemos intentar dar a *aqua profluens* otro significado que a *flumen*.

Un acto de desesperación, al respecto, netamente antifilológico, se encuentra en el *Vocabularium Utriusque Iuris*, de Alex Scotus,¹⁹ donde se ofrece para *aqua profluens* la explicación: "*id est, de coelo cadens*", o sea, lluvia. En la reelaboración de este *Vocabularium* por Philipus Vicat,²⁰ este intento de salvar la situación fue abandonado, afortunadamente: allí "*aqua profluens*" fue definida como aquella parte del agua que sirve para beber y lavar, interpretación que parece, a primera vista, gratuita, y muy "*pour besoin de la cause*", pero que tiene cierto mérito si la estudiamos a la luz de la literatura general de la segunda vida del derecho romano, sobre este tema. Así vemos que Vinnius (Inst. I.17) afirma que "*flumen ipsum (est) publicum, (sed) aqua fluminis (est) communis*" (énfasis añadida), una tentativa, quizás un

¹⁷ Este carácter de *res communis omnium* que tiene el agua fue tomado tan en serio por varios autores de la segunda vida del derecho romano, que se indignasen de que, en la antigüedad, a veces se haya permitido la venta de agua (como en regiones africanas); un autor español, Larrea, inclusive dedica el número LV de sus *Allegationes* (Lyon, 1732) a la justificación de impuestos que había establecido la Corona sobre bebidas en las que el agua formaba el ingrediente básico; la defensa de tal impuesto era necesaria, ya que, a primera vista, una *res communis omnium* no podía ser *venalis* (vendible), ni tampoco gravable.

¹⁸ Cf. más tarde la "*Pandekten-Harmonistik*" de la pandectística alemana.

¹⁹ Lyon, 1604.

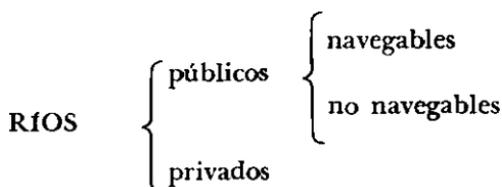
²⁰ Nápoles, 1760.

poco sofisticada de salir del dilema, pero que conduce a la siguiente conclusión: el que use el río como tal, o sea para navegar y pescar, se encuentra en presencia de una propiedad pública, que el soberano puede reglamentar, prohibiendo (por ejemplo) la navegación a extranjeros, restringiendo la pesca por temporadas, y cobrando impuestos sobre navegación y pesca; pero el que use, no el río como tal, sino el agua del río (para beber, lavar, *pecora aquare*, etcétera) está aprovechando una *res communis omnium* y no debe ser restringido en su derecho de uso.²¹

V. CATEGORÍAS JURÍDICAS DENTRO DEL CONCEPTO DE "RÍO"

Inst. II.1.2 dice lapidariamente que todos los ríos son públicos. En cambio, Marciano, en D. 1.8.4, más prudente y matizadamente, pone en la misma frase, ante "todos", "*omnia*", la palabrita de "*paene*" o sea "casi". D. 43.12.1.3 se coloca del lado de Marciano, y allí el uso de términos suavizantes como "parece", "*videtur*" y "probable", "*probabilis*" acentúa la falta de precisión y firmeza del texto justiniano.

Generalmente, los autores de la segunda vida usan para este tema el siguiente esquema:



y aceptan como criterio principal del río público, que sea "de curso permanente", *perenne*.

En cuanto a este criterio, Justiniano opina (con Ulpiano) que, aunque un río a veces se seque, sigue siendo *perenne* y por lo tanto público, siempre y cuando no se seque con regularidad en determinada época del año (una elaboración de este tema se encuentra en el *Consilium* 72 de Baldus). Inclusive un río que acostumbra correr durante siete años, para luego esconderse por otros siete años, seguirá siendo *perenne*, y por tanto público (un caso concreto, relatado por Cuyacius, es citado en Antúñez, *op. cit.*, 3.4.4).²²

²¹ Sin embargo, el derecho a irrigación sería, a la luz de esta teoría, un derecho al agua, no al río; pero queda severamente restringido por la autoridad estatal; véase, por ej., D. 43.20.1.42, o D. 39.3.18.1.

