

ABUSO DEL DERECHO. DEFINICIONES EN TORNO A SU ORIGEN

Juan David Terrazas P.¹

Universidad Andrés Bello

1. INTRODUCCIÓN

El "abuso del derecho" ha sido estudiado desde diversos puntos de vista, confirmándose a través de ellos que tanto su concepto como su formulación teórica es muy difícil, al punto que no existe hasta hoy consenso en torno a sus elementos constitutivos². De hecho, y tal como destaca Rotondi³, mucho de esta situación se justifica en la circunstancia de que el origen de la institución es difuso⁴.

Incluso la misma denominación "abuso del derecho" que en principio podría no representar mayores dificultades, ha sido discutida por aquellos que creen que es imposible "abusar" de un derecho, tal como ocurre sólo por dar un ejemplo, con Planiol⁵ Rotondi⁶ y, entre nosotros Rodríguez Grez⁷, para quien aquel que "abusa de su

¹ Abogado, Licenciado en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Romano y Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello.

² Vid., Rodríguez Grez, Pablo, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 7.

³ Rotondi, Mario, L'abuso di Diritto. "Aemulatio", CEDAM, Padova, 1979, p. 14.

⁴ Rodríguez Grez, op. cit., p. 121.

⁵ Planiol, Marcel, Traite élémentaire de droit civil: conforme au programme des facultés de droit, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1900.

⁶ Op. cit., p. 5.

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, Responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 79-80. Id., El abuso del derecho y el abuso circunstancial, op. cit., pp. 134 ss. A propósito de este asunto, nuestro autor recuerda la configuración de la teoría del derecho subjetivo a partir de los ideales propios de la Revolución Francesa y concluye que "El «abuso del derecho» consiste, entonces, en exceder el interés jurídicamente protegido por el derecho positivo al instituirse la norma que lo consagra. Es este el único límite jurídico en su ejercicio, Más allá del

derecho”, en realidad pone en movimiento un derecho que no tiene, un derecho “inexistente”⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, en el lenguaje jurídico la voz “abuso” significa consumir, destruir, usar intensamente; y si lo ubicamos en el contexto que le estamos dando, ello se traduce en que con esta expresión designamos el “uso malicioso”, “reprobado y reprobable”, “ilegítimo” de un derecho por parte de quien es su titular⁹. Precisamente, ese ha sido el sentido que la jurisprudencia de nuestro país le ha dado a la institución objeto del presente estudio: desde dicha perspectiva resulta importante destacar una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰ en la que se declara “Cualquiera sea el ámbito de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimas, intención del agente en perjudicar o con desvío de los fines de la institución para los que fue concebida o incluso aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar perjuicio a su contraparte o contratante. Esta intención de perjudicar, no sólo debe manifestarse como es lógico cuando se actúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual, sino también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido” (Considerando 4º). Y continúa “En relación al abuso del derecho, se ha dicho que en Chile no se avanza nada desde el punto de vista jurisprudencial, de acuerdo con las actuales doctrinas sobre la materia, restringiendo su aplicación a lo que ha dicho Alessandri en cuanto a someter el principio a las normas que rigen la

interés o fuera del interés que se permite realizar, se actúa al margen del derecho, de hecho, infringiendo el ordenamiento positivo. Por consiguiente, no se abusa del derecho, sino de una apariencia, de un espejismo, de una sombra que no corresponde a una realidad concreta”.

“La terminología es, por lo tanto, equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede «abusarse» de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados en la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el margen de lo jurídico”.

⁸ Esta es la razón por la que Rodríguez Grez sostiene que el abuso del derecho no tiene parentesco alguno con la comisión de un delito o cuasidelito, sino con el daño que se causa por efecto del ejercicio de un derecho inexistente.

⁹ Rotondi, op. cit., p. 17.

¹⁰ N° de ingreso 1330-1990 (9-11-1992).

responsabilidad delictual y cuasidelictual civil, ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Sin embargo, el profesor Pablo Rodríguez Grez, en sus trabajos sobre “De la relatividad jurídica” y “La obligación como deber de conducta típica”, critica esta aplicación restringida y avanza a su extensión sosteniendo: «aplicando estos conceptos a la materia que nos ocupa, digamos que quien ejerce su derecho (nacido de un contrato) dolosa o culpablemente, vale decir con miras a obtener un provecho que no le corresponde causando un daño, o con descuido, negligencia o falta de la debida atención, rompe el equilibrio de las prestaciones equivalentes por un hecho posterior al contrato que lo obligará a reparar el perjuicio causado. Paralelamente quien ejerce el derecho más allá a la realización del interés jurídicamente reconocido y protegido por la norma positiva, también romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra y contraviniendo la conmutatividad original». Por último, como señala el profesor don Fernando Fueyo Laneri en su libro *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Editorial Jurídica de Chile), pág. 295, hace una conclusión expresando que «El ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno» (Considerando 2º)¹¹.

El fallo reproducido parcialmente en el párrafo anterior, hace referencia al desarrollo que en la doctrina nacional ha tenido el tema, pero para efectos de sistematizar adecuadamente dicha evolución y tomando en consideración que en nuestro ordenamiento jurídico falta una norma expresa sobre el particular¹², la teoría del abuso del

¹¹ Sin ánimo de exhaustividad, podemos señalar que siguiendo estos mismos criterios se pronuncia la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán (Nº de Ingreso 2-2006); la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción (Nº de Ingreso 982-2007) y la Exma. Corte Suprema (Nº de Ingreso 2902-2004). Un repaso muy completo, con comentarios, puede apreciarse en Rodríguez Grez, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, op. cit., pp. 221 ss.

¹² En nuestro ordenamiento jurídico sólo existen normas dispersas que se encuentran inspiradas en la figura del abuso del derecho y que recurrentemente son citadas a propósito de ello: artículo 945 del Código Civil (derogado) y que pasó al artículo 56 del Código de Aguas; artículos 197; 328; 2110; 2111 y 2112 del Código Civil; artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; artículo 100 del Código de Comercio; artículo 75 de la Ley General de Bancos; artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas; artículo 48 de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria. En todo caso, esta situación no es anómala en la experiencia comparada, pues en Francia

derecho ha sido marcado por hitos relevantes, todos los cuales comienzan con lo razonado por ALESSANDRI¹³, en términos de que este debe considerarse como una especie de ilícito civil: hay abuso del derecho cuando aquel se ejerce dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios. Indudablemente, mucho de nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina, se encuentran inspirados en esta idea matriz, lo que se ve refrendado en la medida que se verifica que la mayoría de las sentencias y trabajos referidos al abuso del derecho, se enmarcan en el contexto de la responsabilidad extracontractual. En la misma línea, LÓPEZ SANTA MARÍA¹⁴, opina que el abuso del derecho no es una figura autónoma, sino una manifestación concreta de la responsabilidad civil extracontractual y siguiendo el camino, BARROS¹⁵ también lo considera un ilícito civil: en general, en la regulación de la responsabilidad civil el ejercicio de un derecho opera como una causal de justificación que permite eliminar el juicio de ilicitud de la conducta. Pero esto cesa si el derecho no es ejercido de forma regular; por lo mismo cuando el ejercicio del derecho es abusivo, también será culpable o doloso, de manera que por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual resulta obligado a indemnizar quien en ejercicio abusivo de su derecho daña a otro.

FUEYO¹⁶, marca el punto de arranque de una visión distinta del abuso del derecho, pues cree que se trata de un principio general de derecho, toda vez que el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, por lo que resulta recomendable que esta materia fuera tratada en la parte general o Título Preliminar del Código.

ocurre lo mismo. El primer ordenamiento jurídico que se refirió expresamente al principio del abuso del derecho fue el Landrecht de Prusia de 1794, que en su artículo 34-39 prescribía "No se debe indemnizar por un daño causado en el ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias formas posibles de ejercerlo, se haya elegido aquella más dañosa a otro con el fin de ocasionarle perjuicio".

¹³ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, 2ª edición, Editorial Ediar-Conosur, Santiago de Chile, 1983, pp. 261 ss.

¹⁴ López Santa María, Jorge, Los contratos. Parte general. Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 305 ss.

¹⁵ Barros Bourie, Enrique, Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 646 ss.

¹⁶ Fueyo Laneri, Fernando, Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 275 ss.

Finalmente, RODRÍGUEZ GREZ¹⁷, discrepa de todo lo hasta aquí señalado, pues cree que lo que nosotros conocemos como "abuso del derecho", es una figura distinta que resulta de la desviación o extensión excesiva del interés jurídicamente protegido en el derecho subjetivo. El que "abusa del derecho" extiende el interés más allá de los límites propios o lo desvía hacia una dirección contraria a la ley.

Como se ve, en general podríamos afirmar que estas son las dos tendencias que resumen el *status quaestionis* en nuestro país: entender el abuso del derecho como un tipo de ilícito civil (mayoritaria)¹⁸; o bien, como un principio general de derecho (minoritaria). Las diferencias son sustanciales, pero basta señalar que si optamos por la primera tesis, el resultado más importante de ello es que la sanción relacionada con nuestro objeto de estudio será siempre la indemnización de perjuicios. Por el contrario, si optamos por darle una configuración más amplia, las posibilidades de reparación para la víctima son mucho mayores, pues ya no sólo sería la indemnización sino también podría optarse por paralizar el acto abusivo u otras medidas similares.

En suma, se puede apreciar que la historia de la doctrina relativa a nuestra institución resulta ser la historia de una inagotable investigación sobre el plano conceptual¹⁹, que se justifica en la

¹⁷ De la responsabilidad extracontractual, op. cit., pp. 79 ss.

¹⁸ Para los partidarios de esta doctrina el abuso del derecho podría definirse como «el fenómeno en virtud del cual un sujeto al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos para su función social, causa daño a otros».

¹⁹ Además de la ya citada obra de Rodríguez Grez, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, en nuestra doctrina es importante revisar: Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, op.cit., pp. 261 ss.; Fueyo Lanerí, Instituciones de Derecho Civil Moderno, op.cit., pp. 275 ss.; López Santa María, Los Contratos. Parte General, op.cit., pp. 305 ss.; Barros Bourie, Tratado de responsabilidad extracontractual, op.cit., pp. 646 ss. En doctrina comparada, los textos sobre el tema son numerosos, por lo que no pretendemos exhaustividad con la enunciación que a continuación hacemos: Basile, Massimo, "«Abusi» nella costituzione di enti privati e «superamento» della personalità giuridica", en Diritto privato, 1997, III, pp. 235 ss.; Bergamo, E., "Abuso del diritto e impugnativa del bilancio", en Giur. It., 2001, pp. 1890 ss.; Breccia, U., "L'abuso del diritto", en Diritto privato, 1997, III, pp. 5 ss.; Cattaneo, G., "Buona fede obbiettiva e abuso del diritto", en Revista trimestrale dir. proc. civ., 1971, pp. 613 ss.; Charmont, Joseph, "L'abus de droit", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1902, I; Cueto Rua, Julio, "El abuso del derecho", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 9, 1976, pp. 730 ss.; Díez-Picazo, Luis, "El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo título preliminar y el problema de sus recíprocas relaciones", en Documentación Jurídica, oct.-dic., 1974, N°4; Fernández Sessarego, Carlos, Abuso del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992; Gambado, A., "Abuso del diritto. Diritto comparato e

medida que la teoría de los derechos subjetivos, ha sido incapaz de definir el interés protegido por la norma y la forma de determinarlo²⁰. Pero además el problema del “abuso del derecho” se encuentra inmerso en otro asunto que suele ser dejado de lado por los autores que se han preocupado del tema, a lo menos en lo que se refiere a los orígenes de la institución, y con el que se encuentra íntimamente ligado: el concepto de derecho subjetivo²¹. En efecto, sólo en la medida que entendamos el “derecho” como “facultad”, podemos concebir que se ha excedido en el ejercicio de las mismas y estaremos en la hipótesis que regularmente suele concebirse como propia del abuso del derecho: *un fenómeno jurídico, en virtud del cual un sujeto al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos para su función social, causa daño a otros*. Este es, podríamos decir, el concepto más generalmente aceptado de lo que debemos entender por abuso del derecho, por lo que la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia lo utilizan, con muy pocas variaciones.

