

EL AGUA EN SUS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL,
CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y CIVIL. *

VI

PROPIEDAD, USO Y APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS
SUBTERRÁNEAS.

La propiedad del suelo implica la del subsuelo, según nuestro derecho civil.—Consecuencias, por lo que se refiere á las aguas subterráneas obtenidas por excavaciones ó tajos.—Jurisprudencia extranjera.—Necesidad de algunas reformas á nuestro Código Civil sobre esta materia.

Las aguas subterráneas, sobre las cuales no hay derecho adquirido por la apropiación y trabajo del hombre, se consideran del dominio de la colectividad social, para que los poderes constituidos de la Unión, con las leyes que dictaren, y el Gobierno del Estado, en virtud de las atribuciones que aquellas le confieren, faciliten su descubrimiento y adquisición, protegiendo luego su explotación y aplicaciones, para el aumento de la riqueza particular y pública. Nuestro Código Civil, en los arts. 731, 962 y 969,¹ establece:

“El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella. Por lo mismo, podrá usarlo y ha-

* Véase pág. 108.

¹ Arts. 829, 1,063 y 1,702, Cód. Civ. de 1870 y adoptados por la mayoría de los Códigos de los Estados de la Federación.

cer en él todas las obras, plantaciones ó excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título de servidumbres, y con sujeción á lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.”

“El dueño del predio en que hay una fuente natural, ó que ha hecho construir un pozo brotante, aljibe ó presa para detener las aguas pluviales de su propio fundo, puede usar y disponer de su agua libremente.”

“Si alguno hiciere pozo en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado á indemnizar.”

La nueva ley de Minería, de fecha 4 de Junio de 1892, en su art. 9.º, dice:

“Las aguas que se extraigan hasta la superficie en virtud de los trabajos subterráneos de las minas, pertenecen á los dueños de éstas, y deberán observarse las prescripciones de las leyes comunes en cuanto á los derechos de los propietarios de los terrenos por donde se dé curso á las mismas aguas.”

De estas disposiciones se desprende que el propietario de un fundo tiene dominio sobre el subsuelo y todo lo que se encuentra bajo la superficie de su heredad, con facultad de hacer excavaciones hasta el centro de la tierra, siguiendo la vertical de sus linderos y de aprovechar cuanto logre descubrir.

Este derecho al subsuelo ha sido reconocido, tanto por el Derecho Romano, como por la Antigua Legislación Española, orígenes de nuestra actual Legislación, y en lo referente á las aguas subterráneas es más amplio en la legislación moderna.

Según las leyes 24, § 12, tít. 2, 1.ª, § 12 y 21, tít. 3, libro 39 del Digesto, la legislación romana reconocía al propietario la facultad de hacer todas las excavaciones que estimara convenientes para descubrir las aguas subterráneas; no habiendo recurso alguno para ejercitar contra el propietario que para guardar su campo, procura apartar las aguas de un río ó barranco que tenga cerca, *ni contra el que, cavando en su heredad da lugar á que se disminuya el agua de la fuente del vecino; pe-*

ro era responsable si ejercía ese derecho, sin ninguna utilidad y necesidad, y los tribunales podrían impedirselo si los propietarios vecinos quedaban privados de las aguas que les eran útiles.

El preclaro jurisconsulto D. Juan Antonio de la Fuente, en un alegato sobre aguas subterráneas, de fecha 3 de Junio de 1848, presentado ante el juzgado de Parras de la Fuente (Coahuila), publicado en el tomo III, pág. 413 y siguientes, "Variedades de Legislación y Jurisprudencia," año 1851, hace el siguiente estudio comparativo de las disposiciones romanas y de la antigua legislación española, acerca de las aguas.

