

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

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

a) *¿Quién es ribereño?*

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

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

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

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

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

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

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

las aguas; la administración no puede extender ese derecho á los que no son ribereños. Con eso despojaría á los ribereños del volumen de agua que iría á conceder á uno que no es ribereño; esto sería equivalente, en cierto sentido, á una expropiación sin indemnización y por interés particular; lo que en definitiva vendría á ser una violación de la propiedad. Apresurémonos á agregar que tal no es el alcance del decreto que acabamos de citar; este decreto reserva á los ribereños la facultad de hacer valer judicialmente sus derechos, si creen que la autorización otorgada les causa algún perjuicio. Aun con esta reserva, nosotros no podemos aceptar la jurisprudencia del consejo de Estado. El derecho de los ribereños es una especie de propiedad, que no recibe más límites que el derecho igual de los co-ribereños; fuera de esto, ni á la administración ni á los tribunales incumbe modificar ese derecho.

273. Una corriente de agua se abre un nuevo lecho abandonando el antiguo; ¿los propietarios ribereños del lecho abandonado conservan su derecho á las aguas mediante un acueducto? Se ha fallado, y con razón, que ellos no tienen tal derecho. La corte de casación cita el art. 703, por cuyos términos las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse (1). Esta disposición no es aplicable al caso, porque el derecho de los ribereños no es una servidumbre; si no es la propiedad absoluta y exclusiva del art. 644, es por lo menos, una especie de propiedad, y el propietario no puede tener servidumbre en su propia cosa. El motivo para decidir es sencillísimo; no siendo ya ribereños los que lo eran de la corriente de agua, no pueden ya reclamar ningún derecho como tales: la naturaleza que les había dado un derecho se los quita; se necesitaría una disposición formal para

1 Sentencia de denegación, de 11 de Febrero de 1813 (Daloz, *Servidumbre*, número 209).

mantenerlos en un goce que ellos pierden al perder la calidad de ribereños.

274. ¿El fundo ribereño aumenta ó disminuye, dichos cambios ejercen alguna influencia en el derecho de los propietarios? ¿Si el fundo se aumenta con nuevas adquisiciones, el derecho á las aguas se extiende en proporción de las nuevas necesidades? La cuestión es debatida, pero, á nuestro juicio, no existe motivo serio para dudar. La ley da un derecho á los ribereños, sin limitarlo á la extensión de sus heredades, á tal ó cual época; ahora bien, si en su mente, el ribereño no había podido servirse de las aguas sino para la heredad que poseía en una época determinada, habría debido fijar esta época; si no, como dice Daviel, habría que remontarse hasta el diluvio. A decir verdad, la ley no podía tener en cuenta dichos cambios, porque si concede un derecho á los propietarios, no es en razón de la extensión de las heredades, sino únicamente por su posición. Hay, sin embargo, excelentes ingenios que creen que la cantidad de agua *primitivamente* atribuida á un ribereño no puede aumentar en perjuicio de los demás ribereños (1). ¿Qué respondería Ducaurroy si se le preguntase cuál es esa época *primitiva*? Evidentemente que habría necesidad de un texto para determinarla. Proudhon da un motivo en apariencia jurídica; la servidumbre de uso, dice él, que sólo se establece para un fundo no puede extenderse á otro (2). Para que el argumento tuviese algún valor, sería preciso demostrar, en primer lugar, que el derecho de los ribereños es un derecho de servidumbre. Esto no sería suficiente; habría que probar para qué fundo se ha establecido, lo que vuelve á traernos á la dificultad capital de la época á la cual debería uno remontarse. Por el hecho sólo de que la ley no fija época, hay que decidir que no la hay. Lo que

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 182, núm. 271.

2 Proudhon, "Del dominio público," t. 4º, núm. 1426.

equivale á decir que en caso de contienda entre los ribereños acerca del volumen de agua que cada uno tiene derecho á tomar, hay que considerar el estado de las propiedades ribereñas en el momento del litigio (1). La jurisprudencia se halla en este sentido (2).