Como se podrá apreciar, aunque interesantísimo, el tema que hemos elegido para este artículo y las implicancias del mismo, exceden un trabajo de esta naturaleza y por ello, lo que haremos es centrarnos en comprender las raíces históricas del mismo y los elementos estructurales que entran en juego²², para que a partir de este análisis

straniero”, en Enciclopedia Giuridica, Roma, 1988, pp. 1 ss.; Giorgiani, V., L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, A. Giuffrè, Milano, 1963; Levi, Giulio., L’abuso del diritto, A. Giuffrè, Milano, 1993; Lino Rodríguez-Arias Bustamante, El abuso del Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 2ª edición, 1971; Martín Bernal, José Manuel, El abuso del derecho, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982; Martines, M.P., Teoria e prassi sull’abuso del diritto, Padova, 2006; Messina, M., L’abuso del diritto, Napoli, 2003; Rotondi, Mario, L’abuso del diritto. Aemulatio, CEDAM, Padova, 1979; Saleilles, Raymond, “De l’abus de droit”, en Bulletin de la Société d’Etudes Legislatives, 1905, pp. 305 ss.

²⁰ Rodríguez Grez, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, op.cit., p. 138; señala “Mientras no se acote rigurosamente el límite del interés tutelado por la norma positiva y la función que éste juega en el ordenamiento jurídico, subsistirá una cierta vaguedad en la tarea de fijar los parámetros dentro de los cuales puede ejercerse legítimamente la facultad que confiere el derecho subjetivo. Esta insuficiencia explica que se haya llegado al extremo de considerar que puede «abusarse de un derecho» en un ámbito en que el indicado derecho no existe como tal”.

²¹ En nuestra doctrina, explícitamente se refiere a esta vinculación, Rodríguez Grez, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, op.cit., pp. 46 ss. En el derecho comparado, particularmente italiano, es interesante el análisis planteado por Graziadei, M., “Diritto soggettivo, potere, interesse in il diritto soggettivo”, en Trattato di Diritto Civile, UTET, Torino, 2001, pp. 3 ss.

²² Giorgiani, op.cit., p. 5 ss.

previo, se puedan revisar y concluir a favor o en contra respecto de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han impuesto en nuestro país a propósito del abuso del derecho.

Las dificultades que representa un estudio de esta naturaleza ya han sido denunciadas por quienes han dedicado un esfuerzo encomiable a desentrañar las relaciones entre abuso del derecho y derecho subjetivo, por lo que hacemos propias las palabras de BRECCIA²³, quien a propósito de los que venimos diciendo señala: "Se nota inmediatamente como la teoría del abuso del derecho tiene un nivel de complejidad común a todos los dogmas que podrían definirse de segundo grado, entendiendo por tales aquellos que se unen a dogmas que se dan por conocidos y aceptados a partir de un dogma de primer grado..., en este caso, dicho dogma de primer grado es el de derecho subjetivo".

En consecuencia, para dar un repaso histórico sobre la institución del abuso del derecho, resulta imprescindible hacer lo mismo con la noción de derecho subjetivo, lo que explica que en la primera parte de nuestra exposición nos adentremos en ella.

2. DERECHO SUBJETIVO

Suele iniciarse cualquier discurso sobre los orígenes históricos de una institución jurídica con una referencia al Derecho Romano y ello explica muy razonablemente el pensar que la mayoría de ellas tiene una raíz en la experiencia romana. Adelantamos desde ya nuestra posición sobre el caso particular de la noción de derecho subjetivo: ella no existe ni está presente en el pensamiento de los juristas clásicos y aunque pueden observarse matices, tampoco se encuentra incorporada como tal en el período postclásico, lo que obviamente nos lleva a una conclusión que puede ser un tanto incómoda para un romanista: el abuso del derecho es una figura inexistente en el Derecho Romano²⁴.

Como resulta obvio, la inexistencia de la noción de derecho subjetivo pareciera intolerable en un ordenamiento jurídico que se precie de tal

²³ Op.cit., p. 68.

²⁴ Rodríguez Grez, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, op.cit., p. 121, sostiene que el abuso del derecho tiene "discutibles antecedentes en el Derecho Romano".

y al respecto GUZMÁN BRITO²⁵ apunta que para nosotros no sólo resulta necesario, sino absolutamente natural, distinguir entre derecho objetivo (norma) y derecho subjetivo (facultad o poder), al punto que sentimos cierta inclinación a creer que la Ciencia Jurídica desde siempre ha distinguido estas dos nociones, por lo que estarían omnipresentes a lo largo de la historia del Derecho²⁶. Y resulta ser todo lo contrario, pues ya ha sido demostrado que la idea de derecho subjetivo, no sólo no estaba *in mente* de los juristas romanos, como hemos dicho, sino que nació en un momento muy posterior, en la Baja Edad Media (siglo. XII) cuando los canonistas comienzan a entender el *ius* como facultad²⁷.

Seis siglos más tarde, esta forma de comprender el “derecho” resulta óptima para el fenómeno de la codificación²⁸, al punto de ser

²⁵ Guzmán Brito, Alejandro, “Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjetivo»”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Derecho Romano) N°25 (2003), pp. 407 ss.

²⁶ Guzmán Brito, Alejandro, “Para la historia del derecho subjetivo”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 2 (1975), pp. 55 ss. “El derecho subjetivo es un concepto central de los modernos sistemas jurídicos; desde tal punto de vista podría caracterizárseles en razón de que es tarea suya el establecimiento de unos derechos que son anteriores a todo ordenamiento...misión de la Ciencia Jurídica, en una perspectiva así, es la descripción de los derechos subjetivos pertenecientes a los individuos, y tarea del abogado, la defensa o el ataque de la afirmación de poseerse, según la posición concreta que se asuma en el litigio; al mismo tiempo que los tribunales son los encargados de pronunciarse en torno a la existencia o no de derechos, en cada caso concreto”.

²⁷ Tierney, Brian, “Tuck on Right: Some Medieval Problems”, en History of Political Thought 4 (1983), pp. 429 ss.; Id., “Origins of natural Rights Language: Text and Context 1150-1250”, en History of Political Thought 10 (1989), pp. 615 ss. En una seguidilla de estudios Tierney, refutó la tesis de Michel Villey, para quien la noción de derecho subjetivo nace con Guillermo de Ockham (1298-1349), por lo que ni los romanos ni los medievales anteriores a éste tuvieron en vista este concepto. En lo que a nosotros respecta, tanto Tierney como Villey, son contestes en cuanto a que los juristas romanos no concibieron ni conocieron la idea de “derecho subjetivo”. Para revisar la tesis de Villey, resulta imprescindible revisar Villey, Michel, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

²⁸ Recigno, P., L'abuso del diritto, Bologna, 1998; Graziadei, M., Diritto soggettivo, potere, interesse in il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile, Torino, 2001, p. 3. Como señala Rodríguez Grez, El abuso del derecho y el abuso circunstancial, op. cit., p. 135; “Recordemos, brevemente, que la noción actual del derecho subjetivo está condicionada por los ideales de la Revolución Francesa. En el fondo, con ella se revierte la concepción que hacía del monarca de origen divino el centro de toda manifestación de poder. A partir de entonces, cada hombre es un verdadero monarca en el ámbito restringido de sus derechos, los cuales pueden ejercerse sin otra limitación que el derecho ajeno. El «individualismo», tan menospreciado por los comentaristas modernos, constituye un avance formidable en la lucha por la igualdad y la libertad de todos y cada uno de los integrantes de la

considerada como pilar fundamental del ordenamiento jurídico. Pero, reiteramos que esta incursión exitosa y la adecuación a la nueva forma de concebir el Derecho como ciencia, no tiene una tradición que pueda extenderse en el tiempo hasta Roma²⁹, pues en la estructura del Derecho Romano clásico la distinción entre posición jurídica sustancial y remedio procesal, no es posible y la única categoría que puede ser puesta en confronte con aquella del derecho subjetivo resulta ser la de «*actio*».

Si bien, en esta pequeña referencia no encontramos más que un resumen de nuestro pensamiento, se entiende que nos extendamos más detalladamente sobre el particular³⁰ y para estos fines nos parece necesario hacer dos precisiones: la primera, aunque de enunciado, suele olvidarse y dice relación con que a diferencia de lo que pretende la Ciencia Jurídica moderna, que intenta reducir todos los fenómenos jurídicos a una "unidad"³¹; los juristas romanos atienden a los problemas jurídicos reales y diversos que solucionan día a día, sin pretensión de teorizar en torno a ellos y mucho menos de crear categorías generales³².

La segunda y aún más importante para nuestro estudio, se refiere a la relación existente entre los términos «*ius*» y «*directum*», este último de donde deriva nuestra palabra "derecho". Ya conocemos que el término técnico utilizado por los juristas es «*ius*», que en su real significación no equivale a "derecho", sino más bien a "lo justo" y aún mejor "la posición justa". Por el contrario «*directum*», como ha demostrado D'ORS³³, sólo viene a ser incorporado al lenguaje jurídico en una época bastante tardía y con un claro sentido moralizante. Sin

sociedad moderna. Recuérdese lo que, a este respecto, señalaba Robespierre: «El derecho de cada individuo termina donde empieza el derecho de otro».

²⁹ La Torre, M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 51.

³⁰ Megías, José Justo, "El derecho subjetivo en el Derecho Romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Derecho Romano)*, N°25 (2003), pp. 35 ss.

³¹ Ejemplo paradigmático de ello es la "Teoría General del Acto Jurídico", que busca encontrar elementos comunes en todos los diversos actos y contratos que pueden llegar a celebrarse u otorgarse.

³² Carpintero, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica*, CIVITAS, Madrid, 1989, pp. 251 ss.; Vallet de Goytisolo, Juan, *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 48; García Garrido, Manuel, *Derecho Privado Romano. Instituciones*, Dykinson, Madrid, 1982, p. 7.

³³ D'Ors, Alvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1975, p. 28; García-Gallo, Alfonso, "Ius y Derecho", en *AHDE* 30 (1960), pp. 5 ss.

perjuicio de lo anterior, el mismo D'ORS³⁴ aclara que el concepto de «*ius*» goza de una elasticidad en el mundo del Derecho Romano, totalmente desconocida por la mentalidad moderna, a tal punto que abarca tanto el concepto objetivo como el subjetivo.

Ciertamente, como plantea VILLEY³⁵ al revisar las fuentes, cuando GAYO en sus *Institutas*³⁶ hace una enumeración de los «*iura*», no tenemos problemas en traducir «*ius*» como “derecho”, en la medida que sea utilizado en un sentido positivo (*ius eundi, ius altius tollendi*), pero otra realidad enfrentamos cuando tiene una connotación negativa (*ius non altius tollendi; stillicidium non avertendi*): el dueño del fundo sirviente no tiene “derecho” a no construir más alto, sino que debe abstenerse de hacerlo.