²² Lo anterior no es muy satisfactorio; si un río acostumbra correr seis meses

En cuanto a la distinción entre ríos navegables y no navegables: para los de la primera categoría es necesario que se pueda usarlos mediante embarcaciones, e inclusive balsas, aunque de hecho nadie lo hace.

Una considerable extensión del concepto de "río navegable" resulta de la regla de que un río no navegable, pero que contribuya agua a un río navegable, cae bajo el régimen de los ríos navegables.²³

¿Cuáles son ahora los ríos privados?

Zoesius coloca en esta categoría el *aqua non profluens*, o sea agua estancada (pensemos en "ojos de agua"). Otros autores, con referencia al *Corpus Iuris*, colocan entre los ríos privados precisamente lo contrario del agua estancada los *torrentia hyeme tantum fluentia* (corrientes impetuosas que sólo se presentan en el invierno [más generalmente, en época de lluvia]), el *flumen ad tempus* (río temporal),²⁴ y los ríos artificiales, "manufacturados", o sea los *fossata*.²⁵ Y un autor como Tuschus²⁶ afirma que ríos que nazcan en propiedades privadas son ríos privados, y siguen teniendo esta calidad, pasando entre propiedad privada y propiedad pública, hasta que lleguen a un río público o al mar, una opinión que suscita muchas dudas,²⁷ además de ser discordante con la solución de que un río no navegable que alimenta un río navegable sea equiparado a los ríos navegables, principio que sugiere también que un río privado que alimenta un río público, debería ser equiparado a un río público.

Un importante principio era que, en caso de duda, un río debía ser considerado como público, no privado.

El derecho de un propietario sobre un río privado era muy amplio, pero no absoluto: de acuerdo con la tradición iusromanista, le quedaba prohibido al dueño del río aportar cambios artificiales en perjuicio de otros propietarios ribereños.

¿Podría tal propietario de un río establecer un molino en su terreno, usando agua de su río privado? Se trata de un cambio "artificial" que podría quitar fuerza al agua, en perjuicio de otros propietarios a cuyos terrenos el agua del aquel río privado correría luego. Sin embargo,

para luego ocultarse por otros seis meses, no es "perenne"; pero si sustituiémos la palabra de "meses" por la de "años", y si un río acostumbra correr seis años para luego ocultarse por otros seis años, sigue siendo "perenne".

²³ Para la distinción entre navegable y no navegable, Heringius, *op. cit.* XVI, ofrece criterios bastante claros.

²⁴ Cf. por ej. Caepolla, *op. cit.* II. *Serv. Rust. Praed.* cap. 32.

²⁵ Caepolla, *ibidem*.

²⁶ *Op. cit.* *Conclusio* 405, núm. 26.

²⁷ ¿Qué diremos del río "privado" que cruce un terreno público para luego atravesar de nuevo terrenos privados? Y del río que en su camino entre propiedades privadas crezca y se vuelva navegable?

si uno puede libremente construir un molino en un río público no navegable, ¿no sería lógico que uno pudiera hacer lo mismo, *a fortiori*, en su río privado?

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS PÚBLICOS

El régimen de los ríos públicos, durante la segunda vida del derecho romano, dejaba sentir la mano poderosa del soberano (para lo cual los autores de esta corriente han tratado de aprovechar D. 39.2.24.pr.). Importante, al respecto, ha sido la lista de *Regalia* que estableció Federico I, de los Staufos, y que hallamos en *Feud. Libri* II.56 (observemos que sólo los ríos navegables son mencionados en dicha lista, además de los ríos *ex quibus fiunt, naviabilia*, o sea los que contribuyeron con sus caudales a ríos navegables).

Son interesantes las discusiones sobre el carácter de las facultades que tenían los soberanos respecto de los ríos. ¿Pertenecieron al concepto de propiedad? Generalmente, los autores de la segunda vida del derecho romano negaron este extremo, ligando el poder del soberano sobre los ríos habitualmente a su deber-derecho de proteger la navegación dentro de su territorio, y señalando que tal protección cuesta dinero, de manera que quedaron justificados los diversos impuestos y derechos establecidos a cargo de la navegación (*vectigalia, servagia*, etcétera) —extendiéndose este principio de paso hacia la pesca—. Además, consideraron que para la eficacia de la mencionada protección, era conveniente que también la *iurisdictio* sobre los ríos correspondiera al soberano, en sus dos aspectos de: a) dirimir controversias, y de b) reglamentar el uso de los ríos.²⁸

