

LA “AEMULATIO” Y EL ABUSO DEL DERECHO\*  
[“Aemulatio” and Abuse of Rights]

ROMY G. RUTHERFORD\*\*

RESUMEN

El artículo tiene como finalidad trazar un cuadro simplificado de las raíces de la teoría del abuso del derecho, especialmente con su vinculación con los actos de emulación, cuya configuración está presente en el Derecho romano y hasta llegar a los postulados de Josserand.

PALABRAS CLAVE

Abuso del derecho – *Aemulatio* – Actos de emulación.

ABSTRACT

This article is aimed at constructing a simplified table of the roots of the theory of abuse of rights, specially its relationship with *aemulatio* actions, which were present in the Roman Law, until we reach Josserand's postulates.

KEYWORDS

Abuse of rights – *Aemulatio* – *Aemulatio* actions.

RECIBIDO el 2 de agosto de 2012 y ACEPTADO el 16 de marzo de 2013

---

\* Este artículo fue presentado como trabajo monográfico en el curso impartido por el Prof. Dr. Carlos Amunátegui Perelló en el Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. La autora agradece los comentarios y aportes del Dr. Amunátegui para la redacción final del mismo.

\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad Gabriela Mistral. Correo electrónico: rgrutherford@uc.cl

## I. INTRODUCCIÓN

Las dudas que genera el origen de la teoría del abuso del derecho son arduas y están lejos de resolverse de manera satisfactoria. De hecho, parte de la doctrina adjudica a este factor la falta de consenso en lo relativo a la configuración moderna de la institución<sup>1</sup> y quizás si el único avance sobre el particular sea el acuerdo que existe en torno a que los fundamentos más remotos de nuestra institución no llegan hasta el Derecho romano<sup>2</sup>, sino que a un momento posterior, el Derecho medieval, a través de la teoría de los actos de emulación<sup>3</sup>, entendidos éstos como aquellos que lleva a cabo el dueño, dentro de la esfera de su derecho, pero que en nada lo benefician, persiguiendo al mismo tiempo el objetivo de ocasionar un perjuicio al propietario de un fundo vecino<sup>4</sup>, línea que han seguido varios autores, tal como lo destacan Rotondi<sup>5</sup> y Valiño<sup>6</sup>. Todavía hay quienes sostienen que el origen de la teoría sería más reciente, producto del fenómeno de la codificación<sup>7</sup>, coincidiendo, como lo apunta Fueyo<sup>8</sup> con el desarrollo de la escuela sociológica del Derecho<sup>9</sup>.

Tal como plantea Terrazas “[...] se puede apreciar que la historia de la doctrina

<sup>1</sup> ROTONDI, Mario, *L'abuso di Diritto. "Aemulatio"* (Padova, CEDAM, 1979), pp. 13-14.

<sup>2</sup> De hecho, la misma expresión “abuso del derecho” no tiene cabida en el Derecho romano, particularmente porque los juristas no ven el “*ius*” como una “facultad”, si no como una “posición justa”. Véase: SAMPER POLO, Francisco, *Derecho Romano* (3ª edición, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009), p. 27; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado romano* (2ª edición, Santiago de Chile, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2013), I, p. 83; D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano* (10ª edición, Pamplona, EUNSA, 2004), pp. 49 ss.

<sup>3</sup> TERRAZAS PONCE, Juan David, *Abuso del derecho. Definiciones en torno a su origen*, en *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abelliuk Manasevich* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile 2010), pp. 293 ss.

