

neral es como la ley dice que el ribereño puede servirse del agua para la irrigación de sus *propiedades*. La corte de casación así lo ha resuelto en un caso en que la configuración del terreno daba lugar á alguna duda. Ella asienta como principio que el art. 644 concede la facultad de irrigación no sólo para las tierras que tocan inmediatamente al río, sino también para todas las propiedades contiguas que pertenecen al mismo dueño. Tratábase de saber si este principio era aplicable en el caso en que una heredad, que forma parte del mismo dominio que el fundo ribereño, estaba separado de éste por un vallado. El vallado perteneciente al mismo propietario, realmente no impedía la contigüidad, puesto que las heredades, aunque separadas por el vallado, no dejaban por eso de formar una sola y misma posesión (1). Por los mismos motivos, se debe resolver que por estrecho que sea el predio ribereño propiamente dicho, y por extensa que sea la propiedad contigua, el ribereño puede usar del derecho que le concede el artículo 644, salvo que los propietarios inferiores pidan un reglamento, si les parece que el propietario superior absorbe demasiada cantidad de agua (2).

282. Este último punto da con frecuencia lugar á disputas entre los ribereños. ¿Cuál es el volumen de agua que cada uno de ellos puede tomar en el dominio común? Resulta del principio, tal como lo hemos formulado, que el ribereño superior no puede absorber el agua, aun cuando pretendiese que toda ella le es necesaria para las necesidades de su propiedad. Esto, casi no da lugar á duda cuando se trata únicamente de un fundo que el agua corriente toca en su contorno. El propietario de este fundo no tiene un derecho absoluto sobre el agua, puede servirse de ella, dice el art. 644, para la irrigación de sus propiedades; pe-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Enero de 1864 (Daloz, 1865, 1, 179).

2 Lieja, 19 de Enero de 1853 (*Basiscrisia*, 1853, 2, 169).

ro servirse del agua no quiere decir absorberla. La jurisprudencia se halla en este sentido. Sin duda que, si él emplea el agua en la irrigación, una parte de ella será absorbida por el fundo regado; pero ¿podrá él tomar toda el agua que reclamen todas las necesidades del predio? Aquí el abuso y el derecho se tocan muy cerca; apoderarse de todas las aguas, bajo pretexto de necesidad, sería volver ilusorio el derecho del ribereño inferior, como lo expresa muy bien la corte de Lyon. Precisamente para conciliar los derechos diversos que están en conflicto es por lo que el código da á los tribunales un poder discrecional (1). El juez podría también verse tentado á favorecer fuera de todo límite al ribereño superior. Se lee en una sentencia que los propietarios inferiores no tienen el derecho de disfrutar del agua sino cuando los ribereños superiores están *satisfechos*. A recurso de casación, la corte hizo notar la exageración de esta expresión; ella, no obstante, mantuvo la decisión, porque estaba suficientemente justificada por los hechos tales como la corte de apelación los comprobaba. En efecto, la sentencia establecía que no había abuso ninguno que reprochar al propietario superior y que los ribereños inferiores no habían experimentado daño ninguno (2).

283. ¿En qué uso pueden los ribereños servirse del agua? El art. 644 dice que pueden servirse de ella para la irrigación de sus propiedades. Si se ajustase uno á la letra de la ley, habría que concluir que ella excluye todo uso del agua, salvo la irrigación, es decir, que protege exclusivamente los intereses de la agricultura. Hay autores que admiten esta interpretación restrictiva; pero Hennequin es

