

El abuso de Derecho y los actos de emulación en Derecho Romano

CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO
Universidad de Córdoba

I. CONCEPTO DE ABUSO DE DERECHO

El concepto de abuso de derecho y su elaboración teórica han tenido siempre un escaso interés para la doctrina que se ha mostrado reticente a estudiar y profundizar en esta materia. En efecto, como ha puesto de relieve ROTONDI, la fórmula abuso del derecho ha sido mirada con o sin razón, por los autores con una gran desconfianza⁽¹⁾. Lo cierto es que la teorización sobre las conductas abusivas tiene en la experiencia continental menos de un siglo de vida, sin embargo podemos afirmar que aún así, no se puede considerar una figura totalmente novedosa, ya que su concepción como institución jurídica es producto de un largo y complicado proceso de elaboración doctrinal a través de la historia⁽²⁾.

No obstante, ha sido en el presente siglo cuando mayormente se ha despertado la curiosidad de los estudiosos y han surgido múltiples y variados tratados sobre el tema⁽³⁾. Incluso se han dado concepciones muy diferentes del abuso de derecho, desde aquellos autores que piensan que el abuso de derecho es un caso de conflicto de derechos⁽⁴⁾, a aquellos otros que opinan que más bien se trata de un conflicto entre derecho y moral⁽⁵⁾ o una alteración en el equilibrio

⁽¹⁾ Cfr. ROTONDI, M. «L'abuso di diritto», Riv. Dir. Civile, 15, (1923) Reimp. Padova CEDAM, 1979, págs. 13 y ss. En su opinión, el concepto abuso de derecho tuvo en Francia una larga y quizá no del todo merecida fortuna, sobre todo desde principios de siglo en adelante, como así lo demuestra un examen aunque sea superficial de su repertorio jurisprudencial.

⁽²⁾ En este sentido, vid. CORREA, A.A. en su obra «Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique». Actin del Seminario Romanístico Internazionale, Perugia 1972, pág. 145, afirma que «la evolución de la teoría del abuso de derecho se remonta hasta las XII Tablas para acabar en la famosa definición de Celso: *«ius est ars boni et aequi»*, así como en la afirmación no menos célebre de Paulo: *«Non omne quod licet honestum est»*.

⁽³⁾ Podemos citar entre otros: PORCHEROT, «L'abus de droit», Dijon, 1901-1902; JOSSERAND, «L'abus des droits», París, 1906; DESSETEAUX, «Abus de droit ou conflit de droits», Revue Trim. de D.C., 1906 (1970), pág. 124; ROTONDI, «L'abuso di diritto», cit.; RESCIGNO, «L'abuso di diritto», Riv. di Diritto Civile, 1965, Parte I, pág. 205; entre la doctrina española: OLIVA, «La teoría del abuso del derecho en el Tribunal Supremo (Glosa a la sentencia de 14 de febrero de 1944.)» en Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid, enero-julio de 1944, págs. 175 y ss.;

MARTINEZ USEROS, «La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo», Madrid, 1947; MARIN PEREZ, «Abuso del derecho» en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Barcelona, 1950, págs. 127 y ss.; MARTIN BERNAL, J.M., «El abuso de derecho», Madrid 1982; CALVO SOTELO, J. «La doctrina del abuso de derecho», Madrid, 1917

⁽⁴⁾ DESSETEAUX, «Abus de droit ou conflit des droits», cit., pág. 124.

(5) SAVATIER, «Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence», París, 1916, pág. 23.

(6) BOSCH, J., «Essai sur les éléments constitutifs du délit civil», Montpellier, 1900-1901.

(7) ROTONDI, «L'abuso di diritto»...cit. págs. 24 - 33.

(8) RESCIGNO, P. «L'abuso di diritto»...cit., pág. 205.

(9) Entre los ordenamientos jurídicos que expresamente recogen la prohibición del abuso de derecho, podemos mencionar los siguientes: C.C. Alemán de 1900, artº 226; C.C. Suizo de 1907, artº 2; C.C. Español, tras la reforma de 1974, artº 7; C.C. Prusiano de 1974, artº 36 y 37; El C.C. Italiano de 1942, prohíbe expresamente en su artº 833 los actos de emulación, precedente como ya veremos de la institución del abuso de derecho; El C.C. Francés no contiene un precepto concreto prohibitivo del abuso de derecho, pero la doctrina y la jurisprudencia son favorables a su admisión basando, sobre todo, sus planteamientos en el artº 1382.

Por lo que hace referencia al Derecho Iberoamericano, BORDA, G.A. En el prólogo al libro «Abuso de derecho» de FERNANDEZ SESSAREGO, Buenos Aires, 1992, nos pone de manifiesto que en cuanto a las legislaciones que condenan expresamente el abuso de derecho se pueden señalar dos tendencias diferentes: La primera de ellas se limita a establecer que la ley no permite el ejercicio abusivo de los derechos (como el C.C. Peruano en su artº 2211). La segunda tendencia añade también algunos criterios para determinar cuando estamos ante un uso abusivo de un derecho (como el C.C. Argentino en su artº 1071).

(10) Cfr. CALVO SOTELO, J., «La doctrina del abuso de derecho»... cit., pág. 21; RESCIGNO, «L'abuso di diritto»...cit., pág. 216,

(11) Conviene recordar en esta sede que también el Derecho Romano tuvo tal consideración con el ciudadano romano; efectivamente, podríamos decir que si en los tiempos modernos se reconoce al hombre como un ser individual y libre, en Roma tal privilegio estuvo sólo en manos de los ciudadanos romanos que siempre disfrutaron de tal ventaja. Vid. en este sentido, CALVO SOTELO, op. cit., pág. 25.

de intereses⁽⁶⁾. Tampoco han faltado duras críticas a estas concepciones⁽⁷⁾.

