

ESTUDIO DEL REGIMEN ROMANO DE LAS AGUAS II: AGUA COTIDIANA Y ESTIVAL*

FRANCISCO SAMPER

Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Chile

¿Qué es agua cotidiana y qué agua estival? Ulpiano¹ dice que las aguas pueden ser de una u otra clase, y que se diferencian no por el derecho, sino por el uso que de ellas se hace, de manera que es cotidiana la que se puede traer todos los días, aunque de hecho no se traiga en invierno, y estival la que solo interesa utilizar en verano, del mismo modo que cuando hablamos de ropas de verano o campamentos y casas de veraneo.

Un concepto algo distinto nos da Neracio² en un texto que, conforme con su estado actual, propone cuatro criterios posibles para delimitar la categoría de agua estival, a saber:

- a) Ante todo, por una justa posición de uso establecida exclusivamente para el verano, o dicho de otra manera, sería la constitución de la servidumbre de acueducto o *aquae haustus* el acto adecuado para delimitar la condición de agua estival.
- b) El segundo criterio es la intención o propósito del que ejercita la servidumbre.
- c) En tercer lugar se delimita por la naturaleza del agua misma, en cuanto solo se puede traer en verano, acaso, por ejemplo, porque

el uso de las acequias de conducción se hace imposible o difícilmente practicable en el invierno.

- d) Finalmente, se puede definir por el provecho del terreno a que se trae el agua.

Neracio termina diciendo: "Se admitió que las aguas se denominaran estivales por ambas razones, la naturaleza del agua, y el provecho de los terrenos a los que se trae"³, conclusión que nos permite deducir que los dos primeros criterios expuestos en el texto son institucioes, productos acaso de un glosema escolar del siglo V agregado por algún profesor oriental, pues de lo contrario Neracio no habría dicho "por ambas razones", sino "por las dos últimas razones". En efecto, la razón de la justa posición de uso exclusivo para verano, establecido en virtud de una servidumbre, no puede contar, puesto que el interdicto defiende el hecho de la conducción pacífica más que el ejercicio de una servidumbre, y así hubo de ser desde que se creó el recurso; por eso Ulpiano, tal como ya lo hemos expresado, dice que las aguas estivales se diferencian de las cotidianas no por el derecho, sino por el uso que de ellas se haga. Tampoco vale para los tiempos de Neracio el argumento de la intención o propósito del que ejercita la servidumbre, puesto que el interdicto no defiende una servidumbre, sino

* Vid. mi primer estudio sobre el tema en las actas de la I Jornada de Derecho de Aguas: "Hurto de agua en Derecho Romano", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Nº 2 (1999) pp. 423 ss.

¹ Al Edicto. 70, D. 43, 20, 3

² Membr. 3. D. 43, 20, 6

³ *Placebat igitur aquam ob has dua s res, naturam suam utilitatemque locorum in quae deducitur proprie appellari.*

la pacífica conducción, aparte de que los juristas romanos muestran una acertadísima reticencia a configurar las instituciones en torno a elementos intencionales, siempre difícilmente demostrables, y solo muy excepcionalmente son tomados en cuenta. El texto genuino, en su estado prístino, hubo pues de referirse exclusivamente a las dos últimas razones o criterios.

La conclusión de Neracio, aunque ambivalente, es clara y amplia: ha de considerarse estival el agua, bien porque sea de tal naturaleza que no pueda traerse más que en el estío, bien porque la ventaja del terreno a que se trae solo la exige en verano, aunque su naturaleza permitiera traerla en cualquier época del año, y la que no es estival, es cotidiana. Ulpiano, en cambio, es restrictivo, y para delimitar la calidad de estival toma en cuenta exclusivamente el criterio del provecho o la utilidad, acaso por cuanto no concibe la ocurrencia de situaciones que hagan imposible la conducción de agua durante el invierno.

EL TEXTO DE LOS INTERDICTOS DE AGUA COTIDIANA Y ESTIVAL

El interdicto de agua cotidiana dice:

“Prohíbo que se impida por la violencia que puedas traer el agua de que se trata como lo has hecho en este último año, sin violencia, clandestinidad ni en precario respecto de la otra parte”⁴.

Correspondientemente, el de agua estival dice:

“Prohíbo que se impida por la violencia que traigas el agua de que se trata tal como la has traído el verano pasado, sin violencia, clandestinidad ni en precario respecto de la otra parte”⁵.

Los dos textos son casi idénticos, pero aparte del objeto existe una sutil diferencia, cual es la del plazo, porque el período estival se cuen-

ta desde el equinoccio de primavera hasta el de otoño. Si el interdicto se ejerce al final de ese período, ha de tenerse en cuenta la intensidad o la forma de la conducción en un tiempo hasta de año y medio contado hacia atrás, para que así se comprenda “el verano pasado”. El de agua cotidiana, en cambio, solo considera un tiempo previo de doce meses.