<sup>4</sup> VALIÑO ARCOS, Alejandro, *La "aemulatio" en el Derecho romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de calumnia procesal* (Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2002) p. 113. De acuerdo con este autor, tres serían las condiciones necesarias para calificar a un acto de emulación: *i*) El acto en sí mismo no supone un atentado en contra de un tercero, pues el mismo está tutelado por las facultades inherentes al dominio; *ii*) Dicho acto sólo se hace con la motivación de perjudicar a otro y con una mínima utilidad para su autor y; *iii*) El perjuicio finalmente se produce. Las definiciones que nos entrega la romanística son, en general, parecidas, destacando en ellas como uno de sus ejes centrales la noción de “*animus nocendi*”; véanse: LONGO, Carlo, *Corso di Diritto Romano. I diritti reali* (Padova, 1962), p. 56; RICCOBONO, Salvatore, s.v. “Emulazione (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, p. 520.

<sup>5</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), p. 14.

<sup>6</sup> VALIÑO, cit. (n. 4), pp. 129 ss.

<sup>7</sup> Véase, por todos: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho* (Buenos Aires, Astrea, 1992), p. 3.

<sup>8</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *El ejercicio abusivo del derecho*, en *Revista del Colegio de Abogados* (La Plata, 1988), p. 22 [= EL MISMO, *Instituciones de Derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), p. 270].

<sup>9</sup> En cuanto al fundamento teleológico de la prohibición de los actos de emulación, ANCONA es quien más ha profundizado en el tema, concluyendo que todos los actos practicados con “*animus aemulandi*” deben ser prohibidos, toda vez que el derecho es un criterio ordenador de las relaciones humanas, por lo que debe darse prevalencia al interés general por sobre el parti-

relativa a nuestra institución resulta ser la historia de una inagotable investigación sobre el plano conceptual, que se justifica en la medida que la teoría de los derechos subjetivos, ha sido incapaz de definir el interés protegido por la norma y la forma de determinarlo<sup>10</sup>. Y no deja de tener razón si se comprende que para concebir la posibilidad de “abusar” de un derecho se requiere como elemento previo tener en mente el concepto de derecho subjetivo<sup>11</sup>.

El presente trabajo no busca, como es fácil comprender, resolver todos los aspectos relacionados con el origen de la teoría del abuso del derecho, mucho menos los vinculados con la teoría de los derechos subjetivos, sino sólo fijar el *status quaestionis* y dentro de él ciertos hitos que resultan ser fundamentales para comprender la evolución histórica de la institución.

Para estos efectos, nos ha parecido pertinente detenernos, al menos preliminarmente, en tres momentos importantes dentro de este transitar: el del Derecho Romano, el del derecho medieval y el que podríamos denominar del derecho moderno, pues en cada uno de ellos, como es fácil advertir, la fisonomía de nuestra institución cambia, debido a múltiples factores que se enunciarán a lo largo de la siguiente exposición.

## II. DERECHO ROMANO

La teoría del abuso del derecho, de la que modernamente se discute tanto su enfoque como las mismas posibilidades de encuadramiento, no encuentra en la jurisprudencia romana ni una terminología propia, ni una enunciación precisa, pese a lo cual se ha sostenido de forma casi unánime que uno de los terrenos concretos en que si podemos notar un larvado desarrollo y que constituye su campo de aplicación más importante es en los actos emulativos, vinculados con la propiedad inmobiliaria<sup>12</sup>. No es extraño que el tema se desarrolle a propósito de los inmuebles, pues la interferencia, la coexistencia y el conflicto de derechos importan ante todo la necesidad de una línea de demarcación, que se muestra con plenitud en las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, dado que es precisamente en ellas en que primero se pueden plantear dudas respecto de hasta qué punto se opera válidamente en la esfera de lo que es propio; o, en que momento se invade el ámbito de un tercero<sup>13</sup>.

Pero antes de entrar en dicho análisis, debemos estudiar la terminología misma: la palabra “*aemulatio*” –significa “competición” o “concurso”<sup>14</sup>–, que ha sido con-

---

cular de los individuos. Véase: ANCONA, Ezio, *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, en *Archivio Giuridico*, 52 (1893), pp. 304 ss.

<sup>10</sup> TERRAZAS, cit. (n. 3), pp. 283-284.