En definitiva, estamos ante una figura difícil y polémica que, como afirma RESCIGNO, ha provocado las reacciones más diversas: «La exaltación ha conocido tonos místicos y la crítica ha sido severa, densa de preocupaciones y de terror»⁽⁸⁾. Pero a pesar de todas las críticas y resistencias que ha suscitado durante el desarrollo de su elaboración dogmática, hoy la figura del abuso de derecho aparece referida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos⁽⁹⁾, y si bien en la actualidad apenas existen opiniones contrarias a su vigencia, todavía surgen discrepancias entre las distintas posturas doctrinales, en torno a la difícil determinación de su naturaleza jurídica. En cualquier caso, cabe señalar que actualmente la autonomía del abuso de derecho como institución jurídica encuentra pleno reconocimiento por la doctrina.

La teoría del abuso del derecho fue elaborada por la doctrina francesa del siglo XIX, surgiendo como una reacción social frente al creciente individualismo que tiene su origen en la Edad Media y que adquiere su máxima expresión tras la Revolución Francesa⁽¹⁰⁾. A partir de este momento el hombre se convierte en el centro del Derecho, considerándose como ser absolutamente independiente y libre, titular de derechos y libertades alrededor del cual gira todo el aparato jurídico. Se impone en estas condiciones una concepción extrema y descomulgada del derecho subjetivo, creándose el *culpa proprio* para el desarrollo de las conductas abusivas⁽¹¹⁾. Así pues, cuando la formulación sobre el abuso de derecho fue introducida por primera vez en un ordenamiento jurídico reflejaba la crisis de un estado liberal, la crisis del sistema de libertades individuales absolutas, haciéndose necesaria la intervención del juez para controlar el ejercicio de los derechos y reprimir determinadas conductas que, siendo lícitas, perjudican a los miembros de una comunidad y además no reportan beneficio alguno al que las lleva a cabo. En definitiva, podríamos de-

cir que la teoría del abuso del derecho aparece en una determinada situación de coyuntura histórica, como elemento atenuante de los graves excesos llevados a cabo en el ejercicio de sus derechos por aquellos individuos que tienen una concepción discutible de sus libertades y de sus derechos, en cuanto los ejercen de forma antisocial en perjuicio de los demás miembros de la sociedad.

Para aproximarnos a la definición de abuso de derecho debemos partir de la evidencia de que en una sociedad civilizada, en la que los individuos gozan de plena libertad para ejercer sus derechos, las normas jurídicas establecen una serie de limitaciones o pautas de comportamiento que contribuyen a garantizar el respeto mutuo de las libertades. Sin embargo, puede ocurrir que aunque alguien actúe respetando las limitaciones impuestas, lleve a cabo una conducta insolidaria, antisocial que no le reporte beneficio alguno y que simplemente perjudique a los demás. En esto consiste precisamente el abuso de derecho. Como pone de manifiesto CASTÁN TOBEÑAS, el abuso de derecho se define como «el acto realizado usando de un derecho objetivamente legal, que causa un daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico y cuya moralidad o antisocialidad se manifiesta, objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución»⁽¹²⁾. Es decir, el abuso del derecho constituye un límite que viene impuesto en su origen por razones de orden moral y que después lo establece el ordenamiento jurídico positivo para evitar conductas lesivas y tratar de hacer posible la convivencia pacífica de los individuos, sin por ello atentar contra la libertad individual.

Aunque es evidente -tal y como se deduce de su definición- que la teoría del abuso del derecho es aplicable con carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales, en su origen fue elaborada sobre la base del derecho de propiedad y más concretamente en relación con la propiedad inmobiliaria, con el fin de

regular las relaciones entre propietarios vecinos. En efecto, el derecho de propiedad se configura como el derecho individual por excelencia y es en su ejercicio donde se suelen manifestar las más evidentes extralimitaciones, no sólo porque a veces sus contornos no estén bien definidos, sino porque es precisamente en el ámbito del dominio y más concretamente en el campo de las relaciones de vecindad, donde los individuos con más frecuencia suelen olvidar el fin social de la propiedad y el respeto mutuo que debe imperar siempre en las relaciones interpersonales, sin el cual, difícilmente se podría vivir en comunidad. De ahí que la teoría del abuso de derecho, aunque referida a todos los derechos en general, se elabore sobre la base del derecho de propiedad y de las relaciones de vecindad.

Por otro lado, está plenamente reconocido que el origen de la teoría del abuso del derecho se encuentra en la llamada doctrina de los actos de emulación, teoría medieval elaborada precisamente para regular las relaciones entre propietarios vecinos. Tras la superación de la teoría romana de la prohibición de todo *immittere in alieno* que reprimía cualquier invasión en la propiedad ajena, durante los siglos del Derecho Común y también basada en los textos romanos, se fue gestando la teoría de los actos emulativos con el fin de disciplinar las relaciones vecinales, impidiendo esta vez aquellas actuaciones molestas que sin reportar ningún beneficio al que las realizaba, suponían la mala intención de perjudicar a los demás⁽¹³⁾. Es al estudio de estos actos de emulación al que nos hemos limitado para comprobar si en Derecho Romano existía ya una clara prohibición de las conductas abusivas.

II. EL CONCEPTO DE EMULACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL ABUSO DE DERECHO

No existe en el lenguaje jurídico romano un término que se corresponda con lo que hoy entendemos por emulación.

⁽¹²⁾ Esta definición se recoge en sentencia del T.S. de 14 de febrero de 1944, con la que se introdujo la teoría del abuso de derecho en España.