275. La cuestión se vuelve dudosa cuando una heredad ribereña se fracciona, sea por causa de venta, sea por efecto de una partición. ¿Aquel de los propietarios que deja de ser ribereño conserva el derecho á las aguas? Si el contrato que ha dividido el fundo ribereño calla acerca del uso del agua, claro es que el no-ribereño deja de tener ese uso, por el hecho mismo de que ya no es ribereño. Acerca de este punto, todos parece que están de acuerdo. Pues bien, esto es decisivo, en nuestra opinión, aun para el caso en que una cláusula expresa reservara el derecho á las aguas á aquél que cesa de ser ribereño. ¿Esta cláusula puede dar un derecho al que no es ribereño? Hemos disputado este poder al Estado (núm. 272); lo disputamos por los mismos motivos á los ribereños. En vano se dice que las convenciones deben tener su efecto entre las partes. Sí, cuando las partes dispongan de un derecho que les pertenece; pero en el caso presente, el derecho de usar el agua está limitado por la ley á los ribereños; de donde se sigue que éstos pueden oponerse á que una persona que no es ribereña ejerza un derecho que la ley no le concede. Luego al disponer del derecho á las aguas, las partes contratantes disponen de un derecho que no les pertenece, y esto decide la cuestión. Se objeta que la posición de los demás ribereños no puede ser mejorada por la división de un predio que gozaba por todas sus partes de los derechos conferidos por el art. 644. Comprenderíamos la objeción si emanase de los que enseñan que el aumento de un fun-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 47, nota 10, y los autores que citan.

2 Limoges, 9 de Agosto de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 210).

do ribereño no aumenta el derecho del ribereño, porque el derecho de los demás ribereños se vería disminuido; pero si se admite que la posición de los ribereños puede verse deteriorada por el acrecentamiento que recibe un fundo ribereño, se necesita para ser consecuente, admitir también que la posición de aquéllos puede verse mejorada por la disminución de los fundos ribereños. Esto no es más que la aplicación del principio de que el juez arregla los derechos de los ribereños según el estado de las propiedades al iniciarse el litigio (1).

Hay una sentencia de la corte de Besançon en favor de la opinión contraria. Pero la corte de casación, desechando el recurso, cuidó de hacer constar que la sentencia que ordena un reconocimiento pericial no tenía por objeto más que ilustrar á la corte, y que no conteniendo nada definitivo, no podía violar el art. 644 (2). La sentencia de la corte de casación deja, pues, intacta la cuestión, y en consecuencia, la sentencia de la corte de Besançon pierde su autoridad.

b) *Derecho del ribereño cuando el agua pasa á las orillas de su heredad.*

276. El art. 644 establece que aquél cuya propiedad está orillada por una agua corriente puede servirse de ella

1 Véanse las opiniones diversas de los autores en Aubry y Rau, t. 3º, p. 48, nota 11, y en Daloz, en la palabra *servidumbre*, número 212. Duranton confiesa que ya no se está en los términos de la ley, lo que es decisivo. Agrega que está más en el espíritu de la ley, porque su espíritu tiende siempre al mantenimiento de los derechos adquiridos (t. 5º, p. 217, núm. 235). Nosotros contestamos que no hay derecho adquirido en materia de corrientes de agua, dependiendo todo de los cambios que acaezcan en las corrientes y en los predios ribereños. Por otra parte, el verdadero espíritu de la ley está en su texto, cuando es claro y formal.

2 Besançon, 4 de Julio de 1840, y sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1843 (Daloz, núm. 24 2º).

á *su paso*. ¿Cómo deben entenderse estas últimas expresiones? He ahí la dificultad. Los bordes del río siempre son más elevados que la corriente del agua; y puede suceder que sean de tal manera escarpados, que sea imposible derivar las aguas del río para regar el predio. Se pregunta si el ribereño puede tomar el agua río arriba; esto supone que él tiene el derecho de construir en el predio superior un acueducto que conduzca las aguas al predio inferior. El puede adquirir ese derecho comprando una parte de la ribera suficiente para hacer en ella los trabajos necesarios. Se ha fallado que en estas circunstancias el ribereño no tenía el derecho de derivar las aguas. La corte invoca el texto del art. 644; el ribereño puede servirse del agua á *su paso*, lo que significa que no tiene tal derecho sino en el momento en que las aguas pasan por su fundo; síguese de aquí que la conducción del agua debe practicarse en el mismo fundo que usa ésta. He aquí lo que puede llamarse una interpretación judaica; ajustarse á la letra de la ley para violar su espíritu. Si el texto de la ley fuese formal, nosotros lo aceptaríamos, porque, á nuestro juicio, el espíritu de la ley se halla en su texto; pero en el caso que nos ocupa ¿qué es lo que dice el código? Que el ribereño tiene el derecho de servirse del agua á *su paso*: y esto es lo que hace, supuesto que toma las aguas en el momento en que ellas pasan frente al predio superior que le pertenece. Después de esto ¿qué importa adonde lleve las aguas, que sea á un fundo inferior, en donde él es igualmente ribereño, ó al fundo superior? ¿Acaso exige la ley que el ribereño use las aguas aquí ó allá? ¿río arriba ó río abajo? Todo lo que ella quiere, es que las heredades ribereñas solas se aprovechen del agua, supuesto que á ellas les hizo el dón la naturaleza. ¿Y acaso ésta no hace el dón á los predios escarpados? ¿No pasan las aguas delante de estos predios, tanto como delante de los otros? La corte de

casación se ha pronunciado en ese sentido, y tal es también el parecer de los autores (1).