Otro tanto puede decirse de la definición de *iustitia*, contenida en D. 1,1,10 pr. (*Ulp. 1 reg.*), cuyo carácter general es dar a cada persona su «*ius*»: «*ius suum cuique tribuere*». Suele decirse que esto se puede traducir en “dar a cada uno su derecho”, pero más bien parece decirse que debe darse a cada uno de acuerdo a aquella posición que le es justa. Así es factible entender adecuadamente expresiones como «*ius actoris*» (“posición justa de demandante” y no “derechos del demandante”); o todavía más «*ius defuncti*» (“posición justa del difunto” y no “derechos del difunto”); o «*ius servi*» (“posición justa del esclavo” y no “derechos del esclavo”).

En suma, la Ciencia Jurídica romana no se presenta como una “ciencia de los derechos de cada uno”, sino como un sistema de acciones, donde lo que estudian los juristas es la posición justa («*ius*») de las cosas y las personas. He ahí, la razón por la que la jurisprudencia romana es tan poco interesada en las clasificaciones y definiciones y sin embargo, puede moverse con toda libertad en el mundo de las cosas religiosas, humanas, públicas y privadas; de la posición del *pater*, de la mujer *in manu* o del hijo bajo potestad.

Volvamos un momento sobre la definición contenida en D. 1,1,10 pr. (*Ulp. 1 reg.*): «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*», que es seguida por Inst. 1,1 pr.: «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*». Indudablemente se trata de dos pasajes de los más comentados por

³⁴ D'Ors, Alvaro, “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «*ius*»”, en Studi in memoria di E. Albertario, Giuffrè, Milano, 1953, Vol. II, p. 277. El criterio es seguido por Gioffredi, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano”, en BIDR 70 (1967), pp. 228 ss.

³⁵ Villey, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, op. cit., p. 36.

³⁶ Gai. 2,12 y ss.

la romanística y sobre los cuales sólo queremos profundizar en un aspecto: para darles un genuino sentido, el camino correcto consiste en atribuir a la expresión «*ius suum*» su verdadero significado. Sin embargo, cuando los glosadores se enfrentaron a estos textos, comentaron que “atribuir a cada uno su *ius*” es por ejemplo, castigar al delincuente con la pena que merece en proporción a su delito, devolver una bofetada por otra, etc.³⁷, donde «*ius*» adquiere el carácter de «*meritum*» (es decir, lo merecido): se trata de un concepto que necesariamente lleva a la noción de justicia distributiva (dar a cada uno lo suyo).

Podemos marcar aquí un punto de inflexión en la historia del Derecho, pues las grandes obras de los juristas romanos no describen derechos, sino estatutos de las cosas o de las personas, y por ello la labor jurisprudencial es tan fina al momento de diferenciar entre las diversas categorías de cosas y personas. Pero a partir de los glosadores (siglo XII) se asienta la idea de que el fragmento tomado de ULPIANO y al que hacíamos referencia previamente, debía entenderse en el sentido de que la función de la justicia es “dar a cada uno su derecho”, como si en ese texto se tratase de derechos subjetivos. En ese momento se produce un fenómeno que hoy es usual y que se refiere a proyectar la teoría del derecho subjetivo en las exposiciones sobre Derecho Romano, cuando en realidad la forma correcta de hacerlo es a través de los recursos procesales que tutelan una u otra situación³⁸.

Particularmente interesante, desde la perspectiva que estamos llevando es la dinámica de la *Institutas* de GAYO en cuanto a su propio orden interno y que resulta enunciado en *Gai.* 1,8: «*Omne autem ius, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones*». Resulta que ser que el modelo del derecho subjetivo es tan inconscientemente presente en la mente de los romanistas que no demasiados han escapado a su influencia para explicar este plan de presentación de las materias en las *Institutas*, llegando a sostener que el Libro I trata del “derecho de las personas” y los libros II y III, “del derecho” que tenemos sobre las cosas materiales. Otra forma también errónea de entender las *Institutas*, viene dada por asimilar que en una primera parte se trata de la capacidad jurídica y luego de la lista de derechos que pueden pertenecer a las personas capaces, para terminar con la consagración de esos derechos subjetivos

³⁷ Kantorowicz, Hermann, *Studies in the glossators of Roman Law: Newly writings of the twelfth century*, Cambridge University Press, 1938, pp. 59 ss.

³⁸ Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, op. cit., p. 73.

("derecho de personas"; "derecho de cosas" y "derecho de acciones")³⁹.

Claramente ninguna de las dos opciones refleja el pensamiento de los juristas y ni aún de los profesores de derecho en Roma. En efecto, si profundizamos en el pensamiento de GAYO, nos damos cuenta que en la primera parte de sus *Institutas* él no se refiere a la capacidad, ni mucho menos al derecho subjetivo: la palabra «*ius*», que es empleada en algunos pasajes de su discurso, se refiere a la posición jurídica o condición de un determinado tipo de personas: libres, *pater*, liberto, hijos. La segunda parte trata de las cosas: la posición que se tiene respecto a cada una de ellas. A propósito de ello GAYO diferencia entre cosas corporales e incorporeales, situación que se mantiene en la mayoría de los ordenamientos jurídicos hasta el día de hoy, pero como señala VILLEY⁴⁰, carente de su sustancia original⁴¹: en efecto, la cosa corporal para el jurista no es sólo un objeto material, por eso que los juristas no se limitan a describir cada *res*, sino también a establecer su régimen jurídico, pero es la *res* y no el dominio el que finalmente termina siendo transferido.

Respecto de las cosas incorporeales, la cuestión es mucho más profunda e interesante, pues el concepto es tomado desde la filosofía y de ahí pasa al ambiente jurídico⁴²: pero se trata de cosas que a diferencia de las corporales, eran producto de la inteligencia humana. GUZMÁN BRITO⁴³, ha profundizado sobre este particular y seguimos en adelante sus apreciaciones, que pueden resumirse de la siguiente manera: la distinción entre lo corpóreo y lo incorpóreo es propio de la filosofía clásica⁴⁴ y las discusiones más importantes en torno a ella, se dieron en relación a afirmar o negar el ser de lo incorpóreo. Todas estas ideas griegas pasaron a la filosofía romana, por ejemplo en LUCRECIO y SÉNECA, que se mueven en esta distinción entre lo

³⁹ Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, p. 78.

⁴⁰ Ibid., p. 82.

⁴¹ Scialoja, Vittorio, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Edita Pietro Bonfante, Roma, 1928, pp. 233 ss.

⁴² Cic., *Topica*, 5,26.

⁴³ Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 19 ss.

⁴⁴ Platón, *Rep.* VI, 507b; Arist., *Del alma*, III, 13-435a.

corporal y lo incorporeal, que pasó a ser un "patrimonio común a todas las escuelas filosóficas"⁴⁵.

Sin embargo, en la jurisprudencia clásica, el binomio corporal-incorporeal no tiene mayor eco, por el contrario en el lenguaje de los juristas se suele utilizar la distinción «*corpora-iura*». Así ocurre por ejemplo con ULPIANO⁴⁶, quien al tratar la *hereditatis petitio*, señala que en ella se comprenden todas las cosas de la herencia "sean derechos, sean cuerpos"⁴⁷.

Resulta relevante entonces establecer el significado de la expresión «*iura*», en relación al término «*corpora*». Con este último los juristas se refieren a los objetos percibidos por los sentidos y con la primera a aquellas entidades del derecho, sólo en cuanto sean susceptibles de integrarse a un patrimonio y de tráfico jurídico, que están limitados a lo que hoy llamamos derechos reales, de las obligaciones y la herencia⁴⁸.

El salto definitivo a la incorporación de la diferenciación entre *res corporales* y *res incorporeales* sólo se da con GAYO⁴⁹, específicamente en *Gai.* 2,12, siendo el criterio diferenciador el si las cosas pueden ser o no tocadas. Las incorporeales se definen como aquella «*quae iure consistunt*», es decir y aquí lo importante, "a las que el derecho les da consistencia" y no como suele decirse "las que consisten en derecho"⁵⁰.

⁴⁵ Guzmán Brito, Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo, op. cit., p. 22.

⁴⁶ D. 5,3,18,2 (Ulp. 15 ad ed.).

⁴⁷ En el mismo sentido D. 8,5,4 pr. (Ulp. 17 ad ed.); D. 18,6,8,2 (Paul. 33 ad ed.); D. 19,2,11,2 (Ulp. 32 ad ed.); D. 21,2,43 (Iul. 58 dig.); D. 30,41, pr. (Ulp. 21 ad Sab.); D. 44,2,7 pr. (Ulp. 75 ad ed.).

⁴⁸ Guzmán Brito, Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo, op. cit., p. 28.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 30, con riquísima bibliografía sobre el particular.

⁵⁰ Tal es el sentido en que las entiende el artículo 565 del Código Civil chileno, lo que ha dado lugar a no pocas discusiones de carácter doctrinario, resueltas generalmente a través del expediente de justificar la notable discrepancia entre la definición de cosas corporales e incorporeales, señalando que en el primer caso se atiende a la cosa misma y en el segundo, al derecho que se ejerce sobre ella.

De acuerdo a Guzmán Brito, Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo, op. cit., pp. 33 ss.; son dos los factores que determinan el concepto de *res incorporeales* en el sentido técnico de la expresión: (a) que su consistencia se las otorgue el derecho, y; (b) que estén dentro del elenco taxativo establecido por Gayo y que incluye la herencia, el usufructo, las obligaciones, las servidumbre.

En cuanto a la expresión «*ius in re*», también presente en las fuentes, debemos advertir que el texto más importante que la contiene proviene de GAYO⁵¹ y profundizando en él y en otros⁵², entendemos claramente que dicha expresión no puede traducirse por la moderna “derecho real”⁵³ y uno de los primeros argumentos que puede darse para llegar a esta conclusión, es que de haber sido así, indudablemente se hubiera incluido dentro de los ejemplos que las fuentes entregan, el dominio, cuestión que no ocurre⁵⁴.

La situación cambia drásticamente con la llegada del período postclásico y particularmente con la monopolización de las fuentes del derecho en manos del emperador, pues a partir de este instante si se comenzó a concebir la posibilidad de separación entre derecho objetivo (normas) y derecho subjetivo (facultades): coincidente con esta nueva realidad es el surgimiento de la idea de transferencia del «*ius*», que se recoge en las fuentes con la expresión «*alienare ius*»⁵⁵.

Concluimos con JOSÉ JUSTO MEGÍAS⁵⁶ en que resulta ser absolutamente necesario recurrir al derecho postclásico para vislumbrar, algunos matices de lo que hoy denominamos “derecho subjetivo”, toda vez que fueron los juristas de esta época los que resultan ser, en definitiva, precursores de la distinción entre «*res iusta*» y ordenamiento jurídico (derecho objetivo) por un lado; y determinadas facultades (derecho subjetivo), por otro.

3. ABUSO DEL DERECHO

Tal como puede claramente deducirse de lo expuesto en el acápite anterior, la idea moderna de “abuso del derecho” se encuentra totalmente ausente del pensamiento de los juristas romanos, pues al ignorar éstos la noción de derecho subjetivo, no ven involucradas en el «*ius*» un grupo de facultades respecto de las cuales el titular pueda excederse. La idea de que alguien “abuse de su derecho”, es algo

⁵¹ D. 39,2,19 (Gai. ad ed. praetoris urb. tit. de damno infec.)

⁵² D. 7,1,2 (Cel. 18 dig.); D. 10,1,8 (Ulp. 6 op.); D. 18,6,8,2 (Paul. 33 ad ed.); D. 30,71,5,6 (Ulp. 51 ad ed.); D. 39,3,8 (Ulp. 53 ad ed.).

⁵³ Villey, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, op. cit., pp. 107 ss.

⁵⁴ En efecto, se utiliza la expresión para referirse al usufructo; la prenda; la superficie; *ager vectigalis*.

