

## REFLEXIONES EN TEMA DE DERIVACIONES DE AGUA DE UN RÍO PÚBLICO (D. 43.12.2)<sup>1</sup>

Juan Miguel Alburquerque

No debemos olvidar que en determinados supuestos el interés privado<sup>2</sup> sobre el bien público parecía primar sobre el interés público en sentido amplio, cruzando la frontera entre la tutela del uso privado del bien de dominio público y la tutela del uso público del bien de dominio público, sin precisiones demasiado nítidas.

Es preciso recordar un texto conocido bajo el nombre de *Lex Quominus*<sup>3</sup>, transmitido por Pomponio en su libro treinta y cuatro a Sabino y recogido en D. 43,12,2<sup>4</sup>:

---

1 Reflexiones directas e indirectas y algunas generalidades, en relación al interdicto ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur (D. 43,12,1pr), pueden verse en Lenel, *Edictum perpetuum*, 3ª edición, 241; Berger, *Interdictum*, PW, 1634 y ss.; Ubbelohde, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, Erlangen 1889, pp. 323 y ss.; Id. *Commentario alle pandette*, (libri XLIII-XLIV), Milán 1899, pp. 26 y ss.; Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, pp. 14 y ss.; Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma 1928, pp. 212 y ss.; Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, pp. 22 y ss.; Id. *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena 1936, pp. 39 y ss.; Segrè, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici e l'iscrizione C. D. del Pondel*, BIDR XLVIII, Milán 1941, pp. 17 y ss.; Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste 1944, pp. 29 y ss., 131 y ss., 152 y ss., 167 y ss.; Grosso, *Corso di diritto romano*. Le cose, Torino 1941, pp. 131 y ss.; Scherillo, *Lezioni di diritto romano*. Le cose, Milán 1945, pp. 107 y ss.; Vegting, *Domaine public et res extra commercium*, París 1947, pp. 46 y ss.; Gandolfi, *Lezioni sugli interdetti*, Milán 1960, pp. 26 y ss.; Id. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milán 1955, pp. 117 y ss. (Véase la recensión realizada por Biscardi a este estudio en IURA, VII 1956, pp. 352 y ss., y la redactada por Mozzillo, en LABEO, 1955, pp. 81 y ss.); Burdese, *Flumen*, NNDI, vol. VII, pp. 414 y ss.; Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, pp. 142 y ss.; Sargentí, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR, pp. 195 y ss.; Capogrossi Colognesi, *Interdetti*, ED, pp. 907 y ss.; Adame, *El procedimiento ex interdicto en el derecho romano clásico*, México 1978, pp. 255 y ss.; Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marciana*, "che non ha nè capo nè coda", Milán 1979, pp. 104 y ss.; Deman, *Réflexion sur la navigation fluviale dans l'antiquité romaine*, en *Histoire économique de l'antiquité romaine*, Louvain 1987, pp. 79 y ss.; Peppe Leo, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, LABEO 37, 1991, pp. 33 y ss.; Fischer, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen 1996, pp. 138 y ss.; Gómez Royo, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, Valencia 1997, pp. 55 y ss. Gabriela Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, pp. 148 y ss.; Lazo Gonzales, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdittal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, Universidad Católica de Valparaíso, Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* vol. XXI, 1999, pp. 65-73; Alburquerque, *Experiencia administrativa romana. Algunas manifestaciones de los magistrados romanos en relación al uso público de los bienes de dominio público*, en el libro "El Poder Estatal y Local: problemas jurídicos". (Rusia - España), Universidad de Vorónezh - Universidad de Córdoba, Vorónezh, Rusia 2000 pp. 296 y ss.; Id. *A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano*, en IURIS TANTUM, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*, México, vol., 7, 1996, pp. 65 y ss. (= Derecho y Opinión, *Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas* y

*Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit (nisi imperator aut senatus vetet), si modo ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere.*

Con un esfuerzo de simplicidad, de la redacción del discurso, podría creerse en la libertad de las derivaciones de agua, si bien, el encuadre real de una afirmación como ésta lleva aparejado múltiples interpretaciones que hacen disminuir la certeza; especialmente si intentamos conjugar los matices que Pomponio, supuestamente poco partidario de las controversias de escuela, nos transmite a este respecto. Nada impide que se conduzca agua de un río público (*Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit*), si bien, prosigue el texto, a no ser que lo prohíba el Príncipe o el Senado, con tal de que esa agua *in usu publico non erit*; pero, como afirma este contemporáneo de Salvio Juliano, no se permitirá derivar el agua del río público (*non permittitur id face-re...*) que sea navegable, o que haga navegable a otro.

