

## HURTO DE AGUAS EN DERECHO ROMANO

FRANCISCO SAMPER POLO

*Doctor en Derecho*

*Profesor Titular de Derecho Romano*

*Pontificia Universidad Católica de Chile*

El Digesto no contiene sino dos textos que permiten advertir una referencia al hurto de agua: veamos ante todo D.47.2,21,5, tomado del Libro XL de los Comentarios a Sabino de Ulpiano.

*Sed si navi onerata furto quis sextarium frumenti tulerit, utrum totius oneris an vero sextarii tantum furtum fecerit? facilius hoc quaeritur in horreo pleno: et durum est dicere totius furtum fieri, et quid si cisterna vini sit, quid dicet? aut aquae cisterna? quid deinde si nave vinaria (ut sunt multae, in quas vinum effunditur), quit dicemus de eo, qui vinum hausit? an totius oneris fur sit? et magis est, ut et hic non totius dicamus.*

Si uno se hubiera llevado con hurto un sextario de trigo de una nave cargada, ¿haría hurto de toda la carga o tan sólo del sextario? Esto mismo puede plantearse más fácilmente en el caso de un depósito lleno de trigo. Y resulta duro que se haga hurto de todo el trigo depositado. ¿Y qué si se trata de una cisterna de vino? ¿qué se dirá?, ¿o de una cisterna de agua? ¿o de una nave bodega, como las hay en abundancia en cuyas bodegas se vierte el vino directamente? ¿qué diremos del que se llevó vino de ella? ¿se hace acaso el hurto de toda la carga? Y es mejor que tampoco en estos casos se haga el hurto en la carga entera.

El fragmento entero, a través de sus largos diez párrafos, trata sobre lo que podemos de-

nominar el problema de la *cantidad* del hurto, asunto sintetizado precisamente en el Principio del texto, que traducido al castellano dice:

“Es una duda muy generalizada la de si el que sustrajo un modio de un montón de trigo hurta toda la cosa o tan sólo la cantidad que sustrajo”.

Así pues, el interés de Ulpiano no reside específicamente en el hurto de agua, sino que procura dilucidar si acaso el que llevó de una cisterna de vino o agua una pequeña cantidad de este líquido, puede tenerse por ladrón de toda la cisterna. Obsérvese, por lo demás, que la secuencia entera examina situaciones en las que un género más o menos valioso, se encuentra determinado por el recipiente que lo contiene: una nave cargada de trigo; un hórreo atestado del mismo grano; una cisterna de vino o agua, o una nave-cisterna destinada al transporte de vino (*navis vinaria*), de las que abundan, según aclara Ulpiano, tal vez de la misma manera que en nuestros días abundan los camiones-cisterna. A propósito de esto quiero volver a la palabra “cisterna”, con la que el autor designa el depósito de agua aquí mencionado: no siempre tiene el sentido de alberca o receptáculo inmóvil, que los modernos le solemos dar, sino que también puede emplearse con el significado de recipiente portátil, tal como lo indica su origen etimológico, que relaciona el término con *cista* o cesta, y en ese contexto entendemos nosotros las expresiones “buque-cisterna” o “camión-cisterna”: la cister-

na de agua o de vino a que alude Ulpiano, bien puede ser una vasija transportable, susceptible ella misma de hurto tal como una parte de su contenido, y así parece confirmarlo el siguiente párrafo 6, al decir que

“si pones el ejemplo de que se han sustraído unas ánforas de vino de una bodega, el hurto es de cada una de las ánforas, y no de la bodega”.

En todo caso, transportable o no la cisterna, ella da la medida del agua contenida, así como el ánfora o la bodega de la *navis vinaria*, y podemos muy bien pensar que la medida del sextario (aproximadamente veinte onzas, algo más de medio kilo) la aplica el ejemplo tanto al trigo como al vino o al agua, pues con ella contaban los romanos por igual áridos o líquidos. Evidentemente, el ladrón sustrajo una medida determinada de agua, como quien la transporta en un recipiente, para beberla o darle un uso doméstico o industrial, y en desmedro del que la guardaba almacenada: no podemos imaginar que Ulpiano haya pensado que el ladrón conducía el agua por una canaletta para destinarla al regadío de una sementera en predio propio.