¿Qué debe decidirse si el ribereño que, en razón del escarpe de la ribera, no puede tomar las aguas en el momento en que pasan delante de su heredad, las deriva de un predio superior con permiso del propietario ribereño? La corte de casación ha mantenido, aun en este caso, el derecho del ribereño inferior; es verdad que ya no puede decirse que el ribereño tome las aguas en un punto en donde es ribereño; pero también es verdad que no es en ese punto en donde se sirve del agua; no hace más que derivarla para uso de los predios de que es propietario río abajo, y propietario ribereño, ¿qué importa, pues, el punto en donde los trabajos se emprenden? Lo único que es esencial, es que las propiedades ribereñas aprovechen solas las aguas. La corte dice muy bien, que el art. 644 da un derecho á los ribereños, pero que no reglamenta la manera de ejercer este derecho; de donde se sigue que no puede exigirse que el ribereño haga los trabajos necesarios en un punto de la ribera preferentemente á otro; esto sería introducir en la ley una condición, que repugnan tanto su espíritu como su texto (2).

277. El art. 644 dice que aquél cuya propiedad está á la orilla de una agua corriente puede servirse de ella á su paso. Este derecho pertenece, pues, á todos los que son ribereños, y les pertenece con título igual, porque la ley no hace ninguna distinción entre los fundos superiores y los inferiores. ¿Cuál es el carácter de este derecho y con qué título es igual? Desde el momento en que se trata de precisar los derechos de los ribereños el disentimiento

1 Sentencia de Aix, de 30 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1), casada por sentencia de 14 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Compárese, Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 214.

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 174).

que divide en esta materia á los autores vuelve á aparecer. Los que reconocen á los ribereños la propiedad de los ríos no navegables dicen que son co-proprietarios; comparan la posición de éstos con la de los co-proprietarios de una pared medianera. Los otros rechazan la idea de co-propiedad, pero, en definitiva, vienen á parar en el mismo resultado, porque admiten un derecho de goce común é indiviso de la corriente de agua (1). Indiviso, es mucho decir, porque cada ribereño toma una parte del agua, y si hay discusión entre ellos, los tribunales hacen la distribución. ¿Pero conforme á qué principios? Todos ellos tienen un título igual, por lo que se vería uno tentado á decidir que su derecho debe arreglarse según la estricta ley de la igualdad, es decir, según la extensión de sus heredades. Pero hay, además, otros elementos que deben tenerse en cuenta, el modo de cultivo, la naturaleza del suelo, el género de explotación. Imposible es establecer una regla absoluta y una igualdad matemática; por esto es que la ley se ha atenido á la prudencia de los tribunales, como más adelante lo diremos. Todos están de acuerdo en este punto; la cuestión de propiedad es indiferente en este debate, porque los que admiten la propiedad de las aguas en provecho de los ribereños reconocen que tal propiedad es limitada (2).

278. El principio es incontestable en lo concerniente á los co-ribereños; es evidente que el derecho de uno de ellos, que sea co-propiedad ó goce común, limita el derecho del otro. ¿Pero es lo mismo respecto de los ribereños inferiores? Uno de nuestros buenos autores contesta que como en este caso la vocación de los ribereños es sucesiva, el derecho actual del ribereño superior domina el de-

1 Véanse los diversos sentimientos en Demolombe, t. 10, p. 174, número 143.

2 Demolombe, t. 11, p. 174, núm. 143. Durantou, t. 5º, p. 204, número 214. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 181, núm. 271.

recho eventual del ribereño inferior, en el sentido de que el primero puede ejercitar su derecho en toda su plenitud, y que sólo después de que haya usado de su derecho será cuando los propietarios inferiores sean llamados á servirse del agua. Nosotros creemos que el principio formulado de tal manera es inadmisibile, porque equivale á poner el privilegio en el lugar de la igualdad. El mismo Demante modifica hasta tal punto su principio en la aplicación que puede decirse que nada queda de él; confiesa que el espíritu de la ley es que no se haga completamente abstracción del interés de los predios inferiores. De aquí el poder de conciliación concedido á los tribunales por el artículo 645 (1). Nosotros creemos que debe mantenerse la igualdad respecto á los ribereños inferiores; es conforme á esta regla cómo los tribunales deberán conciliar los intereses diversos, sin que puedan sacrificar el derecho de los ribereños inferiores al de los superiores, porque todos tienen un derecho igual. En la opinión que nosotros hemos enseñado acerca de la propiedad de las corrientes de agua no navegables, esto es evidente; propietarios con el mismo título, el ribereño superior no tiene más derecho que el otro, por más que las aguas pasen primero por su heredad. Si no se le reconose más que un simple uso, que tenga su principio en una concesión de la ley, todo depende de los textos y de su interpretación. El art. 644 no distingue entre el co-ribereño y el ribereño inferior; y el espíritu de la ley rechaza toda distinción, porque el legislador ninguna razón tiene para favorecer á uno de los ribereños á expensas del otro. Así pues, debe aplicarse el antiguo proverbio que prohíbe al intérprete distinguir allí en donde la ley no distingue.