<sup>11</sup> GRAZIADEI, M., *Diritto soggettivo. Potere, interesse in il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile* (Torino, UTET, 2001), pp. 3 ss.

<sup>12</sup> RICCOBONO, Salvatore, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, en *BIDR.*, 5 (1939), p. 3.

<sup>13</sup> GÓMEZ ROYO, Enrique, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997) pp. 28 ss.

<sup>14</sup> CICERÓN, *Tusculanae*, 4,8,17, señala que se le puede dar al término un sentido positivo

sidertada espuria y producto de una interpolación<sup>15</sup>, si bien es cierto sólo adquirió un sentido técnico en el Medioevo, ya se le adjudica un significado negativo por Cicerón<sup>16</sup>; Tito Livio<sup>17</sup> y Plinio<sup>18</sup>. Sin embargo, ello no permite afirmar que la teoría de los actos de emulación –del modo en que la conocemos– se remonte al Derecho romano, aunque éste mostraba algunos atisbos que han servido de antecedente para su posterior formulación<sup>19</sup>, pese a que no se puede desconocer la presencia de la máxima contenida en D. 50,17,55 (Gai., 2 *de test. ad ed. urb.*)<sup>20</sup> y, en consecuencia, encontrar algo de razón en aquellos que sostienen que en el Derecho Romano hubo normas de carácter general que limitaron el ejercicio de los derechos subjetivos “encerrándolos dentro de determinados confines en consideración a principios o finalidades ético-sociales”<sup>21</sup>.

Para iniciar nuestro discurso debemos entender que el principio fundamental del *ius Quiritium* en materia de dominio, es que el *dominus* está investido, en el sentido más amplio, de todo tipo de facultades respecto de aquella cosa sobre la cual ejerce su señorío, de forma tal que resulta absolutamente incompatible el principio recién enunciado con limitaciones fundadas en la intención de dañar a otro o en una falta de utilidad propia, las que podrían aparecer como sospechosas de alteración en la compilación justinianea.

Pese a lo anterior, es evidente que hacia finales de la República, el ritmo de desarrollo del derecho se acelera, dado el impulso de nuevos factores que operan en la vida del derecho<sup>22</sup> y que permitirán el surgimiento de las distinciones entre culpa y dolo; buena o mala fe y, particularmente, la cada vez más fuerte exaltación de la voluntad como un elemento que constituye una fuerza de gran potencia en el desarrollo y progreso de todas las instituciones y doctrinas jurídicas<sup>23</sup>. Dadas estas circunstancias, no parece extraño que hayan surgido espacios desde donde se

(imitación de virtudes) o negativo (competencia envidiosa). RICCOBONO, s.v. “Emulazione (Diritto romano)”, cit. (n. 4),

<sup>15</sup> RICCOBONO, “*La teoría dell’abuso*”, cit. (n. 12), p. 3.

<sup>16</sup> CIC., *Tusc.* 4,8,17.

<sup>17</sup> LIV., 26,38,9.

<sup>18</sup> PLIN., *Paneg.* 84.

<sup>19</sup> BURDESE, Alberto, *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica*, en *Labeo*, 35 (1989), pp. 357 ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, *Teoría de la “inmissio”. Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1999), pp. 95 ss.; PALMA, Antonio, “*Iura vicinitatis*”. *Solidarietà nel rapporto di vicinato in Diritto romano dell’età classica* (Torino, Giapichelli, 1989), pp. 15 ss.

<sup>20</sup> “*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”. Hay otros fragmentos que se refieren de manera genérica al asunto D. 50,17,151 (Paul., 64 ed.): “*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*”; D. 50,17,155,1 (Paul., 65 ed.): “*Non videtur vim facere, qui iure suo utitur, et ordinaria actione experitur*”; D. 43,29,3,2 (Ulp., 71 d ed.): “*Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur*”.