En primer lugar se habla de libertad para derivar el agua (es decir, inexistencia de impedimento alguno), después, de una posible prohibición del Príncipe o del Senado<sup>5</sup>

Económico Sociales, Universidad de Córdoba 1995-96, pp. 185 y ss.); Id. *Perfil de la orden interdicial ne quid in loco publico fiat*, en Derecho y Opinión, Universidad de Córdoba 1997, pp. 139 y ss.; Id. *Una reciente aproximación al Derecho Público Romano*, en Revista de Estudios Jurídicos, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Jaén, nº 1, 1998, pp. 253 y ss.; Id. *Algunas observaciones sobre la influencia de la experiencia administrativa romana en el actual sistema jurídico español*, en IURIS TANTUM, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, vol., 10, 1999, pp. 44 y ss.; Id. *Consideraciones en materia de protección vial: El interdictum ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat*, en *El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, dir. López Rosa y Del Pino-Toscano, Universidad de Huelva 2001, pp. 259 y ss.; Id. *Notas sobre la reparación de los vías públicas y caminos públicos: interdictum de via publica et itinere publico reficiendo (D. 43,11,1 pr.)*, en Derecho y Opinión, Universidad de Córdoba 1999, pp. 283 y ss.; Id. *Reflexiones sobre el arrendamiento y disfrute de un lugar de dominio público en Derecho Romano*, en IURIS TANTUM, Universidad Anáhuac, México 2001, pp.3 y ss.; Id. *Publicidad de los rios en derecho romano. Perspectiva interdicial y criterios jurisprudenciales (D. 43,12,1)*, RJUAM, 2002, pp. 9 y ss.; Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, Sevilla 2001, pp. 270 y ss.; *Index Interpolationum*, cit., p. 284.; Pendón Meléndez, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, en *El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, dir. López Rosa, y Del Pino Toscano, Universidad de Huelva, 2001, pp. 475 y ss.

2 En relación a la interdependencia recíproca entre intereses privados y públicos, véase, entre otros, Fernández de Buján, A. *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamérica*, 6ª Edición, Madrid 2002, pp. 216 y ss.

3 *Lex Quominus, de fluminibus* D. 43,12,2. Véase también el comentario de Bartolo Da Sassoferrato, *In priman Digesti Novi Partem*, Venetiis 1590, ff. 135-37. Sobre la presunción de la antigua concesión basada en la *vetustas*, cfr. Cth. 15,2,7 = C. 11,43,4.

4 Se trata de un fragmento muy analizado por la crítica interpolacionista, de él se ha destacado su falta de claridad, considerado en su conjunto, o de forma parcial, su interpolación en sentido literal, sin afectar al significado verdadero ni al contenido de su espíritu. Pero también, se han puesto de relieve connotaciones que no alteran su claridad. Asimismo se ha señalado tanto su explicación clásica, como los posibles retoques o glosemas de los que ha podido ser objeto, lo que ha propiciado una controversia doctrinal sin grandes posibilidades aparentes de resolución, pero con una riqueza reflexiva extraordinaria. Nosotros coincidimos en señalar, con uno de los estudiosos más versados en tema de aguas públicas, Longo, *Il regime romano delle acque pubbliche*, RISG, Roma 1928, p. 62, que aunque se haya considerado uno de los textos más alterados por los compiladores, no existe un acuerdo sobre los límites de las alteraciones ni sobre el valor que hay que otorgarle a las mismas, por ello no podremos eludir el ámbito de las conjeturas y las hipótesis en nuestro posterior argumento.