El poder respectivo del soberano se encontraba limitado, empero, por el recuerdo de la generosidad con que el derecho justiniano había permitido a todos el uso de las *res publicae*, y los autores repitieron a menudo que el *Princeps* no debía restringir el uso de los ríos, si no hubiera una buena causa. A este respecto, el derecho a la navegación fue considerado un derecho natural más respetable que el derecho a la pesca.²⁹

Los ríos públicos no navegables (categoría menguada por la ficción

²⁸ En el comentario de Baldus a C. 6.46.6, bajo núm. 13, encontramos intentos de determinar cuáles son los derechos del soberano, y cuáles los derechos de las ciudades cuyos territorios son atravesados por un río. Véase también Montanus, *op. cit.* p. 57 y Tuschus, *op. cit. Conclusio* 405, núm. 25.

²⁹ Montanus, *ibidem*.

de que los no navegables fuesen considerados como navegables si su caudal contribuyera a un río navegable) quedaron menos expuestos al impacto del soberano. Por ejemplo, en los ríos no navegables, cualquier persona podía construir molinos, sin necesitar un permiso especial del soberano,³⁰ y todo el mundo (no sólo los propietarios ribereños) podían sacar agua de tales ríos,³¹ salvo que hubiera:

- a) una prohibición por parte del soberano;
- b) un perjuicio para un uso público del agua (como para baños municipales);³²
- c) un cambio del lecho como consecuencia de tal uso; o peligro de sequía (en cuyos casos, el uso, de todos modos, podría autorizarse específicamente por el soberano).³³

Digamos todavía algo sobre el derecho a irrigación. Acabamos de ver que todo el mundo —no sólo los propietarios ribereños— tuvieron la facultad de irrigar, con agua de un río público no navegable (salvo las mencionadas tres restricciones).³⁴ A causa del régimen especial de la ribera (*ripa*), cualquier persona, sin necesidad de ser propietario ribereño, podía aprovechar el derecho de *aquae haustus* (o sea de sacar agua sin aprovechar instalaciones fijas); en cambio, para ejercer el derecho de *aquae ductus* (o sea de sacar agua con ayuda de instalaciones fijas), sin ser propietario ribereño, desde luego uno debía obtener de los dueños ribereños y quizás de otros propietarios intermedios, una o varias servidumbres de acueducto, para poder llevar el agua al terreno propio.

Si se trataba de un río navegable, o uno que contribuyera con su agua a un río navegable, la persona que quisiera sacar agua con fines de irrigación necesitaba una autorización del soberano.³⁵ Tal merced podía otorgarse a una persona por toda la duración de su vida, o en forma de un derecho perpetuo y de carácter real, inherente a algún terreno y oponible a cualquier tercero. En caso de duda, se presumía que se trataba de un permiso inherente al predio favorecido, propiedad del concesionario en cuestión (y no de un permiso personal, limitado a la duración de la vida del concesionario).³⁶ Además, en caso de vaguedad al respecto, se suponía que el derecho hubiera sido otorgado en forma perpetua. A lo anterior, uno podría objetar que los privile-

³⁰ *Ibidem*, p. 56.

³¹ Antúñez, *op. cit.* 3.4.12.

³² *Ibidem* 3.4.23.

³³ *Ibidem*, 3.4.19.

³⁴ Cf. Pomponio, D. 43.12.2.

³⁵ Antúñez, *op. cit.* 3.4.28.

³⁶ Valenzuela Velázquez, *op. cit.*, *Consilium* 81, núm. 2-6.

gios son de estricta interpretación, de manera que la duda debería interpretarse en sentido desfavorable para el concesionario, pero Valenzuela alega que tales concesiones no eran "privilegios", y debían ser interpretadas generosamente,³⁷ constituyendo, en caso de duda, una *causa favorabilis* (mercedes procedentes del soberano mismo no debían interpretarse bajo la presunción de que existiera mezquindad por parte del ilustre concedente). En caso de conflicto entre tales concesiones, valía la regla de *prior tempore, potior iure*³⁸ (principio que se manifiesta en la omnipresencia de la cláusula de "sin perjuicio de tercero" en las mercedes novohispanas).³⁹ También debían respetarse los usos de agua que fueran de origen inmemorial.⁴⁰