279. Una primera consecuencia se deriva de este prin-

1 Demante, t. 2º, p. 580, núm. 495, bis 5. Compárese, Durantou' t. 5º, p. 205, número 218.

cipio, y es que el ribereño cuya propiedad rodea el río no puede desviar el curso del agua; esto sería arrebatarse al co-ribereño su derecho en las aguas. Esto basta para decidir la cuestión. El segundo inciso reconoce este derecho á aquél cuya heredad es atravesada por el agua: lo que implica que el ribereño unilateral no lo tiene. Quizás para marcar esta diferencia por lo que la ley dice que el propietario que no posee más que una de las riberas puede servirse del agua á su paso (1). Esto, por lo demás, es tan evidente que nos parece inútil insistir.

280. Nosotros creemos que resulta del mismo principio que el ribereño no puede servirse del agua sino para el uso de sus propiedades ribereñas. Si, además, de la heredad ribereña posee fundos que no sean ribereños, no puede conducir el agua á través de los terrenos intermediarios hasta los predios más alejados que no están á orillas del agua corriente. En efecto, no es á los propietarios á los que la naturaleza da el beneficio de las aguas, porque ella no conoce propietarios, sino que el agua debe aprovechar á predios que están á su orilla. ¿Qué importa que una heredad más lejana pertenezca á un ribereño? Acaso esta circunstancia accidental volverá ribereña á la heredad? Y ¿en dónde estaría la razón para conferir el beneficio de la irrigación á tal ó cual fundo no ribereño, porque pertenece á un propietario ribereño, cuando se le rehúsa á otra heredad contigua, porque pertenece á persona que no es ribereña? El que posee dos predios, uno ribereño, el otro no ribereño, tiene dos calidades; como ribereño, él puede invocar el beneficio del art. 644; como no ribereño, no puede reclamar ni un derecho de propiedad en las aguas, ni un derecho de uso que no puede pertenecer más que á los ribereños. La opinión contraria no tiene para nada en cuenta

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 49 y nota 17. Demolombe, t. 11, p. 176 número 144.

los derechos de los ribereños inferiores; mientras más se extienden los derechos de los propietarios de río arriba, más se restringen los de los propietarios de río abajo. Lo que era un derecho igual se volverá un privilegio. Es decir, que se viola el principio fundamental en esta materia. Se objetan los términos del art. 644; la ley dice que el ribereño puede servirse del agua á su paso para la irrigación de sus propiedades. La ley es general, se dice, luego no hay lugar á distinguir. Pero el final del artículo no debe separarse del principio. ¿Quién tiene derecho al agua y con qué condiciones? El art. 644 contesta: "Aquél cuya propiedad está á la orilla de una agua corriente." He aquí la condición que está en armonía con la ley de la naturaleza y con el espíritu del código. La propiedad ribereña es la que se prolonga hasta el lecho del río, ella es la que está expuesta á sufrir la acción de las aguas, luego ella, y ella sola, es la que debe aprovecharse de sus beneficios (1).

281. Tal es el sistema del código civil. Más adelante diremos si las leyes nuevas, expedidas para favorecer la irrigación, han consagrado la opinión contraria. Aun bajo el imperio del código Napoleón, hay que admitir una restricción á la doctrina que acabamos de exponer. El propietario puede servirse del agua para la irrigación de todos los predios que no forman más que un solo y mismo dominio ribereño; de suerte que si posee, sin solución de continuidad, una pradera á lo largo de la ribera, en seguida una tierra de la branza, y después una pradera artificial, tendría derecho á practicar regueras á través de sus tierras de labor para llevar el agua á la pradera artificial; porque ésta hace parte de su dominio ribereño (2). En este sentido ge-

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 11, p. 179, números 148 y 149; Aubry y Rau, t. 3º, p. 49, y nota 18; Duranton, tomo 5º, p. 213, núm. 231.

2 Demolombe, t. 11, p. 178, núm. 147.