5 Como es sabido, en las fuentes, las facultades posibles en el ámbito de las concesiones aparecen atribuidas a diferentes órganos o cargos de forma dispersa. Cfr. además, Riccobono, *Fontes* pp. 107 y ss.; Girard-Senn, pp. 114 y ss. Facultades que en el contexto de las *res publicae* no recaían simplemente en los *curatores rei publicae* (véase Camodeca, *Ricerche sui curatores rei publicae*, cit., pp. 456 y ss.), sino que podían encuadrarse fácilmente en el complejo de poderes de otras figuras u órganos (Cónsul, Censor, Senado, Príncipe, Ediles, Cuestores, Quatuorviri, Duoviri) o, como se ha señalado, entre otros, por Fernández De Buján A. *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano*, 6ª edición, cit., pp. 219 y ss., los mismos ediles).

(en determinadas circunstancias), y finalmente, con un sentido aparentemente incuestionable, de la negación de un permiso para derivar agua, cuando se trate de un río navegable; lo que reconfirma el perjuicio que esto puede ocasionar.

En hipótesis, podría pensarse que la libertad parece prevalecer, y que las limitaciones solamente aflorarían ante un supuesto abuso de uso de un bien tan indispensable para los múltiples usuarios (suministro de agua, regadío etc.), y siempre que la derivación pudiera alterar la navegabilidad fluvial. No impedir (*nihil impedit*), prohibir (*nisi...vetet*) y no permitir (*non permittitur*) son expresiones que nos hacen reflexionar. Hablar del sometimiento del agua del río público al uso público resulta completamente obvio e incuestionable (*si modo ea aqua in usu publico no erit*), reiterarlo o admitirlo en este contexto, podría plantearse también bajo sospecha de supuestas concesiones previas.

Siempre dentro del ámbito de las hipótesis, una vez más observamos que la sombra de la concesión necesaria no deja de persistir, si bien, el sustrato base, parece representar más la libertad, también para este uso público concreto, que la excepcionalidad de los supuestos, lo que podría hacer pensar en la innecesariedad de una autorización preventiva. En este sentido, cabría añadir, que se dice expresamente en el fragmento lo que no se permite o se prohíbe, pero nada en cambio que deje traslucir con cierta evidencia la obligación previa de obtener la autorización administrativa.

En efecto, la absoluta subordinación a la concesión no es fácil extraerla, aunque sería deseable para satisfacer el reparto más equitativo, acondicionado a las demandas necesarias para las diferentes necesidades (como por ejemplo, de regadío<sup>6</sup>). No es fácil determinar qué categoría de derivaciones necesitarían la previa autorización y el régimen que las tutela. Si uno de los principios rectores de los bienes de extraordinaria importancia, como el agua, también lo constituye la prohibición de un uso abusivo que perjudique o pueda perjudicar a otros usuarios, la subordinación al criterio oficial se justificaría abiertamente al ejercer un control más riguroso. Sin embargo, como es sabido, muchas son las fuentes, jurídicas y extrajurídicas, que nos impiden conciliar un principio que pueda ser consensuado por la doctrina romanística.

Nuestra hipotética reconstrucción doctrinal, no pretende, desde luego, tener carácter conclusivo, sino más bien, puede verse como el resultado de una indagación que intenta aportar un motivo más de atención a este respecto.

Las explicaciones doctrinales oscilan entre el criterio de la libertad de las derivaciones de agua de los ríos públicos (con las limitaciones previamente aludidas), y la subordinación a un régimen general de las concesiones.

A nuestro entender, la sucesiva intervención estatal, consciente de la importancia del agua acabó por favorecer la segunda hipótesis. No obstante, cabe advertir que el propio sistema romano intenta que prevalezca de forma inequívoca la libertad de uso respecto a estos bienes. Los usos, en el ámbito que nos movemos, son innumerables, y la derivación de agua de un río público es también uno de primera necesidad. La publicidad respecto al uso se destaca permanentemente en las fuentes, y el recorte de la libertad comienza generalmente cuando se produce algún uso desmedido y perjudicial para otros usuarios o incompatible con alguna finalidad concreta (p.e., la navegabilidad).