Sin embargo, si el que sacara agua de un río navegable comprobara que no estuviera causando daño a la navegación, no le perjudicaba en forma definitiva el hecho de no haber solicitado el permiso requerido: el soberano sólo debía prohibir, en esta materia, por buenas, evidentes razones, y no por el gusto de prohibir. Sin embargo, Antúñez aconseja que, en la práctica, siempre se solicite el permiso, para curarse en salud.⁴¹

En caso de haberse concedido el derecho a irrigación colectiva y simultáneamente a varios concesionarios, si luego sobreviniera escasez de agua, ésta debía repartirse *per tempora*,⁴² a cuyo respecto Antúñez recomienda el recurso a la *actio de communi dividundo* (cf. D. 43.20.4).⁴³

Un problema especial era el de las concesiones implícitas, en materia de agua. Por ejemplo, una merced concedida para la construcción de un presidio (*castrum*), que recibiera tierras al lado de un río, ¿automáticamente implicaría derechos sobre este río? Caepolla⁴⁴ considera que así es; pero Antúñez opina que tales mercedes sólo comprendieran lo expresamente otorgado,⁴⁵ lo cual quizás no concuerda muy armoniosamente con su actitud de que mercedes constituyeran *causae favorabiles*,

³⁷ *Ibidem*, núm. 7.

³⁸ *Ibidem*, núm. 23/25 y 32.

³⁹ Véase al respecto William B. Taylor, *Land and Water Rights in the Viceroyalty of New Spain*, 50 *New Mex. Hist. Rev.* (July 1975), 189-212 (la discusión respectiva se encuentra en 195/8) y Michael C. Meyer, *Water in the Hispanic Southwest*, Tucson, Arizona, 1984, 152 ss.

⁴⁰ Antúñez, *op. cit.* 4.11.31.

⁴¹ *Ibidem*, 3.4.29.

⁴² *Ibidem*, 4.11.32.

⁴³ Como solución alternativa de una repartición por tiempo, también encontramos desde la antigüedad: cf. D. 43.20. 5— una repartición por medidas.

⁴⁴ *Op. cit.* 31.11.

⁴⁵ *Op. cit.* 3.4.52.

como hemos visto, pero sí con la idea romanista de que, en caso de duda, el alcance de una donación debe interpretarse en sentido mínimo. La investigación reciente del derecho indiano demuestra que en la práctica sí hubo derechos de agua implícitos en mercedes de tierra concedidas en las Indias, en caso de que éstas se refirieran a "tierras de pan llevar", tierras de labor, labranzas y algunas categorías más,⁴⁶ y esto queda confirmado por Prudencio Antonio Palacios, uno de los importantes "notistas" a las Leyes de Indias.⁴⁷

Una vez legalmente salida del río, y encontrándose en una acequia privada (*fistula*, etcétera), el agua ya se encontraba bajo el régimen del derecho privado, y pudo ser objeto del establecimiento de servidumbres iusprivatistas (aunque, si consideramos que la mencionada merced estableciera una especie de servidumbre a favor del terreno del concesionario, quizás deberíamos objetar, formalmente, que en el sistema iusromanista no pudiera establecerse una *servitus servitutis*, una servidumbre sobre una servidumbre). Esta agua, ya dentro del patrimonio de un particular, también pudo enajenarse libremente, y en la Nueva España observamos un activo comercio de derecho de agua, sobre todo de sobrantes.

VII. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA RIBERA (RIPA)⁴⁸

El derecho justiniano es ambiguo al respecto. Paulo (*D.* 43.12.3) afirma que la *ripa* es una *res publica*, pero otros lugares del *Digesto* (43.13.1 y —en forma muy clara— 41.1.30.1) atribuyen la *ripa* al propietario ribereño, aunque obviamente bajo el régimen distinto del que corresponde al predio ribereño en general: se trata de un derecho de propiedad, limitado por la facultad de cualquier navegante (incluso pescador) de atar embarcaciones en los árboles ribereños, de descargar y vender mercancías, secar y reparar redes, usar un camino ribereño para jalar embarcaciones (mediante caballos o usando energía humana), etcétera.