1 Lyon, 15 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1856, 2, 158).

2 Montpellier, 17 de Noviembre de 1856, y sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1853, 2, 86).

el único que se atreve á llevar las cosas hasta el extremo. "La irrigación, dice él, es la vida de las explotaciones agrícolas; no debe ser que las aguas se agoten en usos domésticos." Así, pues, es de parecer que las aguas no podrían emplearse ni como fuerza motriz, ni como decoración, ni como medio de alimentar algunas fuentes ó de dar de beber á los ganados; que la irrigación es el único destino que se permite darles. La mayor parte de los autores retroceden ante las consecuencias de un principio tan absoluto; es decir, que lo abandonan. En cuanto á los usos domésticos, todos los permiten á los ribereños, lo que los coloca ya fuera de la letra de la ley; la mayor parte admiten también el uso por placer, y al menos, en cierta medida, el destino del agua á las necesidades de la industria. Nosotros creemos que debe entrarse con más franqueza en este sistema de interpretación, y decidir que se permite todo uso á los ribereños, y que la ley sólo excluye el abuso. Cierto es que el texto no habla más que de la irrigación, pero esto no decide la cuestión; debe verse si todos los términos son restrictivos; ahora bien, evidentemente que no lo son, y el espíritu de la ley exige la interpretación extensiva. El legislador no ha hecho más que consagrar las miras de la naturaleza, y ésta no es exclusiva, sino que ofrece sus dones al hombre para que los emplee con toda amplitud, el agua es una fuerza motriz tanto como un medio de irrigación; sirve para embellecer los predios tanto como para fertilizarlos. Si el código habla únicamente de la irrigación, es porque ordinariamente la ley no prevee más que hechos usuales, y el agua habitualmente sirve para la irrigación. Pero lo que prueba que el legislador no se ha preocupado exclusivamente de los intereses de la agricultura, es que en el art. 645, que es continuación del 644, previendo el conflicto entre los diversos intereses, decide que el juez debe conciliar "el interés

de la agricultura con el respeto debido á la propiedad." Esto implica, como ya lo hemos dicho en otro lugar, que los ribereños son propietarios de las corrientes de agua no navegables. En esta opinión, no puede quedar la menor duda acerca del derecho que tienen ellos para servirse de aquellas en toda clase de uso, salvo el no abusar de su derecho absorbiendo las aguas. ¿De qué se quejarían los ribereños inferiores, si el ribereño superior se sirviese del agua para su industria, en vez de emplearla en la irrigación de sus fincas? Con tal que haga un uso moderado del agua, poco importa el destino que le dé. Hay más todavía, como lo dice muy bien la corte de Besançon, la industria se limita ordinariamente á emplear el agua como fuerza motriz, devolviéndola después á su curso natural, mientras que la agricultura absorbe una notable parte que se queda en los terrenos (1).

283 bis. No es posible servirse del agua, sea para la irrigación, sea para la industria, sin emprender algunos trabajos, como sangraduras de acequias, canalizas, compuertas ú otros; se pregunta si los ribereños tienen derecho á hacer esos trabajos. Apenas si puede plantearse la cuestión. El que quiere el fin quiere los medios. La única dificultad consiste en saber si el ribereño necesita autorización de la administración. Se ha fallado que el ribereño no puede, aun siendo propietario de las dos riberas, construir una barrera sin autorización. En el caso, había un reglamento local (2), y el art. 645 quiere que se observen los reglamentos locales. ¿Qué debe resolverse si no hay reglamento? En teoría, podría contestarse que co-

1 Besançon, 10 de Febrero de 1864 (Daloz, 1864, 2, 36). Véase, *ibid.*, en nota, las diversas opiniones de los autores. Compárese, Demolombe, t. 11, p. 193, núms. 156-160; Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 215. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, notas 19 y 20.

2 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, de 15 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *aguas*, núm. 581, 3º).

mo la ley reconoce á los ribereños una especie de propiedad ó al menos un derecho de goce, le da, por esto mismo, la facultad de hacer todo lo que es necesario para el ejercicio de ese derecho (1). Más adelante diremos que en la práctica se exige una autorización (núm. 295). Distinta es la cuestión de saber si el que no es propietario más que de una orilla puede estribar algunas barreras en la orilla opuesta. La cuestión era debatida bajo el imperio del código civil; pero ha sido resuelta por las leyes nuevas referentes á la irrigación. Conforme á los principios generales, debe decidirse, sin vacilar, que el ribereño no tiene la servidumbre de apoyo, porque ésta es una verdadera servidumbre, y no hay servidumbre legal sino en virtud de un texto formal; suponemos materialmente que no hay servidumbre que derive de actos del hombre. La ausencia de todo título constitutivo de una servidumbre decide la cuestión (2). Del mismo modo, el ribereño puede hacer su toma de agua en un predio superior, practicando en él regueras con el consentimiento del propietario (3). Desde el momento en que existe el derecho á las aguas, el ribereño puede emplear todos los medios para aprovecharlas.