Las actuaciones administrativas asumen, en ocasiones, un control que -quizá con demasiada frecuencia- y, probablemente, sin pretender conscientemente alterar por com-

---

6 Para regar las fincas, abreviar el ganado o por comodidad, se puede traer el agua, como afirma Pomponio en D. 43,20,3.

pleto el régimen jurídico de un determinado bien<sup>7</sup> tiende a favorecer un uso exclusivo a determinados particulares, con la finalidad principal de obtener un beneficio mediante los correspondientes tributos<sup>8</sup>, por lo que la garantía real del uso común podría quedar en una especie de segundo plano, o bien, cuando las concesiones son gratuitas (casos aparentemente especiales), de tutelar administrativamente el uso público en un sentido más estricto; tanto si hacemos alusión al régimen excepcional, como ocurre con los ríos públicos, como si fuese un régimen normal. Pero, como acertadamente advierte Grosso<sup>9</sup>, siguiendo a Bonfante, cuando la concesión está subordinada a un coste, la diferenciación entre las *res in usu publico* y las patrimoniales no resultaría tan evidente.

Aunque indirectamente, como opinan algunos estudiosos<sup>10</sup>, esto refuerce el uso común, lo que podría parecer cuestionable en determinados supuestos, probablemente en una primera fase no se fomentara tanto en relación con las derivaciones; y menos aún con carácter habitual, al menos en la época clásica; en la que se presupone con mayor intensidad el libre uso y aprovechamiento de estos bienes.

Las posibles excepciones a la libertad de las derivaciones que aparecen en el texto objeto de nuestro análisis (D. 43,12,2), parecen condicionadas a la estimación del Príncipe o del Senado (el agua del río público puede estar sujeta a un servicio público), o bien a la navegabilidad del río; y siempre que puedan perjudicar a otros, como nos transmite Pomponio en el libro XXXIV *ad Sabinum*, recogido en D. 43,20,3,1:

*Ex flumine aquam ducere plures possunt, ita tamen, ut vicinis non noceant, vel, si angustus amnis sit, etiam ei, qui in alia ripa sit.*

Un texto de Papirio Justo, época de Marco Aurelio y Cómodo, que podría, en hipótesis, con algunos matices, avalar el sentido de libertad que se otorga a los usuarios para realizar la derivación del agua de un río público, sin perjuicio de tercero, lo encontramos en D. 8,3,17:

*Papirius Iustus, libro I, de constitutionibus Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. item rescripserunt aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat.*

El intento de evitar el perjuicio del tercero subyace con insistencia en todo lo concerniente a las cosas de uso público, abarcando, en nuestra opinión, una idea de libertad de uso menos condicionada, en parte; pero que podría suponer algunas veces una afirmación que resta valor a la necesidad de una concesión previa, al menos en lo concerniente a las derivaciones en derecho clásico. La autorización administrativa para garantizar el uso colectivo, parecería innecesaria; fortalecería, sí, la garantía sobre un

---

7 Recuérdense las palabras de Biondi, *La condizione giuridica del mare e del litus maris*, cit., p. 280, al analizar la perspectiva estatal (la innegable realidad de las concesiones estatales) y jurisprudencial, relativa al mar y sus costas, defendiendo, en parte, que las contradicciones existentes no deberían centrarse en las formulaciones generales, sino en la misma realidad de las cosas, exponiendo asimismo, las huellas jurisprudenciales por las que se podría afirmar que “il litus ed il mare sotto certi aspetti sono *res communes* e sotto altri *res publicae*”.

8 Entre los estudiosos que corroboran esta finalidad, cabría citar a Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche*, cit., p. 5, el cual, siguiendo una doctrina más antigua, subordina la derivación necesariamente a una concesión administrativa previa, tanto en derecho clásico como en el justinianeo, y añade que, salvo excepciones, están sometidas al pago de un *tributum annuo*; reconociendo el autor, unas líneas más abajo (p. 6), que el pago del tributo no quitaba la posibilidad del ejercicio, pero indudablemente supone un cierto límite a la libertad.

9 Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 181.

10 Cfr. Biondi, *La condizione giuridica del mare e del litus maris*, cit., p. 275.

uso exclusivo en determinados casos, pero se presupone que tiene que ser estudiada debidamente para evitar el perjuicio concreto a otros usuarios, lo que no ocurría siempre (el carácter de exclusividad puede limitar excesivamente al resto). Admitir la necesidad de la concesión preventiva en derecho clásico, para estos supuestos, podría tener un efecto contrario al *usus publicus* ampliamente reconocido, sin olvidar, claro está, las limitaciones positivas del Estado. Por lo demás, no parece lo más indicado soslayar el efecto necesario de las excepciones impuestas por las autoridades, que deberían ajustarse necesariamente al cauce administrativo preventivo, para garantizar y confirmar verdaderamente el uso público.