Respetando estas restricciones, el propietario ribereño podía hacer en la ribera lo que quería, aunque siempre sin *animus aemulandi*, sin intención de causar daños y molestias a terceros (un extremo que, desde

⁴⁶ Taylor, *op. cit.*, 197, Meyer, *op. cit.*, 61-79.

⁴⁷ Notas a la *Rec. de Leyes de Indias*, ed. B. Bernal de Bugeda, UNAM, 1979, p. 292.

⁴⁸ La segunda vida del derecho romano sigue el criterio justiniano de que la "ripa" sea la zona descendiente entre el plano horizontal de la propiedad ribereña y el agua del río.

luego, nunca se presume). En caso de duda, la justicia podía imponerle una *cautio* por el importe de diez años de eventuales daños (sin incluir en el cálculo el posible *lucrum cessans*, o sea los perjuicios que alegaba el que promoviera tal litigio) —una posibilidad que, según Sabelius, en la práctica casi nunca fue invocada.

Un tema especial es el de los actos del propietario ribereño que tuviesen la finalidad de hacer la *ripa* más sólida, para la protección de su predio ribereño. El *Digesto* presenta al respecto algunas consideraciones (43.13.1) y Zoesius llega inclusive a la conclusión de que un propietario ribereño, más que un derecho de realizar tales actos, tenía el *onus ripas muniendi*, el deber de efectuarlos.⁴⁹

VIII. DISCUSIONES ACERCA DEL LECHO DEL RÍO

Si *ripa* y propiedad ribereña correspondieron al mismo propietario, también el agua del río y el lecho (*alveus*) tuvieron una íntima liga jurídica, y si el río público cambiara su lecho, el *alveus* original, ahora privado de su conexión con el río, se desligaba jurídicamente del derecho público, y volvía a entrar en el derecho privado, quedando tal antiguo lecho ahora repartido entre los propietarios ribereños, mientras que el nuevo lecho de pronto perteneciera a la autoridad que dominara aquel río público, privándose a los anteriores propietarios privados de los terrenos en cuestión, ahora inundados, de su derecho anterior, de propiedad sobre estos terrenos, sin indemnización alguna. Los autores de la segunda vida del derecho romano trataron de justificar tal injusticia (una violación de la regla de que lo mío no debe salir de mi patrimonio sin un acto mío), señalando que estamos en presencia de una aplicación del principio romano de que una persona que pudiera recibir una ventaja, también debe aguantar con una sonrisa deportista una desventaja, ligada a aquella potencialidad de ventaja. En otras palabras, para justificar la decepción que sufriera un particular, en el caso señalado, bastaría con mostrarle las agradables sorpresas que otros propietarios de aquella región acabaron de recibir: “Es verdad: perdiste tu terreno, pero, ¡mira qué terrenos tan bonitos recibieron los propietarios ribereños del antiguo lecho! Un flojo consuelo...”

La segunda vida sigue en esta materia el derecho justiniano muy de cerca, aportando sólo de vez en cuando algunos detalles originales (por ejemplo, si por sacarse agua sin la necesaria autorización por par-

⁴⁹ Inst. 2.1.6.

te del soberano, el lecho de un río quedara abandonado, entonces el que hubiera sacado indebidamente el agua, no pudiera aprovechar el terreno, ahora disponible).

IX. EL DERECHO DE LOS MOLINEROS

Los autores de la segunda vida del derecho romano tuvieron que sacar del *Corpus Iuris* una reglamentación para los molinos que usaran la fuerza motriz del agua, y esta reglamentación requería normas mucho más minuciosas de lo que la realidad bizantina había necesitado. Hay que reconocer que estos autores realizaron esta tarea con mucha ingenuidad. El mejor tratado que he encontrado sobre este tema es el —ya mencionado— de J. Heringius. El tema es complejo, pero las grandes líneas son que, tratándose de un río público no navegable, cualquier propietario ribereño pudiera construir su molino, aunque siempre de tal manera que no perjudicara a molinos ya existentes. Tal perjuicio indebido pudiera nacer del hecho de que la nueva construcción disminuyera la fuerza del agua que llegara a los molineros de más abajo, pero también de la circunstancia de que cierta acumulación del agua, causada por el nuevo molino que frenara la rapidez del río, pudiera causar molestias a molinos de más arriba.⁵⁰ Es interesante que sólo se tomaba en cuenta el efecto perjudicial causado a través del impacto del nuevo molino sobre el agua, y no el *lucrum cessans* por la aumentada competencia: el interés del público en la proliferación del servicio de los molinos recibía prioridad sobre el argumento de que los molineros ya establecidos tuvieran un derecho a cierta estabilidad en sus perspectivas de ganancia.