Otro texto que puede relacionarse con el hurto de agua es D. 47,2,35,1, tomado del libro XI de los Comentarios a Sabino de Pomponio

*Si unus servus tuus hausisset et abstulisset, alter hauriendo deprehensus esset, prioris nomine nec manifesti, alterius manifesti teneberis.*

Si uno de tus esclavos sacara y llevara, y el otro fuera sorprendido en el momento de sacar, responderás del primero por hurto no flagrante y del segundo por hurto flagrante.

Así como en el texto anterior Ulpiano procuraba dilucidar el problema de la *cantidad* del hurto, sin atender directamente al objeto, aquí Pomponio, prescindiendo también del objeto, incide sobre el problema de la *calidad*, es decir, sobre si corresponde el ejercicio de la *actio furti*

*manifesti* o de la *a. furti nec manifesti*: La duda que sugiere este pasaje se halla únicamente en el empleo del verbo *haurio*, cuyo uso jurisprudencial se relaciona muy frecuentemente con la servidumbre de sacar agua de una fuente (*aquae haustus*), y por eso la acreditada traducción española del Consejo Superior de Investigaciones Científicas incluye sin más la referencia a este objeto, de modo que se lea: “si uno de tus esclavos sacase el agua y se la llevara...”

Considerado el fragmento desde un punto de vista puramente gramatical, no hay duda que los dos verbos regentes de la primera oración condicional tienen valor transitivo, como por lo demás sucede ordinariamente respecto de *haurio* e invariablemente respecto de *aufero*, de manera que, aunque quisiéramos prescindir de una tácita alusión al agua, cuando menos echamos en falta un acusativo como “*aliquid*” u otro semejante; pero precisamente la presencia del verbo *aufero* nos pone en guardia frente al peligro de una interpretación precipitada, porque *ferre* significa más bien transportar algo en su individualidad, y en relación con el agua se podría entender sin esfuerzo respecto de la contenida en un cántaro o un ánfora, pero tratándose de la que discurre por una acequia se habría dicho mejor “*ducere*”. Si la acción del esclavo se concretara, entonces, en penetrar al fundo ajeno y tomar de una laguna o manantial agua con un ánfora, caben dos posibilidades: o bien que el dueño del esclavo lo es de un fundo vecino, o bien que no lo es; en el primer caso, el esclavo ejerce una servidumbre no constituida de *aquae haustus*, y el amo queda sujeto a la acción negatoria; en el segundo caso, habiéndose perturbado la posesión del fundo, procede el interdicto *uti possidetis*, y hasta acaso en determinadas circunstancias el interdicto *quod vi aut clam*.

Todavía nos podemos plantear una reflexión, sugerida por la respuesta que Aristón da a una cuestión sobre daño causado por animales, y que Ulpiano asume como correcta<sup>1</sup>. Si introduces ganado en mi fundo para que las reses abreen de un pozo, torrente o manantial, ¿tendré contra ti alguna acción o recurso? Ninguno, si está constituida la servidumbre de *aquae haustus*, puesto que has actuado conforme a lo que es tu justa posición. Pero no será lo mismo si la servidumbre no ha sido constitui-

<sup>1</sup> D. 19,5, 14, 3.

da, ya que en tal caso es evidente que podrías ser rechazado, en primer lugar, con la *negatoria servitutis*, y también mediante el interdicto *uti possidetis*, puesto que la intromisión de animales ha perturbado la normalidad posesoria. Lo que en modo alguno corresponde es una acción penal de daño como la *actio de pastu pecoris*, y se deduce claramente *a fortiori* de la respuesta donde los citados Aristión y Ulpiano niegan tal recurso para el caso del ganado que se come las bellotas de un fundo ajeno, por cuanto las bellotas no son pasto.

Tras estos pasos, hemos llegado a algunas conclusiones que creemos servirán en el futuro para contribuir a aportar claridad respecto del sistema jurídico romano de las aguas:

- 1.- Ante todo, no hay señales en las fuentes de que el agua, como tal género, resulte protegida por la acción reivindicatoria; esta es en verdad una característica común a todas las cosas genéricas: trigo, vino a granel, harina y, sobre todo, dinero<sup>2</sup>.
- 2.- El agua se "usa", o para mejor decir, se "consume", pero no se "posee", ni en el sentido civil (*ad usucapionem*), ni en el edictal (*ex interdicto*). Los interdictos posesorios, particularmente el *uti possidetis*, protegen la posesión no de las aguas, sino del fundo que las contiene.
- 3.- Como acabamos de ver, no hay un solo texto que se refiera al hurto de aguas consideradas en sí mismas: inclusive parece impropio aplicar la idea de *contrectatio* al caso de la conducción de agua, desde un cauce o una fuente hasta un prado, molino o embalse para fines de aprovechamiento económico. La *actio furti* se aplica a la sustracción de un recipiente que contiene agua, pero no al agua misma.
- 4.- Las acciones de daño resultan igualmente inapropiadas para castigar la sustracción o el consumo de agua: hemos visto que resulta improcedente la *actio de pastu pecoris*, y

otro tanto se puede decir de la *actio legis Aquiliae*. Fallan, pues, todos los recursos destinados a proteger la integridad del dominio, y por eso nos atrevemos a afirmar que, en sentido técnico y jurisprudencial, el agua no puede ser considerada propiedad.