"Gregorio López, que es á todas luces el más erudito, exacto y concienzudo confrontador del Derecho Romano con las leyes de Partida, al aplicar esa alusión de la ley 19, tit. 32, Part. 3^a, señala como primer objeto de ella ¹ la referida ley 1^a, párr. 12. *Denique Marcellus de aqua pluv. arcend.*; y efectivamente, ella contiene la misma franquicia para hacer excavaciones, la misma taxativa en los casos de dolo. Pero esta ley no trata únicamente de los pozos en las casas, sino en general de las excavaciones practicadas en la tierra por las que se atraiga el manantial del vecino. (*Qui in suo fodiens vicini fontem avertit*). Ni se limita á los usos caseros; antes bien, expresamente habla de la agricultura y del campo (*agrum meliorem faciendi*).

"He aquí, pues, conocido el objeto que tuvo á la vista el legislador, y así, necesario es ampliar el contesto de la ley.

Resta examinar si hay identidad de razón para la franquicia de abrir pozos en las casas y para hacer las demás excavaciones en los otros fundos. Sepamos antes cuál es la razón de la ley de Partida que nos ocupa; y con el fin de que nuestra investigación sea extensa y profunda, la cotejaremos con las leyes romanas á que se conformó y á que hizo referencia al acabar: con esas leyes que por tal conformidad y alusión deben

¹ Glosa 3.

reputarse con vigor como la genuina expresión de la ley de Partida, y como el conjunto de sus detalles, rebosando todas en el mismo espíritu, en el mismo sentido y en las mismas resoluciones y motivos que la ley Alfonsina, y por lo tanto, con título auténtico para ser acogidas. ² Es Gregorio López quien las señala, ³ y vamos á ver con cuánta verdad y acierto.

"Primer extremo. Libertad reconocida para abrir excavaciones. Repulsa de acción jurídica en contrario. Leyes romanas: primera, *Denique Marcellus* citada. Marcelo decide que ninguna acción existe ³ contra el que excarvando en su tierra desvía y atrae el manantial de su vecino. Segunda, ley 21, *si in meo ff. De aqua pluv. arc.* Si brota en mi fundo agua que tenga venas en el tuyo, y tú cortas esas venas, resultando de ello que me deje de venir el agua, no debe imputársete á violencia ni estás sometido al interdicto *quod vi aut clam*. ⁴ Tercera, ley *fluminum* 24 párr. final ff. *De damno infecto*. Si abro un pozo en mi casa (*si in domo puteum aperio*) de que resultan cortados los veneros del tuyo (*quo aperto venæ putea tui præcisæ sunt*) ¿estoy obligado á alguna cosa? (*¿an teneri?*) Trebacio responde que no estoy obligado por la acción de *damno infecto* (*non teneri me damno infecto*). Cuarta, L. Proculus 26 eod. Si en tu campo contiguo al mío abres minas ó excavaciones que se atraigan el agua del mío; aunque me la hagas perder, ninguna acción me compete, ni aun precedida estipulación de no dañarme" (*si in vicino tuo agro cunicula vel fossa, aquam meam avoces; quambis enim aquam mihi abducas tamen ex ea stipulatione* (la de no dañar) *actionem mihi non competere*). ⁵

¹ Auto 1, tit. 1, lib. 2. Recop. castill., y ley 5, tit. 6, lib. 1. Fuero Real.

² Glosa 1 y 3.

³ Nihil posse agi. Es decir, ni disminución, pues que esta es una de las acciones en calidad de interdicto. Gotho-fred. Series Dig. lib. 8.—Feb. Mex. tom. 4, pág. 25, núm. 1.

⁴ Si in meo aqua crumpat quæ ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad mea aqua perveniri, tu non videris vi fecis nec interdicto quod vi aut clam teneris.

⁵ N. B.—"Quotiens nec hominum nec prædiorum servitutes sunt; quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, *ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas*: et ideo, si mihi concedas, *jus tibi non esse fundo tuo uti frui*, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, *JUS TIBI NON ESSE IN FUNDO TUO AQUAM QUERERE*. minuendæ aquæ meæ gratia. § 1. Servitutum

En este primer extremo la ley de Partida establece: "que fuente ó pozo de agua, habiendo un home en su casa, si algún su vecino quiere facer otro en la suya para haber agua é para aprovecharse de él, non gelo puede el otro deuedar (denunciar, como se ha explicado) como quiera que menguase por ende el agua de la fuente ó del su pozo." La libertad, pues, idéntica por el derecho romano y de las partidas.