⁽¹³⁾ Como ha subrayado BONFANTE, «Las relaciones de vecindad», traducción española de Alfonso García Valdecasas, Madrid 1932, págs. 22-23, esta construcción doctrinal tuvo en sus inicios una gran importancia y prestó eminentes servicios a una sociedad en la que la economía doméstica, señorial y del artesanado jugaban un papel primordial. La antigua economía, dice el autor, «no estaba orientada hacia una producción extraordinaria, no exigía un uso extraordinario de las cosas, ni imponía una aglomeración ingente de hombres y máquinas en un mismo lugar. Las molestias que podía acusar el ejercicio de los trabajos de artesanado tampoco eran mayores que los de la economía doméstica o señorial. Por otra parte, el régimen de las corporaciones reunía y aglomeraba los oficios similares en distritos y barrios propios; de suerte que, sin esfuerzo y sin coacción, se imponía la tolerancia recíproca casi como por efecto de una ley natural como una recíproca necesidad. En este régimen, por tanto, el uso extraordinario no podía ser consecuencia de una necesidad económica, sino de una hostilidad deliberada». Surge entonces la teoría de la emulación para reprimir aquellos comportamientos que dadas las condiciones sociales y económicas, no podían estar motivados más que por puro despecho.

Para un estudio más detenido de la teoría de los actos de emulación pueden verse: Id. «Corso di Diritto Romano», vol. II, La proprietà, Roma 1926, Reimp. Milano 1966, págs. 343 y ss.; SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti», Studi Giuridici, vol. III, Parte I, 1932, págs. 194 y ss.; ATZERI VACCA, «Sulla dottrina degli atti ad emulazione.» *Castigliani Timon*. 1886, págs. 7 y ss.

(14) TITO LIVIO, *Ab Urbe Condita* XXVI, 38,9 (Titi Livi, *Ab urbe condita*, *Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis*, T. IV, Lib. XXVI-XXX, Oxonii 1960).

(15) PLINIO, Panegírico 84,2 (Plinio el Joven, Panegírico de Trajano, ed. bilingüe por A. d'Ors, Madrid, 1955, pág.83).

(16) QUINTILIANO, *Institutiones Oratoriae* I,2,22 y 26. (M.F. Quintiliani, *Institutiones Oratoriae*, lib. XII, pars prior, lib. I-IV continens, *Scriptorum Graecorum et Romanorum*, Lipsiae 1965, vol.I, págs.17 y 18.

(17) D.50,10,3 (Macer 2 de off. praes.) «Opus novum privato etiam sine Principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebat, vel circum theatrum, vel amphitheatrum sit». CI.12,59,1: «Apparitores urbanae praefecturae annonario officio sese non inserat, sed apparitorum aemulatione secreta, ministerio suo annonae praefectura fungatur».

(18) Vid. en este sentido, FRISOLI, «La dottrina della chicane o del doloso abuso del diritto secondo il Diritto Romano e il Diritto Civile odierno», *Filangieri* 1904, pág. 494; PAES DA SILVA, «Os actos emulativos no direito romano», *Bol. da Fac. de Dir. Univ. de Coimbra* 10 (1926-1928), pág. 533; VOLTE-RRRA, «Istituzioni di Diritto Privato Romano», Roma 1972, pág. 300;

(19) Sobre la definición de actos emulativos vid. FUENTESECA, P. «Derecho Privado Romano», Madrid 1978, pág.106; ARIAS RAMOS - ARIAS BONNET, «Derecho Romano I», Parte general.Derechos reales, 18ª ed., 1986, Págs.240; BONFANTE, «Corso di Diritto Romano», Vol.II.La proprietà...cit.,» pág.343. SCIALOJA, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, voz «aemulatio».

Vol.I, Parte II, Pág. 426 y ss.; ANCONA, «Degli atti di emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà», AG. Vol. III, Fasc.3-4, Bologna 1894, págs. 292 y ss.; PEROZZI, «Il divieto degli atti di emulazione, e il regime giustiniano delle acque private», *Arch. Giur.* Vol. LIII, Bologna 1894, págs.350 y ss.; FADDA Y BENZA en nota al & 121 de WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Vol.I, 1902, Págs. 1169 y ss.; MILONE, «Sull'abuso doloso dei diritti», *Atti della R. Accad. di Scienze Morali e Politiche di Napoli*, vol. XLIII, Parte I, Napoli 1914, págs. 3 y ss.; ATZERI VACCIA, «Sulla dottrina degli atti ad emulazione», cit., Pág.7.; ARANGIO RUIZ, «Institutiones de Derecho Romano», Depalma, Buenos Aires, 1986, traducción de la 10ª ed. it. por José Mª Caramés Ferro, págs. 201 y ss.; VOLTERRA, «Istituzioni di Diritto Privato Romano», cit., pág. 300.; STELLA MARANCA, «In tema di divieto dell'aemulatio», *Studi Albertoni* II, Padova 1937, pág.454.; PAES DA SILVA, «Os actos emulativos...cit.», pág.531.; ALLARA, M., «Atti emulativi (Dir. Civ.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1959, pág.35.

En efecto el vocablo latino «aemulatio» tiene una connotación bien distinta que comprende, además del actual significado (de aemulatio), otros diferentes.

A propósito de la palabra «aemulatio» en el latín clásico, CICERON (*Tusculanae* IV,8,17) nos dice que «aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio... et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiar, ipse careat». Es decir, CICERON pone de relieve que la palabra «aemulatio» se puede emplear, en un sentido bueno, de imitación de virtud, y en un sentido malo de envidia, celos, rivalidad y competición. TITO LIVIO otorgó a este término el significado de odio⁽¹⁴⁾; PLINIO, le dio el sentido de rivalidad⁽¹⁵⁾ y QUINTILIANO lo equipara a ambición⁽¹⁶⁾.