La existencia de tales concesiones representa una realidad indiscutible, aunque no tengamos noticias suficientes para esclarecer su estructuración, carácter o contenido.

En definitiva, podría pensarse que en derecho romano clásico, respecto al uso común relativo a las derivaciones de agua de los ríos públicos, existía, en principio, una mera tolerancia de las autoridades, con las excepciones preventivas referidas, que parecen justificar en mayor grado, mediante la concesión previa, el adecuado uso; es decir, evitando los abusos que suponen una verdadera limitación a los demás. Pero, como es sabido, la compleja realidad jurídica no nos permite adaptar, el problema de las derivaciones de agua de un río público, al marco de la lógica jurídica (rígida o abstracta), para conseguir una mayor exactitud en todo lo concerniente a esta categoría.

Esta cuestión ha sido debatida por numerosos romanistas, que nos transmiten una reflexión llena de logros particulares, pero sin conseguir la unanimidad de consenso deseada. La abundante reflexión doctrinal podríamos sintetizarla señalando una serie de puntos esenciales: la libertad de las derivaciones, sin abordar todavía las etapas correspondientes y las limitaciones, ha sido señalada por autores como Grosso, Branca, Vasalli, Bonfante, Segrè, Longo, Alberario y Gabriela Zoz. El distanciamiento entre unos y otros comienza al señalar tanto la época correspondiente como las excepciones en las que hay que admitir la necesidad de una concesión previa. En este sentido, Grosso<sup>11</sup> y Branca<sup>12</sup> comparten una idea análoga -que demuestra su negativa a admitir el régimen general de la concesión por no haber sido afirmado ni en derecho clásico ni en el derecho postclásico y justiniano-, al admitir la libertad de las derivaciones en derecho clásico y justiniano siempre que no se perjudique el uso público, asumiendo las prohibiciones previstas y las concesiones particulares que pueden privilegiar a determinadas personas. Vasalli<sup>13</sup>, Bonfante<sup>14</sup>, Segrè<sup>15</sup>, Longo<sup>16</sup> y una discípula de Impalomoni,

11 Grosso, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano*, (a propósito de un estudio de Emilio Albertario, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, est. dagli Studi in onore di Oreste Ranelletti, Pádova CEDAM, 1930, repubb. in BIDR, 38, 1930, pp. 197 y ss.), en Estr. Atti Reale Accad. Scienze Torino, LXVI, 1931, pp. 269 y ss.; Id. AG, 1934, pp. 123 y ss.; Id. *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano*, Scritti Giuridici in onore di Santi Romano, Cedam, Pádova, 1939, XVII, pp. 1 y ss.; Id. Studi Santi Romano, IV, 1940, pp. 180 y ss.; Id. Corso di diritto romano. Le cose, cit., pp. 164 y ss.; Id. Recensión a Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche* (estr. Annali R. Univ. Macerata, vol. VIII. Tolentino, 1932, p. 14), en estr. AG, vol CXI, fasc. 1, pp. 1 y ss. (AG, cuarta serie, volumen XXVII, Fasc. 1, Módena 1934 - XII, pp. 123 y ss.).

12 Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 43 y ss. y 185 y ss.

13 Vasalli, *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, Acque e Trasporti, 1917, I, cit., p. 15; (Stud. Giur. Roma 1939, II, pp. 13 y ss.).

14 Bonfante, *Corso di diritto romano II. La proprietà*, cit., pp. 97 y ss.

15 Segrè, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 96 y ss.

16 Longo, *Il regime romano delle acque pubbliche*, Estr. Rivista Italiana per Scienze Giuridiche, N. S. Anno III, 1928, fasc. II-III, Roma 1928, pp. 54 y ss.; Id. *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, Studi in memoria di Umberto Ratti, Milán 1933, pp. 57 y ss.; Id. *Ricerche romanistiche*, Milán 1966, pp. 149 y ss.; Id. *Il regime delle concessioni e le derivazioni di acque pubbliche nel diritto romano classico e giustiniano*, (publicado anteriormente en Annali Univ. Macerata, 1959, pp. 52 y ss.), en Studi Guido Zanobini, vol. 5, pp. 359 y ss.; Id. *Ricerche Romanistiche*, Milán 1966, pp. 179 y ss.

