

les las disposiciones de las antiguas costumbres? Esto es evidente, dicen algunos. Se cita, además, en apoyo de esta opinión el art. 651, por cuyos términos “la ley somete á los propietarios á diferentes obligaciones del uno para el otro, independientemente de toda convención” (1). Reproducimos esta argumentación como un ejemplo de la confusión y del olvido de todo principio, que reprochamos á ciertos autores. Si hay algo evidente, es que la expresión *reglamentos locales*, en el art. 645, designa los reglamentos emanados de la administración, por oposición á los reglamentos judiciales de los que se trata en esta disposición. ¿Acaso un artículo de nuestras antiguas costumbres es un reglamento administrativo? Un segundo punto, de la misma evidencia, es que el art. 645, continuación del 644, no se aplica más que á las aguas corrientes que son, bajo ciertos conceptos, propiedad de los ribereños. ¿Acaso los estanques son aguas corrientes? ¿acaso los ribereños tienen la propiedad de aquéllos? En cuanto al art. 651, asienta como principio que hay servidumbres llamadas legales; y ¿puede haberlas sin ley? ¿por ventura nuestras antiguas costumbres son leyes, cuando han sido completamente abrogadas por la ley de 30 ventoso, año XII? (2).

249. ¿Los ribereños del estanque tienen derecho á servirse de sus aguas? Esto equivale á preguntar si el artículo 644 se aplica á los estanques. La negativa resulta del texto de la ley. Ella habla de las aguas corrientes que orillan ó atraviesan una heredad: ¿necesitamos decir que los estanques no son aguas corrientes? Sea cual fuere la opinión que se adopte acerca de la propiedad de las corrientes de agua no navegables ni flotables, lo cierto es que los ribereños tienen en ellas derechos que no es posible reconocer á los ribereños de los estanques. ¿Quién ha

1 Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 262.

2 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 25 y 26.

pensado alguna vez en dar á los ribereños de un estanque el derecho de pesca? Lo que no admiten que los arroyos sean de la propiedad de los ribereños dicen que á nadie pertenecen. ¿Por ventura el estanque sería una cosa común? Y por el contrario, lo que caracteriza al estanque, es que forma parte del dominio del que lo ha formado con aguas que le pertenecen; hacer la toma más pequeña de agua en un estanque, equiveldría á invadir una propiedad privada.

Uno de nuestros buenos autores, después de haber establecido este principio, le impone ciertas derogaciones que son un nuevo ejemplo de la deplorable incertidumbre que reina en la doctrina.” Si el estanque, dice Proudhon, está alimentado por aguas de manantial que se reproducen natural y continuamente, ya no habrá razón para distinguirlo de una agua corriente, y con “toda certeza” los vecinos podrán practicar canalizas.” ¡Cómo! yo tengo en mi predio un manantial; la ley dice que puedo usarlo á mi voluntad; y yo hago de él un estanque. En seguida vendrán mis vecinos á practicar tomas de agua. ¡Ningún derecho tenían en el manantial, y si lo tendrán en el estanque, que no es otra cosa que el manantial adecuado á ciertos usos “Que haya ó no manantial, agrega Proudhon, cuando hay abundantes crecidas de agua, los vecinos pueden incontestablemente apoderarse de lo superfluo (1).” Y ¿qué tiene que ver la abundancia de las aguas, cuando éstas son propiedad privada? Proudhon habla como legislador y traduce la equidad en leyes; se olvida de que simplemente es un intérprete.

250. Acabamos de decir que el estanque es una propiedad privada cuando las aguas que lo forman pertenecen

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1422. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 251; Demolombe, t. 11, página 149, núm. 122. Aubry y Rau, t. 3º, p. 46, nota 4.

al dueño del predio en donde se ha abierto el estanque: tal es el caso de los manantiales que brotan en el predio ó de las aguas pluviales que en él caen. Propietario absoluto de las aguas, se vuelve propietario absoluto del estanque; él puede dejar correr las aguas y dejar en seco el estanque; y puede también volver á poner el estanque bajo el agua; éste es cosa suya, y puede hacer con ella lo que se le ocurra. Los ribereños aun cuando de hecho usasen de las aguas del estanque que se ha puesto en seco, ningún derecho tienen en ellas, como tampoco lo tienen los propietarios inferiores en las aguas de un manantial que el propietario superior deja correr hacia sus fundos (1). Y así sería aun cuando el propietario del estanque cediese las aguas á un propietario inferior, y las condujese hasta el predio de éste por el alveo seco de un río; el ribereño de este río desecado no podía servirse de las aguas del estanque, porque éstas no se han vuelto públicas, ni corren por el lodo seco por efecto de una causa natural y permanente, pasan por ahí en virtud de una convención, por un interés privado, y en virtud de un trabajo sin el cual habrían seguido siendo en el estanque; luego son siempre aguas del estanque, transportadas á un predio inferior en provecho del concesionario, que es el único que tiene derecho en ellas. No hay en esto agua corriente, ni por consiguiente, ribereño que pueda reclamar los derechos que el art. 644 otorga á aquellos cuyas heredas orilla ó atraviesa una agua corriente (2).