"Segundo extremo. Caso de excepción en las excavaciones practicadas de mala fe. Leyes romanas.—La única que habla de esta circunstancia en las excavaciones, es la citada *Denique Marcellus*, la cual después de negar toda acción contra ellas (*nihil posse agi*), prosigue así: ni la acción de dolo, la que no debe deducir si el otro hizo esto no con ánimo de dañar al vecino, sino con el de mejorar el campo suyo (*nec de dolo actionem, ec sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*).

"Y ahora, ¿cuál es la razón de la ley de Partida? Para establecer la restricción de dolo, ella misma la expresa: "Ca dijeron los sabios, que á las maldades de los hombres non las deben las leyes ni non los reyes sufrir nin dar pasada, antes deben siempre ir contra ellas."¹ La ley romana últimamente citada, y á la cual se ajustó la de Partida para establecer semejante restricción, no da la razón de ella; pero es evidente y conocido de todos el principio enunciado más arriba, según el cual nadie puede medrar con su malicia.

"Mas por otra parte: ¿cuál es la razón de la ley en su primer extremo, es decir, para otorgar en las excavaciones tan amplia libertad, que únicamente ante el dolo queda sujeta y reprimida? Cuando se investiga la razón de una ley, antes de echarse

non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut ameniorem prospectum præstet, aut in hoc, ut in suo pignat): sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

Ley 15. *Si nihil vicini intersit* § I, de *natura servitutum*, tit. I, lib. VIII, Dig. de *Servitutibus*.

El pacto de servidumbre de no buscar agua, para evitar la disminución de las aguas vecinas, como lo indicó la ley citada, es válido.—(Nota del Autor).

¹ Véase Escriche, artículo denuncia de obra nueva.

á bregar en un abismo de conjeturas, sin más guía que la muy infiel de nuestro interés particular, oigamos al legislador mismo los motivos de sus dictados y decisiones. Es verdad que la ley de Partida no expende la razón de esa franquicia concedida para buscar las aguas escondidas bajo la tierra; pero sí la hallamos en la ley *Fluminum* 24, párr. in fine ff. De *damno infecto*, que como la Alfonsina, habla de los pozos practicados con mengua de las aguas del vecino, más arriba copié esta ley, que concede la misma libertad que la ley de D. Alfonso para abrir estos pozos; é inmediatamente después de concluir la disposición que he transcrito, da la razón diciendo: "Porque no ha de atribuirse á vicio de mi obra un daño en aquello en que usé de mi derecho." (*Neque enim existimari operis meo vitio damnum tibi dari in ea re in qua jure usus sum*). . . . Sabemos, pues, la razón de la ley de Partida, restringiendo su texto únicamente á los pozos abiertos en las casas.

Veamos ahora la auténtica, explícita, indudable razón del derecho, para practicar excavaciones en los fundos ó campos hablando generalmente y sin distinción.

"La ley *Proculus*, también citada como otra de las confirmatorias de la ley Alfonsina, contiene la libertad que se ha visto para este género de obras. Pues bien, esta ley se introduce así: Próculo dice, que cuando alguno con derecho, hace cualquiera obra en lo suyo, aunque hubiese estipulado no dañar al vecino, sin embargo, no quedaría obligado por esa estipulación, como si usando de tu derecho levantes más altos los edificios contiguos á los míos, ó si en tu campo contiguo al mío abres mina ó excavación que se atraigan el agua del mío aunque me la hagas perder, etc.

