

EL CAUCE Y LAS ORILLAS DE LOS RÍOS PÚBLICOS EN DERECHO ROMANO. VISIÓN INTERDICTAL Y JURISPRUDENCIAL (D. 43,12,1,7 Y D. 43,12,1,5).*

Juan Miguel Alburquerque

Sumario I. INTRODUCCIÓN. II. CAUCE. III. ORILLAS

I. INTRODUCCIÓN

En esta línea de investigación que hemos abierto, convendría retomar la disposición interdictal que nos servirá como punto de partida en nuestro análisis (D. 43,12,1 pr.), que comienza diciendo: No hagas en río público o en su orilla, ni introduzcas en río público ni en su orilla, cosa alguna por la cual se haga peor para las naves la estancia o el paso:

(Ulpianus, libro LXVIII ad edictum): Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.

Ciertamente, llama la atención, asimismo, que el pretor prohíba que se haga o introduzca en río público o en su orilla alguna cosa que pueda perjudicar la navegación, matizando exclusivamente en río público o en su orilla.

Como primera observación que se puede plantear a simple vista, podríamos preguntarnos por qué el magistrado destaca separadamente río público o su orilla. Sabemos que la orilla es uno de los elementos propiamente constitutivos de los ríos. A este propósito, cabría añadir que también el cauce del río forma parte imprescindible de la natural conformación de los mismos, *ut alveum fluminis veterem populi romani*, decía el gromático Frontino¹. En este sentido, cabría preguntarse por qué no alude el pretor expresamente al cauce del río, y sí, simplemente, a su orilla. En un principio, podría pensarse que la cuestión se resuelve fácilmente por considerar que se trata de uno de los componentes más específicos del río, por lo que en todo momento comparte la publicidad en sentido estricto -estimación que refuerza Ulpiano diciendo que es imposible que el cauce de un río público no sea público²- y las orillas se pueden prestar más a opinio-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Coordinado de Investigación “Derecho Administrativo Romano”, dirigido por el profesor Antonio Fernández De Buján, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, subproyecto código PB98-0118-CO4-02, subvencionado por el Ministerio de Educación y Cultura.

1 Frontino, *De contr. agr.* (Lachmann 20.10-11; Thulin 8.15).

2 D. 43,12,1,7 (*Ulpianus, libro LXVIII ad edictum*):...*quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.*

nes controvertidas, pero que en definitiva, a pesar de que se puedan considerar privadas para algunos, lo que no se niega rotundamente es que están destinadas al uso público como veremos *infra*. En suma, cabría pensar, que el magistrado entiende que el cauce es uno de los elementos que no permite diferenciación alguna de la corriente de agua fluvial que lo recorre, y que la orilla debe ser expresamente protegida, por ser un elemento que también determina la configuración del río, y que siempre, probablemente, aunque no reúnan las condiciones jurídicas propias de la publicidad -como escribe Scialoja³, son públicas en cuanto al uso, pero pueden pertenecer a los ribereños; pueden ser privadas, pero sujetas al uso público-, naturalmente, como señala este autor, esto ocurre sólo en los *agri arcifinii*⁴; en los *agri limitati* las orillas son públicas, al estar excluidas de la asignación, “come subseciva dei fiumi”. Por tanto, podrán ser públicas o privadas, pero se considerarán siempre destinadas al uso público, especialmente, cuando formen parte de un río público. No obstante, las posibilidades de incertidumbre en la condición jurídica de las orillas ha podido inducir, en nuestra opinión, a algunos autores a no considerar las orillas de los ríos como elementos “propios” del río⁵. Sin embargo, nos parece que en nuestro análisis de los diferentes elementos propios de un río no deberíamos excluir las orillas, sin dejar de aceptar, desde el principio, que pueden encontrarse inmersas en una situación ambigua, pero que podría resolverse con facilidad si atendemos al uso general admitido; independientemente, claro está, de su verdadera condición jurídica.

II. CAUCE

Ulpiano, fiel a las palabras interdictales contenidas en D. 43,12,1⁶, continúa su explicación hablando de las orillas en D. 43,12,1,5, pero no duda en reflejar, dos fragmentos más abajo, algunas de las problemáticas que puede suscitar la consideración jurídica del cauce abandonado D. 43,12,1,7.

3 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol I, Roma 1928, p. 223 y n. 1.

4 Cfr. Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, Sevilla 2001, p. 282, “*Agri arcifinales*: son los fundos rústicos cuyos linderos son elementos naturales o señales de terreno”. “*Agri limitati*: son los fundos rústicos objeto de una parcelación oficial...”.

5 Como por ejemplo, Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milán 1945, p. 113, que, si bien introduce las orillas en el examen de algunos elementos de los ríos, a la hora de hacer el análisis específico de éstas, afirma “Non sono propriamente elementi del fiume le rive”.

6 Cfr. Fernández De Buján, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición, Madrid 2000, pp. 214 y ss.; Lenel, *Edictum perpetuum*, 3ª ed. Leipzig 1927, (reimp. Aalen 1985) 241; Berger, *Interdictum*, PWRE, (1916) pp. 1634 y ss.; Ubbelohde, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, Erlangen 1893, pp. 323 y ss.; Id. *Commentario alle pandette*, (libri XLIII-XLIV), Milán 1899, pp. 26 y ss.; Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bolonia 1919, pp. 14 y ss.; Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma 1928, pp. 212 y ss.; *Index Interpolationum*, Weimar 1929-1935, p. 284; Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, pp. 22 y ss.; Id. *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena 1956, 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 1940, 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*, Bolonia 1965, pp. 142 y ss.; Sargentini, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR 68, Milán 1965, pp. 195 y ss.; Capogrossi Colognesi, *Interdetti*, ED 21, 1971, pp. 907 y ss.; Adame, *El procedimiento ex interdicto en el derecho romano clásico*, Rev. Inv. Jur, Méjico 1978, pp. 255 y ss.; Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea*, “che non ha nè capo nè coda”, Mián 1979, pp. 104 y ss.;

Constituye un tema de especial consideración el análisis de la reflexión jurisprudencial sobre este interdicto, aunque sea de forma sumaria, y no parezca fácil consensuar y esclarecer las previsiones interdictales, jurisprudenciales y doctrinales; pues, como es bien sabido, se trata de un interdicto que ha dado mucho que hablar a los intérpretes. Asimismo, representa un interés especial para nosotros, al hilo del planteamiento expuesto en párrafos anteriores, intentar concretar modestamente la posición jurídica que puede ocupar el cauce de un río público, sin pretender restar fidelidad al pensamiento doctrinal que aporta, quizá, una visión más completa, pero que no priva de valor, a nuestro juicio, a la reflexión jurídica en torno a la aplicación de nuestro interdicto, a la hora de considerar exclusivamente el álveo por el que discurre el río público.

En nuestra opinión, mucha razón le asiste a Scialoja⁷ cuando dice que entre las cosas públicas de especial importancia más difíciles de estudiar, quizá se encuentran los ríos, y, el análisis del cauce del río es, a nuestro modo de ver, un claro ejemplo de complejidad, donde se advierte de manera singular la ausencia de criterios unificados, tanto en las soluciones que nos aportan las fuentes, respecto al cambio del cauce de un río, como a las probables inundaciones del mismo y las repercusiones jurídicas que pueden entrañar las posibles alteraciones de los fenómenos fluviales, dejando abierto el campo de las conjeturas sobre la propiedad de los terrenos afectados; lógica consecuencia de la diversidad de opiniones expresadas por las fuentes y la doctrina romanística.

Lo que nos proponemos hacer en esta sede podría simplificarse señalando la existencia de las dos posturas más reiteradas, es decir, aquéllos que sostienen que el cauce de un río es (en potencia) de los propietarios ribereños y los que consideran que el cauce de un río público es público también⁸; si bien, dada la complejidad de los fenó-

Resina Sola, *Frontino. De agrimensura*, Granada 1983; Gallego Anabitarte, Menéndez Rexach, Díaz lema, *El derecho de aguas en España*, Madrid 1986. pp. 16 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.; Di Porto, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Milán 1990, pp. 82 y ss.; Id. *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, Atti del seminario torinese di Diritto e Processo nella spertenza romana, Università Torino, Nápoles 1994, pp. 483 y ss.; Peppe Leo, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, LABEO 37, 1991, pp. 33 y ss.; Plescia, *The Roman law on Waters*, Index 21, 1993, pp. 440 y ss. Fischer, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen 1996, pp. 138 y ss.; Alvaro d'Ors, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, Pamplona 1997, pp. 134 y ss.; Gómez Royo, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, Valencia 1997, pp. 55 y ss.; Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, pp. 148 y ss.; Lazo, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos vol. XXI, 1999, pp. 65-73; Pavese, *Fundus cum alluvionibus. Incrementi fluviali e condizioni agrorum in età traiana*, SDHI 2000, pp. 63 y ss.; Albuquerque, *Experiencia administrativa romana. Algunas manifestaciones de los magistrados romanos en relación al uso público de los bienes de dominio público*, En el libro titulado "El poder Estatal y Local: problemas jurídicos". (Rusia-España), Universidad de Vorónezh – Universidad de Córdoba, Vorónezh, Rusia 2000, (en castellano pp. 296 y ss.; en ruso pp. 144 y ss); Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, Sevilla 2001, pp. 270 y ss.; 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.

7 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano* I, cit., p. 212.

8 Cfr., en este segundo sentido, Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano* I, cit., pp. 218 y 220, "Il letto del fiume è quindi publicus populi Romani nel vero ed originale senso della parola"... "I Romani dovevano considerare il letto del fiume come res publica, in quanto non era stato assegnato a privati"; Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 138-140, llega a la misma conclusión, el cauce de un río público es indudablemente público, como afirman las fuentes (cfr. I. 2,1,23; D. 41,1,7,5; D. 43,12,1,7); Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 111 y ss..., destaca la incontestable publicidad del cauce del río público, y la precisión de las fuentes a este respecto. Entre los autores que destacan que la propiedad del cauce del río pertenecería a los ribereños cabría citar, entre otros, Guarneri Citati, *Il ripristino della proprietà sull'álveo derelitto in diritto romano*, Annali Macerata, I, 1926, pp. 107 y ss.; Riccobono, *Note sulla dottrina romana dell'álveo derelitto in diritto romano*, Studi Schupfer, I, Torino 1898, pp. 215 y ss. Para algunos aspectos específicos véase Pampaloni, *Sopra l'acquisto di proprietà per alluvione*, Studi senesi 43, 1929, p. 217. Cfr. Pendón Meléndez, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, cit, pp. 483 y ss.

menos fluviales, cuya interpretación ha llevado a algunos investigadores a considerar como más probable la primera interpretación referida, pues, como es sabido, los agrimensores también hacían referencias a la polémica existente entre los juristas⁹, nos parece preciso abordar las soluciones contrastadas por las fuentes y algunas conclusiones doctrinales que nos permitan comprender mejor el estado de la cuestión planteada, y la posible aplicación efectiva¹⁰ de nuestro interdicto, que, como escribe Sargenti “...ancora più assurdo ragionare in termini di pubblico e di privato, e fondare su questa distinzione l’applicabilità o non dell’interdetto, a proposito dell’alveo derelitto, per il quale il problema non si pone non già perchè sia o non sia pubblico, ma perchè non è più fiume e perchè, se mai, può cadere nell’ambito di applicazione dell’interdetto per la parte che sia divenuta, eventualmente, *ripa fluminis*”.