No hay diferencia, sin embargo, en cuanto al funcionamiento de los dos interdictos: ambos contienen la cláusula viciosa *nec vi nec clam nec precario ab altero*, ampliamente difundida en materia de posesión interdicial, en virtud de la cual si la conducción de agua es violenta o clandestina respecto de la otra parte, el interesado no queda eficazmente protegido por el interdicto, lo cual no significa que carezca de esta protección frente a terceros que no han sido víctimas de su violencia, así como también los interdictos posesorios *uti possidetis* y *utrubi* protegen al poseedor violento, siempre que no se ejerza contra el que padeció la violencia. En cuanto al precario, resulta evidente que los interdictos no lo refieren a la conducción de agua, porque esta no es un objeto inmueble sobre el que pueda recaer dicho vicio de la posesión, introducido por el pretor en la cláusula viciosa cuando ya la servidumbre de acueducto había dejado de ser considerada *res*, objeto de *possessio*, y era tenida por *ius*, susceptible solo de *usus*. El interdicto, en realidad, quiere significar que si conduzco el agua para beneficio de un fundo que tengo en precario, la medida no me servirá contra el *precario dans*, de manera que este, entre otros medios para presionarme a la devolución, dispondrá del que consiste en impedir por su propia mano que abastezca de agua el fundo cuya restitución retardo. El precario, pues, no alude al agua ni al canal que la conduce, sino al fundo que la aprovecha.

La inclusión del precario en la cláusula viciosa nos da la clave para determinar quién está activamente interesado en los interdictos que estudiamos, problema no siempre bien comprendido y que una lectura superficial de las fuentes lleva a confundir más que a aclarar. Consideremos a este respecto dos pasajes del mismo Ulpiano: D. 43, 20, 1, 19: “Cree Aristón que solo tiene este interdicto quien piensa que lo ejercita con derecho, y no el que lo ejercita a sabiendas de que no tiene derecho alguno”⁶. También D. 43,

⁴ EP XLIII, 251- *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.*

⁵ *Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.*

⁶ *Arist o putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit se nullum ius habere et utitur.*

20, 1, 10: “Aunque no exista una verdadera servidumbre de agua a favor de alguien, si este creyó que traía el agua con derecho, deberá decirse que, como el error no fue de derecho sino de hecho, se admite que puede ejercitar el interdicto, pues basta que creyera traer el agua con derecho y haberla traído efectivamente sin violencia, clandestinidad ni en precario⁷.”

Estimo que el contenido de ambos fragmentos, en lo sustancial al menos, ha de tenerse por genuino, y que el primero de ellos no presenta indicios graves de alteraciones. Pero eso no permite sin más llegar a la conclusión de que el interdicto corresponde exclusivamente al dueño de un fundo en cuyo beneficio se ha constituido servidumbre de acueducto o que cree tenerla inducido por una explicable causa de error. A mí me parece que los dos textos transcritos están referidos a aquellos casos –sin duda los de más ordinaria ocurrencia– donde el interdicto se intenta como complemento o alternativa de la *vindicatio servitutis*, esto es, contra el dueño del fundo real o presuntamente sirviente que impide por la fuerza la conducción del agua, pero no a otros también previstos en las fuentes, donde el destinatario es una persona distinta, y así vemos que:

- a) D.h.l.11 nos informa que el interdicto se admite no solo si el agua está destinada a regar el campo, sino también cuando es para nuestro servicio o comodidad personal, situación que difícilmente permite pensar en la existencia de un derecho real.
- b) D.h.l.12. O cuando no hay “acueducto” –ya se entienda esta expresión como “servidumbre” o como “acequia”– y las aguas pueden traerse por cualquier sitio, como reconoce Labeón.
- c) D.h.l. 38 y 43. O cuando el Príncipe da agua a las persona, no a los predios, y se concede la caución de daño para permitir la realización de obras.

- d) Pero sobre todo está el caso de quien tiene en precario aquel fundo a que las aguas están destinadas, ya que dicho fundo pertenece al mismo *precario dans*, y por tanto la porción que este ha retenido en su poder de ninguna manera puede ser sirviente del que se halla en precario, ya que los dos pertenecen al mismo dueño. La inclusión del precario en la cláusula viciosa es prueba evidente que el precarista, aunque sin éxito, puede dirigir el interdicto contra el *precario dans*, pues la cuestión del vicio no impide el otorgamiento del recurso, sino que se dilucida en un juicio ordinario a partir de las *sponsiones* y *restipulationes*. También es evidente que un precarista, frente al *precario dans*, sabe que el fundo que posee no es dominante, y no se puede decir que en caso de ignorancia haya sido inducido a ella por justa causa de error.

Estas consideraciones me han llevado a estimar como muy probable una alteración del ya transcrito texto de Ulpiano D. 43, 20, 1, 10, que consiste en haber agregado la frase “que creyera traer el agua con derecho y”: expurgado de ella, el texto simplemente diría: “Aunque no exista una verdadera servidumbre de agua a favor de alguien, si este creyó que traía el agua con derecho, deberá decirse que, como el error no fue de derecho sino de hecho, se admite que puede ejercitar el interdicto, pues basta... haberla traído efectivamente sin violencia, clandestinidad ni en precario”. Ulpiano quería significar que el error se puede deducir o presumir sobre todo por la falta de clandestinidad, pero la interpolación permite entender que en ningún caso, salvo estos, puede ejercitarse el interdicto.