X. AGUAS DEL SUBSUELO

Uno recibe la impresión de que los autores de la segunda vida del derecho romano no hayan visto el problema económico y jurídico suscitado por el fenómeno de las aguas del subsuelo. Cuando en la Edad Media un legislador de inspiración romanista como Alfonso el Sabio

⁵⁰ Cf. Antúñez, *op. cit.* §.4.13/14: *aquam auferre aut restagnare*, son los dos efectos —simétricamente opuestos— que podían resultar de la construcción de un nuevo molino. Observemos que *aquam auferre* no es una formulación feliz: lo que se quita no es el agua, sino la fuerza, el ímpetu del agua.

se ocupa un momento del tema, es sólo para permitir que cada uno, en su propiedad, aproveche mediante pozos "sus" aguas subterráneas, siempre que lo haga en provecho propio, y no con la intención de perjudicar a sus vecinos.⁵¹ La ciencia hidráulica comenzó a analizar esta cuestión, por fin, en las últimas décadas del siglo xvii,⁵² y el legislador tardó todavía varias generaciones en ver la necesidad de reglamentar esta cuestión sobre la base presentada por la ciencia.⁵³

II. EPÍLOGO

Sobre la base presentada así por el *Ius Commune*,⁵⁴ paulatinamente surgieron más y más normas creadas por autoridades locales, regionales o nacionales, normas que ya no podían considerarse como íntimamente ligadas a la obra justiniana. Mediante este desarrollo, gradualmente iba desintegrándose la unidad jurídica que el *Ius Commune* había ofrecido al Occidente continental y sus posesiones de ultramar.

En el mundo hispano, las *VII Partidas* —aunque muy romanistas— y su glosa redactada por Gregorio López —todavía más romanista— introducen ya algunas innovaciones que comienzan a desviar el derecho castellano de la tradición iusromanista, en relación con nuestro tema y —aquí en Hispanoamérica— el derecho especial para las Indias recibió, en cuanto a los ríos y su uso, perfiles en los que el *Ius Commune* europeo, con su fuerte tradición justiniana, ya quedaba en gran parte tapado por normas y experimentos nuevos. Sobre todo el principio global de que todas las tierras y aguas en las Indias correspondieran originalmente a la Corona, en virtud de las Letras Alejandrinas, el derecho de conquista "y otros justos títulos", introdujo en esta materia un espíritu distinto del que hallamos en el continente europeo, donde —por ejemplo— la frecuencia del fenómeno de los ríos privados, y la distinción entre ríos navegables y no navegables provocan discusiones que poco interés tuvieron para las Indias. Sin embargo, para

⁵¹ P. 3.32.19.

⁵² Se suele considerar las observaciones respectivas del francés Pierre Perault, de 1674, como primer estudio serio sobre esta cuestión.

⁵³ Es interesante que el derecho islámico medieval sí ofrecía normas sensatas al respecto (cf. Dante A. Caponera, *Water Laws in Moslem Countries*, U.N., 1954).

⁵⁴ Tratándose de un tema como el presente, para el cual el derecho canónico no es muy relevante, también podemos decir: "Sobre la base presentada por los autores de la segunda vida del derecho romano".

acercarnos al complejo tema del derecho de las aguas en las Indias⁵⁵ siempre es útil ver el específico desarrollo castellano y luego indiano, contra el fondo general del derecho justiniano y de las reinterpretaciones del *Corpus Iuris* por los autores de la segunda vida del derecho romano.

Guillermo F. MARGADANT S.

⁵⁵ Este tema juega todavía un papel importante en la litigación contemporánea estadounidense sobre los derechos a ciertas corrientes de agua en las tierras que antes del 2.II.1848 (o, en caso de Texas, antes de 1836) habían pertenecido a México [1958], y varios interesantes casos en Texas).