A este propósito, antes de entrar en argumento, nos parece necesario recordar que las fuentes parecen explícitas a este respecto...*ut alveum fluminis veterem populi romani*¹¹.

Las distintas posiciones que vamos a analizar no parecen estar privadas de base a este respecto y, sobre este punto, reflejan una cierta coherencia:

D. 41,1,7,5 (*Gaius*, libro II *Rerum cottidianarum sive aureorum*¹²): *Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum*

9 Cfr. Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensores romani*, Verona-Pàdova 1897, pp. 402 y ss. (ed. anast., Roma 1968 pp. 72 y ss.); Sargenti, *Tre osservazioni sul regime degli incrementi fluviali*, SDHI XXIII, 1957 pp. 352 y ss.; Id. *Il regime dell’alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., pp. 195 y ss.; Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 4 y ss.; Maganzani, *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI Institutionum* (D. 41,1,16), SDHI, 59 (1993), pp. 231 y ss.; Id. *Gli agrimensores nel processo privato romano*, (Roma 1997), p.270.; Mazacane, *Isola nata nel fiume*, ED, 22 (1972) pp. 930 y ss.. Pavese, *Fundus cum alluvionibus. Incrementi fluviali e condiciones agrorum in età traiana*, SDHI 2000, p. 63.

10 Sargenti, *Il regime dell’alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., p. 265; Id. *Tre osservazioni sul regime degli incrementi fluviali*, SDHI 23, 1957, p. 355.

11 Como escribe Frontino, *de contr. agr.* 20, 10-11.

12 Sobre el carácter postclásico de las *Res cottidianae* de *Gaius*, generalmente admitido, han expuesto el resultado de sus investigaciones, entre otros: Arangio Ruiz, *Ancora sulle res cottidianae*, Studi Bonfante 1930, pp. 498 y ss.; Di Marzo, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, BIDR, 51-52, 1948, p. 34; Wolff, *Zur Geschichte des Gaius-Texte*, Studi in honore di Arangio Ruiz, Nápoles, 1953, 4, pp. 171 y ss.; Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l’Église aux IV et V siècles*, Paris 1957, pp. 87 y ss.; Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., pp. 187 y ss. En otra línea de pensamiento diversa, admitiendo la obra con factura gayana se muestra Honoré, *Gaius: a biography*, Oxford 1962; Coma Fort, *El derecho de las obligaciones en las res cottidianae*, Madrid 1966. En relación a los elementos en contraste que pueden observarse en las fuentes y la solución aportada por el fragmento de las *Res cottidianae*, poniendo de relieve que la doctrina tradicional sobre el cauce abandonado no ha tenido en cuenta la multiplicidad de divergencias, cfr. Sargenti, *Il regime dell’alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR, cit., pp. 195 y ss. Véase una perspectiva sobre la posible reelaboración de las instituciones efectuada por Gayo o algún discípulo en Burdese, *Diritto privato romano*, Torino 1964, p. 47. Cfr., en general, Pampaloni, *Apunti sopra l’acquisto di proprietà per alluvione*, St. Sen. 1929, pp. 219 y ss.; Guarneri Citati, *Il ripristino della proprietà sull’alveo derelitto in diritto romano*, cit., pp. 107 y ss.; Serragli, *Le accessioni fluviali nel diritto romano en el codice civile italiano*, AG. 41, 1888, pp. 465 y ss.; Andrich, *Dell’alveo abbandonato dal fiume in diritto romano*, AG. 57, 1896, pp. 59 y ss., donde puede verse además un exhaustivo análisis de criterios matemáticos para determinar la línea mediana de los ríos; Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 4 y ss. Véase también el intento de reconstrucción del pensamiento clásico de Bartolo, *Tractatus de Fluminibus, seu Tyberiadis: Alluvione, 134,2; Cuiacius, Opera omnia I (1722) p. 65 y p. 851 (In libr. II Inst. Iust. 1.20, en relación al aluvión; 1.23, respecto a la mutación del cauce del río; In libr. XLIII Dig. t. XII de fluminibus, ne quid in flumine publico, ripave eius fiat, quo peius navigetur. Donellus, Commentarii de iure civili, 4, Frankfurt 1589-1590 (reimp. 1596, 1612, 1626), estudia la naturaleza jurídica del álveo desde su perspectiva habitual, que no se centra sólo en el estudio histórico, sino en un análisis más sistemático y dogmático, como puede verse en la obra citada en pp. 125; 128; 133 y 134, donde podríamos añadir que, si bien sus conclusiones no fueron siempre seguidas, en este campo ejercieron cierta influencia en investigaciones conocidas: Serragli, *Le accessioni fluviali nel diritto romano e nel codice civile italiano*, cit., pp. 459 y ss.; Andrich, *Dell’alveo abbandonato dal fiume in diritto romano*, cit., pp. 114 y ss.; Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 130 y ss., donde se pone claramente de relieve la influencia a la que nos referimos. En relación a las interpolaciones de este fragmento (D. 41,1,7,5) véase Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, p. 139 n. 2.*

est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: sed vix est, ut id optineat.

Inst. 2,1,23: *Quodsi naturali alveo in universum derelicto alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit, novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident.*

D. 41,1,30,3 (Pomponius, libro XXXIV ad Sabinum): *Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. itaque si ager, qui inter viam publicam et flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, sive paulatim occupatus est sive non paulatim, sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus eius esse debet, cuius antea fuit¹³.*

D. 43,12,1,7 (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum): *Simile modo et si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit, quidquid in veteri alveo factum est, ad hoc interdictum non pertinet: non enim in flumine publico factum erit, quod est utriusque vicini aut, si limitatus est ager, occupantis alveus fiet: certe desinit esse publicus. Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.*

En D. 41,1,7,5, como hemos podido observar, se habla de la mutación del cauce del río y se nos dice que el nuevo cauce es también público por derecho de gentes: *...novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium*. Parece razonable suponer que si el nuevo cauce adquiere la misma condición que tenía antes de producirse la mutación, es decir, la condición de público, no nos parece preciso hacer hincapié en la publicidad del área o superficie cubierta por el agua¹⁴ del río en su extensión natural como regla habitual. O para decirlo en otros

13 Cfr. Riccobono, *Nota sulla dottrina romana dell'alveo abbandonato*, Studi Schupfer, 1, 1898, pp. 222 y ss., en relación al glosema *sive paulatim occupatus sit sive non paulatim*.

14 Los estudios realizados en tema de aguas han dado lugar a una amplísima producción científica, como recuerda Fernández De Buján, A, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, cit., pp.210 y ss., no obstante, podríamos señalar los siguientes: Bartolus Saxoferrato, *Tractatus de fluminibus*, s. Tiberiadis, Roma, 1587; Eisele, *Über das Rechtsverhältniss der <res publicae in publico usu> nach römischen Recht*, Basel, 1873; Mommsen, *Edict Augusti über die Wasserleitung von Venafro*, in Jurist. Schriften, III, pp. 88 y ss.; Pampaloni, "Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno", BIDR4,1891, pp. 197 ss.; Perozzi, *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in Arch. Giur. 53, Bologna 1894, pp. 350 y ss.; Ubbelohde, *Continuazione alle Pandette de Glück*, libri XLIII-XLIV, trad. It., cit., pp. 462 y ss.; Pineles, *Beiträge zum römischen und heutigen Wasserrechte*, Zeitschrift für Privat- und öffentlich Recht, 30, (1903), pp. 421 y ss.; Scialoja, *La legislazione sulle acque*, Il problema idraulico e la legislazione sulle acque, Roma, 1916; Vassalli, *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulla acque pubbliche*, in *Acque e trasporti*, 1, 1917 (Studi giuridici,

términos: el álveo del río público debe considerarse público aunque su ubicación – por una supuesta mutación del cauce natural del río - se realice en terreno privado. En estos términos se muestran las afirmaciones de Gayo cuando el río comienza su recorrido por otro itinerario, destacando con claridad que el anterior cauce se convierte en propiedad de los titulares de los predios ribereños, con arreglo a la latitud que cada predio tenga junto a la orilla, y el nuevo cauce, sin lugar a dudas para Gayo, se transforma en público. Una confirmación lógica de este razonamiento puede observarse también en las palabras de este juriconsulto cuando escribe que si transcurrido un tiempo el río vuelve a su cauce anterior, el nuevo cauce que se había formado y ahora queda abandonado comienza a ser otra vez de los que poseen los predios que se encuentran junto a la orilla: *Quod si post aliquot temporis ad priorem alveum reversum fuerit et flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident*. Como ya hemos recordado, es imposible, afirma Ulpiano, que el cauce de un río público no sea público: D. 43,12,1,7 in fine (libro LXVIII *ad edictum*):...*incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus*.

II, Roma, 1939, pp. 13 y ss.); Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919; Bonfante, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in Arch. Giur., p. 87, 1922 (Scritti giuridici, IV, Roma, 1926, 242 ss.); Id. *Corso di diritto romano*, II, I, Milán 1966, pp. 80 y ss.; Id. *Nota a Windscheid, Pandette*, tr. It., V, pp. 323 y ss.; Id. *Sulla nuova legge delle acque*, en Riv. Dir. Comm., p. 17, 1919 (Scritti giuridici, IV, Roma, 1926, pp. 216 ss.); Biondi, *La condizione giuridica del mare e del litus mare*, Studi in onore di S. Peruzzi, Palermo 1925, pp. 269 y ss.; Id., *La categoria romana delle <servitutes>*, Milano, 1938, pp. 591 y ss.; Albertario, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, BIDR 1930, vol. XXXVIII, pp. 197 y ss.; Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche*, (Annali dell'Università de Macerata, 1932, vol. VIII, pp. 243 y ss.); Grosso, *Appunti sulle derivazioni di fiumi pubblici nel diritto romano* (atti Acc. Scienze de Torino, 1931, vol. LXVI, pp. 369 y ss.); Id., Recensión a Lauria, op., cit. (Arch. Giur., 1934, CXI, p. 123); Id., *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano*, (Scritti giuridici in onore di S. Romano, vol. IV, Cedam, Pádova, 1940, pp. 173 y ss.); Longo, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, (Studi in memoria de U. Ratti, Giuffrè), Milano, 1934, pp. 55 y ss.; Id. *Il regime romano de le acque pubbliche*, en Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche 1928, p. 250; Segrè, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici e l'iscrizione C. D. del Pondel*, BIDR XLVIII, Milán 1941, pp. 17 y ss.; Solazzi, *Specie ed estinzioni delle servitù prediali*, Napoli, 1948, pp. 46 y ss.; Id. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947; Id. *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949; Vegting, *domaine public et res extracommercium*. Étude historique du droit romain français et néerlandais. Paris 1947, pp. 46 y ss.; Bove, *Acque (diritto romano)*, NNDI, Torino 1957, pp. 191 y ss.; Astuti, *Acque (storia)*, ED, cit., pp. 346 y ss.; Sargenti, *Il regime dell'álveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR, cit., pp. 195 y ss.; Id. *Accedere e cedere nelle fonti classiche*, LABEO 17, 1971, pp. 169 y ss.; Lanciani, *Le acque e gli acquedotti di roma antica*, Roma 1975, especialmente lo referente a las primeras concesiones particulares de agua, pp. 592 y ss.; Plescia, *The Roman law on Waters*, Index 21, cit, pp. 440 y ss.; Fischer, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., pp. 138 y ss.; Gómez Royo, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, cit., pp. 55 y ss.; Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pp. 89 y ss.; Lazo, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdicial de los ríos públicos en el Derecho Romano*, cit., pp. 65 y ss.; Pavese, *Fundus cum alluvionibus. Incrementi fluviali e condizioni agrorum in età traiana*, SDHI 2000, pp. 63 y ss.; Fernández De Buján, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición, cit., p. 210; Pendón Meléndez, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, cit, pp. 475 y ss. Sobre el Derecho de Aguas en España, véase Gallego Anabitarte, Menéndez Rexach, Díaz lema, *El derecho de aguas en España*, cit, especialmente pp. 16 y ss., donde Gallego Anabitarte destaca el derecho romano como tronco común de los diversos derechos nacionales de aguas. Cfr. Ley 29/1985, de 2 de Agosto, de Aguas (BOE núm. 189, de 8 de Agosto de 1985). Sobre la reforma de la Ley de Aguas de 1985 véase la Ley 46/1999, de 13 de Diciembre, que respeta en gran medida el texto principal de la antigua Ley de 1985 y las novedades de su desarrollo no afectan a la sustancia de nuestros planteamientos. Véase Colom Piazuelo, *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de Diciembre)*, Madrid 2000, pp. 329 y ss. Sobre la nueva Ley de Aguas de 2001 y las connotaciones analógicas véase el Texto Refundido R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de Julio (B.O.E 176, de 24 de Julio), arts. 1 y ss.; 50 y ss. Véase, especialmente, la definición de riberas que aparece en el artículo 6 de la actual Ley de Aguas 2001: 6.1 Se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas, y por márgenes los terrenos que lindan con los cauces. Las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal: a) A una zona de servidumbre de cinco metros de anchura, para uso público que se regulará reglamentariamente. b) A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. Respecto al cauce cfr., de esta misma ley el artículo 4: Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias.