Hay por lo demás una concordancia notable entre las dichas conclusiones y la propia naturaleza de los interdictos, recursos no destinados a resguardar el derecho, sino a preservar la paz pública, y así como los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* no persiguen el propósito de defender la propiedad, sino más bien el de impedir las reyertas por la tenencia de los bienes, favoreciendo en consecuencia inclusive a los ladrones, así los interdictos de agua cotidiana y estival no protegen la servidumbre de acueducto, sino que están destinados a que quien se sienta perjudicado por su ejercicio de hecho –débase este a error o a simple desaprensión del usuario– no recurra a la fuerza sino a la *negatoria servitutis* u

⁷ *Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure, sed in facto erravit, dicendum est eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si iure se ducere putavit, nec vi nec clam nec precario duxit.* Es evidente que tanto en este texto como en el anterior, con la expresión *ius* se designa el derecho real de servidumbre y concretamente el acueducto: no debe de ningún modo interpretarse como la referencia a un derecho subjetivo del usuario, y por eso el error se considera “de hecho” y no “de derecho”.

otro de los medios ofrecidos por el Edicto. Por otra parte, como declara el mismo Ulpiano (D.h.I.25), tiene como destinatario no solo el dueño del fundo, sino cualquiera que impida traer el agua, sea o no propietario, así como la *vindicatio servitutis* se ejerce contra cualquiera que impida el uso del derecho.

Examinaremos con un sencillo esquema casuístico la secuencia a que da lugar el ejercicio de estos interdictos, y tanto da para ello tomar como ejemplo el uno o el otro, porque no presentan mayores diferencias al respecto. Ticio conduce agua estival a su fundo y Cayo impide por la violencia su conducción. Ticio acude al magistrado y este formula a Cayo la correspondiente orden interdictal: "Prohíbo que se impida... etc."

Cayo puede asumir dos actitudes: o bien acata la orden, en cuyo caso la finalidad del interdicto se ha cumplido de manera plena e inmediata; la violencia cesa, el agua vuelve a llegar al fundo de Ticio y Cayo en su caso, si lo estima oportuno, puede demandar con la *negatoria servitutis*. La otra actitud de Cayo consistiría en negarse a cumplir la orden del magistrado, aduciendo bien que en su caso no se dan los presupuestos de hecho del interdicto (por ejemplo, no está llevando el agua de la misma manera o en la misma cantidad que el verano pasado), bien que Ticio entra en uno de los supuestos de la cláusula viciosa (como ser, si el fundo que riega le había sido cedido en precario por Cayo). En este caso, el magistrado conmina a las *sponsiones* y *restipulationes*: Ticio ha de prometer a Cayo una cantidad –digamos 10.000 sestercios– bajo la condición, por ejemplo, de no poseer el fundo en precario, y Cayo promete la misma cantidad a Ticio si se da la misma condición pero positiva. De las dos promesas nacen sendas acciones y nuestros dos

protagonistas se demandan recíprocamente, nombrando el mismo juez para ambos litigios, de manera que necesariamente, si Ticio es absuelto en una de las acciones, deberá Cayo ser condenado en la otra, y viceversa.

En el supuesto de que Ticio sea condenado, la suma de 10.000 de la condena es tomada como pena por el empleo temerario del interdicto, y su fundo se quedará de hecho sin el agua estival, pero ello no obsta a que, si cree tener en su favor una servidumbre de acueducto, intente la correspondiente *vindicatio servitutis*. Si por el contrario, es Cayo quien sufre la condena, habrá de pagarla también como pena por desobedecer el interdicto, pero a la pena se puede acumular una indemnización, y Ticio demandará con una acción arbitraria que ofrece a Cayo dos opciones: o bien soportar una condena a la evaluación del daño fijado por el propio demandante, o bien cesar el embrazo violento a la conducción de agua y comprometerse, a través de una *cautio de non amplius turbando*, a no reincidir en la violencia. Naturalmente que como estos juicios secutorios al interdicto han resuelto la cuestión de hecho que consiste en perturbar la conducción mediante el empleo de la fuerza, queda abierta la posibilidad para Cayo, de demandar con la *negatoria servitutis*, si cree que Ticio usa un acueducto no constituido.

Hemos intentado dar un paso más en el estudio del régimen romano de las aguas, que como lo decíamos hace ya un año para las I Jornadas, desarrolladas en este mismo Salón de Honor, debe encaminarse por la vía edictal de la configuración de los interdictos y no por la dogmática-pandectística de la definición del agua dentro de las diversas categorías de cosas. Espero tener la oportunidad de seguir comunicando esos resultados en las III Jornadas.