284. Se ve que los derechos del que no posee más que una orilla no son tan extensos como los derechos del que posee las dos orillas. Este puede hacer las obras que estime convenientes y hasta desviar el agua, salvo el devolverla, á la salida de sus predios, á su curso ordinario. ¿Los propietarios de ambas orillas no podrían entrar en inteligencia y disponer de común acuerdo del río como si éste atravesase una heredad única? Esto ha sido fallado

1 Demolombe, t. 11, p. 213, núm. 172. Compárese, Durantou, tomo 5º, p. 201, núm. 209. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, nota 20.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, notas 21 y 22, y por Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 198.

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

de tal suerte (1), y no vemos razón ninguna para dudar. En la opinión que nosotros hemos enseñado sobre la propiedad de las corrientes de agua, á penas puede plantearse la cuestión; si, como lo creemos, los ribereños son propietarios, déjase entender que ellos pueden servirse de su propiedad como se les ocurra, salvo el respetar los derechos de los ribereños inferiores; ¿y qué les importa á éstos de qué manera usen de su derecho los ribereños superiores, con tal que no hagan usurpaciones en el derecho igual que les pertenece?

285. Demante hace notar que el texto establece una diferencia entre el propietario de las dos orillas y el que sólo posee una; el primero debe devolver á su curso ordinario las aguas de las que no se ha servido, mientras que el art. 644 no impone esta obligación al segundo. ¿Debe inferirse de esto que el propietario que se ha servido del agua para la irrigación de sus predios, podrá disponer como se le ocurra del agua que le queda? ¿puede, por ejemplo, concederla á otros propietarios? Ciertamente que nó; el mismo Demante agrega, que le parece justo que el residuo del agua se devuelva á su curso natural. Luego hay que decir que no existe esa pretendida diferencia. Y en efecto, ella no tendría razón de ser, ó por mejor decir, estaría en oposición con el principio consagrado por la ley. El código, en ciertos conceptos, da derechos más extensos al propietario de las dos orillas que al propietario de una sola; luego si el primero tiene que devolver el agua de que no se sirve, con mayor razón debe hacerlo el otro. Si no lo expresa la ley, es porque regularmente el ribereño no debe tomar más que la cantidad de agua que le es necesaria; luego no le quedará excedente. Puede suceder también que en razón de las circunstancias del terreno no

1 Besançon, 24 de Mayo de 1828 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, 228).

le sea posible devolver á su curso ordinario las aguas sobrantes. En este caso serán perdidas para los ribereños inferiores, lo que es para ellos un perjuicio, y por consiguiente, un ataque á sus derechos. ¿Quiere decir esto que el ribereño no puede servirse del agua cuando no puede devolverla á su curso ordinario? Esto sería sacrificar los derechos del ribereño superior. Hay un medio muy sencillo de evacuar este conflicto, y es arreglar el volumen de agua que el ribereño está autorizado á tomar, de modo que no tenga más que el agua estrictamente necesaria, dejando en el río una cantidad equivalente á la que, en una situación ordinaria él devolvería después de la irrigación (1).

c) *Derechos del propietario cuya heredad se halla atravesada por el agua.*

286. Según los términos del art. 644, "aquél cuya heredad atraviesa una agua corriente, puede también emplearla en el intervalo que recorre, pero con la condición de devolverla, á la salida de su predio, á su curso ordinario." La palabra *también* de que se sirve la ley marca que quiere establecer una diferencia entre el propietario que posee las dos orillas y el que sólo posee una. Sin embargo, la expresión *usar*, que se haya en el segundo inciso, tiene el mismo sentido que la expresión *servirle* que se encuentra en el primero. De esto infiere Proudhon que los derechos de los ribereños son los mismos, en el sentido de que no puede servirse del agua sino para la irrigación de sus propiedades, aun cuando posean las dos orillas (2). Nosotros decimos también que sus derechos son los mis-

1 Metz, 5 de Junio de 1806 (Daloz, 1806, 2, 124), Demante, t. 2º, p. 580, núm. 495 bis, 2. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, y notas 24 y 25; Demolombe, t. 11, p. 191, núm. 155.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1427.