El texto de las Inst. 2,1,23, que, como es sabido, es análogo en cuanto al contenido esencial del fragmento precedente, con algunas matizaciones, refleja una orientación idéntica a este respecto: destaca el carácter público del lecho del río cuando se produce un cambio de cauce, aunque el terreno ocupado tras la mutación sea de propiedad privada. Asimismo se advierte que la superficie del antiguo álveo se hace propiedad de los ribereños en proporción a la extensión de cada uno de los predios a lo largo de la orilla. Parece comprensible, por tanto, que el cauce originario siempre se haya considerado público. En el mismo sentido, si el río retorna a su cauce primitivo, con la consabida publicidad que ello supone, los que poseían los predios situados en las orillas serán los propietarios: *...Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen cursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam eius praediam possident.*

Como ya se ha visto, la corriente natural de los ríos públicos puede provocar, en ocasiones, el establecimiento de un nuevo cauce, lo que implica una alteración de la titularidad originaria de los terrenos por los que corre. En este sentido, nos parecen muy significativas las palabras de Pomponio en el fragmento citado *supra* (D. 41,1,30,3¹⁵): Los ríos hacen las veces de los distribuidores (o adjudicadores, o como dice Scherillo¹⁶ y el mismo Scialoja¹⁷, los oficiales del censo, o bien de los encargados de distribuir las fincas), de modo que pueden hacer que una finca privada sea transformada en pública, y pueden convertir una finca pública en privada: *...flumina enim censitorum vice fuguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum.* Idea que avala, en el supuesto referido por Pomponio en el caso de *alvei mutatio*, la recuperación de las fincas a los dueños originarios cuando el río se retira a su primitivo cauce; aspecto que parece contrastar abiertamente con las afirmaciones de Gayo (D. 41,1,7,5), las Instituciones de Justiniano (2,1,23) y las referidas por Ulpiano (D. 43,12,1,7), en las que se recoge explícitamente que la propiedad del lecho abandonado será de los titulares de los fundos ribereños y no, como señala Pomponio en este fragmento, de los primitivos dueños. No obstante, a la hora de reconocer la efectiva aplicación de nuestro interdicto, nosotros nos tendremos que limitar a tratar el cauce cuando forma parte integrante del río público, lo que evitará, por tanto, que existan dificultades añadidas.

Podríamos afirmar, con deducción lógica de conceptos históricos y jurídicos establecidos, siguiendo a Scialoja¹⁸, “che i Romani dovevano considerare il letto del fiume come res publica, in quanto non era stato assegnato a privati”. Como curiosidad, se podría destacar con este autor¹⁹, la diversidad terminológica de las fuentes: Frontino llama al álveo *publicus populi Romani*, las Instituciones lo llaman *publicus*, Gayo lo denomina *publicus iuris gentium*, lo que va más allá de la simple denominación de *publicus*; es decir, la naturaleza del lecho se aproxima más a una de las expresiones más usadas para la corriente de agua, lo que viene a significar que participaría de una amplísima publicidad; por tanto, no se centraría exclusivamente en la propiedad, sino más bien en el uso general. Ulpiano²⁰ lo considera *publicus* con una rotundidad incuestiona-

15 La clasicidad del fragmento aparece cuestionada, entre otros, por Guarneri Citati, *Il ripristino della proprietà sul 'alveo derelitto in diritto romano*, cit., pp. 115 y ss., si bien, en nuestra opinión, no se desmonta sustancialmente la parte que a nosotros nos interesa destacar: El cauce de un río público se considerará público incluso aunque recorra una finca privada.

16 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 112.

17 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 222.

18 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 220. Cfr. Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea*, cit., pp. 684 y ss.; Astuti, *Acque (storia)*, ED, cit., p. 354.

19 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 221.

20 D. 43,12,1,7 in fine (*Ulpianus*, libro LXVIII ad edictum).

ble, destacando, como hemos visto, la imposibilidad de considerar de otra manera el lecho de un río público.

Así, pues, la consecuencia de estas apreciaciones demuestran que aunque el río abandone su lecho y se abra un nuevo cauce, aunque se desarrolle por terrenos de propiedad de los particulares, el álveo será siempre público²¹, y si el río vuelve a su cauce normal, o inicia otro diferente, los ribereños extenderán su propiedad hasta la parte proporcional, según la línea divisoria, del suelo abandonado.

La cuestión sobre el cauce abandonado, inundado y los incrementos fluviales ha suscitado opiniones diversas al contrastar la orientación bizantina con la propia de los juristas clásicos²².

Entre las opiniones que consideran el cauce del río como una propiedad (aquietante) de los ribereños, cabría recordar, entre otros, a Branca²³, el cual afirma que los fragmentos de D. 41,1,7,5; 30 e I. II, 24 están alterados. Asimismo, utilizando la traducción griega del fragmento paralelo (Bs. 50,1,6 (Heimb. V, p. 38), D. 41,1,7,5-6, y el texto que contradice su propia tesis (Theoph. Par. II, 1, 23-24), llega a concluir que, aunque se den varias interpretaciones a las oscilaciones de las fuentes, "...almeno tendenzialmente, il fiume, in quanto alveo, appartiene in quiescenza al privato, in quanto fiume continua ad essere del populus, tanto è vero che il privato, se vuole costruirvi, può farlo solo dietro il permesso dell'autorità amministrativa". Sargenti²⁴, tras un exhaustivo e interessante análisis de los textos y las doctrinas que hablan del cauce abandonado, concluye "che il punto di arrivo della complicata evoluzione del regime dell'alveo derelitto è costituito da quel principio dell'acquisto del terreno emerso ai proprietari frontisti, che, introdottosi nella tarda epoca classica o nella prima età post-classica, è stato sancito in maniera definitiva da Giustiniano, e dalla Compilazione è passato nelle legislazioni moderne".

La teoría de Scherillo²⁵ nos parece muy significativa: En cuanto a la condición jurídica del álveo abandonado es necesario distinguir si el río discurre entre *agri limitati* o bien *arcifinii*. En el primer supuesto, parece que para los agrimensores (cfr. Frontin. *De contr. agror.* 20,10;50,15) el cauce abandonado permanecía siendo público; no obstante, según Ulpiano, perdía el carácter de público, y al considerarse *res nullius*²⁶, podía adquirirse por ocupación (...*si limitatus est ager occupantis alveus fiet*, escribe Ulpiano)²⁷. La aparente antinomia puede resolverse, según nuestro autor, pensando en una revisión

21 Cfr., entre otros, Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 220; Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 138 y ss.; Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea*, cit., pp. 684 y ss.; Astuti, *Acque (storia)*, ED, cit., p. 354; Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 95.

22 Cfr. Sargenti, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., pp. 125 y ss.; y sobre la distintas direcciones que emergen de las fuentes véase pp. 266 y ss.; Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 4 y ss.; Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 58 ss.; Guarneri Citati, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., p. 103 n. 1; pp. 129 y ss.; Pavese, *Fundus cum alluvionibus. Incrementi fluviali e condizioni agrorum in età traianea*, SDHI, cit., pp. 63 y ss.

23 Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 58 y ss. Cfr. Guarneri Citati, *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in diritto romano*, Annali Macerata, 1 (1927, p. 6); Riccobono, *Note sulla dottrina romana dell'alveo abbandonato*, Studi Schupfer, 1, cit., pp. 215 y ss.

24 Sargenti, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., p. 269.

25 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 112 y ss.

26 En relación a las divergencias doctrinales sobre la suspuesta consideración de *res nullius*, susceptible de ocupación a este respecto. véase Guarneri Citati, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., pp. 116 y ss.

27 D. 43.12.1.7 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*).

histórica, es decir, los agrimensores representaban la doctrina más antigua conforme a la condición originaria de las cosas. Cuando el criterio predominante para determinar la publicidad del río lo constituía el título, el suelo por el que discurría el río sería público porque no estaba comprendido en la asignación o concesión, y los particulares por su propia iniciativa no podrían cambiar la situación precedente. Ulpiano representa la doctrina más reciente, que podría reflejar la sustitución de la prevalencia del título para la determinación de la publicidad de los ríos, por el de la perennidad. En los supuestos en los que el río discurre entre los *agri arcifinii*, el cauce abandonado es adquirido por los propietarios de los fundos ribereños hasta la mediana del río. Originariamente, los *agri arcifinii*, que no habían sido asignados pero si dejados a una libre ocupación por parte de los particulares, permanecían siendo, teóricamente, del pueblo Romano, y los particulares tendrían la posesión; por tanto, en relación al álveo, aunque se extendiese la posesión de los particulares, lo que no se extendía era la propiedad. La regla permanece cuando la posesión de los *agri arcifinii* se consolida en propiedad; en el derecho justiniano, no obstante algunos flecos recordatorios de los *agri limitati*, tiene alcance general. Tomando como base el régimen de los *agri arcifinii* algunos estudiosos han querido sostener que el cauce pertenecía potencialmente a los propietarios ribereños, lo que implica admitir que al producirse el abandono del álveo la propiedad potencial se transformaría en propiedad actual. Pero esta idea, añade Scherillo²⁸, parece contrastar con las fuentes, para las cuales el lecho es público, y deja de ser así cuando se produce el abandono de las aguas. Además, si la hipótesis referida fuese exacta, el nuevo álveo abierto por el río no debería transformarse en público, pues las fuentes son muy explícitas al afirmar lo contrario (incluso el mismo Ulpiano afirma, sin matices dubitativos, la imposibilidad de considerar el lecho de un río público de otra forma), hasta tal punto que se puede advertir que si el río abandona progresivamente el nuevo cauce, éste se dividiría entre los ribereños hasta la mediana y no retorna a los antiguos propietarios; también en el supuesto de fundos comprendidos íntegramente en el nuevo álveo. Asimismo, podría observarse que tal construcción parece contrastar con el régimen jurídico de los aluviones. Si fuese verdadera, cuando el río se aleja lentamente el propietario de una orilla no debería de adquirir hasta la corriente y el propietario de la orilla opuesta perder la proporción afectada, sino que la propiedad debería ser independiente de los cambios del curso del río; sin embargo ocurre todo lo contrario.