⁵⁵ D. 1,3,41 (Ulp. 2 inst.); D. 50,17,175 (Paul. 11 ad Plaut.)

⁵⁶ Op. cit.

que no logra penetrar el andamiaje de la jurisprudencia romana, que ve en el «*ius*» no una “facultad” sino una “posición justa”. Por eso y tal como denuncia ROTONDI⁵⁷, no ha de extrañar que sea recurrente justificar el origen de la teoría del abuso del derecho a través de lo que se ha llegado en denominar los “actos emulativos” o de “emulación”.

La «*aemulatio*»⁵⁸, tiene un punto de interés que para nosotros es fundamental⁵⁹: el «*animus nocendi*» que es la característica constante del acto emulativo y que se deduce de la nula o escasa utilidad que se obtiene de su práctica. Para encuadrar adecuadamente el tema, seguiremos las ideas de VALIÑO ARCOS⁶⁰, dado que en nuestro concepto ellas resumen muy atinadamente la cuestión. Lo primero que resuelve este autor es la existencia en el período clásico, aunque por vía excepcional, de la prohibición de actos emulativos⁶¹, marcando como características esenciales del mismo, las siguientes:

- 1.- El acto en sí mismo no supone un atentado en contra de un tercero, ya que se trata de un acto totalmente tutelado por las facultades inherentes al dominio.
- 2.- Pero dicho acto sólo se hace con la motivación de perjudicar a otro y con una mínima utilidad para su autor.
- 3.- Que este perjuicio, finalmente se produzca⁶².

Es claro que el elemento esencial, es el enunciado en el N°2 y tal como apunta RICCOBONO⁶³ cuando se ha demostrado la falta de utilidad para el autor del acto, es casi indemostrable la no existencia de «*animus nocendi*» en él. Por esto, supone el mismo autor, JUSTINIANO prohíbe los actos que puede realizar el dueño de una cosa,

⁵⁷ Op. cit., p. 14.

⁵⁸ Para una referencia general, Vid., Rotondi, op. cit., Riccobono, Salvatore, “La teoría dell’abuso del diritto nella dottrina romana”, en BIDR 5 (1939); Grosso, Giuseppe, s.v. “abuso del diritto”, en ED 1, pp. 161-163; Valiño Arcos, Alejandro, La «*aemulatio*» en el Derecho Romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de «*calumnia*» procesal, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile, 2002.

⁵⁹ Bartosék, M., “Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano”, en Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Vol. 3, A. Giuffrè, Milano, 1953, p. 196.

⁶⁰ Op. cit., pp. 124 ss.

⁶¹ Ibid., p. 124 n. 403-404.

⁶² Ibidem., p. 125.

⁶³ “La teoría dell’abuso del diritto nella dottrina romana”, op. cit., p. 31.

cuando ellos perjudican a un tercero sin que ello traiga aparejado utilidad para dicho propietario⁶⁴.

Pero debemos advertir que no es factible hacer referencia a una "teoría general del acto de emulación" en el Derecho Romano, sino que muy por el contrario y tal como lo señala VALIÑO ARCOS, sólo podemos traer a colación casos excepcionales de prohibición de este tipo de actos y siempre referidos a la posición del *dominus*.

La llamada "teoría de la emulación" o de los "actos de emulación", no es propiamente romana, sino más bien producto de la exégesis de los glosadores y de hecho la misma palabra «*aemulatio*», tiene en su concepción original un sentido mucho más extendido que el que se le pretendió dar en el Derecho Intermedio⁶⁵, esto es la acción de ejercitar un derecho sin provecho para su titular y con la intención de causar daño a otro. Ciertamente los juristas de esta época trabajaron sobre una fuente romana: D. 50,10,3 pr. (*Macer. 2 de off. praesidis*)⁶⁶; pero le dieron un significado absolutamente diverso al que realmente tenía y sobre lo que ya tendremos oportunidad de profundizar.

De todas maneras resulta necesario precisar que el carácter que le da la jurisprudencia medieval a la teoría de la «*aemulatio*», carece del rigor dogmático que pretende tener la Ciencia Jurídica moderna. De hecho, la noción misma del acto emulativo no está siempre individualizada con claridad, y aparecen frecuentes equívocos terminológicos y conceptuales, derivados muchas veces de la confusión entre principios y problemas diversos, algunos derivados de los actos de emulación y otros de las limitaciones a la propiedad privada. Así, se puede observar como la doctrina intermedia no sólo prohíbe que el propietario realice actos que no le son útiles y que tienen como única finalidad la de dañar a otro, sino que prohíbe que el propietario impida a un tercero un uso menor del que es posible de la

⁶⁴ En todo caso y como advertíamos al inicio de este apartado, esta opinión se sustenta en la teoría de que la prohibición de actos emulativos tuvo una aplicación excepcional en la época clásica y no, como sostienen otros una aplicación más general. Sobre esta última tesis, Vid., Palma, Antonio, «Iura vicinitatis». *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, G. Giapillechi, Torino, 1989.

⁶⁵ Thesaurus, v. "aemulatio". Cicerón, *Tusc. Disp.* 1,IV, cap. 8 §17, le da un significado bastante extendido: «Aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur... et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiat, ipse careat».

⁶⁶ García Garrido, Manuel, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Editorial Dykinson, Madrid, 1982, v. «aemulatio».

cosa, cuando este uso no produce un daño sensible, mientras beneficie de forma importante al tercero.

También los historiadores del Derecho han asumido consecuentemente considerar diversos testimonios, que no se refieren necesariamente a la hipótesis típica del acto emulativo. Así, por ejemplo, se ha hablado de un probable influjo de las concepciones propias del antiguo derecho germánico, trayendo a colación algunas disposiciones de las leyes bárbaras de occidente, en que se prohíbe a los viajeros atravesar campos y pastos y pescar o tener caballos en terrenos privados no cercados⁶⁷.

Importante para el desarrollo del trasfondo que da origen a la teoría de la emulación, fue el influjo del cristianismo, que ya se hace notar en la compilación justiniana y que continuó en el curso de la Edad Media, acentuando el elemento subjetivo del «*animus nocendi*» como presupuesto de la ilicitud jurídica de los actos emulativos. Además es importante recordar que la prohibición de estos actos se inspira en un principio que los teólogos dirían de moral natural, esto es de aquella «*naturalis ratio*» o «*aequitas*» que asume mayor importancia en la concepción canónica, como fundamento, por disposición divina, de todo orden jurídico⁶⁸.

⁶⁷ L. Visig. VIII, 4,26-27.

⁶⁸ Los glosadores, ignorantes de toda crítica histórica e interpolacionista, pero insuperables conocedores de las fuentes justinianas, de cuya interpretación exegética derivaron la construcción del sistema, poniendo en relieve todos los caracteres peculiares del «*ius novum*», notaron el abierto contraste entre algunos textos en los cuales se ponía un preciso límite al ejercicio del derecho, cada vez que hubiese daño para otro sin utilidad para el agente y fuese realizado con la intención de dañar; y una serie de otros textos, en los cuales se afirma el principio que ejerciendo un derecho propio lo único que se puede pedir es que no se cometa violencia o dolo, por lo que una persona puede realizar en su fundo cualquier obra, aunque pueda derivar de ella daño material al vecino, porque no invade la esfera del derecho ajeno (D. 50,17,151,1; D. 43,29,3,2; D. 50,17,55). Las dudas de estos primeros intérpretes, se manifiestan en el pensamiento de Azón, que recurre al medio de la distinción absteniéndose de enunciar el principio sobre la ilicitud de los actos emulativos y que se refleja en la Glossa acursiana, de la que no se puede derivar una verdadera y propia teoría y tampoco la calificación general de estos actos con referencia al requisito subjetivo de la aemulatio.

Es Acursio, quien finalmente enuncia el requisito subjetivo del «*animus nocendi*», con la presunción que aquel que ejercita su propio derecho actúa sin previa intención nociva (D. 8,5,8,5). Es evidente que en la Glossa, se nota una clara tendencia a elevar la regla contenida en las fuentes justinianas para casos particulares a la categoría de principio general. Con posterioridad Baldo insiste sobre el elemento intencional, como desarrollo exclusivo en correlación al límite objetivo de la ausencia de utilidad propia. Sin embargo, no hay uniformidad, pues Bartolo no pone límites a la construcción en lo propio (D. 50,10,3 pr.) y sólo en relación al régimen de las aguas establece límites,

Desde el punto de vista recién anotado, nos sentimos con inclinación de rechazar la tesis de ROTONDI⁶⁹, quien cree encontrar un fundamento para la tesis del abuso del derecho en el Derecho Romano a propósito de una cierta relación entre la norma ética y el principio jurídico; lo que habría sido solucionado a través del expediente del Edicto del Pretor, el que a través de la aplicación del principio de la «*aequitas*», atempera la aplicación estricta del *ius*. Sin embargo, el mismo ROTONDI termina por reconocer que si bien existen trazas de esta evolución en las fuentes, ellas se deben más bien a la obra de los compiladores y que no se puede reconocer más que el hecho de que no es posible tratar del abuso del derecho o de los efectos de este fenómeno en el Derecho Romano, que simplemente desconoció la terminología y el concepto moderno.

Ahora bien, despejada la cuestión respecto de si hay o no una teoría general de los actos de emulación en el Derecho Romano, el siguiente punto de conflicto se encuentra referido a la tolerancia o no de dichos actos, discusión que gira en torno a dos ejes: por una parte SCIALOJA⁷⁰, sostiene que ellos no están prohibidos, pues el dueño de una cosa puede hacer lo que estime pertinente con y en ella; por otro ANCONA⁷¹, para quien la prohibición de este tipo de actos es absoluta. Frente a estas posiciones, la romanística comenzó a alinearse en un u otro sentido: así PEROZZI⁷², quien demostró la interpolación de los fragmentos contenidos en D. 39,3,1,11-12 (*Ulp. 53 ad ed.*); D. 39,3,2,9 (*Paul. 48 ad ed.*) y D. 39,3,2,5 (*Ulp. 53 ad ed.*) sobre los que ya tendremos oportunidad de detenernos; concluye que JUSTINIANO terminó creando un nuevo estatuto de limitaciones legales a la propiedad inmueble, pero centrada en el régimen de aguas, cuya

en perfecta adhesión a los textos romanos. Así, según la *communis opinio* de los juristas del siglo XV-XVII, la expresión «*aemulatio*» es usada técnicamente para indicar la intención en que se realiza un acto normalmente comprendido en el lícito ejercicio del propio derecho, pero sin utilidad propia o con una mínima utilidad propia, con el fin exclusivo o determinante de dañar a otro.

La «*aemulatio*», cuyo fin exclusivo de dañar transforma en ilícito el acto como ejercicio abusivo del propio derecho, por regla general no se presume y debe ser probado por el afectado; pero los intérpretes declaran además que el *animus nocendi* debe presumirse en todos los casos en que resulta de las circunstancias objetivas en que no existe utilidad alguna para el autor del hecho que se entiende nocivo.

⁶⁹ Op. cit., pp. 41 ss.

⁷⁰ Scialoja, Vittorio, v. «*aemulatio*», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, p. 439.

⁷¹ Ancona, Ezio, "Degli atti ad aemulazione nell'esercizio del diritto di proprietà", en AG 52 (1893), pp. 315 ss.

⁷² Perozzi, Silvio, "Il divieto d'atti d'emulazione e il regime giustiniano delle acque private", en AG 53 (1894), pp. 350 ss.

inspiración se encuentra en el principio de utilidad social. De esta forma valida la tesis de SCIALOJA, toda vez que las interpolaciones detectadas no se refieren a una prohibición de los actos de emulación, sino de limitaciones objetivas al ejercicio de un derecho, que nada tienen que ver con la intención del agente, sino con consideraciones de utilidad social.