mos en lo que concierne al uso que pueden hacer del agua; pero como, á nuestro juicio, los ribereños que no poseen más que una orilla pueden emplear el agua en toda especie de uso, con mayor razón debe pertenecer esta facultad á los que pesen las dos orillas. Porque es claro que, en el pensamiento del legislador, estos últimos gozan de derechos más extensos. El proyecto sometido al consejo de Estado decía que "aquél cuya heredad es atravesada por un río puede también, en el intervalo que el río recorre, usarlo *á voluntad*". En la discusión, Cambacéres criticó esta expresión, porque quería que el goce del propietario superior estuviese de tal manera reglamentado que no perjudicara el goce del propietario inferior. A consecuencia de estas observaciones, las palabras *á voluntad* se suprimieron. De esto ha resultado que la redacción deja que desear; pero la intención del legislador no es dudosa; la palabra *también*, que se ha conservado, lo indica. Luego la duda que existe respecto al ribereño unilateral, en lo que concierne á los usos industriales, no puede oponerse al propietario de las dos orillas, porque nada en el texto limita el modo de su uso. Tal es también la opinión generalmente seguida (1).

287. El propietario de ambas orillas puede desviar el río en el intervalo que recorre al atravesar su heredad. Esto resulta del texto del art. 644, supuesto que obliga al propietario á devolver el agua á su curso ordinario, en el momento en que sale de sus predios. Esto, por otra parte, se funda en la razón. El que posee las dos orillas no tiene que considerar los derechos de un co-ribereño; únicamente tiene que respetar los derechos de los ribereños inferiores. Y ¿qué importa á éstos cuál sea el curso del río en la heredad superior, con tal que el agua conserve su

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 118, nota 12.

“curso ordinario?” (1). ¿Qué debe entenderse por “curso ordinario?” Las más de las veces será el curso que la naturaleza, es decir, el declive y las sinuosidades del terreno han dado al río. Sin embargo, es de notarse que la ley no dice el curso natural. Puede suceder, en efecto, que el “curso ordinario” no sea el que la naturaleza ha impreso á las aguas. Supongamos que desde tiempo inmemorial, los ribereños hayan cambiado el curso del agua; el curso hecho por mano de hombre se había vuelto el curso ordinario; y este curso, aunque artificial, será el que deba ser respetado por el propietario cuya heredad es atravesada por el río. Esto fué así fallado por la corte de casación (2).

288. El derecho de desviar el agua es el único privilegio de que disfruta el propietario de las dos riberas. Se pretende, es cierto, que la naturaleza da al propietario superior una preferencia, en al sentido de que destinado á disfrutar del agua antes que los ribereños inferiores, y no estando limitado su derecho por un co-riberaño, él puede usar del agua sin estar limitado por el derecho de los ribereños inferiores, los cuales no tienen más que un derecho eventual en lo que exceda de las necesidades de los primeros. El principio formulado de esta manera es inadmisibile. Observemos desde luego que se aplicaría hasta al propietario de una sola orilla, en sus relaciones con los ribereños inferiores, de suerte que éstos estarían, en todos los casos, á discreción del propietario superior. ¿Qué vendría á ser entonces el principio de igualdad que domina en esta materia? Se cambiaría en privilegio en provecho de uno solo y á expensas de todos los demás. Nada justifica en el texto esta interpretación, que se encuentra en oposición con la tradición y con la voluntad del legisla-

1 Demolombe, t. 11, p. 209, núm. 167.

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1839 (Dalloz, “Acción posesoria,” núm. 393).

dor. En el antiguo derecho, las sentencias de los parlamentos prohibieron á los ribereños superiores que absorbiesen el agua con perjuicio de los propietarios inferiores, y los autores enseñaban lo que la naturaleza nos enseña, que el río no pertenece á un solo ribereño, que pertenece á todos los predios que recorre y riega. Acabamos de decir que el proyecto que daba al ribereño superior, cuando poseía las dos riberas, un derecho casi absoluto en las aguas se modificó precisamente para resguardar los derechos de los propietarios inferiores. Por último, el artículo 645 depone contra todo privilegio en esta materia; la ley quiere que se concilien los diversos intereses, y no que se sacrifiquen al propietario superior. En presencia de este poder discrecional de los tribunales, es inútil insistir (1). Hagamos constar únicamente el uso que los tribunales han hecho del derecho de conciliación que les da la ley.