Por tanto, para un sector de la doctrina el lecho de los ríos públicos (en los *agri arcifinii*²⁹) está sometido fundamentalmente a la propiedad pública, sin admitir la supuesta propiedad potencial de los titulares de los fundos ribereños. La base que parece apoyar la corriente doctrinal que mantiene la veracidad de este último supuesto referido (propiedad potencial), parece más alejada de la unanimidad de consenso. En ella, se pone de relieve, en relación al derecho justiniano, la disposición en la que se considera que si el río abandona su álveo, el suelo que se seca por este motivo, será propiedad de los ribereños y se extenderá hasta la línea mediana del cauce antiguo. Este argumento induciría a pensar que mientras permanece el río en las condiciones propias para su utilización, el cauce podría considerarse propiedad de los ribereños, es decir, en potencia, y, por tanto, la posible mutación tendría simplemente un efecto físico. En ningún momento se produciría un cambio sustancial de régimen jurídico, teniendo en

28 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 113.

29 A diferencia de los *agri arcifinii*, cabe recordar que mediante la limitación, en el supuesto de los *agri limitati*, la distribución geométrica del terreno era objeto de propiedad privada, y los confines quedaban perfectamente delimitados. Por tanto, podía ocurrir que un río que atravesase por alguno de estos terrenos modificara su curso, metiendo el ángulo de otros colonos. No obstante, el derecho de propiedad de los colonos, también en los casos de abandono del álveo, por el que se crea un nuevo curso de agua, se limitaba a la zona que quedaba en el antiguo curso del río, y no se extendía a la nueva zona que quedaba fuera del antiguo curso.

cuenta que la propiedad del álveo permanece en potencia con la misma titularidad y el hecho físico tendrá mayor relevancia jurídica cuando la propiedad de los ribereños se transforme en actual y el lecho del río vuelva a modificar su rumbo retirándose del anterior cauce. No se trata, como escribe Scialoja³⁰, “di un acquisto di proprietà, ma di una esplicazione del dominio già potenzialmente esistente”. Asimismo, como añade este autor, en opinión de los seguidores de esta teoría, cuando en el río público emerge una isla estará sujeta a un régimen análogo al previsto para el lecho (si nace en el centro, se divide entre los propietarios ribereños de una y otra orilla, cuya referencia la marcará la línea mediana; si surge en un lado de la línea mediana la propiedad será del ribereño de esa orilla más próxima). Este razonamiento choca frontalmente con las fuentes, como también destaca este romanista: si verdaderamente la propiedad de los ribereños llegase potencialmente hasta la línea mediana del río, las pequeñas modificaciones que hiciese el río respecto a su curso normal no deberían producir ningún efecto en relación con los confines de las dos propiedades potenciales. Sin embargo, la regla es completamente contraria: si, por ejemplo, el río se mueve hacia la izquierda, la propiedad del ribereño de la derecha avanza hasta la corriente y el ribereño de la izquierda perderá la extensión que haya sido cubierta por el río; si, posteriormente a ese leve desplazamiento, el río abandona definitivamente su cauce, éste se dividirá según la línea mediana que se trace en el preciso momento en el que el álveo haya sido abandonado y no en función de aquélla que se habría trazado si el río no hubiera, antes del abandono definitivo, realizado el desplazamiento³¹.

Nuestra reconstrucción jurisprudencial y doctrinal no pretende restar importancia a las explicaciones particulares de los estudiosos sobre la propiedad del lecho de un río público. No obstante, hemos podido extraer una idea en relación a las coincidencias doctrinales —muy reiteradas— durante el pasado siglo; es decir, desde Scialoja³², podríamos citar también a Grosso³³, Scherillo³⁴, Astuti³⁵, Robbe³⁶ y Zoz³⁷, entre otros, y, tanto el análisis doctrinal como las reflexiones jurisprudenciales ya referidas, nos han aportado una visión más completa y convincente sobre la publicidad del cauce de un río público. Si tuviéramos que inclinarnos por una determinación concreta no encontraríamos grandes flecos de oscuridad para afirmar la publicidad del cauce del río, teniendo en cuenta que hablamos de un río con todos sus elementos (caudal de agua, lecho y orillas), es decir, el cauce como parte integrante del río público se tendría que considerar público y reuniría todas las condiciones favorables para su uso común, y, como muy acertadamente señala Sargenti³⁸, a propósito del cauce abandonado, podría resultar absurdo intentar razonar en términos de público o privado, teniendo en cuenta que el problema ya no existe porque deja de ser río y la aplicación del interdicto deja de tener efecto. En

30 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 218.

31 Estos principios, como recuerda Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., loc. cit., son los del *ius alluvionis* romano, que se han mantenido en muchos de los derechos positivos de varios países. Como ya hemos señalado, estos principios tenían vigencia en el derecho romano clásico en relación con los *agri arcifinii* o ilimitados, pero no para los supuestos de *agri limitati*.

32 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 218.

33 Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 137.

34 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 111.

35 Astuti, *Acque (storia)*, ED, cit., p. 354.

36 Robbe, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianeae*, cit., pp. 684 y ss.

37 Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 95.

38 Sargenti, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., p. 265.

palabras de Grosso³⁹, no se puede someter a dudas la publicidad del álveo de un río público (mientras constituya, claro está, uno de los elementos fundamentales de la corriente fluvial).

De la importante experiencia jurídica romana contenida en las fuentes y su riqueza inagotable, nuestro Código Civil extrae estos aspectos y cuestiones singulares que aparecen redactados en los artículos 370, 372, 373 y 374:

370. Los cauces de los ríos, que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras.

372. Cuando en un río navegable y flutable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. El dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto.

373. Las islas que por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen a los dueños de las márgenes u orillas más cercanas a cada una, o a los de ambas márgenes si la isla se hallase en medio del río, dividiéndolo entonces longitudinalmente por mitad. Si una sola isla así formada distase de una margen más que de otra, será por completo dueño de ella el de la margen más cercana.

374. Cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada una heredad o parte de ella, el dueño de la misma conserva su propiedad. Igualmente la conserva si queda separada de la heredad por la corriente una porción de terreno.

Al margen de la atribución de la propiedad a los dueños de los terrenos ribereños cuando el río abandona su cauce, lo que nos interesa destacar ahora es, fundamentalmente, la afirmación del artículo 372 en la que se dice que el cauce entrará en el dominio público aunque el nuevo lecho se abra en heredad privada, es decir, en ese conjunto de tierras que forman una unidad y pertenecen a una persona.

En la actual Ley de Aguas de 2001, en su artículo 8, sobre las modificaciones de los cauces, se dice, expresamente, que “las situaciones jurídicas derivadas de las modificaciones naturales de los cauces se regirán por lo dispuesto en la legislación civil.”⁴⁰ Asimismo, en el artículo 2b), se establece que los cauces de corriente continua o discontinua constituyen, (entre otras cosas)⁴¹, el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta ley. La definición de cauce aparece en el artículo 4: Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias.

39 Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 140. De la actual Ley de Aguas, Texto Refundido, R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de Julio, cfr., a este respecto, el Título I: Del dominio público hidráulico del Estado, Capítulo I: De los bienes que lo integran (art. 2); Capítulo II: De los cauces, riberas y márgenes (arts. 4; 5; 6, y, especialmente, el 8, sobre las modificaciones naturales de los cauces y la remisión a lo dispuesto en la legislación civil (arts. 366 al 374 del Código Civil).

40 Se refiere a los artículos 366 a 374 del Código Civil. En cuanto a las modificaciones que se originen por las obras legalmente autorizadas se estrá a lo establecido en la concesión o autorización correspondiente (art. 8).

41 Art. 2 a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores.

La reflexión jurídica romana parece mantener con trazos firmes y seguros la publicidad del cauce de un río público, y expone con suficiente claridad que si el río abandona su álveo iniciando su recorrido por otro nuevo, lo que se realice en el cauce anterior no estará sujeto a este interdicto (*Simili modo et si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit, quidquid in veteri alveo factum est, ad hoc interdictum non pertinet...*). Aún hay que añadir algo más: porque, como dice Ulpiano⁴², no se habrá hecho en río público (*...non enim in flumine publico factum erit*). El suelo desocupado por el río pertenecerá a los ribereños (si los fundos no tienen límites formalmente asignados), o bien, podrá ser objeto de ocupación en el supuesto contrario (*...si limitatus est ager, occupantis alveus fiet*). Con independencia de un tipo u otro de atribución de la titularidad del suelo, estaríamos ante un suelo privado y cualquier construcción que allí se realice no estará sometida a las previsiones prohibitorias o restitutorias de nuestro interdicto, pues, ciertamente (o, en todo caso), deja de ser público (*...certe desinit esse publicus*).

Conviene recordar, que si el río público circundase algún terreno, la titularidad de la finca privada permanece inalterada y si alguien construye alguna cosa en ese fundo privado no estará sometido a este interdicto. A este respecto nos parecen muy significativas las palabras de Ulpiano:

D. 43,12,1,10⁴³ (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Item si amnis aliquid circumbeat, sciendum est eius manere cuius fuit: si quid igitur illic factum est, non est factum in publico flumine. nec pertinet ad hoc interdictum, si quid in privatum factum sit, ne quidem si in privato flumine fiat: nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.*

Tampoco tendrá aplicación este interdicto cuando se haya construido algo en lugar privado o río privado, pues, como dice nuestro jurista, lo que se construya en río privado es lo mismo que si se hiciera en otro lugar privado.

De las referencias que nos proporcionan algunos textos que indicaremos a continuación puede deducirse que no se reconoce dicha publicidad cuando se produce una simple inundación de los terrenos y, por tanto, no será eficaz este interdicto para evitar las construcciones que se quieran llevar a cabo en el terreno inundado.