Gabriela Zoz<sup>17</sup> (más recientemente), parecen rechazar cualquier idea que pretenda, en derecho clásico, subordinar las derivaciones de agua de un río público a una autorización previa del ente público. En derecho justinianeo, en cambio, para estos romanistas, se puede hablar abiertamente de un régimen general de las concesiones. El maestro de Longo, Albertario<sup>18</sup>, también habla de la libertad de las derivaciones de agua, pero refiriéndose específicamente a los ríos no navegables, siempre que no se impida o se lesione el derecho de los demás ciudadanos, admitiendo, por tanto, la necesidad de la concesión previa para los ríos navegables en derecho clásico. La concesión administrativa previa parece indispensable para este autor, a la hora de pretender cualquier derivación de los ríos públicos, navegables o no, en el derecho justinianeo.

Como hemos podido comprobar, todos los autores mencionados hasta ahora, con distintos condicionamientos, han apuntado en alguna ocasión -para algunos supuestos concretos, con las limitaciones precisas que hemos señalado-, la presunción de libertad respecto a la *ductio*. Unos de forma amplia, abarcando al derecho clásico y justinianeo, otros, limitada al derecho clásico, o bien, dentro de esta etapa, únicamente respecto a los ríos navegables.

A nuestro juicio, exclusivamente a este propósito, parece que estamos hablando de una especie de tendencia mayoritaria, proclive a detectar ciertos destellos de libertad respecto a las derivaciones de agua en un río público, amparados por la propia exégesis de las fuentes y la comprensión de la inercia del uso general y colectivo admitido a todos los ciudadanos; evidentemente, con las limitaciones - por todos asumidas -, como ya hemos puesto de relieve.

No obstante, como es sabido, otros estudiosos de gran autoridad como Lauria<sup>19</sup>, Biondi<sup>20</sup> y Scherillo<sup>21</sup>, a los que parece que se adhieren, entre otros, Robbe<sup>22</sup>, coinciden en afirmar la necesidad de la concesión previa para cualquier tipo de derivación, con independencia de que el río fuera o no navegable, ya desde el derecho clásico.

Podemos añadir algo más, la subordinación a la correspondiente concesión en derecho justinianeo, en este contexto, resulta, pues, admitida por todos los romanistas citados, menos los del primer grupo (Grosso y Branca). Como es sabido, la necesidad de someter al régimen general de las concesiones las aguas de los acueductos públicos nunca se ha puesto en duda, pero la posición particular de los ríos entre las aguas públicas, teniendo en cuenta el sustrato sobre el que se apoya su publicidad, no nos ha permitido asumir ningún criterio rígido de valoración. Quizá deberíamos simplemente destacar los atisbos de libertad respecto a la *ductio*, en derecho romano clásico, que, como hemos señalado, parecen subsistir sumamente condicionados, y el sometimiento al régimen general de las concesiones en derecho justinianeo, que indudablemente resulta menos cuestionable; aunque quizá hubiera sido deseable la previa concesión (no tan

---

17 Gabriela Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pp. 119 y ss.

18 Albertario, *Le derivazioni d'acqua dei fiumi pubblici in diritto romano*, publicado en BIDR, 38, (1930), pp. 197 y ss. Id. *Studi in onore O. Ranalletti*, Pádova, II (1931), pp. 289 y ss. Id. *Studi di Diritto Romano*, vol. II, (Cose -Diritto Reali - Posseso), Milán 1941, pp. 71 y ss.

19 Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche*, en estr. *Annali dell'Universtà Macerata*, vol. VIII, 1932, pp. 5 y ss. Id. BIDR, 1932, pp. 243 y ss.