<sup>21</sup> FACCO, Javier Humberto, “*Aemulatio*”. *Orígenes y evolución*, en *Revista Trabajos del Centro* (2ª serie), 5 (Universidad Nacional de Rosario, 2008), p. 123.

<sup>22</sup> AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “*No siendo contra derecho ajeno*”: *hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil*, en *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2011) 3, pp. 136 ss.

<sup>23</sup> RICCOBONO, *La teoría dell’abuso del diritto*, cit. (n. 12), pp. 12 ss.

puede construir una teoría de la prohibición de los actos de emulación<sup>24</sup>, que en términos de Riccobono<sup>25</sup> designa la intención maligna de quien ejercita su derecho con escasa o nula utilidad, pero con el fin último de ocasionar un perjuicio a un tercero. Aquí podemos decir, siguiendo a Valiño<sup>26</sup>, está la diferencia con la teoría del abuso del derecho, pues en la prohibición de los actos de emulación se refleja un concepto todavía más amplio, presente en las fuentes justinianeas, que limita los derechos individuales así como impone moderación a su ejercicio, todo ello con la finalidad de no ocasionar perjuicios a terceros<sup>27</sup>.

Pero lo cierto es que la jurisprudencia romana no ofrece una formulación teórica general de los actos de emulación y de hecho, la inclusión de los mismos se hizo muy tardíamente y sólo a propósito de una regulación muy particular: la del régimen de la *actio aquae pluviae arcendae*<sup>28</sup>, que quedó regulada en el título 39,3 del Digesto y que se encuentra enmarcada dentro de una modificación general a las relaciones de vecindad<sup>29</sup> y del concepto mismo de “*dominium*”<sup>30</sup>, el que es afectado por factores extrajurídicos, como la “*utilitas*” o el “*animus nocendi*”<sup>31</sup>. Valiño<sup>32</sup>, plantea la tesis de que el movimiento jurisprudencial en este sentido se habría iniciado ya hacia el Principado, especialmente motivado por la necesidad de enfrentar la realidad en las regiones áridas del imperio, por lo que ahora el principio que informa el régimen de las aguas y especialmente de la acción antes mencionada ya no es el de la protección de los daños derivados del escurrimiento de las aguas lluvias, si no la correcta distribución de las mismas que supone el no retener aquellas de las que no se hace uso. Por esta razón en el derecho postclásico la *actio aquae pluviae arcendae* se transforma en un recurso que detenta el carácter de administrativo y no judicial, como ocurría en el periodo clásico, que sirve para garantizar un mejor uso y aprovechamiento de las aguas, independientemente de

---

<sup>24</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 114; ALGARRA PRATS, Esther, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona* (Madrid, Dykinson, 1995), pp. 32 ss.; SAYED-MAHDAVI, Schahin, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionem in römischen Recht und ausgewählten europäischen Rechtsordnungen* (Göttingen, 2000), pp. 83 ss.

<sup>25</sup> RICCOBONO, s.v. “Emulazione”, cit. (n. 4), p. 520.

<sup>26</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 114; GORDLEY, J., *Immissionsschutz Nuisance and Troubles de Veisnage in Comparative and Historical Perspective*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1 (1998), pp. 22 ss.

<sup>27</sup> CURSI, María Floriana, “*Modus servitutis*”: *il ruolo dell'autonomia private nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali* (Milano, Giuffrè, 2002), pp. 43 ss.

<sup>28</sup> SARGENTI, Manlio, *L'actio aquae pluviae arcendae*. *Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel Diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1940); SITZIA, Francesco, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica* (Milano, Giuffrè, 1977); VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), pp. 113 ss.

<sup>29</sup> ROBAYE, René, *Du “dominium ex iure Quiritium” a la propriété du Code Civil des Français*, en *RIDA.*, 3ª serie, 44 (1997), pp. 313 ss.

<sup>30</sup> PLESCIA, Joseph, *The Roman Law on Waters*, en *Index*, 21 (1993), pp. 433 ss.