En las fuentes jurídicas romanas aparece expresamente el vocablo aemulatio en D.50,10,3 (Macer 2 de off. praes.) y en el CI. 12,59,1⁽¹⁷⁾. En ambos fragmentos el significado de esta palabra es el de competición, lucha o rivalidad. Sin embargo, los términos aemulatio y animus aemulandi no fueron entendidos así por los juristas de la Edad Media⁽¹⁸⁾, quienes los interpretaron en un sentido impropio de intención maligna, significado éste que se conserva hoy día en el lenguaje jurídico, denominándose así actos de emulación a aquellos actos ejercidos por su titular, de conformidad con su derecho pero carentes de cualquier apreciable utilidad y por ello esencialmente dirigidos a perjudicar a los demás. Así por ejemplo, si yo encendiese un fuego no para entrar en calor, sino para causar una molestia al vecino con el humo que de aquél proviene, o si levantara un muro con la única intención de quitar las vistas a la casa del vecino sin que a cambio obtenga una utilidad⁽¹⁹⁾.

De las definiciones dadas de abuso de derecho y de actos de emulación se deduce fácilmente que ambas categorías no pueden identificarse. La diferencia reside fundamentalmente en que el

animus nocendi o intención malvada de causar un daño a terceras personas que aparece como condición imprescindible para la existencia de un acto emulativo, no es necesaria en los supuestos de abuso de derecho; en estos casos, basta con que exista una falta de utilidad o una desviación del fin u objeto para el cual el derecho había sido creado. Por consiguiente, un acto que no ha reportado ninguna utilidad al que lo realiza, no siempre se puede identificar con un acto realizado **animus nocendi**, si bien es verdad que a veces pueden darse ambas características a la vez. Pero puede ocurrir que el titular de un derecho lo ejerza independientemente de toda intención de causar daño a alguien, sólo por el placer de ejercerlo, aunque no tenga ningún otro motivo claro. Por tanto, los actos de emulación y de abuso del derecho no pueden identificarse sólo porque entre ellos, frecuentemente, se dé la nota común de la ausencia de utilidad.⁽²⁰⁾

La superación de la teoría de los actos emulativos por la moderna concepción del abuso del derecho se produce como consecuencia de las severas críticas vertidas por la doctrina romanística sobre la teoría de la emulación, considerada como el resultado de una confusión medieval entre la moral y el derecho, que nada tenía que ver con el Derecho Romano. Además la difícil prueba de la intención dañosa o **animus nocendi** impedía, en la mayoría de los casos, la resolución de los conflictos vecinales en los que fuera imposible demostrar la perversa intencionalidad de perjudicar. Sin embargo, la emulación no desapareció del todo, sino que simplemente dejó de ser el único criterio ordenador de las relaciones de vecindad compartiendo su función con las nuevas teorías que fueron surgiendo, tales como la teoría del uso normal⁽²¹⁾ o la de la necesidad social⁽²²⁾. El concepto de **aemulatio** fue recogido por los pandectistas, siendo definitivamente la jurisprudencia francesa del siglo XIX la que, adoptando tal criterio en relación con los problemas vecinales, lo fue transformando en la que hoy día conocemos como la teoría del abuso del derecho.⁽²³⁾

⁽²⁰⁾ En este sentido vid.: DE MARTINO, F., «Individualismo y Derecho Romano Privados», traduc. Fernando Hinestrosa, Colombia 1978, págs. 51 y ss.; RICCOBONO, «La teoría dell'abuso di diritto nella dottrina romana», BIRD, «Vittorio Scialoja», Vol. V, Milano 1939, págs. 3 y ss.; D'EMILIA, «Una media sentenza sull'abuso del diritto», en SDHI, Annus XI, Fasc. 1-2, 1945, pág. 279 y PACCIONI, «Corso di Diritto Romano» vol. II, (Le istituzioni di Diritto Privato) Torino 1910, págs. 204-205; BARTOSÉCK, «Sull' concetto di atto emulativo specialmente nel Diritto Romano», Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e Storia di Diritto, vol. III, Verona 1948, pág. 194 y ss.; STELLA MARANCA, «In tema di divieto dell'aemulatio...», cit., pág. 454-455.

⁽²¹⁾ La teoría del uso normal fue elaborada por IHERING y recogida en su obra «Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn» en Jahrbücher für Dogmatik, vol. VI, 1862, recogido en Gesammelte Aufsätze, Jena 1882, vol. II. Según sus postulados, se reputan ilícitas todas las inmisiones que derivan de un uso extraordinario de la propiedad. De este modo, si como consecuencia de hechos que se desarrollan en la vida normal se produjera cualquier invasión en el fundo vecino, ésta debe ser tolerada (así por ejemplo, el humo que proviene de la cocina de una casa). Sin embargo, nadie tiene la obligación de tolerar los usos que, conforme a un juicio objetivo de la colectividad, se excedan de la esfera de normalidad del ejercicio del derecho de propiedad (por ejemplo, el humo producido por una fábrica de quesos).

La teoría del uso normal basa sus premisas en las respuestas de algunos juristas romanos a determinados casos relacionados con problemas vecinales. De hecho, IHERING ha puesto de manifiesto que el único criterio a seguir en la solución de los conflictos entre vecinos en Roma, no es otro que la prohibición de las inmisiones provocadas por un uso abusivo, extraordinario y anormal del derecho de propiedad. Los textos concretos que se acogen como fundamento de su doctrina son principalmente los siguientes: D. 8,5, 8,5-7 (Ulpiano, Lib. XVII ad Ed.), en el que se establece una excepción a la regla general de prohibición de todo immi-

tere in alieno; esto es, la obligatoriedad de tolerar las inmisiones del humo leve y moderado (**fumum non gravis**) derivado de las tareas domésticas; también deben ser soportadas las inmisiones de humedad provenientes del uso del baño del vecino (D. 8,2,19. Paulo, Lib. VI ad Sabinum); las de las ramas de los árboles por encima de los quince pies de altura, medida que se considera límite normal de tolerancia (D. 43,27,1,7 y 8 Ulpiano Lib. LXXI ad Edictum); así como de las raíces cuando éstas no pongan en peligro los cimientos de la casa del vecino o no causen un perjuicio demasiado grave (D. 47,7,6,2 Pomponius Lib. XX ad Sabinum y C. 8,1,1). También se considera tolerable la inclinación de una pared sobre el fundo vecino cuando ésta no exceda de medio pie (D. 8,5, 17 pr. Alfeno, Lib. II Digestorum), en cuanto que probablemente se consideró que tal inclinación entraña dentro de una cierta normalidad y por ello debía ser tolerada.