Una tesis intermedia en esta discusión es alegada por FRISOLI⁷³, autor que niega la prohibición como una norma general y reconoce algunos casos de verdadera represión del *animus nocendi*, con verdadera valoración del elemento subjetivo del agente, como por ejemplo ocurre cuando se castiga a un esclavo que ha sido dado en prenda o usufructo⁷⁴.

Sin embargo, parece necesario hacer una revisión de aquellos fragmentos en los que suele sustentarse la discusión recién enunciada, para así definir nuestra propia perspectiva sobre el asunto. Con estos fines y siguiendo a ROTONDI⁷⁵, agruparemos dichos textos en dos grupos: (a) aquellos que nada tienen que ver con la «*aemulatio*», pero que fueron tomados por la doctrina medieval para la elaboración de la teoría referida a ella, y; (b) aquellos que son una verdadera aplicación del principio de prohibición de actos emulativos.

1) Primer grupo: fragmentos que no tienen que ver con la «*aemulatio*», pero que fueron considerados por la doctrina medieval para la elaboración de la teoría referida a ella.

Iniciaremos nuestro repaso, con el fragmento que fue considerado como pilar fundamental por la doctrina medieval para la construcción de la teoría general de la «*aemulatio*».

*D. 50,10,3 pr. (Macer. 2 de off. praesidis)
Opus novum privato eitam sine principis auctoritate
facere liceo, praeterquasm si ad aemulationem
alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis*

⁷³ Frisoli, V., "La dottrina della «chicane» o del doloso abuso del diritto secondo il diritto romano e il diritto civile odierno", en Filangieri, XXIX (1904), pp. 491 ss.

⁷⁴ Esta doctrina intermedia no tuvo mayor acogida en la romanística italiana, la que, en general, sigue el criterio de Scialoja. Sin embargo, debemos advertir que la romanística alemana, es totalmente contraria a la tesis de este último autor, siguiendo más bien la posición de Ancona. Vid., por todos, Glück, Federico, *Commentario alle Pandette, continuazione del Prof. Ugo Burckhard*, trad. di Pietro Bonfante, Società Editrice Libreria, Milano, 1906, XXXIX, pp. 178 ss.

⁷⁵ Op. cit., p. 48.

*praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum
sit.*⁷⁶

Es mérito de SCIALOJA⁷⁷, haber reivindicado el verdadero significado y circunscrito en su real dimensión este fragmento que es el principal apoyo de la doctrina intermedia en la construcción orgánica de la teoría de la emulación, de la cual además toma su nombre, desentrañando el verdadero significado latino de esta palabra que, en todas las fuentes jurídicas no vuelve a aparecer sino que en C. 12,58,1⁷⁸ y con el significado de "competición", "rivalidad", "imitación". Aquí la expresión «*ad aemulationem*» se "identifica con la idea de concurrencia o competencia envidiosa...No obstante la referencia expresa que se hace en este fragmento debe concluirse, como señala Palma al igual que la doctrina precedente, que el significado del término en el texto es bien diferente de la estricta noción que pretendemos para los actos de emulación..."⁷⁹.

El sentido del fragmento, nos da la razón en cuanto a los comentarios previos, pues evidentemente no tiene que ver con la prohibición de "actos emulativos", sino que trata de una cuestión netamente administrativa que tiende a evitar turbaciones al orden público. Ninguna referencia al «*animus*», elemento esencial, como decíamos previamente, en los llamados actos de emulación, encontramos en ella⁸⁰.

*D. 47,10,44 (lav. 9 post. Lab.) Si inferiorum
dominus aedium superioris vicini fumigando causa
fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores
aedes quid aut proiecerit aut infunderit, negat Labeo*

⁷⁶ "Un particular puede hacer una obra nueva incluso sin la autoridad del príncipe, salvo que la haga por emulación con otra ciudad, o de ocasión para una sedición, o sea un circo, un teatro o un anfiteatro".

⁷⁷ «Aemulatio», op. cit., p. 426.

⁷⁸ Immppp. Valens Gratianus et Valentinianus AAA. Rufino pp. Apparitores urbanae prefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur. ("No se inmiscuyan los alguaciles de la prefectura urbana en el oficio de las annonas, sino que desempeñe la prefectura de las annonas su ministerio con la independiente emulación de sus alguaciles").

⁷⁹ Valiño Arcos, op. cit., p. 129.

⁸⁰ En el mismo sentido debe interpretarse el pasaje del Codex, toda vez que en él se pretende evitar las tensiones producidas por la falta de delimitación de funciones entre el praefectus annonae y el praefectus urbis.

*iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae immittitur.*⁸¹

El gran problema que plantea este fragmento es la negativa de LABEÓN⁸² a conceder la *actio iniuriarum* contra aquel que expulsa humo o vierte líquidos sobre el inmueble vecino; mientras que LAVOLENO, concede dicha acción, en la medida que se acredite el «*iniuriae faciendae causa*». Evidentemente en la hipótesis del humo, existe una semejanza con la decisión contenida en D. 8,5,8,5 (*Ulp. 17 ad ed.*)⁸³ y si se aplica a ella el criterio de LAVOLENO, no se ve impedimento en presentar la alternativa de la *actio iniuriarum*, si hay

⁸¹ “Si el propietario de la casa de abajo hace humo para fumigar al vecino de la de arriba, o si el de la de arriba echara objetos o líquidos sobre la de abajo, niega Labeón que proceda la acción de injurias; lo que yo juzgo equivocado, si es que se hace con el fin de injuriar”.

⁸² Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 505.

⁸³ «Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitatem talen admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casariam a Minturnenses conduxit, a superior prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti». (“Respondió Aristón a Cerelio Vital que él no creía que hubiese derecho a echar el humo de una fábrica de quesos a los edificios superiores, a no ser que existiese servidumbre. Y dice él mismo, que tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de un fundo superior a los inferiores, porque solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en lo ajeno y la del humo, como la del agua es una intromisión; por consiguiente, que puede demandar el dueño del fundo superior al del inferior, alegando que éste no tiene derecho para hacer tal cosa. Finalmente, se refiere Aristón, escribe Alfeno que igualmente se puede demandar alegando que el otro no tiene derecho a extraer piedra en su propiedad de tal forma que los fragmentos caigan en mi fundo. Dice, pues, Aristón que al que tomó en arrendamiento de la ciudad de Minturno una fábrica de queso, se le puede prohibir por el dueño del predio superior que le eche el humo, pero que el arrendatario puede dirigirse contra los Minturnenses mediante la acción de conducción, y dice que podrá demandarse al que mete el humo, alegando que no tiene derecho para meterlo; por el contrario, podrá demandarse también, en su caso, alegando que hay derecho a echar humo. Lo que parece aprobar el mismo Aristón. También podrá tener lugar el interdicto «como poseeis» si se le prohibiera a alguno usar de lo suyo del modo que quiera”).

intención por parte del agente; o la *actio negatoria*, si dicha intencionalidad no existe⁸⁴.

La controversia entre LAVOLENO y LABEÓN, se justifica en la medida que para el primero de los mencionados el elemento intencional resulta ser central en la discusión, mientras que para el segundo la cuestión no difiere de aquella propuesta por ULPIANO en D.8,5,8,5 (*Ulp. 17 ad ed.*).

A primera vista, pareciera que este texto si incorpora elementos propios del acto emulativo y en la posición que se plantea frente a él lavolena, hay una clara exaltación del elemento intencional. Pero resulta ser que dicho factor intencional propio de la *aemulatio* es distinto del *animus* de aquel que comete un acto sancionado con la *actio iniuriarum*⁸⁵, por lo que no podemos menos que concluir con SCIALOJA⁸⁶ que se trata de un caso específico y que bajo ningún punto de vista permite alegar en favor de la prohibición general de los actos emulativos⁸⁷.

*D. 9,2,39,1 (Pomp. 17 ad Q. Muc.) Pomponius
quamvis alienum pecus in agro suo quis
deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si
suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re
damnum cepit, habet proprias actions. itaque qui
pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id
includit, nec agree illud aliter debet quam ut supra
diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine
damno vel admonere dominum, ut suum recipiat*⁸⁸.

El fragmento pareciera ser, al menos en sustancia, genuino; pero no contempla un caso de *aemulatio* y tampoco de abuso del derecho en sentido técnico moderno. Se trata de la responsabilidad en que incurre aquel que saca de mala manera desde su fundo, animales

⁸⁴ Valiño Arcos, op. cit., p. 151.

⁸⁵ Para Valiño Arcos, ibid., p. 152, este fragmento es una evidencia de precedentes de la sanción de actos emulativos en el derecho clásico.

⁸⁶ «Aemulatio», op. cit., p. 432.

⁸⁷ Rotondi, op. cit., p. 53.

⁸⁸ “Dice Pomponio: aunque alguno encuentre una res ajena en su campo, la debe expulsar lo mismo que si hubiere encontrado una suya, porque si con ello recibió algún daño tiene las acciones adecuadas. Y así, quien hubiese encontrado en su campo una res ajena, ni la encierra con derecho, no debe tratarla de otro modo que si fuere suya como arriba indicamos, sino que debe ahuyentarla sin daño o avisar al dueño que recoja lo suyo”.

ajenos que han penetrado en él sin su autorización. Ciertamente, que la posición del *dominus* amerita tutela la que es concedida a través de la *actio de pastu pecoris* y de *pauperie*. Ahora bien, en términos generales este acto no puede tildarse de arbitrario, pero para que esta actividad se entienda lícita y sea tutelada de la manera señalada se requiere que no se exceda de los límites impuestos por la necesidad, de tal manera que, por ejemplo, no puede golpearse a los animales o ponerlos en fuga de una forma inadecuada, pues de hacerlo así, el *dominus* del fundo quedaría expuesto a la *actio legis Aquiliae*.

Pese a lo anterior, nos encontramos en una situación relativamente semejante a la que enfrentamos en el fragmento D. 47,10,44 (*lav. 9 post. Lab.*): para que se configure el acto emulativo se requiere de la presencia de dos elementos que en la especie no se dan: en cuanto al elemento objetivo, observamos que el ejercicio del derecho no tiene clara formulación de un límite a la actividad del dueño del fundo, que permita perfilar elementos de responsabilidad indiscutibles; en cuanto al segundo, esto es subjetivo, se trata de la concurrencia de culpa y no de dolo y, precisamente por ello procede la *actio legis Aquiliae*⁸⁹.

D. 20,1,27 (Marcell. 5 dig.) Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima ofensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persecuendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum intyeres, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullan crediti nomine actionem ese, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur⁹⁰.

⁸⁹ Recordemos que en el caso de la *actio legis Aquiliae*, basta la «negligentia» para dar lugar al ejercicio de la acción y en esto se distingue de los demás delitos que requieren de dolo.

⁹⁰ "Un deudor que había dado en prenda a un esclavo, lo ató en castigo de una ofensa muy ligera y luego lo soltó; y como no cumplía su deuda, el acreedor vendió otro esclavo de menos precio. ¿Habrá que conceder al acreedor alguna otra acción

Tampoco encontramos aquí sentido a un caso de acto de emulación, pues más bien se trata de un límite objetivo: evidentemente el «*ut creditori noceret*» no se contrapone exactamente al «*meretem*» y toda la frase no pudo más que tener un sentido genérico, indicando que la posibilidad de coerción sobre el esclavo que está prendado debe ser siempre ejercitada de un modo que esté conforme al general deber del deudor pignoraticio que incumbe la obligación de diligencia. Por ello, la acción de la que ULPIANO no habla debió haber sido probablemente la *actio pigneraticia*⁹¹.