D. 41,1,7,6 (*Gaius*, libro II, *Rerum quotidianarum, sive aurearum*): *Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit.*

D. 43,12,1,9 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit nom alveum sibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*

Inst. 2,1,24: *Alia sane causa est, si cuius totus ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio speciem fundi commutat et ob id, si recesserit aqua, palam est eum fundum eius manere, cuius et fuit.*

La inundación no cambia la especie o consideración jurídica del fundo (*...speciem fundi non mutat*) y la evidencia está, como escribe Gayo, en que cuando se retire el agua sigue perteneciendo al propietario inicial. Ulpiano, se muestra en los mismos

42 D. 43,12,1,7 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*).

43 Cfr., en este sentido, D. 41,1,7,4 (*Gaius*, libro II *Rerum quotidianarum, sive aurearum*): *Quod si uno latere perripuerit flumen et alia parte novo rivo fluere coeperit, deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit, ager, qui a duobus rivis comprehensus in formam insulae redactus est, eius est scilicet, cuius et fuit. Inst. 2,1,20 in fine: *...Quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unum, agrum cuiusvis in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius est fuerat.**

términos, si bien, para eliminar dudas advierte que en el supuesto de la inundación la tierra no se hará pública, -especificando además - siempre que el río no se hubiera formado un cauce para emprender una nueva trayectoria. Lógica afirmación, aunque pueda parecer un tanto obvia tras las observaciones que preceden nuestro argumento⁴⁴; si bien, nos parece menos compleja que si tuvieran que fijarse algunas estimaciones precisas en relación a la temporalidad, duración mayor o menor, nivel del caudal de agua, excepcionalidad o no de la situación, posibilidad geográfica de permanencia, carácter de la precipitación y la imposibilidad de su retirada gradual o violenta, etc.

Sin embargo, la perspectiva de aplicación del interdicto *de fluminibus* sí se extiende a las fosas o canales que se hayan abierto de forma artificial (*si fossa manu facta sit*), siempre que se trate de un río público que discurre por estas construcciones. Así lo establece la siguiente disposición ulpiana, contenida en D. 43,12,1,8:

Si fossa manu facta sit, per quam fluit publicum flumen, nihilo minus publica fit: et ideo si quid ibi fiat, in flumine publico factum videtur.

La fosa o canal adquiere la condición de pública, y la solución ofrecida en este pasaje lo reconfirma, al advertir que si se hiciera alguna cosa en esta especie de cauce artificial (*fossa, receptaculum*, canal) se considerará hecha en río público.

Unos textos de Ulpiano tomados del mismo libro 68 de sus comentarios al edicto, recogidos en este caso en D. 43,14,1,5-6 es preciso considerar también para saber el concepto de fosa artificial manejado por este jurisconsulto y la posible publicidad de estas construcciones:

44 No obstante, esta afirmación de Gayo y de Ulpiano, donde se advierte que la inundación no cambia la especie del fundo, es decir, no se hace público el terreno cubierto por el agua, parece contrastar con la afirmación de Pomponio de la que se podría deducir que en el supuesto de la inundación por un río o por el mar, se perdería la propiedad y el usufructo, si bien, este jurisconsulto finaliza su fragmento, señalando que cuando se produce la retirada del agua con la misma violencia que se produjo, se restituye la propiedad y el usufructo: D. 7,4,23 (*Pomponius*, libro XXVI *ad Quintum Mucium*): *Si ager, cuius usus fructus noster sit, flumine vel maris inundatus fuerit, amittitur usus fructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usum fructum. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita et usum fructum restituendum discendum est.* Puede resultar complejo razonar en términos de público o privado para una mejor comprensión del texto, si bien, como puede observarse, el jurista no habla de un posible cauce nuevo del río, sólo habla de inundación, y de una inundación violenta y repentina, igual que de la probable retirada del agua con la misma violencia, por lo que podría pensarse que se trata, quizá, de una especie de determinación inapropiada o innecesaria, teniendo en cuenta que del texto parece desprenderse, especialmente, la posible utilización óptima del terreno y no la idea de asumir un cambio sustancial en cuanto a su naturaleza jurídica. Sobre todo teniendo en cuenta lo aparentemente efímero de la situación: una inundación tiene generalmente una duración corta y no tendría que provocar un cambio en la titularidad del suelo, además, como el mismo Pomponio nos dice, ante la retirada rápida y violenta del agua, se restituye la propiedad. Piénsese que el mismo Pomponio, en el libro XXXIV de sus comentarios a Sabino, D. 41,1,30,3, respecto a los efectos de una simple inundación, tanto si se produce paulatinamente como si se realiza violentamente, la normal retirada de las aguas provoca la restitución de la propiedad a su primitivo titular, y destaca que los ríos puedan transformar una finca privada en pública o viceversa, siempre, podríamos decir, que se haya creado un nuevo cauce fluvial (*...Itaque sicuti hic fundus, quum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus eius esse debet, cuius antea fuit*). Puede parecer probable, que Ulpiano, conocedor de las doctrinas más antiguas y de las posibles confusiones sobre este tema, haya preferido matizar esta cuestión advirtiendo que el terreno inundado no será público si el río no ha creado un nuevo cauce. En suma, los fragmentos ulpianos dejan suficientemente claro que el terreno cubierto por el agua en una simple inundación no se hace público. Alfeno Varo, uno de los discípulos más fieles de Servio Sulpicio Rufo, en su libro IV, *Digestorum a Paulo epitomarum*, D. 41.1.38, nos habla de un desbordamiento del río que produjo una inundación, pero no clarifica la creación de un cauce nuevo, lo que complica aún más la difícil reconstrucción de este precepto y la idea aparentemente análoga a las conclusiones de Ulpiano. Cfr., una perspectiva distinta en las *Basilicas* 50.1.37. Véase Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit., pp. 402 y ss.; Sargentii, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., pp. 210 y ss.; Guarneri Citati, *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in diritto romano*, cit., pp. 110 y ss.; Pampaloni, *Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione*, cit., pp. 216 y ss.; Pavese, *Fundus cum alluvionibus. Incrementi fluviali e condizioni agrorum in età traianea*, SDHL, cit., pp. 63 y ss.

Fossa est receptaculum aquae manu facta. 6. Possunt autem etiam haec esse publica. (Se refiere a los lagos, estanques y fosas).

No es de extrañar que este *receptaculum* por el que discurre un río público adquiera la condición de público, aunque el constructor de la canalización o cavidad que contiene el río hubiera sido un particular. Piénsese en la solución ofrecida en los preceptos mencionados en páginas anteriores (D. 41,1,7,5; Inst. 1,2,23; D. 43,12,1,7), en los que se pone de relieve que el nuevo cauce de un río público - en este supuesto se habla de fosa o, como lo define Ulpiano, *receptaculum aquae manu facta*; no obstante, cumple la misma función - será considerado como público, sin que existan impedimentos sustanciales ante la posible mutación del cauce de un río público aunque se forme en terreno privado. A este propósito, y antes de entrar en el siguiente argumento, nos parece útil recordar, en relación a las fosas artificiales (receptáculos, o canales), que la consideración sobre la privacidad o publicidad de las mismas estará especialmente condicionada a la diferenciación existente entre ríos públicos y ríos privados, según nuestra exposición arriba recordada. Asimismo, la posibilidad de que las fosas o canales sean privados se desprende claramente de la afirmación transmitida por Ulpiano. En efecto, al decir que las fosas también pueden ser públicas -aunque parezca que nuestro jurista está pensando más en la excepcionalidad de los casos que en la generalidad de los supuestos- nos confirma la consideración, aparentemente más frecuente, de fosas privadas.

Nos interesa señalar que las aportaciones de Ulpiano en el fragmento referido a las fosas o canales artificiales aparecen dentro del título XII (*de fluminibus*) del mismo libro 43, y, aunque el jurisconsulto no haga ninguna referencia a la magnitud de las fosas, tendríamos que suponer que se trata de fosas o canales preparados para la navegación en general y la estancia de las embarcaciones, por tratarse de los aspectos fundamentalmente protegidos por este interdicto; si bien, lo que se destaca especialmente en el pasaje es la publicidad de la fosa por la que discurre el río público, y no se despejan las dudas sobre la viabilidad de la navegación en sentido amplio en este tipo de construcciones, ni se aportan datos suficientes para evitar confusiones con otro tipo de construcciones similares. Aquí se podrá observar con mayor facilidad -a diferencia de los estanques o los lagos- que la publicidad de las fosas no está directamente relacionado con la titularidad del suelo construido ni con la estimación de los habitantes de los alrededores (*opinio circumcolentium*), sino especialmente con el caudal de agua del río considerado público. Es decir, podríamos ver en este caso uno de los efectos sostenidos por Pomponio cuando atribuye a los ríos públicos una función similar a la de los censores, de modo que un terreno privado puede ser transformado en público y viceversa. Sin embargo, acerca de los lagos y estanques -que también podrían tener la condición de públicos o privados como señala Ulpiano en D. 43,14,1,6⁴⁵- resulta más complicado encontrar los elementos claves para aludir con mayor seguridad a una u otra condición. Podría pensarse en algunos aspectos ya sugeridos por la doctrina, como la titularidad del suelo, la *opinio circumcolentium*, factores geológicos y físicos, efectos naturales hidráulicos, composición cerrada o abierta de los mismos, argumentos de interés público, etc; si bien, como es sabido, la reflexión jurisprudencial contenida en las fuentes a este respecto, no aporta una distinción que ofrezca una fundamentación suficientemente clara para establecer un criterio que nos sirva, con carácter más general, como punto de referencia⁴⁶. No obstante, el intento de los juristas por conciliar el interés público y

45 Véase asimismo la definición de lago y estanque que nos transmite este jurista en D. 43,14,1,3-4 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): 3. *Lacus est, quod perpetuam habet aquam.* 4. *Stagnum est, quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur.* Sobre el dominio público de los lagos cfr., Código Civil art. 407. 4; Ley de Aguas de 2001, arts. 2.c y 9.1

46 Cfr., entre otros, D. 7,4,10,3; D. 39,3,24,3; D. 41,1,12 pr.; D. 41,2,3,14; D. 43,14,1 pr. y 2; D. 43,14,1,6; D. 43,15,1,6; D. 47,10,13,7; D. 50,15,4,6.

el particular como criterios rectores, hace que se eliminen muchas de las dificultades para su estimación jurídica y que se advierta en el pensamiento jurídico romano una tendencia más generalizada hacia la publicidad y el uso general sin reservas a la hora de hablar de *res publicae*.

III. ORILLAS

Las orillas de los ríos públicos son, expresamente, tuteladas por el pretor, como se desprende del interdicto prohibitorio que constituye el objeto de nuestro tratamiento preferente en esta sede (D. 43,12,1 pr.)⁴⁷; lo que podría parecer una lógica consecuencia al considerar el río en su conjunto. No obstante, no nos parece superfluo profundizar en el análisis de este elemento propio de los ríos, que se caracteriza, más bien, por la disposición al uso común que por su publicidad. En otros términos, el carácter público o privado de las orillas, como es sabido, representa una de las grandes polémicas doctrinales, pero una larga tradición jurídica ha entendido su especial función como necesaria para su uso general.