⁽²²⁾ Esta teoría que sin duda también tuvo aplicación en el Derecho Romano es la llamada teoría de la necesidad social de BONFANTE (expuesta en sus obras «Las relaciones de vecindad», cit., págs. 50 y ss.; «Scritti Giuridici Varii», vol. II, «Proprietà e servitù», Torino 1926, págs. 74 y ss.; «Instituciones de Derecho Romano», Traduce, de la 8ª ed. it. por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid 1929, págs. 57 y ss.; «Corso di Diritto Romano», cit., págs. 371 y ss.) según la cual, deben ser toleradas todas las inmisiones que sean consecuencia inmediata de actividades desempeñadas para satisfacer necesidades globalmente sentidas por la comunidad. Así pues, cuando se entra en la esfera de las necesidades generales y absolutas de la vida social, no cabe hablar de inmisiones ilícitas. Dicha teoría toma como punto de partida algunos fragmentos de respuestas jurisprudenciales romanas que conciernen fundamentalmente al régimen de utilización del agua conforme a las necesidades de la agricultura (D. 39,3,1,3-4 y 5. Ulpiano Lib. LIII ad Ed.; D. 39,3,1,8 y 15 (Id. Lib. LIII ad

Ed.); pasajes todos ellos en los que se exceptúa la aplicabilidad de la *actio aquae pluviae arcendae* cuando se modifica el curso natural del agua por una obra realizada con el fin de cultivar los campos.

⁽²³⁾ Cfr. DE MARTINO, «Individualismo y Derecho Privado Romano», cit., pág. 47; ALONSO PEREZ, «Las relaciones de vecindad», ADC, Tomo XXXVI, 1983, págs. 374-375.

⁽²⁴⁾ RICCOBONO, «La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana...cit.», pág. 2 y ss.

⁽²⁵⁾ SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti...cit.», pág. 199. Véase también GONZALEZ, J., «Las conferencias del Dr. Ferrara. Las relaciones de vecindad y la prohibición de los actos de emulación», Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario 4 (1928), pág. 683. Según este autor, la prohibición y la teoría de los actos de emulación surgen en una época concreta de luchas y odios constantes entre familias, partidos políticos y entre el Estado y la Iglesia. Época en la que eran numerosos los enfrentamientos entre vecinos, que actuaban a veces por maldad y por despecho, causando daño a los demás. En estas condiciones la jurisprudencia reacciona y declara ilícitos los llamados actos de emulación, sobre todo influenciada por la moral cristiana cuyos principios invadían todo el ordenamiento jurídico.

⁽²⁶⁾ A propósito de este principio -recogido también en las Partidas: «non fase tuerto a otros, quien usa de su derecho» (Partida 7^a, Título 34, regla 14)- CASTÁN TOBEÑAS nos pone de manifiesto que es equivocado otorgar a esta máxima un carácter demasiado general ya que de este modo se estaría en contra de las exigencias éticas del derecho «reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extrañas al propio derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas con-

cretas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos». (Sentencia 14 de febrero de 1944, Considerando 1^o). En esta misma línea de pensamiento, GARCIA SANCHEZ, J., «Teoría de la immissio. (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)», Madrid 1975, pág. 216, afirma que aunque en Derecho Clásico regía el principio «Qui suo iure utitur neminem laedit», éste fue limitándose en su aplicación a lo largo de todo el Derecho Romano. En la época justinianea evolucionó hacia una doctrina que, basada en principios y conceptos procedentes del Derecho Clásico llegó a prohibir las conductas causantes de perjuicios o daños a otros, influenciada por las teorías cristianas y estoicas e interpretando los conceptos provenientes del Derecho Clásico como la culpa, dolo, buena y mala fe.

III. LA PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN Y DEL ABUSO DE DERECHO EN DERECHO ROMANO

En la doctrina intermedia los estudiosos del derecho y también la jurisprudencia francesa e italiana solían mantener la opinión de que los actos de emulación debían ser prohibidos, y como las construcciones de las fuentes medievales derivan de las fuentes jurídicas romanas, se pensaba que ya incluso en el Derecho Romano regía una absoluta prohibición de los actos emulativos, apoyándose en principios conservados en el Corpus Iuris, especialmente en materia de aguas. Aun así, parte de la doctrina siempre ha sido reacia a aceptar la prohibición, de hecho, como pone de manifiesto RICCOBONO⁽²⁴⁾, fueron contrarios los miembros de la Escuela Culta, como CUACIO y DONNELLO, y aún en tiempos más recientes ha sido rechazada por algunos romanistas entre los cuales destaca SCIALOJA⁽²⁵⁾, basándose fundamentalmente, como ya ha quedado visto, en que el hecho de no permitir actuar a quien obra con derecho, sin salirse de su propia esfera jurídica, supone caer en el error de confundir el Derecho con la Moral. Conceptos que, según demuestran numerosos principios recogidos en las fuentes, estaban claramente diferenciados para los romanos, quienes separaban perfectamente lo lícito de lo honesto. Muchos son los textos que se enuncian en este sentido, algunos de ellos incluso han llegado a tener el valor de principios generales o de aforismos. Como es el caso del famoso postulado clásico «Qui iure suo utitur neminem laedit»⁽²⁶⁾ que viene ya anunciado, entre otros, en los siguientes fragmentos de las fuentes: D.50,17,55 (Gayo, lib. II de Testamentis ad Ed.urbicum); D.50,17,151 (Paulo, lib. LXIV ad Edictum); D.43,29,3,2 (Ulpiano, lib. LXXI, ad Edictum); D.50,17,144 (Paulo, lib. LXII ad Edictum); D.39,2,24,12 (Ulpiano, lib. LXXXI, ad Edictum); D.50,17,155,1