*D. 7,1,17,1 (Ulp. 18 ad Sab.) Ex eo, ne deteriorem condicionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit. et Aristo apud Cassium notat plenissimam eum coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis aut inusitatis artificium eius corrumpere possit nec servum cicatricibus deformare*⁹².

En este caso, no se trata de una situación en la que se imponen "limitaciones" sin más a la posición del *dominus*, sino que éstas se encuentran en perfecta armonía con la circunstancia de que sobre el esclavo también concurre la posición del usufructuario y es el conflicto entre este último y el dueño lo que importa una limitación al ejercicio del derecho de coerción del propietario.

D. 47,8,2,20 (Ulp. 56 ad ed.) Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi

contra el deudor, ya que no le sirve su acción de crédito para exigir lo que le falta? ¿Qué sucedería si lo hubiese matado o dejado tuerto? Si lo hubiera matado, queda obligado por la acción exhibitoria; si le hubiere dejado tuerto, por la acción de daño injustamente causado, en la medida del interés, por el hecho de haber impedido la persecución de la prenda a consecuencia de haber debilitado o retenido preso al esclavo. Supongamos que no hay acción para reclamar el crédito, por haber decaído la causa. No me parece indigno que el pretor intervenga en tal caso con su poder y auxilio. Anota Ulpiano: si lo puso preso para perjudicar al acreedor, queda obligado; si fue mercedamente no".

⁹¹ Rotondi, op. cit., p. 56.

⁹² "Por aquello de que el nudo propietario no debe menoscabar los derechos del usufructuario ¿podrá acaso el dueño castigar al esclavo? Observa Aristón, en comentario a Casio, que el dueño tiene absoluta libertad para castigar al esclavo siempre que no proceda con dolo, por más que el usufructuario no pueda echar a perder las habilidades del esclavo con ocupaciones desacostumbradas o contrarias a su oficio no desfigurarlo con cicatrices".

*tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse
Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne
pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia*⁹³.

No vemos cómo se puede encontrar en este fragmento una aplicación de la prohibición de actos emulativos y mucho menos de abuso del derecho en el sentido que es propio de la dogmática moderna, pues se trata de una verdadera y propia acción derechamente delictual. Pero esto no vale para nuestro tema: si la acción es concedida en el último período, no es porque ello derive de la consideración de la intención del publicano, pues no toda intención maligna es sinónimo de *animus nocendi*, elemento esencial de la teoría de la *aemulatio*.

*D. 1,6,2 (Ulp. 8 de off. proc.) Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestabitur. Cuius rescripti verba haec sunt: 'Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum dehati: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegatur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infamy iniuria affectos cognoveris, venire ibe ita, ut in potestate domini non revertantur. qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum. divus etiam Hadrianus Umbricium quondam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.*⁹⁴

⁹³ "Si un publicano me hubiere quitado mi ganado, creyendo que yo había hecho algo contra lo establecido para el canon vectigal, dice Labeón que no puedo, a pesar de haberse equivocado, demandarle con la acción de bienes robados con violencia, pues es cierto que carece de dolo."

⁹⁴ "Si el dueño hubiere tratado cruelmente a sus esclavos o les fuerza a la deshonestidad, con o sin violencia, podrá verse en un rescripto de Antonino Pio, de consagrada memoria, dirigido a Elio Marciano, procónsul de la Bética, cual debe ser la actitud del gobernador, Del cual rescripto son estas palabras: «Conviene ciertamente que se conserve intacta la potestad de los dueños sobre sus esclavos y que a ninguna persona se quite su derecho, pero es en interés de los dueños que contra las

La constitución de ANTONINO PÍO, a la que aluden los textos citados, sigue la línea del mejoramiento de la condición de los esclavos, iniciada ya por AUGUSTO con la entrega al *praefectus urbi* de la vigilancia sobre ellos⁹⁵ y seguida por la *lex Petronia* del 19 d.C., que limita el derecho de exponer al esclavo a las fieras y otras más.

Pero no se debe ver en esto una prueba de la prohibición de los actos emulativos: no se trata de progresivas restricciones de la posición del *dominus* sobre el esclavo y de hecho no es posible inferir en este caso una prohibición general de abusar de un derecho propio que es absolutamente extraño al espíritu de toda la legislación justiniana.

*D. 8,1,9 (Cel. 5 dig.) Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.*⁹⁶

sevicias, el hambre o la ofensa intolerable no se deniegue auxilio a aquellos que lo supliquen justamente. Por lo tanto, atiende tú las querellas de aquellos esclavos de Julio Sabino que se acogieron al asilo de la estatua del emperador y si averiguaras que han sido tratados más duramente de lo que es justo, o que se les ha inferido una ofensa infamante, dispón que sean vendidos para que no recaigan bajo la potestad de su dueño. El que hiciere fraude a mi constitución, sabrá que estoy dispuesto a castigar el hecho más severamente». También Adriano, de consagrada memoria, relegó por cinco años a cierta matrona Umbricia por haber tratado con excesiva severidad a sus esclavas, sin motivos de consideración”.

⁹⁵ BONFANTE, Istituzioni di diritto romano, op. cit., p. 165.

⁹⁶ “Si a alguien se le cediera o dejase simplemente camino por el fundo de cualquiera, le será lícito pasar y conducir por tiempo indefinido, a saber, por cualquier parte del mismo, con tal que sea con arreglo a derecho. Porque en la expresión se exceptúan tácitamente algunas cosas, pues no se ha de dejar pasar, ni conducir por la misma casa, ni por medio de las viñas, como quiera que pueda hacer esto con igual comodidad por otra parte con menor daño del fundo sirviente. Pero fue constante, que por donde primeramente

Albertario⁹⁷, sostiene que en aquella parte que nos interesa, el fragmento es compilatorio y la finalidad de esta reforma tiene más que ver con un límite objetivo a la servidumbre y no con una limitación que pueda imputarse a la aplicación del principio de «*aequitas*», pues siempre estuvo presente en la regulación relacionada con la servidumbre el que esta sea ejercida de la forma menos gravosa para el fundo sirviente. En efecto, no puede abstraerse de este pasaje una prohibición general de los actos de emulación en la mentalidad de los juristas romanos y tampoco se puede construir una teoría general a partir de él⁹⁸.

2) Segundo grupo: aquellos que son una verdadera aplicación del principio de prohibición de actos emulativos; todos en materia de aguas.

Es un hecho bien conocido que el Título 39,3 del Digesto refleja, en lo que a la *actio aquae pluviae arcendae*⁹⁹ se refiere, un cambio en los principios matrices que regulan las relaciones de vecindad¹⁰⁰. En el trasfondo de esta nueva visión se encuentra la modificación del concepto de *dominium* entendido como señorío pleno e ilimitado hasta la época clásica y que en el período posterior, especialmente justiniano es mediatizado por consideraciones extrajurídicas tales como la del "interés social", "equidad", «*utilitas*» o «*animus nocendi*»¹⁰¹.

hubiese dirigido el camino, por ahí debiese pasar y conducir en lo sucesivo, sin que tuviera facultad para cambiarlo otra vez; según así parece también a Sabino, que se valía del argumento de la corriente de agua, la que en un principio habla sitio lícito conducirla por cualquier parte, y después que hubiese sido guiada no era lícito cambiarla; lo cual es verdad que también. se ha de observar respecto a un camino".

⁹⁷ ALBERTARIO, Emilio, "La «*possessio civilis*» e la «*possessio naturalis*» nelle fonti giustinianee e bizantine", en Filangieri 37 (1913), pp. 517 ss.

⁹⁸ ROTONDI, op. cit., p. 70.

⁹⁹ Esta acción fue concebida como un mecanismo de protección preventivo, para aquel que veía amenazado su predio por el desvío del natural escurrimiento del agua lluvia provocado por su vecino.

¹⁰⁰ GÓMEZ ROYO, Enrique, El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 191. Estamos de acuerdo en que el giro de nuestra acción se vio impulsado por el fuerte empuje que supuso la entrada en escena de nuevas exigencias ético-sociales derivadas del cristianismo, aunque también hemos de considerar otros factores que serán aludidos oportunamente.

¹⁰¹ BIONDI, La categoría romana delle servitutes, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1936, p.141; ROTONDI, op. cit., pp. 23 ss; 26 ss.; PEROZZI, Silvio, "Il divieto

Como adecuadamente señala VALIÑO ARCOS¹⁰², ya desde comienzos del Principado se puede ver la necesidad de enfrentar problemas que tienen su origen en la aridez de ciertas regiones del Imperio, lo que se traduce en que el principio rector del estatuto jurídico de las aguas, será ahora el de la correcta distribución de la misma y el deber de no retener la sobrante cuando ésta es necesaria para otros. Como se puede comprobar, estas consideraciones son precisamente los elementos catalizadores que darán pie a un cambio en cuanto al objetivo o finalidad de nuestra acción, la que ya no buscará tutelar los daños eventuales provenientes del agua lluvia, sino asegurar la utilización y provecho de todo tipo de agua¹⁰³. Derechamente en la época postclásica y especialmente justiniana la *actio aquae pluviae arcendae* se transforma en un recurso administrativo general para garantizar un mejor uso y aprovechamiento de las aguas¹⁰⁴.

En este mismo sentido debemos referirnos a un problema que no ha sido específicamente enfrentado por la romanística, salvo por GEREZ KRAEMER¹⁰⁵ y que dice relación con la titularidad y aprovechamiento del agua lluvia. De acuerdo a lo que nos dan a conocer las fuentes, que en todo caso no son numerosas, el *dominus* de un fundo puede utilizar y retener toda el *aqua pluvia* que estime pertinente y caiga directamente sobre su predio¹⁰⁶, manteniéndose esta facultad con el carácter de ilimitada hasta JUSTINIANO, pues de acuerdo a la opinión mayoritaria de la romanística las restricciones serían obra de los compiladores¹⁰⁷ e inspiradas en la idea de ordenar la distribución de las aguas de lluvia. Para algunos, esto sería una demostración que sobre este tipo de agua existe verdadero dominio, pues no puede explicarse de otro modo las facultades que el *dominus* del fundo

d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private", en *Scritti Giuridici Silvio Perozzi*, T. I, Proprietà e Possesso, Milano, 1949, pp. 371 ss.; GÓMEZ ROYO, *El régimen de las aguas...*, op. cit., p. 192.

¹⁰² Op. cit., pp. 49 ss.

¹⁰³ SALERNO, Francesco, "Aqua pluvia ed opus manu factum", en *Labeo* 27 (1991), p. 239.

¹⁰⁴ BONFANTE, Pietro, "Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno", en *AG* 87 (1922), pp. 6 ss; SITZIA, Francesco, s.v. "Scolo delle acque (storia)", en *ED* 41, p. 750 n.4.

¹⁰⁵ Gerez Kraemer, Gabriel, *El derecho de aguas en Roma*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 42 ss.

¹⁰⁶ D. 39,3,1,11 (Ulp. 53 ad ed.); D. 43,22,1,4 (Ulp. 70 ad ed.).

¹⁰⁷ Vid., por todos SALERNO, op. cit., p. 237.

sobre el cual cae tiene respecto de ellas¹⁰⁸. No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, pues para nosotros es evidente que el agua no es una *res* técnicamente hablando, especialmente por el hecho de que no puede ejercerse la acción reivindicatoria respecto de ella y como en el particular esquema del pensamiento jurídico romano, la acción antecede al derecho, en este caso el *dominium* es posible.