Situados dentro de este ámbito, observamos que surge ahora un nuevo problema al contrastar, en principio, la dualidad jurisprudencial respecto al concepto o su consideración. Cuando Ulpiano (D. 43,12,1,5) aborda la definición de orilla parece referirse a lo que contiene al río en su natural vigor, es decir, al flujo natural de su corriente o al nivel habitual del agua del río; en suma, a su curso normal. El jurista pone un ejemplo que sirve para advertir lo absurdo que sería establecer una referencia diferente ante una posible inundación por una crecida del Nilo, a causa de la lluvia o el mar, que posteriormente se retira a su cauce habitual, por lo que se puede decir abiertamente *ripas non mutat*. Diferente sería, si el río mudara su cauce, lo que también señala nuestro jurisconsulto⁴⁸:

D. 43,12,1,5 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Ripa autem ita recte definitur id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens: ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt. si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est ripas quoque eum mutasse, quemadmodum si alveo mutatio alia coepit currere.*

La explícita y breve definición de Paulo, parece más clara: Se considera que es orilla la que contiene al río cuando está más crecido:

D. 43,12,3,1 (*Paulus*, libro XVI *ad Sabinum*): *Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet.*

A continuación, en la explicación pauliana, se fijan las referencias más importantes para establecer concretamente el espacio ocupado por las orillas de los ríos: forma parte de la orilla el terreno que, desde la parte llana, comienza a declinar hasta el nivel o superficie del agua:

47 D. 43,12,1 pr. (*Ulpianus*, libro LXVIII, *ad edictum*). *Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.*

48 Cfr., en este sentido, D. 43,12,1,9 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit nom alveum sibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*

D. 43,12,3,2: *Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primun a plano vergere incipit usque ad aquam.*

Las afirmaciones contenidas en los párrafos transcritos exigen una delicada revisión, con la intención de esclarecer la verdadera efectividad de nuestro interdicto en relación a las orillas. A este propósito, nos parece útil recordar primero las dos definiciones. Ulpiano define la orilla como *id quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens*; Paulo, *ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet*, más abajo, en relación al suelo que ocupan, añade...*ex quo primun a plano vergere incipit usque ad aquam* (es decir, sólo el terreno que se encuentra en la pendiente que desciende hasta el agua). Ulpiano tiene en cuenta el nivel de su caudal natural o normal, y Paulo, por el contrario, la máxima crecida del curso de agua. La discrepancia es manifiesta, pero podría ser menos relevante si pensamos con Scherillo⁴⁹ que cuando Ulpiano establece como criterio general el nivel normal del agua, no pensaba en una crecida normal y permanente, sino más bien en una inundación; mientras que Paulo, evidentemente, no pensaba en una inundación sino en una crecida normal y periódica; de todas formas no sería tan evidente la contradicción cuando los compiladores han integrado los textos en el mismo título. Cabría decir, por tanto, que más bien era Paulo el que pensaba en una crecida normal (aunque empleara la frase (*quae plenissimum flumen continet*), y no en una anomalía o situación extraordinaria de las circunstancias fluviales.

Todavía podemos añadir algo más, si consideramos la dificultad que puede representar la utilización real de la orilla tal como la define Ulpiano, cuando lo más habitual puede ser que el espacio que contiene el curso del río esté siempre cubierto por el agua. Más bien podría entenderse que la existencia de la íntima trabazón que se da entre el límite del cauce propiamente dicho, y la orilla, hace casi-imperceptible los verdaderos límites de uno y otro. Paulo, al admitir que la orilla comprende todo el suelo adyacente que parte de la base plana y abarca el espacio inclinado hasta la superficie del agua, asume una mayor extensión de las orillas, con independencia de que la máxima crecida del flujo pueda aumentar o disminuir el terreno.

Connotaciones particulares destaca la doctrina⁵⁰ al hablar de los límites que podrían establecerse, teniendo presente las apreciaciones de Paulo y Ulpiano arriba mencionadas. Ulpiano, parece haber destacado el límite interno de la orilla, y Paulo, el límite externo, de modo que entre los dos límites definidos podría concebirse la existencia de una franja, que podría determinar la *ripa* en sentido técnico. En suma, una referencia doctrinal que se aproxima a lo expuesto por nosotros en páginas anteriores, si bien, en nuestra opinión, para establecer esta posible franja de terreno, no resulta absolutamente necesario acudir a la conjugación de las dos respuestas jurisprudenciales, pues, como hemos apuntado, se desprende, especialmente, de la formulación pauliana. No queremos reconocer, con carácter determinante, que lo escrito por Paulo añada una completa seguridad sobre la definición de las orillas de los ríos públicos, y menos aún la imprecisión de Ulpiano, sino más bien la aproximación pauliana a una probable realidad más concreta. Cabría finalmente, reconocer, en principio, centrándonos en la definición referida, que las orillas de los ríos públicos comprenden, al menos en la parte superior o externa, es decir, por encima de la superficie de los mismos, una parte de los fundos adyacentes, cuya proporción probablemente podría determinarse en función del tramo de suelo (franja, banda o faja) que ocupa la inclinación del terreno, hasta el nivel habitual (normal) del agua⁵¹.

49 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 114.

50 Cfr. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 141; Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 114. Obsérvese con atención la definición de riberas en la Ley de Aguas de 2001, art. 6.

Con la explicación anterior, nos hemos limitado a conocer, especialmente, el marco externo o el geológico de las orillas, si bien, la comprensión sobre la condición jurídica de estos elementos esenciales del río, exige profundizar en el modo específico e individual que tenían los juriconsultos a la hora de responder ante una realidad visible, aunque, aparentemente, confusa por diversas razones que trataremos a continuación.

El pretor, en el interdicto que nos ocupa (D. 43,12,1 pr.), prohíbe cualquier actividad que pueda producir el menoscabo de las orillas de los ríos públicos: (*Ulpianus*, libro LXVIII, *ad edictum*). *Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius inmittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat*. De la lógica conexión que establece el magistrado entre los ríos públicos y las orillas, podría pensarse que éstas, al formar parte del río en su conjunto, deberían participar de la publicidad, si bien, su régimen jurídico ha dado origen a distinciones muy significativas y grandes polémicas todavía sin resolver.

Las oscilaciones jurisprudenciales discurren, esencialmente, entre el carácter público o privado de estos elementos integrantes de los ríos públicos. La publicidad de las orillas se destaca, en líneas generales, en las siguientes afirmaciones:

D. 43,12,3 pr. (*Paulus*, libro XVI *ad Sabinum*): *Flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt*.

D. 41,1,65,1 (*Labeo*, libro VI *pithanon a Paulo epitomatorum*): *Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus: immo in eo genere insularum ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est*.

D. 39,1,1,1 (*Ulpianus*, libro LII *ad edictum*): *Hoc autem edictum remediunque operis novi nuntiationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant: nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione et eri transeundum ad interdictum quod vi aut clam factum erit ut restituatur et quod in loco sacro religiosove et quod in flumine publico ripave publica factum erit: nam his interdictis restituatur, si quid illicite factum est*.

Las expresiones paulianas de los dos primeros fragmentos que anteceden parecen determinantes, en cuanto a la publicidad de las orillas de los ríos perennes, si bien, en el tercer párrafo citado, Ulpiano, para demostrar la inaplicabilidad del edicto de obra nueva⁵² cuando la obra ya había sido terminada, detalla los instrumentos válidos a los que habrá que recurrir para subsanar esta imposibilidad, refiriéndose tanto al interdicto restitutorio *quod vi aut clam*, como al interdicto de lo hecho en lugar sagrado o religioso y el interdicto de lo hecho en río o ribera públicos. El efecto de esta mención ulpiana parece contemplar, principalmente, el tenor de expresión interdictal pretoria de la que ya nos hemos ocupado, no obstante, podríamos añadir que la relativa publicidad de las orillas simplemente se infiere, lo que viene a significar que Ulpiano en este fragmento no destaca de una forma decisiva la publicidad de las orillas, sino que se remite al interdicto sobre lo que se haya hecho en río público o ribera pública: *Quod in flumine publico ripave publica factum erit*. En este sentido, cabría aceptar con Scherillo⁵³, que *ripave publica* sea un probable error del amanuense por *ripave fluminis*, como aparece en el texto de los interdictos.

51 Obsérvese la definición de riberas que aparece en la nueva Ley de Aguas de 2001: 6.1 Se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas, y por márgenes los terrenos que lindan con los cauces.

52 Véase, Santucci, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Pàdova 2001.

53 Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 114 n. 3.

Entre los textos que reconocen la propiedad privada de las orillas, o bien destacan su publicidad exclusivamente respecto al *usus publicus*, es decir, que continúan perteneciendo a los ribereños, aunque estén sujetas al uso común, cabría recordar los siguientes:

D. 41,1,30,1⁵⁴ (*Pomponius*, libro 34 *ad Sabinum*): *Celsus filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est usus autem eius publicus intellegitur, et ideo cum exsiccatu esset alveus, proximorum fit, quia eum populus eo non utitur.*

Celso reconoce la propiedad privada del terreno que se encuentra junto al margen del río, es decir, en la orilla, y añade que si hubiese crecido un árbol en esta parte del suelo, debe admitirse que pertenece al propietario del fundo, si bien, aclara el jurista, debe entenderse que el uso de este espacio es público (*...usus autem eius publicus intelligitur*).

Asimismo, Gayo destaca la publicidad de las orillas por derecho de gentes, con el mismo argumento que el criterio utilizado para determinar la publicidad de los ríos:

D. 1,8,5⁵⁵ (*Gaius*, libro II *Rerum cottidianarum sive aureorum*): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*

La solución ofrecida en este pasaje viene a confirmar el uso público de las orillas, incluso reconociendo la propiedad a los predios colindantes. En el mismo sentido a lo que disponía el texto antes citado, los árboles que hayan nacido en este tramo del suelo pertenecerán a los ribereños. Asimismo, se señalan en el pasaje algunas de las actividades permitidas a los usuarios: acercar a ellas las naves o barcas, atar o fijar ama-

54 Sobre los indicios de interpolación cfr. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 142 n. 2, especialmente, a propósito de la parte que parece establecer una equiparación con la condición jurídica del álveo. Según Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 115, n. 4, la frase comprendida entre (*et ideo-uitur*) está interpolada. Cabría observar, que la afirmación contenida en este pasaje, es utilizada por Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 223, para confirmar su opinión sobre la publicidad del cauce. En este sentido, véase también Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 106, n. 319. Las diferencias interpretativas ya comentadas por nosotros pueden verse en Branca, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 54 y ss.; Sargenti, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, cit., pp. 195 y ss.; Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 9 y ss.

55 En relación a la frase contenida en este fragmento, (*...retia siccare et ex mare reducere*), Véase Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 105, n. 318, donde pone de relieve, acertadamente, la probabilidad de considerar errónea la inserción, al confrontarlo con el fragmento correspondiente de las Instituciones, y advertir que el inciso aparece contenido en I. 2,1,5 y se refiere, evidentemente, a la utilización del lido del mar. I. 2,1,5: *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere, in quam recipiant, sicut retia siccare et ex mari deducere. Proprietates autem eorum potest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et, quae subiacet mari, terra vel arena.* No obstante, como puede comprobarse el *usus publicus* por derecho de gentes es aplicable tanto a las costas del mar como a las orillas de los ríos. En efecto, en las Inst. 2,1,4, se afirma el uso público tanto de las riveras como de los ríos, por derecho de gentes. En Inst. 2,1,5, se reconoce el *usus publicus* de las costas como del mar. Con independencia de la probable inserción errónea del texto arriba referido, nos parece adecuado ampliar, por analogía, el elenco de actividades que pueden realizar los usuarios de unas y otras. Como por ejemplo, poner las redes a secar, echarlas o sacarlas del agua; en definitiva, podríamos hablar de todas las actividades propias de la pesca y la navegación. Si bien, lo que a nuestros fines interesa destacar ahora con Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 223, es que Ulpiano en el fragmento (D. 43,12,1,6) confirma, indirectamente, la propiedad privada de la orilla del río. Cfr. 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. 485 y ss.

rras a los árboles de la orilla, poner a secar las redes y sacarlas del agua, descargar (y cargar) las mercancías y los fardos en las barcas y navegar por el mismo río; pero, como afirma Gayo, *proprietas illorum est, quorum praediis haerent*.