(Paulo, lib. LXV ad Edictum); D.8,5, 8,5 (Ulpiano, lib. XVII, ad Edictum); D.8,2,9 (Ulpiano, lib. LIII, ad Edictum); D.8,2,10 in fine (Marcelo, lib. IV, Digestorum); D.39,2,26 (Ulpiano, lib. LXXXI, ad Edictum); D.47,10, 13,1 (Ulpiano, lib. LVII, ad Edictum).

De la lectura de estos textos se desprende claramente la idea de que se podrá punir todo acto que se lleve a cabo más allá de los límites con los que la ley ha restringido un derecho, pero en absoluto se puede prohibir una actuación que respete perfectamente estos límites. Conforme a la opinión contraria a la vigencia de la prohibición de la emulación en Derecho Romano, no se podría investigar en estos casos la motivación íntima del que actúa su derecho para prohibirle su ejercicio si su intención resulta dolosa. La investigación de las intenciones del que se comporta de este modo implicaría un control sobre las acciones de los individuos incluso cuando no exceden de los límites jurídicos que les vienen impuestos y toda indagación de esta naturaleza supone una ofensa a la libertad. Además, dada la dificultad de probar la mala intención, a su prueba le suelen sustituir presunciones que conllevan un daño para la iniciativa individual⁽²⁷⁾. Sin embargo, podríamos afirmar que la carga de la prueba no es excusa para negar la prohibición, puesto que ésta no le corresponde al que ejecuta el acto, que se presume siempre realizado con buenas intenciones, sino que son aquéllos que pretenden litigar para que se castigue esa actuación los que deben probar que ha habido mala intención.⁽²⁸⁾

En nuestra opinión, cuando examinamos el ordenamiento jurídico romano, resulta fácil admitir que la idea de la emulación está presente y que incluso se llegó a reprimir de forma más amplia cualquier ejercicio abusivo de un derecho.⁽²⁹⁾

Numerosos son los fragmentos de las fuentes que recogen principios tendentes a esta prohibición⁽³⁰⁾. Sin embargo, la mayoría de las aplicaciones prohibitivas en este sentido no están demasiado claras

para la doctrina, suscitándose así una verdadera polémica respecto a la interpretación e investigación de estos textos. No obstante, y con el propósito de llegar a una conclusión definitiva lo más ajustada posible a la realidad jurídico-social romana, nos disponemos a realizar en las líneas siguientes una breve exposición de los pasajes más significativos en este sentido, confiando en que, de este modo, podamos aportar, si cabe, un nuevo punto de vista sobre esta materia.

En el fragmento tercero del **D.50,10 (Macer, lib. II de officio praesidis)**, se recoge el principio por el que a los particulares les está permitido hacer obras nuevas sin autorización especial del príncipe. Se entiende que el jurisperito se refiere a edificios de utilidad pública, como se deduce de la rúbrica del Título X del Libro L del Digesto al que pertenece (**«De operibus publicis»**), y de la naturaleza y del contexto del escrito de **MACER**. A este principio, el fragmento le añade una restricción: la de estar prohibido construir **«ad aemulationem alterius civitatis»**; es decir, con emulación de otras ciudades o cuando la obra diese motivos de sedición, o fuera un circo, un teatro o un anfiteatro.

Como nos pone de relieve **ATZERI VACCA**, este pasaje (**D. 50,10,3**) fue extraído de una constitución de Valente, Graciano y Valentiniano con la que estos emperadores quisieron tomar medidas para frenar las revueltas surgidas como consecuencia de la existencia de tantas y tan diferentes religiones y sectas, y de las tensiones que se daban entre ellas, además de las numerosas tendencias políticas que tenían continuamente agitada la ciudad⁽³¹⁾. Se trata, pues, de una disposición de Derecho Administrativo dirigida a evitar en la medida de lo posible las luchas y rivalidades entre las ciudades. Es una norma inspirada en criterios de orden público para tratar de mantener la paz y la seguridad del imperio en un momento de tensiones sociales y de conflictos que nada tiene que ver con la prohibición de la emulación. Su importancia radica únicamente en que de su enunciado se ex-

⁽²⁷⁾ Vid. en este sentido, **ARANGIO RUIZ**, «Instituciones de Derecho Romano...» cit. pág. 201.

⁽²⁸⁾ Cfr. **ANCONA**, «Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà...» cit., pág. 22.

⁽²⁹⁾ Como señala **STELLA MARRANCA**, «In tema di divieto della emulazione», cit., pág. 439: la prohibición de los actos de emulación estuvo vigente desde el principio en toda la historia del Derecho Romano, no siendo admitido este tipo de conductas ni por el edicto del pretor, ni por el edicto Juliano, ni por la jurisprudencia republicana, clásica, postclásica y justinianea. En el mismo sentido, vid. **PACCHIONI**, «Qui suo iure utitur neminem laedit», *Giurispr. it.* 1939, IV, pág. 215; **D'AMELIA**, «Una media sententia sull'abuso dell'abuso del diritto...» cit., pág. 279.