La corte de casación que así lo ha resuelto hace una reserva: el agua ha seguido siendo una agua privada, dice la sentencia, puesto que á ninguna otra agua se ha mezclado en el cauce desecado. ¿Debe inferirse de esto que si

1 Metz, 28 de Abril de 1824 (Daloz, en la palabra *aguas*, número 263).

2 Sentencia de denegación de apelación, de 21 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 341). Aubry y Rau, t. 3º, p. 46, nota 4.

las aguas del estanque se mezclan con otras, los ribereños tendrán el derecho de emplerlas? La afirmativa no es dudosa si las aguas salidas del estanque se echan en un río. Los ribereños tienen un derecho en un río, en virtud del art. 644, y no pueden perderlo porque se hayan mezclado las aguas del estanque. Pero ¿qué debe resolverse si el estanque mismo se forma de aguas que en todo ó en parte son públicas? Si el estanque ha sido formado con el agua del río que atraviesa la heredad en donde está construido no hay duda alguna; el art. 644 es formal, el propietario puede usar del agua, pero con cargo de devolverla á la salida de sus predios, á un curso ordinario (1). ¿Pasará lo mismo si el estanque estuviese formado con las aguas pertenecientes al dueño del fundo y en parte con aguas que provengan de arroyos superiores? Una reciente sentencia de la corte de casación ha resuelto que el estanque es de propiedad privada de aquél en cuyo predio existe, cualquiera que sea la proveniencia de las aguas, aun cuando á ellas se mezclaren aguas de arroyos superiores (2). Esta decisión nos parece demasiado absoluta; se ajusta exclusivamente al 558, y para nada tiene en cuenta el art. 644. Sin duda que del art. 558 resulta que el lecho del estanque pertenece al propietario del predio, porque el lecho no es más que el predio. ¿Quiere decir esto que las aguas que sirven para formar el estanque se vuelven también su propiedad exclusiva por el hecho solo de que cubren el estanque? No resuelve esta cuestión el art. 558, sino que lo está por los principios que rigen la propiedad de las aguas. Si las aguas son de lluvia ó de manantial, evidentemente que

1 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1839 (Daloz, "Acción posesoria," núm. 393). Aubry y Rau, t. 3º, p. 47, nota 5.

2 Sentencia de casación, de 19 de Abril de 1865 (Daloz, 1865, 1, 168).

siguen siendo propiedad privada cuando se emplean en construir un estanque. Pero es de igual evidencia que si una corriente de agua que atraviesa una heredad se transforma en estanque, el propietario de éste no puede retener las aguas sin violar el art. 644. Síguese de aquí que el propietario del estanque no se vuelve propietario absoluto de las aguas que provienen de arroyos superiores y que sirven para llenar el estanque; él puede usar de aquellas aguas, como más adelante lo diremos, pero no puede absorberlas.

251. Lo que acabamos de decir decide la cuestión de saber si el art. 645 es aplicable á las contiendas que surjan entre el propietario del estanque y los ribereños acerca del uso de las aguas. Cuando las aguas que forman el estanque son aguas de manantial ó de lluvia cuya disposición absoluta la tiene el dueño del predio, no puede ser cuestión del art. 645, el cual supone que todos los ribereños tienen derechos iguales en las aguas cuyo uso se disputan. En cambio, si el estanque está formado en todo ó en parte de aguas que provienen de arroyos superiores, los ribereños pueden reclamar el uso de las aguas en virtud del art. 644, y por consiguiente, hay lugar á conciliar los diversos derechos que chocan entre sí; precisamente en este conflicto es cuando el art. 645 concede á los tribunales un poder discrecional.

252. ¿Los propietarios ribereños pueden adquirir un derecho de toma de agua en el estanque? Sí, y sin duda alguna. El propietario del estanque, como lo estamos suponiendo, tiene un derecho absoluto en sus aguas; este derecho puede modificarse, limitarse con servidumbres, como toda propiedad. El propietario puede conceder el uso de las aguas gravando el estanque con una servidumbre en provecho de un ribereño. Lo que puede hacerse por título puede también hacerse por destino del padre de fa-

milia, puesto que se trata de una servidumbre de conducción de agua, la cual es continua y suponemos que es aparente. Por la misma razón, la servidumbre puede establecerse por prescripción. Se aplicarán por analogía los artículos 641 y 642. Hay un caso en el cual la analogía es una identidad, y es cuando el estanque está formado con las aguas del manantial, y entonces es literalmente aplicable el art. 641; hemos visto que también lo es cuando se trata de aguas pluviales (núm. 230). Más adelante diremos que la jurisprudencia aplica estos principios á los canales artificiales que sirven para el movimiento de una fábrica; estas sentencias reciben aplicación á los estanques (1).