Aparte las acciones no delictuales que, aunque relacionadas con el agua, inciden fundamentalmente en la protección de los fundos –tales como las *vindictio* y *negatoria servitutis*, y la *actio aquae pluviae arcendae*–, la regulación del aprovechamiento de las aguas está entregada en Roma exclusivamente a los interdictos, recursos que –no debemos olvidar– consisten en órdenes de carácter administrativo, dirigidas a un destinatario concreto por iniciativa de un particular interesado, y que están enderezadas a conservar situaciones de hecho; a proteger lugares públicos o a conciliar las exigencias del interés general con el de las personas privadas. Semejante forma de regulación sugiere que el agua es un bien que se encuentra a disposición de todos, del *Populus Romanus*, y en ese sentido se dice que es "público": Marciano, influido por las doctrinas estoicas, pensará más tarde que no se encuentra sólo a disposición de los ciudadanos, sino de la humanidad entera<sup>3</sup>, pero el concepto con más raigambre jurisprudencial mira a las aguas como un bien relativamente abundante, del que cualquier ciudadano puede aprovecharse mientras ese provecho no perjudique a otros, afecte a una servidumbre ya constituida o signifique el ejercicio de hecho de una no constituida.

Sobre las aguas llamadas "públicas" –fundamentalmente los ríos, esto es, los cauces superficiales permanentes y de magnitud considerable– no se plantea el problema de la propiedad, porque tienen una consideración semejante a las calles, vías o murallas: la República ejerce sobre ellas *el imperium* y no el poder privado del *dominium*. En cuanto a las otras, que fluyen por torrentes o arroyos autónomos, yacen en napas subterráneas o permanecen detenidas en lagunas; en fin, las llamadas "privadas", no es desatinada la observación de De Crescenzo<sup>4</sup>, sobre que acce-

<sup>2</sup> Por eso es inapropiada la opinión de Bonfante, *Notas a Windscheid*, 206, sobre que el propio curso (*aqua profluens*) y no sólo el cauce o lecho, es plenamente apropiable y puede ser objeto de propiedad.

<sup>3</sup> D. 1, 8, 2, 1; Inst. 2, 1, 1. Vid. Dell'Oro, *St. Urbinati*, sep. 1964. Wieacker, *Textstufen*, 205.

<sup>4</sup> Enc. Giur. I, I, p. 184.

den al fundo por donde transcurre el cauce o se halla la laguna, siempre, claro está, que no entendamos el concepto de "accesión" en el sentido medieval de "modo de adquirir", sino en el romano de "formar parte de una cosa principal", como cuando se dice que "el edificio accede al suelo" (*superficies solo cedit*) no se pretende significar que el dueño del suelo se hace dueño del edificio, sino simplemente que el edificio no es una *res* con entidad autónoma, y que forma parte del suelo como una cerca, un árbol o un guijarro<sup>5</sup>.

Todas estas consideraciones nos llevan derechamente a plantearnos el problema del mé-

todo para el estudio del Derecho romano de las aguas, y hemos de reconocer que hasta ahora el camino tomado por los grandes romanistas de la talla de Bonfante o Costa, ha sido más conforme a una visión dogmática de regusto moderno que con los esquemas jurisprudenciales fundados sobre la casuística edictal y los recursos de defensa. El examen del edicto XLIII, rúbricas 241 a 254 nos permite percibir que el interés inmediato de los juristas romanos no estuvo tanto en determinar a qué categoría de cosas pertenecen las aguas, sino en analizar el alcance y contenido de los interdictos que regulan su aprovechamiento.

<sup>5</sup> Aunque provista de elegancia, no es exacta la observación de Perozzi, Inst. 601 n. 7, sobre que si el caudal es río -de carácter público- el suelo accede al agua, y que si en cambio es torrente -privado- el agua accede al suelo.