⁽³⁰⁾ Podemos citar entre otros: D.47, 10,44 (Javoleno, LIX ex Posterioribus Labeonis); D.9,2,39 (Pomponio, L.XVII ad Q. Mucius); D.8,1,9 (Celso, L. V Digestorum); D.6,1,38 (Celso, L.III Digestorum); D.24,1,63 (Paulo, L.III ad Neratium); D.30,43, 1 (Ulpiano, L.XXI Sab.); D.25,1,9 (Ulpiano L.XXXVI Sab.).

⁽³¹⁾ **ATZERI VACCA**, «Sulla dottrina degli atti ad emulazione...» cit., pág. 21; **NICOLINI**, «La proprietà, il principe e l'appropriatezza per pubblica utilità», *Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano 1952, págs. 63 y ss.

(32) Vid. VARELA MATEOS, E. «El grave problema de la conservación de los edificios privados en la Roma clásica», en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. IV, págs. 849.

(33) BONFANTE, «Corso...cit.pág. 353; ROTONDI, «L'abuso di diritto...cit.», pág.51; ATZERI VACCA, «Sulla dottrina degli atti ad emulazione...cit.», pág.25.

(34) Vid. BRASIELLO, U. «Corso di Diritto Romano. La estensione e le limitazioni della proprietà», Milano 1941, págs.165-166. En esta misma línea de pensamiento, ANCONA, «Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà», cit., pág. 30.

(35) Vid. DÍAZ BAUTISTA, «Manual de Derecho Romano», Vol.I, Murcia 1996, pág.263; ANCONA, «Degli atti ad emulazione», cit., pág.30; MILONE, «Sull'abuso doloso...», cit., págs. 18 y ss.; PEROZZI, «Il divieto d'atti di emulazione...», cit., págs. 350 y ss.; GROSSO, «Abuso del diritto», Enciclopedia del Diritto, Tomo I, 1958, págs. 161-162; BARTOSECK, «Sull' concetto di atto emulativo», cit., pág.207; BONINI, «Note sul primo libro delle Istituzioni Giustiniane (I. 1,6,7 e 1,8,2)», en Studi in memoria di Guido Donatuti, I, 1973, pág.159; LUZZATO, «Procedura civile romana», I, Bologna 1946, págs. 15 y ss.

(36) BONFANTE, «Corso...» cit., págs.350-351; ATZERI VACCA, «Sulla dottrina degli atti ad emulazione», cit., pág.21; FRISOLI, «La dottrina della chicane...» cit., pág. 495; SEGRE, «Corso di Diritto Romano, le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso», III parte, Torino 1929-1930, pág.189; BONINI, «Note sul primo libro...», cit., pág.158; DE MARTINO, «Individualismo y Derecho Romano», cit., págs. 58-59.

(37) WINDSHEID, «Diritto delle Pandette», vol. I, Parte 2ª, Torino 1925, pág.475.

trajo el nombre que serviría más tarde para denominar la teoría que gira en torno a dichas actuaciones malignas.

En segundo lugar, la **Novela 63 de JUSTINIANO** condena a quienes tratan de eludir una norma que establecida en un principio por el emperador **ZENÓN**, prohíbe construir en Constantinopla edificios a una distancia menor de 100 pies de los ya existentes cuando la obra nueva impidiese a la antigua disfrutar de la vista al mar. **JUSTINIANO** extendió esta normativa a todas las ciudades del imperio⁽³²⁾. La forma de evitar dicha prohibición era bien fácil. Consistía en alzar un muro respetando la distancia de 100 pies, pero cuyas dimensiones fueran tan enormes que privaran de la vista al mar al edificio vecino. Así, se edificaba entre el muro y el edificio ajeno, un edificio nuevo, de manera que no se podía decir que fuese éste el que privaba de la vista al edificio vecino, ya que obviamente ya no disfrutaba de la misma a causa del muro levantado previamente. Parte de la doctrina afirma que lo que se condena en la **novela 63** no es un acto de emulación, porque la prohibición va dirigida no sólo a los que construyen con la intención de perjudicar sino a cualquiera, aunque vaya a construir por necesidad. Por otro lado, señalan estos autores, que se trata de una disposición prohibitiva dirigida a un caso concreto excepcional y la existencia de una excepción presupone siempre la regla general en contrario⁽³³⁾. Sin embargo, creemos que la **novela 63** es un ejemplo claro de prohibición de conductas emulativas y aunque se trate de una disposición especial, es evidente que jamás podrá argüirse contra el sentimiento en esa época hubiese sido contrario a la prohibición⁽³⁴⁾.

Verdaderamente significativo es el texto que nos transmite **GAYO** en sus **Instituciones 1,53**. Texto que se encuentra reproducido en las **Instituciones de Justiniano 1,8,2** y que está relacionado a su vez con otro texto de **ULPIANO** en **D.1,6,2**. Estos tres fragmentos van referidos a una constitución de **ANTONINO PIO** en la cual se tomaban medidas para intentar dulcificar el trato de los señores para con sus es-

clavos. En el fragmento de **GAYO** se recoge la famosa máxima «**Male enim nostro iure uti non debemus**» -(no debemos usar mal de nuestro derecho)-, que constituye un punto de apoyo importante para afirmar la existencia de la prohibición de la emulación en Derecho Romano⁽³⁵⁾. Al respecto, se ha afirmado que, tanto la máxima recogida en el texto gayano como los principios que aparecen en el fragmento de **JUSTINIANO** y **ULPIANO**, van dirigidos al caso concreto del maltrato de los esclavos y por tanto no se pueden entender en un sentido demasiado general⁽³⁶⁾. En nuestra opinión, y tal como ha puesto de manifiesto **WINDSHEID**, estas frases no contienen ningún intento de limitación a los casos especiales para los que se mencionan, sino que se utilizan como expresiones de principios y de normas generales a las que se podía recurrir para casos especiales⁽³⁷⁾.