Precisamente la inclusión de estos nuevos criterios aludidos anteriormente, tales como «*animus nocendi*» o «*utilitas*», lleva a que nos topemos con los actos de emulación, especialmente por el hecho de que fue el ámbito de las relaciones de vecindad donde más influyó en su momento¹⁰⁹.

Lo que venimos diciendo no ha estado exento de polémica, puesto que tal como ha argumentado DERINE¹¹⁰, desde el estudio de PEROZZI¹¹¹ se ha aceptado casi unánimemente que los compiladores crearon un nuevo régimen de aguas y que esto se puede percibir y demostrar a través de diversas interpolaciones, siendo las más citadas aquellas que se encuentran en los siguientes fragmentos: D. 39,3,1,11-12 (*Ulp. 53 ad ed.*); D. 39,3,2,5-6 (*Paul. 49 ad ed.*); todos referidos a la *actio aquae pluviae arcendae*. Su propósito es ampliar el ámbito de nuestra acción hasta permitir a través de ella la sanción de aquellos que «*animus nocendi*» retienen el agua lluvia en perjuicio del *fundo inferior*¹¹². Al respecto, recuerda DERINE¹¹³ que en cuanto a las

¹⁰⁸ COSTA, Emilio, *Le acque nel diritto romano*, Nicola Zanichelli, Bologna, 1918, p. 7; GEREZ KRAMER, *El derecho de aguas en Roma*, op. cit., p. 48: "El hecho de que en un determinado momento histórico el derecho de propiedad sobre las aguas pluviales haya sufrido limitaciones por razones de utilidad social no debe confundirnos acerca de la naturaleza de las facultades de los sujetos sobre éstas. Se trata además de límites previstos sólo para evitar perjuicios al propietario vecino... concebidos, por lo tanto en el marco de las relaciones de vecindad. Podrían calificarse, por ello, como una limitación legal de la propiedad, impuesta por el ordenamiento por razones de interés público para proteger al titular del predio inferior y a los demás propietarios vecinos."

¹⁰⁹ D'EMILIA, Antonio, "Una media sentenza sul problema dell'abuso del diritto", en SDHI 11 (1945), p. 280 n.4.

¹¹⁰ DERINE, Raymond, "A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien", en RIDA, 3ª Serie, Tomo 5 (1958), pp. 449-468.

¹¹¹ PEROZZI, Silvio, "Il divieto d'atti di emulazione ...", op. cit.

¹¹² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª Edición, Eugenio Jovene, Napoli, 1994, p. 181; BERGER, Adolf, v. "actio aquae pluviae arcendae", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano. La proprietà* (Ristampa corretta della I edición a cura di Giuliano Bonfante e de Giuliano Crifò), Dott. A.

causas de la evolución en el régimen de las aguas, los romanistas se dividen en dos grupos: el primero, integrado entre otros por RICCOBONO¹¹⁴; ALBERTARIO¹¹⁵ y BIONDI¹¹⁶, buscan la explicación en la influencia cristiana que habría permitido superar el concepto individualista del Derecho Romano, dando cabida a soluciones apegadas a ideas como la solidaridad. El segundo grupo, sostiene que las diferencias climáticas habrían generado una transformación en el régimen de las aguas privadas, toda vez que dichas condiciones son muy distintas en la península itálica que en el Imperio que tiene bajo sus órdenes JUSTINIANO, donde también existen amplias zonas en las que la aridez es la regla general, lo que motiva una especial preocupación por la distribución y máximo aprovechamiento de un recurso escaso¹¹⁷. Esta es la posición mayoritaria y que propician autores como SCIALOJA¹¹⁸ y también LEVY¹¹⁹.

A partir de este *status quaestionis*, DERINE comienza a polemizar con la influencia climática como factor determinante en la evolución jurídica del régimen de las aguas¹²⁰ y particularmente de la *actio aquae pluviae arcendae*¹²¹. Así denuncia que habría sido PEROZZI¹²² el primero en lanzar la idea de una modificación general del régimen de las aguas, derivado de la consideración de nuevas realidades climáticas y no sólo para la *actio aquae pluviae arcendae* como

Giuffrè, Milano, 1966, pp. 422 ss.; BRANCA, Giuseppe, "La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres", en Studi in memoria di Emilio Albertario, Vol. I, A. Giuffrè, Milano, 1953, p. 342; SARGENTI, Manlio, L'actio aquae pluviae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1940, pp. 180 ss.; VALIÑO ARCOS, op. cit., pp. 134 ss.

¹¹³ Op. cit., pp. 454-455.

¹¹⁴ RICCOBONO, Salvatore, "Cristianesimo e diritto privato", en Revista di Diritto Civile, 1911, pp. 48-55; ID., "La teoria dell'abuso di diritto...", op. cit.

¹¹⁵ ALBERTARIO, Emilio, "I fattori della evoluzione del diritto postclásico e la formazione del diritto giustiniano", en SDHI 1 (1935), p. 12.

¹¹⁶ BIONDI, Biondo, Il Diritto Romano Cristiano, Dott. A. Giuffrè, Milano, Vol. III, 1954, p. 312.

¹¹⁷ DERINE, "A propos du nouveau régime de eaux privées...", pp. 454.

¹¹⁸ Teoria della proprietà..., op. cit., T. I, p. 384.

¹¹⁹ LEVY, Ernst, West Roman Vulgar Law: The Law of property, American Philosophical Society, Philadelphia, 1951, pp. 117-118.

¹²⁰ Este punto de vista ha sido asumido por otros autores. Vid., GEREZ KRAEMER, El derecho de aguas en Roma, op. cit., pp. 46 ss.

¹²¹ Op. cit., pp. 456 ss.

¹²² PEROZZI, "Il divieto d'atti di emulazione...", op. cit., p. 375.

sostenía la romanística hasta ese momento. Esta explicación es para DERINE insegura y conjetural, dado que sólo se estaría refiriendo a África y no al resto del Imperio. Es precisamente esta última afirmación lo que enfrenta la posición de BONFANTE¹²³.

Luego de discutir estas fundamentaciones por ser meramente conjeturales, concluye nuestro autor que el fenómeno al cual aludimos puede explicarse por otras vías: la presencia de numerosos juristas y senadores provinciales que seguramente actuaron a favor de la consideración de las condiciones habidas en sus lugares de origen, unido al conocimiento directo que los emperadores a través de sus viajes, llevó a precipitar los cambios aludidos. Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar que la crítica de DERINE a esta posición tradicional se vuelve en su contra, dado que sus conclusiones son tan hipotéticas y conjeturales como las por él controvertidas y puestos a pronunciarnos resulta sumamente lógico pensar que la realidad de la parte oriental del Imperio, donde las lluvias y los sistemas de explotación agrícola son diferentes, la irrigación artificial se constituye en base esencial de los cultivos. Tal como indica VARELA MATEOS¹²⁴, se puede aventurar entonces que en la parte occidental del Imperio, la acción mantuvo su función original, mientras que en la parte oriental se le reconduce hasta constituirse en el recurso general que sanciona al que no hace un uso racional del agua. Finalmente en el Digesto se presenta un esquema donde la *actio aquae pluviae arcendae* se transforma en un recurso administrativo general para todo tipo de problemas derivados del aprovechamiento del agua, no importando si ésta es pluvial o no, por lo que el nombre sólo refleja un antecedente histórico¹²⁵.

Si bien la entidad con que los compiladores manipularon los textos puede discutirse¹²⁶, hemos de tener por sentado que ellas apuntaron a dos objetivos claros¹²⁷: (a) ampliar la posibilidad de ejercer la acción, incluso respecto de daños originados por obra de la naturaleza, de tal

¹²³ BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª Edición, A. Giuffrè, Milano, 1987, p. 288.

¹²⁴ VARELA MATEOS, Esteban, "Un ejemplo de pragmatismo romano: la *actio aquae pluviae arcendae*", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Derecho Civil y Derecho Público, Editorial Civitas, Madrid, p. 4220.

¹²⁵ BONFANTE, Corso di Diritto Romano, op. cit., p. 488; SARGENTI, *L'actio aquae pluviae...*, op. cit., p. 38.

¹²⁶ Vid., por todos, Perozzi, "Il divieto d'atti di emulazione...", op. cit.

¹²⁷ Varela Mateos, op. cit., pp. 4228 ss.

manera de superar el requisito del «*opus manu factum*»¹²⁸, incluso aceptando su ejercicio cuando la configuración topográfica del suelo hubiera sido cambiada por efectos de un *vis maior*¹²⁹ y; (b) incorporar la valoración del «*animus*» del «*auctor operis*», en el sentido de condicionar el ejercicio de la acción a la presencia del «*animus nocendi*»; así, por ejemplo se explica la posibilidad de excavar en un fundo propio extrayendo agua de un manantial vecino siempre que no exista el ánimo de perjudicarlo¹³⁰, o que el dueño de un fundo pueda desviar un torrente de agua de su fundo impidiendo que otro se beneficie de la misma, en la medida que no lo haga con la intención de perjudicar a otro¹³¹.

Veamos cuáles son los fragmentos que se encuentran involucrados en esta polémica y en los cuales se puede apreciar con mayor nitidez la intervención compilatoria a la que nos referíamos previamente. La mayoría de ellos se han incluido en esta lista dado el hecho de que la romanística en general se encuentra conteste en que precisamente son demostrativos de este “nuevo” régimen de las aguas impuesto por JUSTINIANO.

*D. 39,3,1,11 (Ulp. 53 ad ed.) Idem aiunt aquam
pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini
in suum derivare, dum opus in alieno non fiat,
omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque,
dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam
hoc nomine teneri.*¹³²

En este pasaje SABINO y CASIO parten del supuesto de que la *actio aquae pluviae arcendae* no procede en el caso de que el *dominus* retenga agua de lluvia en su fundo y tampoco en el caso de aquel que desvía agua del fundo vecino al propio, en la medida que en este fundo vecino no se haga obra alguna. De esta forma en nada afecta el hecho de que en el fundo inferior se produzca alguna clase de perjuicio, siempre que ello sea compensado por la utilidad que para el

¹²⁸ Podemos citar a modo ejemplar, el fragmento contenido en D. 39,3,2,5 (Paul. 49 ed.)

¹²⁹ D. 39,3,2,6 (Paul. 49 ed.).

¹³⁰ D. 39,3,1,12 (Ulp. 53 ed.).

¹³¹ D. 39,3,2,9 (Paul. 49 ed.).

¹³² “Asimismo, que todos tienen derecho, con tal de no hacer obra en fundo ajeno, a retener el agua pluvial en el suyo o a derivar hacia él la sobrante del vecino, pues no se prohíbe que cada uno se favorezca con tal de que con ello no perjudique a otro; y que nadie puede ser demandado por hacer tal cosa”.

predio superior ello supone¹³³. El fragmento ha sido ampliamente comentado por BONFANTE¹³⁴ y estamos de acuerdo con VALIÑO ARCOS¹³⁵ en el sentido de que sobre la base del pensamiento original de los juristas clásicos, los compiladores justinianos introducen la idea de que el uso del bien es siempre lícito, pero se encuentra limitado por la utilidad de dicho uso o, en otras palabras el ejercicio del derecho no es posible «*animo nocendi*». Tras esto se encuentra el principio matriz en virtud del cual siendo el agua un bien de interés general no siempre abundante, toda intervención legislativa debe ir encaminada hacia el aseguramiento de su distribución¹³⁶.