Como es sabido, en este mismo orden de ideas hay que entender el siguiente párrafo de las Instituciones:

I. 2,1,4. *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates eorum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.*

Igual que la propiedad privada de las orillas (tanto las marinas como las fluviales) puede parecer incuestionable en este párrafo, el *usus publicus* también. La esencia de este razonamiento se encuentra, con idéntico sentido, en el *ius gentium*.

El carácter determinante sobre la usual publicidad, en relación con las orillas, puede resultar confuso en las afirmaciones de Escévola, -autor de la obra (*libri iuris civilis*, compilada en dieciocho libros) más influyente en la República romana-, y Neracio, -probablemente el último jefe conocido de los *proculiani*, miembro del *consilium* de Trajano y Adriano-, no obstante, se presupone:

D. 43,12,4 (*Scaevola*, libro V *responsorum*): *Quaesitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati iuris facere potest. respondit non fosse.*

D. 41,1,15 (*Neratius*, libro V *regularum*): *Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit.*

De forma indirecta, el mismo Ulpiano, reconoce la propiedad privada de las orillas cuando comenta la condición jurídica de la isla que se forma en un río público, como se desprende del siguiente texto:

D. 43,12,1,6⁵⁶ (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius cuius ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.*

Cuando la isla se forma en medio del cauce de un río público, pertenecerá a los que posean los terrenos adyacentes de una y otra orilla, pero en los casos en los que la isla surja en otra parte del río, la atribución de la misma dependerá de la condición jurídica del terreno. Por tanto, si las fincas ribereñas tienen los límites formalmente establecidos (*agri limitati*), pertenecerá a los que la ocupen⁵⁷; o bien, cuando se trate de una isla que se forma en terrenos ribereños no delimitados (*agri arcifini*), será propiedad del ribereño que tenga la mayor proximidad, (...*est eius cuius ripam contingit*, lo que podría entenderse incluso como aquél a cuya orilla toca).

Evidentemente, si se produce una simple inundación y no puede hablarse de *mutatio alvei*, tampoco tendríamos que plantearnos la publicidad de las orillas, por ser prácti-

56 El régimen descrito a este propósito por Ulpiano en D. 43,12,1,6-7, contrasta, afirma Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., pp. 81 y ss., con algunos testimonios de las fuentes jurídicas y de los agrimensores. En este sentido, el autor habla del surgimiento de una antinomia referida al territorio limitado o no, con la única diferencia consistente en que para la adquisición del primero es preciso el hecho de la *occupatio*, y para el segundo, es decir, los no limitados, la adquisición se produce *ipso iure*.

57 Cfr. Franciosi, *Res nullius e occupatio*, en ANA. 75, 1964, pp. 2 y ss.

camente inexistentes. En efecto, no se hace público el terreno cubierto por el agua, como escribe Ulpiano, ni, por tanto, cabría añadir obviamente, la supuesta franja de la orilla:

D. 43,12,1,9 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit nom alveum sibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*

La especial condición jurídica de las orillas, con independencia del marco geofísico que abiertamente se ha intentado predeterminar, el espacio que ocupan, y las líneas jurisprudenciales y doctrinales trazadas, se confirma, en sustancia, con el revestimiento de publicidad, en cuanto al uso general admitido. Con otras palabras, podríamos decir que no se trata de considerar expresamente una ilimitada publicidad con carácter general de estos elementos integrantes del río en su conjunto, sino más bien de apreciar una publicidad que podría denominarse, permítasenos la expresión, “parcial”, es decir, en cuanto al uso público que afecta solamente a una parte del terreno estrechamente condicionado por la utilización general del río público; pues, como hemos podido observar, prevalecen, con mayor frecuencia, los criterios jurídicos en este sentido. La propiedad privada de las orillas se presupone en numerosos textos (cuando son de naturaleza privada los fundos adyacentes al río público), si bien, la limitación parcial a esta propiedad privada la determina, por motivos de utilidad pública, el uso normal reconocido a todos los ciudadanos para el desempeño de todas las actividades propias de la navegación⁵⁸; que tendrá que soportar el propietario del terreno sino quiere verse sometido a las previsiones interdictales ya referidas. Hemos hablado de una especie de publicidad limitada o parcial de las orillas, si bien, resulta completamente suficiente y decisiva para la probable aplicación de nuestro interdicto. Asimismo, hemos preferido utilizar la expresión publicidad limitada o “parcial”, mejor que limitada exclusivamente, en relación a los supuestos en los que el río público recorre una finca privada sin límites formalmente establecidos, porque afecta sólo a una parte del terreno confluyente con el río público, y que forma parte de uno de los elementos accesorios e imprescindibles del mismo (las orillas), y, que en todo momento, tiene la condición de público. Es decir, en este sentido, las orillas son públicas, y quizá no debería hablarse de una publicidad limitada o parcial, respecto a las orillas; salvo que se pongan en relación con la finca privada, y, en este supuesto, en todo caso parecería más aceptable hablar de publicidad parcial, porque sólo afecta a una parte del terreno privado que pierde su condición natural para adquirir una nueva: publicidad para su uso por interés general. Al margen de su ubicación real, cabría hablar de una publicidad en sentido concreto, pero amplio a la vez, respecto a esta zona del fundo, por el fin que se pretende conseguir: uso público. En suma, parece preferible hablar de publicidad limitada o parcial, en relación a la titularidad real del fundo, pero no en relación a la condición propia de las orillas de un río público, que no encontrará ninguna limitación a la hora de aplicar la tutela interdictal por su reconocida publicidad, al tratarse de elementos destinados al uso público y sin reservas aparentes.

Consideraciones jurisprudenciales, que por motivos exegeticos, dogmáticos e históricos se reflejan en la actividad administrativa actual, no privada de agudeza y sutileza, y, aunque no se adapten completamente a las formulaciones clásicas, pues las necesidades de acondicionamiento actual así lo aconsejan, todas ellas constituyen la plasmación de una esencia romana coherente para las nuevas regulaciones. En este sentido, resulta muy interesante observar la definición de riberas que aparece en el artículo 6 de la nueva Ley de Aguas de 2001: 6.1.- Se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas, y por márgenes los

⁵⁸ Aproximar y estacionar las barcas, acceso a las naves o embarcaciones, carga y descarga de las mercancías, etc.

terrenos que lindan con los cauces. Las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal: a) A una zona de servidumbre de cinco metros de anchura, para uso público que se regulará reglamentariamente. b) A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. 6.2.- En las zonas próximas a la desembocadura en el mar, en el entorno inmediato de los embalses o cuando las condiciones topográficas o hidrográficas de los cauces y márgenes lo hagan necesario para la seguridad de personas y bienes, podrá modificarse la anchura de ambas zonas en la forma que reglamentariamente se determine.

Así configurada la protección interdictal sobre los distintos elementos que componen el río separadamente, quizá convenga, como marco de referencia, acudir a un nuevo texto ulpiano, donde se confirma la necesidad de establecer unos ejemplos que resuman las actividades que pueden producir el daño, deterioro, perturbación o menoscabo de la funcionalidad del río público, considerado en su conjunto.

Ulpiano nos dice que se considera que se empeora el estacionamiento y el tránsito de las embarcaciones cuando se perturba su uso, dificultándolo, disminuyéndolo, enrareciéndolo o haciéndolo del todo imposible. Esto puede ocurrir, como señala el jurisconsulto, por los siguientes motivos: una derivación o desviación del agua, de forma que el río deje de ser navegable por la disminución de su corriente, un ensanche o estrechamiento del cauce, que le haga perder profundidad, o acelere el curso de la corriente, cualquier entorpecimiento que pueda ser perjudicial en líneas generales. Salvo, como escribe Labeón en el siguiente precepto, -en relación con la posible excepción que podría darse al demandado-, que se haya hecho algo que fuera con arreglo a la ley (*extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*), es decir, lícito, y no con una excepción que diga simplemente, salvo que se haya hecho para proteger la orilla (*aut nisi ripae tuendae causa factum sit*).

D, 43,12,1,15-16 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Deterior statio itemque iter navigio fieri videtur, si usus eius corrumpatur vel difficilior fiat aut minor vel rarior aut si in totum auferatur. proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis, vel si dilatetur, aut diffusa brevem aquam faciat, vel contra sic coangustetur, et rapidius flumen faciat, vel si quid alio fiat quod navigationem incommodet difficiliorive faciat vel prorsus impediatur, interdicto locus erit. 16. Labeo scribit non esse dandam exceptionem⁵⁹ ei, qui interdicto convenietur: aut nisi ripae tuendae causa factum sit, sed ita excipiendum ait: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit.*

La razón que pudo haber tenido Labeón para proponer una redacción más amplia de la excepción, debió haber estado fundada, escribe Lazo⁶⁰, “en el hecho de que aquellas intervenciones en el río se hacían con el objeto de reparar la orilla y que no perjudicaban la navegabilidad, eran ellas mismas objeto de protección interdictal, de modo tal que el constructor que se viera perturbado en su labor, podía recurrir al pretor a objeto de solicitar protección para la realización de su construcción”.

Una reflexión del autor que se ajusta perfectamente, en nuestra opinión, al tenor, aparentemente más explícito, de los diferentes interdictos sobre los ríos públicos, si bien a nosotros nos parece acertado añadir algo más.

59 No contenida en el formulario esquemático del edicto, como también señala Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano*, cit., p. 34,

60 Lazo, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, cit., p. 70.

Teniendo presente cuanto se ha dicho, las reservas a este propósito no han desparecido por completo. Por ejemplo, las orillas de los ríos públicos, encuentran una adecuada protección especial en cada uno de los interdictos específicos que mencionamos a continuación: D. 43,12,1 pr. (río público o en su orilla); D. 43,13,1 pr.⁶¹ (río público o en su orilla); y el más concreto sobre la reparación de la orilla, D. 43,15,1 pr.⁶². El único interdicto que, como consecuencia lógica de su contenido (que se pueda navegar por un río público, sin soportar, por tanto, ningún tipo de violencia D. 43,14,1 pr.⁶³), no alude directamente a su tutela, pero quizá podría inferirse del mismo. Ulpiano, en D. 43,13,1 pr., nos transmite la orden pretoria que prohíbe hacer o poner algo en río público o en su orilla, pero no con la finalidad directa de proteger la navegación, como al parecer ocurre con los demás, sino con objeto de evitar que el agua fluya con una intensidad diferente a la normal, es decir, tomando como referencia el estío anterior. Y, justamente en este interdicto, que no dispone directamente ningún aspecto sobre la viabilidad de la navegación, es el elegido por Ulpiano, sin recurrir a ningún jurista anterior, para afirmar que el interdicto afecta a los ríos públicos, sean o no navegables. No parecería injusto –utilizando un término empleado por Labeón–, pensar que si los elementos del río público en su conjunto, que tienen un revestimiento de publicidad admitido –sea directamente, o por estar destinados al uso público, por lo que necesariamente deben encontrarse en óptimas condiciones–, dispongan también de una especie de tutela más independiente que no tenga que verse, casi siempre, condicionada especialmente a uno de los múltiples usos (aunque siempre considerado claramente como primordial): la navegación; lo que excluiría evidentemente a los ríos públicos no navegables.