253. Las aguas no son siempre benéficas para los vecinos, pues que sucede á veces que las inundaciones devastan los predios ribereños. De aquí la cuestión de saber si el propietario del estanque es responsable del daño que resulta. Reina grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. La afirmativa no es dudosa. Cuando hay que reprochar la más pequeña falta al propietario del estanque se aplica entonces el art. 1383, por cuyos términos toda persona es responsable del daño que ha causado no solamente por su culpa, sino también por su negligencia ó su imprudencia. Pero vamos á suponer que no hay culpa. A consecuencia de una crecida extraordinaria, las aguas se desbordan del límite en donde se tiene la propiedad del dueño del estanque: ¿será éste responsable? La cuestión debe resolverse conforme á los principios que rigen el derecho de propiedad. De ajustarse al texto del art. 544, ni siquiera habría cuestión. El propietario, dice la ley, tiene el derecho de disfrutar de su cosa de la manera más absoluta. Si se le ocurre construir un estanque en su predio, tiene derecho para hacerlo. Dicho estanque

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 127).

BIBLIOTECA CENTRAL
U. A. N. L.

está construido conforme á las reglas del arte; por sí mismo ningún daño causa á los vecinos. Pero hé aquí que sobreviene una crecida accidental que inunda y devasta los fundos ribereños. El propietario puede decir: yo he usado de mi derecho al establecer un estanque en mi fundo, y con ello no he lesionado ningún derecho de mis vecinos, luego yo no soy responsable del daño que las aguas les causen; este daño no proviene de hechos míos, es un acontecimiento fortuito y de fuerza mayor. Tal es nuestra opinión, que no es más que la aplicación de los principios que hemos establecido en el título de la "Propiedad" (1).

Hay opiniones diversas. Chardon enseña que el propietario del estanque es siempre responsable. En vano, dice él, se invoca en su favor el caso fortuito; la causa primera que ha dado lugar á la inundación es el establecimiento del estanque; sin este depósito artificial, las aguas no habrían producido el daño que han causado. Por consiguiente, ese daño le es imputable: ¿por qué no elevó su compuerta de modo que jamás perjudicase á los propietarios vecinos? (2). Esta doctrina, de un rigor extremo, está en oposición con los principios que acabamos de recordar. El propietario ha usado de su derecho construyendo un estanque, y ¿con esto ha vulnerado el derecho de su vecino? Si lo ha vulnerado, es responsable; si nó, no lo es. Y ¿en qué se ha lesionado el derecho de los vecinos? ¿no siguen siendo libres para disfrutar y disponer de su propiedad? Es verdad que están expuestos á un daño eventual al que no estarían sujetos si no hubiese estanque en el vecindario. Pero tal es el efecto necesario de la coexistencia de los hombres en el estado de sociedad. El riesgo existe por el hecho solo de la construcción de una casa; aumenta cuando en lugar de una casa se construye

1 Véase el tomo 6º de esta obra núms. 136 y siguientes.

2 Chardon, "Tratado del aluvión," etc., t. 4º, núm. 22.

una fábrica, ó cuando en las cercanías se establece un almacén de materias inflamables. Si las consecuencias eventuales de la vida social diesen lugar á una acción de daños y perjuicios, los litigios serían innumerables é interminables (1).

Demolombe propone una distinción, él no concede acción de daños y perjuicios por las inundaciones extraordinarias, pero declara al propietario responsable por las crecidas ordinarias y periódicas (2). ¿No se halla esta opinión en contradicción con la presunción que el art. 558 establece en favor del propietario del estanque? Conforme á la interpretación de la corte de casación; se presume legalmente que éste tiene la propiedad de los terrenos que cubren las crecidas ordinarias y periódicas de la estación de invierno; luego éstas crecidas se extienden sobre los terrenos pertenecientes á los vecinos; por lo tanto, no puede tratarse de daños y perjuicios con motivo de tales inundaciones.

Núm. 4. De las aguas corrientes.

I. Propiedad de las aguas corrientes.

a) Ríos navegables.

254. En otro lugar hemos dicho que el código civil considera á los ríos navegables ó flotables como una dependencia del dominio público (3) (art. 538). Infírese de aquí que los ribereños no tienen ningún derecho en ellas, porque destinadas como lo están, al uso de todos, esas corrientes de agua no son susceptibles de una propiedad privada. Tales son los términos del art. 538. Este principio ha sido establecido por la ley de de 28 de Septiembre de 1791,

1 Daviel, "De las corrientes de agua," t. 3º, núm. 819.

2 Demolombe, t. 10, p. 31, núms. 36-42.

3 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 8 y siguientes.