Si bien, mayoritaria la posición antes descrita no es unánime pues como advertíamos en su momento hay autores como RICCOBONO¹³⁷ que sostienen la inexistencia de un principio general como el apuntado para la propiedad sobre las aguas. Sin embargo, y como nítidamente apunta VALIÑO ARCOS¹³⁸, el añadido «*prodesse enim sibi unusquisque dum alii non nocet, non prohibetur*», inserta criterios subjetivos referidos a la equidad natural que no calzan ni con la mentalidad de los clásicos ni con el resto del pasaje. Partiendo de esta base inicial PEROZZI¹³⁹ desarrolla una teoría que comparte GÓMEZ ROYO¹⁴⁰ y que atribuye al término «*superficiensem*» un sentido restringido que se referiría sólo al agua que no es necesaria, cuando en realidad más bien hace alusión al desbordamiento natural de la misma, producto de la posición de superioridad de un fundo respecto del otro y que supone una especial ubicación geográfica. Así, el adjetivo «*superficiensem*» designa el agua que rebasa los límites del fundo propio, cayendo en el predio vecino y, por ello el *dominus*, puede realizar las obras de canalización que permitan el aprovechamiento de dicha agua.

¹³³ Caravella, Rodolfo, Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1971, pp. 28 ss.; Valiño Arcos, op. cit., p. 138.

¹³⁴ Commentario alle Pandette, XXXIX, op. cit., pp. 433 ss.

¹³⁵ Op. cit., p. 138.

¹³⁶ Salerno, "Aqua pluvia...", p. 237.

¹³⁷ "La teoria dell'abuso di diritto...", op. cit., p. 38.

¹³⁸ Op. cit., p. 140.

¹³⁹ "Il divieto d'atti di emulazione...", op. cit., p. 374.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 196.

Estas apreciaciones sobre las cuales advertíamos, no generan un consenso total, pero si mayoritario y llevan a BONFANTE¹⁴¹ a señalar que no es tanto el *animus nocendi*, sino la concurrencia del daño causado por el acto y la falta de utilidad o ventaja propia que lo justifique, lo que resulta en la prohibición del mismo y, en los supuestos en que no concurriesen los requisitos de la *actio aquae pluviae arcendae*, se puede ejercer subsidiariamente la *actio doli*¹⁴².

Para cerrar este comentario, no podemos olvidar la opinión de PEROZZI¹⁴³ en el sentido de que lejos de lo que comúnmente se sostiene, las modificaciones de JUSTINIANO trataron de poner límites objetivos a la utilización de lo que es propio, lo que se vería reflejado en el hecho de que los actos practicados «*in suo*» que perjudican al vecino, en la medida que sean útiles, no pueden considerarse dañosos para el vecino, sino que sólo importan la privación de una ventaja de la que se venía disfrutando. Luego si no existe esta utilidad puede presuponerse el «*animus nocendi*»¹⁴⁴, el que se sanciona con nuestra acción, o bien, con la *actio doli* si no se cumplían con los requisitos de la primera.

*D. 39,3,1,12 (Ulp. 53 ad ed.). Denique
Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini
fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo
actionem: et sane non debet habere, si non animo
vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi
id fecit.*¹⁴⁵

En este caso se rechaza la concesión de la *actio aquae pluviae arcendae* y de la *actio doli* en el supuesto en que el *dominus* realice obras en su propio fundo y que perjudican al vecino en el sentido de privarle de agua de la que hasta entonces gozaba. El jurista MARCELO fundamenta su *responsum* en el hecho de no existir «*animus nocendi*», dado que la intención es la de mejorar el rendimiento del fundo propio, por lo que aquello excluiría la posibilidad de actuar en

¹⁴¹ Corso di Diritto Romano, op. cit., p. 356.

¹⁴² Ancona, Ezio, "Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà", en AG 52 (1893), p. 322.

¹⁴³ "Il divieto d'atti di emulazione...", op. cit., p. 385.

¹⁴⁴ Lo que sería también un aporte de Justiniano. Ibid., p. 387.

¹⁴⁵ "Por su lado, escribe Marcelo que no puede demandarse al que cava en su propio fundo y trae hacia él un manantial del vecino ni con la acción de dolo, pues no debe tener tampoco si no lo hizo con intención de perjudicar al vecino, sino que lo hizo para mejorar su propio fundo".

perjuicio del otro, pero en todo caso resulta evidente que la referencia a la intención maliciosa, es producto de una interpolación justiniana¹⁴⁶.

Pese a la opinión contraria de RICCOBONO¹⁴⁷ que considera la polémica involucrada en el fragmento como la representación de las posiciones de sabinianos y proculeyanos, no se puede obviar que en él hay claras referencias a elementos éticos que reconducen a ideas cristianas que lo hacen sospechoso de interpolación. SARGENTI¹⁴⁸ destaca el alto porcentaje de probabilidades de que precisamente estemos frente a una interpolación, al considerar que las dos partes en que se puede dividir el fragmento son absolutamente irreconciliables: en efecto, la primera se refiere a la completa libertad del *dominus* para realizar lo que estime pertinente en su fundo; mientras que en la segunda, MARCELO condiciona dicho actuar a la inexistencia del «*animus nocendi*»¹⁴⁹.

*D. 39,3,2,9 (Paul. 49 ad ed.). Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.*¹⁵⁰

Este pasaje ha sido discutido profusamente, especialmente y en lo que nos interesa en este apartado, respecto de la inclusión del «*animus*» como elemento central en la última parte del texto. LABEÓN niega la *actio aquae pluviae arcendae* contra el *dominus* del fundo superior que desvía un curso de agua, privando de él al fundo inferior precisamente por el hecho de que no hay contención sino desvío, por lo que procede la *actio doli* (privación de una ventaja). Entonces el daño que puede sufrir el predio inferior puede consistir en la entrada

¹⁴⁶ Perozzi, *Il divieto d'atti di emulazione...*, op. cit., p. 375; Sitzia, *Ricerche in tema...*, op. cit., p. 205 n. 120.

¹⁴⁷ *La teoria dell'abuso...*, op. cit., pp. 20 ss.

¹⁴⁸ *L'actio aquae pluviae...*, op. cit., p. 69.

¹⁴⁹ Valiño Arcos, op. cit., p. 136.

¹⁵⁰ "Dice asimismo Labeón que si un vecino hubiese desviado un torrente de agua, para evitar que ésta entrara en su campo, y con ello perjudica a un vecino, no se le puede demandar con la acción de contención del agua pluvial, pues contener el agua es cuidar que no pase del propio predio al vecino. Esta opinión es cierta, siempre que no lo hiciera con intención de perjudicarte, sino de no perjudicarse él".

excesiva de agua como consecuencia de una alteración del curso practicada en el fundo superior; o bien, en la desviación que prive igualmente al inferior del agua que venía recibiendo como utilidad, pero en este último caso la concesión de la acción que se atribuye a PAULO, es justiniana¹⁵¹.

*D. 39,3,2,5 (Paul. 49 ad ed.). Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus.*¹⁵²

Luego de la discusión ALFENO VARO–LABEÓN, de la que ya nos hemos hecho cargo, PAULO confía en la equidad para la resolución del

¹⁵¹ Perozzi, “Il divieto d’atti de emulazione...”, op. cit., pp. 377 ss.

¹⁵² “El mismo Alfeno Varo presenta el supuesto de un terraplén en el fundo del vecino que fue arrasado por una avenida de agua, a consecuencia de lo cual el agua pluvial empezó a perjudicarme; y dice que, si el terraplén era natural, no puedo yo obligar al vecino por la acción de contención del agua pluvial a que lo reponga o permita que sea repuesto, y lo mismo cree si fue un terraplén hecho por mano del hombre pero no consta cuándo se hizo, pues si se sabe cuándo, entonces si cree que se le puede demandar por esta acción. Labeón, por su parte, cree que si el terraplén es hecho por mano del hombre, aunque no se recuerde cuándo se hizo, se puede ejercitar la acción para que se permita que se reponga, no que lo reponga él, pues por esta acción nadie puede ser obligado a favorecer al vecino, sino a no perjudicarlo, y sirve para interpelar al que hace algo que le es lícito hacer. Sin embargo, aún cuando pueda faltar la acción de contención del agua pluvial, creo que compete no obstante una acción o interdicto útiles contra el vecino, si quiero restituir en su predio el terraplén que me favorece y no le va a perjudicar a él: así lo sugiere la justicia aunque falle el derecho”.

problema, dada la ausencia de una servidumbre y admitiendo la *actio aquae pluviae arcendae*, aunque como útil¹⁵³.

El mismo término «*competere*», en su carácter bizantino tiene ribetes éticos lo que valida la tesis de la interpolación en los términos señalados por VALIÑO ARCOS¹⁵⁴, lo que es concordante con la opinión de SALERNO¹⁵⁵ en el sentido de que la dicotomía entre «*actio utilis*» e «*interdictum*» hace pensar en un período en que la distinción entre interdicto y acción ya no existe, lo que sólo se produce en el período postclásico. Otro tanto puede decirse de los conceptos «*ius*» y «*aequitas*» que cierran el fragmento¹⁵⁶. Todo ello permite concluir a VALIÑO ARCOS¹⁵⁷ que el fragmento termina por reflejar una concepción claramente justiniana, que manifiesta una extensión de la acción hacia un caso en que derechamente falta el *opus manu factum*.

4. CONCLUSIONES

- 1^a.- En su configuración moderna, el Derecho Romano desconoce la institución del abuso del derecho, lo que no resulta ser más que una consecuencia del hecho de que el ordenamiento jurídico romano no puede concebirse como un sistema de derechos subjetivos, sino como un sistema de acciones.
- 2^a.- La institución más cercana que podemos encontrar al abuso del derecho, es la de los actos emulativos o de emulación. Sin embargo, no es factible sostener que los juristas romanos desarrollaron una teoría general de los actos de emulación, sino que este tipo de actos están tipificados en casos específicos y especialmente en la órbita del *dominium*.
- 3^a.- Los actos de emulación en el Derecho Romano, se encuentran circunscritos al régimen de las aguas, y particularmente en el período postclásico. En ese período histórico se crea una nueva

¹⁵³ Peters, Frank, "Das patientiam praestare im klassischen römischen Nachbarrecht", en SDHI, 35 (1969), p. 154. Hay algunos autores que se pronuncian por la clásicidad de la referencia a la acción útil: Vid., por todos, Palma, *Iura vicinitatis...*, op. cit., p. 182.

¹⁵⁴ Op. cit., pp. 147 ss.

¹⁵⁵ "Aqua pluvia...", op. cit., p. 230 n. 52.

¹⁵⁶ Salerno, "Aqua pluvia...", op. cit., pp. 231 ss.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 149.

regulación, que da cuenta de la inclusión de consideraciones extrajurídicas, tales como la «*aequitas*»; «*utilitas*» y otras.

- 4ª.- La teoría general de la «*aemulatio*» sólo surge con los glosadores, podríamos decir coincidentemente con el surgimiento de la noción de derecho subjetivo. Sin embargo, los glosadores se apoyan en textos que, como hemos visto, no se refieren a cosos de actos emulativos, especialmente por el hecho de que en todos ellos falta lo que resulta esencial para que los mismos puedan ser incorporados en esta categoría: el «*animus nocendi*».
- 5ª.- Desde la perspectiva recién apuntada, queda de manifiesto y en esto estamos con RODRÍGUEZ GREZ, que la figura del abuso del derecho, no puede ser subsumida como un tipo o categoría de ilícito civil, pues ni en su larvada presencia en el Derecho Romano, ni en su configuración definitiva a partir del Derecho Intermedio y la labor de los glosadores, fue concebido como tal. Así, frente a las posiciones que toma nuestra doctrina, deberíamos apuntar más bien, y a falta de una mejor opción, por entenderlo como un principio general de derecho, especialmente por el hecho de que esto nos permitiría sancionarlo con un abanico de posibilidades que va más allá de la indemnización de perjuicios.