20 Biondi, *La categoria romana delle servitutes*, Milán 1938, pp. 591 y ss.; Id. *La condizione Giuridica del mare e del litus maris*, Studi Perozzi, Palermo, 1925, pp. 271 y ss., donde pone de relieve, respecto al mar y sus orillas en este estudio, un conjunto de noticias ofrecidas por las fuentes que podrían potenciar su idea sobre la necesidad de las concesiones que, en su opinión, garantizan, especialmente, el uso de todos (véase particularmente la p. 275).

21 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 131 y ss., y particularmente p. 139.

22 Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudomarciana*, cit., p. 721.

excepcionalmente gratuita) en ambas etapas, con objeto de lograr la mejor distribución y uso de un bien tan preciado entre los diferentes usuarios. El punto de partida que suministra el texto de D. 43,12,2 y D. 43,20,3,1-2, sobre la libertad de las derivaciones, no se puede poner en duda, como señala el mismo Scherillo<sup>23</sup>, y en esta línea de pensamiento que ofrecemos, habría que plantearse si este mismo autor -que parece acoger en sus estudios la necesidad de las concesiones previas en tema de derivación<sup>24</sup>-, tampoco se resiste a la duda razonable. Por ejemplo, en derecho justiniano, en palabras de este romanista (p. 139), “in ogni modo, non dovrebbe esser dubbio che il requisito della concessione sia richiesto in modo generale per qualsiasi derivazione. Lo prova non solo l’interpolazione dei D. 43,13,1,1, ma anche l’inserzione nella Compilazione di D. 8,3,17”. Las dudas razonables respecto al derecho clásico se desprenden no sólo del contexto jurisprudencial y sus afirmaciones, sino también, en nuestra opinión, del argumento esbozado acertadamente por este autor, “in sostanza il sistema della concessione (entendemos que referido al derecho clásico), si è posto accanto –ma operando su un terreno diverso- a quello della libertà di derivazione, praticamente sostituendolo: la coesistenza dei due sistemi diversi spiega le ambiguità che presentano le fonti in materia”. Queremos resaltar simplemente que nuestro autor afirma que el régimen general de las concesiones, en la práctica, parece sustituir o reemplazar la libertad de las derivaciones, sin adoptar, por tanto, un criterio cerrado, a nuestro modo de ver, que nos impida albergar ciertas dudas sobre los posibles flecos de libertad en derecho clásico a este respecto<sup>25</sup>.

23 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Cit., p. 138. Cfr. Albertario, *Le derivazioni d’acqua dei fiumi pubblici in diritto romano*, BIDR, 38, (1930), pp. 197 y ss. Id. *Studi in onore O. Ranelletti*, Pádova, II (1931), pp. 289 y ss. Id. *Studi di Diritto Romano*, vol. II, (Cose -Diritto Reali – Posseso), Milán 1941, pp. 71 y ss.. Cfr. Burdese, *Flumen*, NNDI, VII, cit., p. 416, afirma que es probable que se haya partido de un régimen de libertad de las derivaciones (con las limitaciones que hemos referido previamente), si bien, el régimen de las concesiones en vía administrativa, se sitúa, todavía en época clásica, junto al régimen de libertad de las derivaciones, pero sin aludir (como hace Scherillo), a una posible sustitución en la práctica. No obstante, en derecho justiniano, añade Burdese, parece que se requiere la concesión previa, de ahí el estado de incerteza de las fuentes; resaltando, a su vez, las notables discordancias doctrinales; Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea*, cit., pp. 732 y 733.

24 Véase el clarificador esquema de Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 131, sobre las diferentes posiciones que ha adoptado la doctrina.

25 A propósito de las derivaciones de agua y a favor de un régimen general de concesiones en el derecho clásico se muestran, según Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 135, los fragmentos contenidos en D. 43,20,3,4, D. 39,3,26 y C. 3,34,7, de los que se desprende una cierta invocación a la *vetustas*, lo que parecería justificar la necesidad de la concesión. Por tanto, para este autor, si las derivaciones fuesen libres, no habría necesidad de recurrir a la *vetustas* para determinar si existía o no título, si bien, como el mismo advierte, no es seguro que los textos en cuestión se refieran a las derivaciones de los ríos públicos. Así, pues, aludir a la *vetustas*, a este propósito, tampoco contribuye a eliminar completamente nuestras dudas.