El simple reconocimiento de la pública utilidad no debería justificar por tanto, en determinados supuestos, la ausencia de una mayor precisión.

Por ejemplo, en el texto que acabamos de comentar (D. 43,13,1), parece fácil presumir la protección directa de la navegación (afecta a los ríos públicos, sean o no navegables), y no es preciso, por tanto, recurrir a un efecto reflejo o indirecto para la tutela específica de los ríos no navegables.

No obstante, el argumento preferente, y exclusivo, de la mayoría de los trece pasajes del fragmento primero –que completan este interdicto–, al margen de las aclaraciones ulpianeanas sobre el concepto de anterior estío, se centra en destacar las acciones perjudiciales para los vecinos que puedan ocasionar las alteraciones de esta naturaleza.

En este sentido, y de forma expresa lo comenta Ulpiano en los siguientes párrafos: D. 43,13,1,1⁶⁴; D. 43,13,1,3⁶⁵ *in fine*; D. 43,13,1,6⁶⁶; D. 43,13,1,7⁶⁷. El perjuicio

61 D. 43,13,1 pr. (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum): *Ait praetor: In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto.*

62 D. 43,15,1 pr. (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum): *Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur, vim fieri veto.*

63 D. 43,14,1 pr. (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum): *Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam.*

64 D. 43,13,1,1: (Ulpianus, libro LVIII ad edictum): *Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina excrescant vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.*

65 D. 43,13,1,3 (Ulpianus, libro LVIII ad edictum): *Ait praetor: quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit; non omnia ergo, qui immisit vel qui fecit, tenetur, sed qui faciendo vel immitendo efficit aliter, quam priore aestate fluxit, aquam fluere. Quod autem ait: aliter fluat, non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum, et ad rigorem cursus aquae referendum est. Et generaliter dicendum est, ita demum interdicto quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est, dum vel depressor, vel altior fiat aqua, ac per hoc rapidior fit cum incommodo accolentium. Et si quid aliud vitii accola ex facto eius, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit.*

de los vecinos es, por tanto, el que parece condicionar el ejercicio del interdicto, y no la navegación o impracticabilidad fluvial para este uso.

Podría pensarse, como una de las hipótesis posibles, que el revestimiento de la publicidad fluvial, en su conjunto, es el que debería favorecer la tutela interdictal a todos los usuarios, como parece desprenderse de las cosas públicas, o destinadas al uso público, y no un determinado y limitado tipo de uso (la navegación) el que debería condicionar la sanción interdictal.

No es fácil saber el motivo de la existencia de un condicionante aparentemente tan limitado. Esta manera de entender la tutela de los ríos públicos no parece encajar con la idea de publicidad, en cuanto al uso, que puede extraerse del análisis de los diferentes elementos que lo componen. Scialoja,⁶⁸ sintetiza claramente, en nuestra opinión, los aspectos que ahora nos interesa recordar. El agua corriente del río es una *res communis omnium*; el cauce del río es público, como el suelo romano de dominio público, pero está completamente sujeto al uso público; las orillas pueden ser privadas, pero totalmente disponibles para el uso público; el río, en su conjunto, es una *res publica*, pero *iuris gentium*, como dice el texto de Gayo D. 41,1,7,5, y el comentario de Pomponio en D. 41,3,45.

La pública disponibilidad del río a todos los posibles usuarios, parece incuestionable. Si bien, los numerosos remedios jurídicos para proteger el uso público de los ríos (especialmente recogidos en los títulos 12,13,14,15 del libro XLIII del Digesto) parecen centrar, preferentemente, la tutela interdictal en función de la navegabilidad, sin embargo, no nos parece extraño, en principio, encontrar expresiones jurisprudenciales que supongan una especie de cruce axial, del que se desprende la necesidad de extender a todos los ríos, sean o no navegables, una defensa interdictal útil.

Incluso convergen acciones perjudiciales que podrían estar sujetas a uno u otro interdicto, en las que simplemente se aprecia el condicionante de la navegabilidad. Además, cabría añadir, que solamente en uno de ellos, como hemos podido comprobar (D. 43,13,1 pr.), cuando el pretor habla de proteger la intensidad del agua del río público, para que no se impida que fluya como en el anterior estío, Ulpiano, con sus propias

66 D. 43,13,1,6 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto quod eius ripae muniendae causa non fiet, scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accipientium muniendae sunt hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari.* A través de algunos giros idiomáticos cabe poner a salvo la sustancia del texto, como acertadamente señala Berger (en contra de Beseler), *Interdictum*, PW, cit., 1636. Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., 155 n. 4, no excluye la posible infiltración de alguna glosa, si bien, las únicas palabras que, según él, probablemente estén interpoladas son las últimas, y sólo éstas: *plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari*. En este sentido se pronunció también Biscardi (siguiendo a Krüger), *La protezione interdittale nel processo romano*, cit., pp. 40 y ss., al observar que el *plerumque enim*, es el resultado de una interpolación que probablemente responde más a la tendencia generalizadora bizantina con objeto de poder aplicar este medio de defensa. No obstante, ante las necesidades que pueden justificar el uso de este remedio –la *exceptio*– y el análisis del conjunto del fragmento, no se puede, a nuestro modo de ver, cuestionar su aplicación, como tampoco lo hace obviamente nuestro autor, “la eventuale concessione del mezzo giudiziario –*exceptio*– è rimessa al prudente arbitrio del magistrato, il quale potrà darla o non darla...”.

67 D. 43,13,1,7 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Sed et si alia utilitas vertatur eius, qui quid in flumine publico fecit (pone enim grande damnus flumen ei dari solitum, praedia eius depopulari), si forte aggeres vel quam aliam munitionem adhibuit, ut agrum suum tueretur eaque res cursum fluminis ad aliquid immutavit, cur ei non consulatur? plerosque scio prorsus flumina avertisse alveosque mutasse, dum praediis suis consulunt. oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem ed tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum.*

68 Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., pp. 223 y ss.

palabras (es decir, sin acudir a Labeón), admite la eficacia interdictal a todos los ríos públicos, navegables o no. La utilidad de reparar las orillas de los ríos públicos se destaca explícitamente en el interdicto *de ripa munienda* (D. 43,15), lo que podría indicar una protección menos limitada de estos elementos sujetos siempre al uso público, sin embargo, se vuelve a insistir en el fin que se persigue, siempre que no se empeore la navegación.

Se habla con frecuencia de la protección de los ríos públicos y de los remedios interdictales existentes para tal fin, si bien, poco se dice de la condición expresa (que no se perjudique la navegación), que absorbe, en nuestra opinión, el repertorio pretorio y jurisprudencial, quizá de manera excesiva, privilegiando principalmente solo uno de los usos más relevantes.

El pretor prohíbe en su interdicto (D. 43,12,1 pr.) que se entorpezca el estacionamiento y el tránsito del navigio, es decir, de las naves, barcas, balsas (o embarcaciones en general), y, como explica Ulpiano, también se puede impedir el tránsito de las embarcaciones si se obstaculiza el camino de las orillas para acceder al río. El estacionamiento, lo define Ulpiano, como el lugar donde las naves pueden estar seguras:

D. 43,12,1,13-14 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Stationem dicimus a stando: is igitur locus demonstratur, ubicumque naves tuto stare possunt. 14. Ait praetor: iterque navigii deterius fiat. hoc pro navigatione positum est: immo navigium solemus dicere etiam ipsam navem, iter ergo navigio potest et sic accipi iter navi deterius fiat. navigii appellatione etiam rates continentur, quia plerumque et ratum usus necessarius est. si pedestre iter impediatur, non ideo minus iter navigio deterius fit.*

Nuestro jurista, en D. 43,12,1,15, partiendo de lo dispuesto en D. 43,12,1 pr., se centra fundamentalmente en destacar los perjuicios para la navegación, alteraciones del nivel del agua o del cauce del río; por tanto, con cierta coherencia, no parece contemplar los posibles impedimentos para otros usos comunes (bañarse, lavarse, cruzar por medio de un vado, etc.), si bien, en atención a la posible extensión labeoniana referida por Ulpiano a los ríos no navegables, que vimos al comentar la segunda parte del fragmento contenido en D. 43,12,1,12,⁶⁹ con una previsión analógica, y recordando además, el controvertido fragmento de Labeón (D. 43,12,1,18⁷⁰) -que también extiende el interdicto a los ríos públicos no navegables-, del que gran parte de los estudios doctrinales resaltan los indicios de interpolación, y el espíritu ejemplificativo que tiende a pormenorizar las acciones que podrían producir los perjuicios, cabría preguntarse todavía acerca de la conveniencia o no de haber introducido Ulpiano, en el detallado fragmento de D. 43,12,1,15, otros impedimentos que puedan restar eficacia a la finalidad perseguida en el interdicto; como por ejemplo, señala Fischer⁷¹, plantar árboles en la orilla, la construcción de edificios en la misma que dificulten el acceso a los embarcaderos, o bien la colocación de obstáculos en el propio río, que, sin embargo, no aparecen explícitamente mencionados por el jurista en este pasaje; aunque se puede inferir de los textos referidos, especialmente del tenor literal del interdicto pretorio. En suma, parece que Ulpiano ha preferido destacar la aplicabilidad del interdicto, citando sólo algunos ejemplos en relación con las

69 D. 43,12,1,12 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat, vel aquae cursus impediatur, utile interdictum, ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit.*

70 Véase Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*, cit., nr. 153.

71 Fischer, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., p. 138.

acciones más relevantes que pueden producir el menoscabo de la navegación: nivel del agua, ampliación o estrechamiento del cauce; no obstante, la prohibición de dichas acciones, como es sabido, también favorece a otros usos comunes.

Naturalmente, un fragmento como el contenido en D. 43,12,1,15, donde se protege la navegación de forma especial, reforzaría y recortaría todas las expectativas de una probable extensión a los ríos no navegables, si bien, la perspectiva labeoniana referida y el análisis del conjunto de la disciplina interdictal, en tema de ríos públicos, favorece, al menos implícitamente, una tendencia jurisprudencial hacia un reconocimiento no tan delimitado respecto al interdicto en examen. La aparente inhibición ulpiana, en cuanto a la precisión, quizá no fomente la posibilidad de extraer la esencia; no obstante, tampoco en esta ocasión podemos eliminar la crítica de una exposición llena de logros parciales, que al menos podría inducir a una difusión de las posibles consignas que contribuyen a moldear la idea de público, en cuanto a los ríos (sean navegables o no).