289. Hay sentencias que decididamente toman partido por el ribereño superior, fundándose en el art. 644, que da al propietario de las dos orillas el derecho de *usar* las aguas, sin limitar este uso; ellas deciden que pueden emplearlas en todas sus *necesidades*, y que la obligación de devolverlas á su curso ordinario no puede entenderse sino de lo que queda después de “satisfechas sus necesidades.” La corte de Bourges confiesa que de esto puede resultar, sobre todo, en tiempo de sequía, que las aguas sean absorbidas completamente por el propietario superior; pero dice la misma corte, este inconveniente es inseparable del uso mismo (2). Estas sentencias carecen de valor doctrinal, y

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 49, notas 14 y 15. Demolombe, t. 11, página 206, núm. 166.

2 Bourges, 13 de Julio de 1826, y 7 de Abril de 1837 (Dalloz, *Servidumbre*, núm: 222, 2º y 3º).

á penas si puede decirse que estén motivadas; se limitan á declarar que tal es el sentido de la ley. Esta es una afirmación gratuita que para nada tiene en cuenta la tradición, ni la discusión, ni aun el texto del art. 645. La corte de París, á la vez que decide que el propietario cuya heredad atraviesa el agua tiene el derecho de emplearla y de *absorberla* en la irrigación, admite una restricción en virtud del art. 645, el cual, en caso de contienda entre los ribereños, da á los tribunales un poder de conciliación, poder que la administración ejerce igualmente (1). Esta restricción destruye el pretendido principio, porque allí en donde hay lugar á conciliación, ya no hay cuestión de derecho absoluto. Este es un paso dado hacia la opinión contraria, que es sin duda la que predomina en la jurisprudencia.

Quedan, sin embargo, muchas vacilaciones en la opinión general. La corte de Angers proclama el verdadero principio, el derecho igual de todos los ribereños para aprovechar el agua, pero no lo motiva (2). Una sentencia de la corte de Caen penetra al fondo de la dificultad, ateniéndose á la naturaleza del "agua corriente." ¿Por qué se le da este nombre? ¿no es porque todos los ribereños son llamados sucesivamente á aprovechar sus beneficios? Y bien, ¿qué es lo que dice el art. 644? Que el propietario de las dos orillas, después de haber usado el agua, la debe devolver, á la salida de su predio, á su curso ordinario. ¿Y absorberla es devolverla á su curso ordinario? Así, pues, el texto quiere que el propietario respete la naturaleza del agua corriente y su destino. Nada mejor que esto; pero la corte hace una restricción; parece que considera la irrigación como un derecho absoluto, colocado por encima de toda contienda; de donde resultaría que el propietario superior

1 París, 19 de Marzo de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 222, 5°).

2 Angers, 4 de Enero de 1819 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 223, 2°).

puede tomar toda el agua necesaria para regar sus predios aunque nada quedare al propietario inferior. ¿Qué es entonces la naturaleza del *agua corriente*? ¿Y qué hacer con el art. 645 que lejos de poner la irrigación por encima de toda disputa, supone que hay conflicto entre el interés de la agricultura y los intereses diversos que la propiedad origina? La corte de casación desechó el recurso dirigido contra esta sentencia, como regularmente lo hace cuando las cortes de apelación no establecen un principio demasiado absoluto (1). Sigamos las variaciones de su jurisprudencia, que acaba por consagrar el principio tal como lo hemos formulado.

290. La corte de Tolosa había admitido el derecho absoluto, ilimitado del propietario; la única restricción que, según ella, le impone la ley, es que no puede desviar el curso del agua. Por lo demás, el propietario inferior no tiene el derecho de exigir un reglamento que determine el uso del agua, á menos que el propietario superior abuse de su derecho, y no hay abuso sino cuando emprende trabajos que causan un perjuicio á los ribereños inferiores, con el fin de hacerles daño y sin ninguna utilidad para él. Esto equivalía á negar abiertamente el principio de la igualdad, y substituirle el del privilegio. La sentencia fué casada. La corte de casación comienza por establecer el principio enteramente contrario. El agua corriente es una cosa común á todos los ribereños, los cuales tienen un derecho igual en el uso del agua, por más que no ejerzan simultáneamente ese derecho. Si por ventaja de su posición, el propietario superior ejerce su derecho antes que los propietarios inferiores, no por eso deja de estar obligado, después de haberse servido del agua, de devolverla á su

1 Caen, 19 de Agosto de 2857 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 223, 3°); sentencia de denegada apelación, de 23 de Marzo de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 226).