Pero las aplicaciones más claras de esta prohibición, y que según la doctrina han constituido el origen de la teoría de la emulación, se encuentran en el libro 39, título 3 del Digesto, en el que viene establecido el régimen jurídico del agua pluvial⁽³⁸⁾. Los textos en concreto son los siguientes: **D.39,3,1,11** y **12 de Ulpiano** y **D.39,3,2,5** y **9 de Paulo**. En ellos se establece que nadie puede retener en su propio fundo agua de lluvia, o cortar con zanjias manantiales del vecino, o impedir a éste el acceso al fundo propio para la reconstrucción de diques o vallas, o derivar la corriente de agua que iría al vecino, sino cuando esto se hiciera en interés propio y no animado por la intención de causar daño. Es verdad que en algunos fragmentos se insiste más sobre el criterio objetivo de la falta de utilidad y no del animus nocendi como único motivo posible para justificar la prohibición de ciertos comportamientos, siendo así que en estos casos lo que se prohíbe es una conducta tipificada como abuso de derecho más que como acto de emulación⁽³⁹⁾.

Por otro lado, existen dudas y discrepancias con relación a si estos fragmentos han sido o no retocados por los compi-

ladores. De hecho se pensó que pudiera ser así, teniendo en cuenta que ya en esta época se le daba mayor importancia a la interioridad o motivación íntima del que ejerce su derecho y a si su conducta está más o menos adecuada a los principios éticos y morales. La opinión mayoritaria sostiene la existencia de dichas interpolaciones afirmando que nunca en Derecho clásico se tomó en cuenta la intención o el **animus** del que ejercita su derecho⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, consideramos más acertada la opinión conforme a la cual, desde finales de la República, los elementos psicológicos y la interioridad de las personas empezaban a tomarse en consideración, como así lo demuestra el surgimiento de conceptos jurídicos nuevos, como la distinción entre la culpa y el dolo, o la buena y la mala fe⁽⁴¹⁾. En cualquier caso, creemos que en realidad no tiene excesiva importancia que los textos que condenan las actuaciones abusivas hayan sido o no retocados por los compiladores. De la existencia de dichas interpolaciones, todo lo más podemos deducir una única consecuencia, que sólo en Derecho justinianeo se aplicaron normas prohibitorias en este sentido y es evidente que el Derecho recogido en la Compilación de Justiniano es también Derecho romano, por lo que los retoques compilatorios no constituyen un obstáculo para que podamos alcanzar nuestro objetivo;

esto es, demostrar que en el Derecho Romano siempre hubo una tendencia a prohibir este tipo de conductas que suelen poner en peligro valores superiores como la solidaridad, la justicia, y la seguridad en el ámbito de las relaciones vecinales y de la convivencia en general. Muchos son los ejemplos de este criterio a lo largo de la historia del Derecho Romano, incluso desde la monarquía; de hecho, conforme a la tradición, el último monarca fue destituido por los abusos que realizó en el ejercicio de su poder. Por otro lado, la función de la **intercessio** que el tribuno de la plebe podía oponer a la actividad de los cónsules era la de impedir los abusos que se pudiesen llevar a cabo en el desarrollo de las tareas políticas⁽⁴²⁾. Esto por lo que se refiere al Derecho Público, sin olvidar que también en el Derecho Privado, la existencia de máximas jurídicas como los **tria iura praecepta**, sobre todo el segundo «**neminem laedit**», «**male enim nostro iure uti non debemus**» de Gayo, o «**neque malitis indulgendum est**» de Celso y el mismísimo concepto de **aequitas** que siempre inspiró a los pretores en el desarrollo de sus funciones, nos hacen pensar que en todo momento el Derecho Romano recogió principios morales y éticos y que por tanto, siempre fue tendente a prohibir los actos de emulación y los de abuso de derecho.⁽⁴³⁾

⁽⁴⁰⁾ Recientemente, vid. GOMEZ ROYO, «El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma», Valencia 1997, págs.191 y ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. ROTONDI «L'abuso di diritto», cit., págs. 80-82; MILONE, «Sull'abuso doloso...»cit., págs.10-13.

⁽⁴⁰⁾ PEROZZI, «Il divieto degli atti...», cit., pág.16 y 17; PAES DA SILVA, «Os actos emulativos», cit., pág.540; GARCIA SANCHEZ, J., «La teoría de la immissio», cit., pág. 234 y ss.; SARGENTI, «La actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel Diritto Romano», Milano 1940, págs.68 y ss.; BAVIERA, «La legitimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in Diritto Romano classico», en *Scritti Giuridici I*, Palermo 1909, pág. 146; CARAVELLA, «Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano», Roma 1971, pág. 88; SEGRE, «Corso...», cit., pág. 199; LUGSINANI, «Le limitazioni della proprietà in Diritto Romano», en «Il Filangieri», n° 7, 1898, pág.21; SALERNO, «Aqua pluvia ed opus manu factum», en *Labeo* 27(1981)2, págs. 232 y ss.; SCHÖNBAUER, «Die actio aquae pluviae arcendae», en *ZSS* 54 (1934), pág. 256.

⁽⁴¹⁾ RICCOBONO, «La teoria dell'abuso di diritto», cit., págs. 12 y 13.

⁽⁴²⁾ Vid. en este sentido, VIÑAS, A., «Función del tribuno de la plebe: ¿reforma política o revolución social?», Madrid 1983, págs. 116 y ss.

⁽⁴³⁾ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Derecho Público Romano», Madrid 1996, pág.150; ALBURQUERQUE, J.M., «La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano. Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano «pacta sunt servanda» en el Derecho Europeo actual», Universidad de Córdoba, 1995, pág. 35; CORREA, «Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique...»cit.» pág. 142.