<sup>31</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), pp. 23 ss.

<sup>32</sup> VALIÑO, cit. (n. 4), pp. 49 ss.; RAINER, J. Michael, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz, Leykam, 1987), p. 58.

su origen, especialmente en lo que dice relación con aquellos que retienen el agua “*animus nocendi*” en detrimento del fundo inferior<sup>33</sup>.

Para Perozzi<sup>34</sup> esta progresión que hemos denunciado previamente, fructificó en sucesivas interpolaciones, a través de las cuales se creó un nuevo régimen de aguas privadas<sup>35</sup> y el fundamento de esta modificación la encuentran autores como Riccobono<sup>36</sup> y Biondi<sup>37</sup> en la influencia del cristianismo que, contrariamente a la concepción clásica de un derecho estricto e individualista, habría aportado soluciones inspiradas por las ideas de solidaridad social y equidad<sup>38</sup>. Para otros el argumento que prevalece es el de las influencias climáticas que habrían transformado el régimen de las aguas privadas<sup>39</sup>.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que en el Digesto, se puede apreciar una serie de fragmentos<sup>40</sup> que denotan el interés de los compiladores por ampliar el ámbito de aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae*, tal como ya hemos señalado, en dos sentidos diversos: i) tutelar las modificaciones al escurrimiento de las aguas derivadas de un *vis maior*<sup>41</sup>; y ii) incorporar la valoración del “*animus*” del autor de la obra, en el sentido de condicionar el ejercicio de la acción a la presencia del “*animus nocendi*”<sup>42</sup>.

En el sentido que venimos anotando, uno de los fragmentos que más ha llamado la atención es el contenido en D. 39,3,1,11 (Ulp., 53 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*”.

En el texto se refleja la opinión de Sabino y Casio en cuanto a que la *actio aquae pluviae arcendae* no procede cuando el *dominus* retiene el agua de lluvia en su fundo, como tampoco en aquel en que desvía agua del fundo vecino al propio, en la medida que en dicho predio no se realice obra alguna. Así en nada afectaría el hecho de que en fundo inferior se produzca alguna clase de perjuicio, siempre que aquello se compense por la utilidad que para el predio superior ello supone<sup>43</sup>. Todo parece indicar que sobre lo que fue el razonamiento de los juristas clásicos,

<sup>33</sup> BONFANTE, Pietro, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, en *Archivio Giuridico*, 87 (1922), pp. 6 ss.

<sup>34</sup> PEROZZI, Silvio, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, en *Scritti giuridici*, I: *Proprietà e possesso* (Milano, Giuffrè, 1949), pp. 371 ss.

<sup>35</sup> DERINE, Raymond, *A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, en *RIDA.*, 3ª serie, 5 (1958), pp. 449 ss.

<sup>36</sup> RICCOBONO, Salvatore, *Cristianesimo e diritto privato*, en *Revista di Diritto Civile*, 1 (1911), pp. 48-55.

<sup>37</sup> BIONDI, Biondo, *Il Diritto romano cristiano* (Milano, Giuffrè, 1952), III, p. 312.

<sup>38</sup> BRETONE, Mario, *I fondamenti del Diritto romano. Le cose e la natura* (Roma - Bari, Laterza, 1998), pp. 93 ss.

<sup>39</sup> SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, Sampaolesi, 1928), I, p. 384.

<sup>40</sup> D. 39,3,1,11-12 (Ulp., 53 ed.); D. 39,3,2,5-6 (Paul., 49 ed.).

<sup>41</sup> D. 39,3,2,6 (Paul., 49 ed.).

<sup>42</sup> D. 39,3,1,12 (Ulp., 53 ed.); D. 39,3,2,9 (Paul., 49 ed.).