Aquí tenemos, pues, no por argumentos ni inducciones, sino por la sencilla expresión de las leyes, cómo la razón de la dictada por D. Alfonso el Sabio, es la misma exactamente que la fundamental de las leyes sobre excavaciones en cualquiera fundos y para usos de agricultura. Luego es evidente que lo dispuesto literalmente por la ley de Partida, en orden á los

pozos de las casas, debe hacerse extensivo á esas otras excavaciones; porque donde hay la misma razón debe haber la misma disposición de derecho; ¹ luego en uno y otro caso usamos del que nos compete y está mandado respetar por las leyes; luego en uno y otro caso debe tener efecto esta terminante prohibición de denuncia, non gelo pueden deuedar, de la ley de Partida; luego la denuncia es nula y no puede producir efecto alguno. *Quod nullum est, nullum producit efectum.*" ²

La legislación española establece, en cuanto á las aguas de fundo: "Que el dueño de un predio lo es también de las aguas que dentro de él nacen, y puede disponer de ellas según mejor le convenga, salvo el derecho que otro hubiere adquirido á disfrutarlas por algún título ó por prescripción, conforme á las leyes 1^a, lib. XVIII, y 14 y 15, lib. XXXI, Part. 3^a

Sin embargo, si no justifica la prescripción inmemorial, no son aplicables las leyes 5^a, 12 y 15 de dicho libro XXXI, ni la Real orden de 5 de Abril de 1834, sobre la prescriptibilidad de las aguas corrientes y el uso de ellas, ni la doctrina de que, en materia de prescripción, debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa en dicha posesión inmemorial (Sentencia de 3 de Abril de 1868).

Para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, están establecidas reglas sencillas, pero todas en el mismo sentido ya indicado, de que no se dañe á los intereses de tercero. Así, la ley 19, lib. XXXII, Part. 3^a, que lleva por epígrafe: "*Como puede ome fazer de nuevo pozo ó fuente en su heredad,*" si bien concede á todo dueño este derecho para sacar y aprovechar aguas en su propia finca, es siempre con las justas y prudentes limitaciones que determina, entre ellas, las de "*non destajar ó menguar las venas por do viene el agua ó pozo ó fuente de otro, ca entonce (segun explica la mesma ley) bien le podrian vedar*

¹ Regla 36, tít. 34, Part. 7; Ley 13, cap. 6, tít. 24, lib. 8, Recop. 67, cap. 6, tít. 40, lib. Novis; Ley 12 ff. de Legib; ley 77, párr. 26 de Legat. 2, Feb. Mex. tomo I, pág. 16, núm. 21, regla 6.^a

² Cap. 52, de Reg. jur., núm. 6.

que lo non fiziese, è si lo oviese fecho, podrian gelo fazer derribar é cerrar." (Sent. de 24 de Septiembre y 7 de Noviembre de 1866). Y no solamente tiene esta limitación el principio de que cada uno puede abrir pozo ó fuente en su finca, pues tampoco puede prescindirse de las reglas necesarias para evitar todo daño; ni se deben admitir con el pretexto de abrir pozos, otras construcciones de distinta índole que aquellas cuyo exclusivo aprovechamiento sea las aguas del terreno propio y no tienden á atraer las propias del ajeno. ¹ (S. 7 Nov. 1866).

Nuestra legislación moderna, inspirándose en los principios jurídicos de la época, se apartó de la ley romana y de las Partidas, y avanzó más en el reconocimiento de las prerrogativas que el propietario de la superficie tiene sobre las aguas subterráneas.

El Estado de Veracruz, que fué el primero del país en darse una codificación propia, adaptada á los adelantos de nuestro siglo, redactó el art. 785 de su Código Civil en estos términos:

"Si alguno hiciere pozo en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no es responsable de indemnización."

El art. 1,072 del Código Civil de 1870, ordenó el mismo principio, y de allí fué adoptado por la mayoría de los Códigos de los Estados de la Federación, y hoy lo tenemos expresamente consignado en el art. 969 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios.

La ley vigente hizo á un lado las restricciones de la ley antigua y amplió el derecho del propietario ilimitadamente para descubrir y aprovechar las aguas subterráneas que corren por debajo de su predio, sin otra limitación que las limitaciones especiales sobre minas y las que establecen los bandos de policía por causa de interés público.

Esta reforma de nuestros códigos, obedece á la tendencia que se observa en todas las legislaciones modernas de reco-

¹ Zúñiga. Jurisp. Civil, pág. 204.

nocer las franquicias y libertad de la propiedad individual, en su lucha constante contra el Estado.

Con efecto, el Código Francés sanciona iguales principios en su artículo 552, acerca del cual *Demolombe* se expresa en estos términos: "La propiedad del suelo importa la de la superficie y la del subsuelo." "Aquel que tiene la propiedad de un fundo, tiene por esto mismo la del agua que encierra y que es una parte integrante de él, así como la tierra y la arena y las piedras que constituyen el suelo, *portio agri videtur aqua viva.*"

El mismo autor agrega en el número 15, tomo XI, página 71: "La segunda consecuencia del principio que acabamos de establecer, es que el propietario del subsuelo tiene el derecho de hacer en su casa ó en su fundo todas las excavaciones que juzgue convenientes, á fin de descubrir las aguas subterráneas que ahí se encuentren, y que por consiguiente, no es de ninguna manera responsable hacia los propietarios de los fundos vecinos, si el resultado de estos trabajos es cortar los veneros que conducían el agua á sus fundos y que alimentaban sus manantiales, sus pozos, sus cisternas."

*G. Baudry-Lacantinerie*¹ en sus comentarios al Código Civil Francés, sostiene los mismos principios. Los términos del artículo 552 al 1. "La propiedad del suelo importa la propiedad de la superficie y del subsuelo; *cujus est solum, hujus est usque ad caelum et usque ad inferos*, decían los antiguos. Este "es el hilo á plomo, que determina los límites del dominio "aéreo y del dominio subterráneo del propietario de un fundo "de tierra."

"Del principio que la propiedad del suelo implica la propiedad del subsuelo (*du trefonds*) propiedad de lo que está debajo de una heredad, como antes se decía, arts. 552 al 3, se deduce esta consecuencia: que el propietario puede hacer en "el subsuelo todas las construcciones y excavaciones que juz-

¹ *Precis de Droit Civil*. Tomo I, núm. 1,281, pág. 777, 4.^a edición. 1891.

"gue convenientes, y sacar de estas excavaciones todos los productos que pueda adquirir, salvo las modificaciones que resultan de las leyes y reglamentos relativos á las mismas, y de "las leyes y reglamentos de policía."

Adrien Dumont, en su preciosa monografía de *L'organisation Legale des cours d'eau*, pág. 220, núm. 138, sostiene la misma teoría. "La propiedad del suelo, dice, implica la propiedad de la superficie y del subsuelo (artículo 552 Cód. Civ.), esto por la aplicación del principio que el propietario de un fundo está autorizado para hacer todas las excavaciones y todos los trabajos que crea convenientes, aun cuando esto tenga por resultado cortar las venas de las aguas subterráneas, que alimentan una fuente ó manantial que aprovecha el propietario inferior;" fundado en varias sentencias de la corte de casación francesa.¹

Picard, en su *Traité des eaux*, año 1892, tom. 1.^o, pág. 74, hace este comentario al art. 552 del Código Francés.

"Siendo el dueño de fundo propietario á la vez de los veneros de aguas subterráneas, puede interceptarlas por excavaciones practicadas ya para buscarlas, ya para atraerlas, ya para transformar el suelo, afirmándolo, desecándolo y sentando cualesquiera construcciones."

"Esta facultad natural, añade, está consagrada por el último párrafo del art. 552 del Cód. Civ. (lo copia). El propietario tiene siempre esa facultad, aun cuando las excavaciones diesen por resultado algún perjuicio al fundo vecino, cual es secar ó agotar sus manantiales."²

El Código Civil Español vigente, de fecha 6 de Octubre de 1888, en su art. 350, dice: "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y pue-

¹ Sentencias de la Corte de Casación, 29 Nov. 1830.—S. V. 31, 1, 10; 15 Enero 1835, 35, 1-957; 26 Julio 1836; 36, 1,819.—*Sic*. M. M. Pardessus, núm. 78.—Toullier, tom. III, núm. 328.—Duranton, t. 5, núm. 156.—Destrals, 2, § 5, pág. 7.

² S. 19 Julio 1837. 4 Diciembre 1849. 28 Mayo 1773. Req., 21 Abril 1872. Req., 14 Febrero 1882.