<sup>43</sup> CARAVELLA, Rodolfo, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano* (Roma, L'Erma di Breschneider, 1971), pp. 28 ss.; VALINO ARCOS, cit. (n. 4), p. 138.

los redactores del Digesto introducen el criterio de que el uso de un bien tiene limitaciones, las que se encuentran en la utilidad de dicho uso o lo que es lo mismo, que el ejercicio del derecho no es posible “*animo nocendi*”. La inclusión de estos criterios subjetivos ha sido suficientemente destacada por Valiño<sup>44</sup> y seguida en cierta medida por Gómez Royo<sup>45</sup>.

La misma línea parece seguir el fragmento inmediatamente siguiente al recién comentado D. 39,3,1,12 (Ulp., 53 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*”.

En este caso se rechaza la *actio aquae pluviae arcendae*, en la hipótesis de que el dueño del predio realice obras en su propio fundo y que perjudican al vecino en el sentido de privarle de agua de la que hasta ese momento gozaba. Marcelo argumenta en torno a que no existe “*animus nocendi*”, pero la romanística está relativamente de acuerdo en que la referencia a la intención maliciosa es obra de una interpolación<sup>46</sup>, particularmente por el hecho de que el texto se encuentra dividido en dos partes: en la primera de ellas hay una referencia a la más completa libertad del *dominus* para actuar de la forma que más estime pertinente en su predio. En la segunda, se condiciona ese actuar a la inexistencia del “*animus nocendi*”.

La presencia de elementos subjetivos, esta vez el “*animus*”, se deja notar también en D. 39,3,2,9 (Paul., 49 ed.)<sup>47</sup>, que ha sido tradicionalmente tildado de justinianeo<sup>48</sup> y en D. 39,3,2,5 (Paul., 49 ed.)<sup>49</sup> en la que Paulo, ante la disputa de opiniones entre Alfeno Varo y Labeón, recurre a la equidad para la resolución del problema.

Puestas así las cosas, resulta evidente la contraposición entre los textos analizados y el principio enunciado en D. 50,17,55 (Gai., 2 de test. ad ed. urb.)<sup>50</sup>. Para explicarla se ha ensayado una argumentación que sostiene que aquellos fragmentos donde se hace alusión al poder absoluto –señorío– que se tiene sobre una cosa, derivan del *ius Quiritium*, mientras que aquellos en que se incorporan limitaciones, serían propios del resultado de una evolución que se habría generado

<sup>44</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 140.

<sup>45</sup> GÓMEZ ROYO, cit. (n. 15), p. 196.

<sup>46</sup> PEROZZI, cit. (n. 34), p. 376; STIZIA, cit. (n. 30), p. 250 n. 120.

<sup>47</sup> “*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, simodo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*”.

<sup>48</sup> PEROZZI, cit. (n. 34), pp. 377 ss.

<sup>49</sup> “*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 exstat, 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*”.

<sup>50</sup> Véase la nota 31.

a partir del siglo II d. C. en base a consideraciones éticas, de acuerdo a las que se transforma en ilícito el ejercicio del derecho llevado a cabo por el dueño con el ánimo de dañar a los otros sin utilidad alguna<sup>51</sup>.

Especial relevancia tiene en el contexto recién anotado el principio enunciado por Celso hijo en D. 6,1,38 (Cel., 3 *dig.*)<sup>52</sup> quien a propósito del *ius tollendi*<sup>53</sup> expresa que no se pueden aceptar los actos de mala fe si lo único que se consigue con ello es hacer daño. En todo caso la interpretación del texto recién citado no es pacífica y así los sabinianos se negaron terminantemente a la aplicación de la teoría, mientras que los proculeyanos eran proclives a ella, pero con Salvio Juliano, la oposición se extendió a toda la jurisprudencia<sup>54</sup>. Posteriormente, en la época postclásica la suerte de la doctrina proculeyana fue mejorando, particularmente a partir de Constantino, pues la ética cristiana y las doctrinas de la Iglesia ejercieron una fuerte influencia en la formación del derecho.

A través del breve análisis que acabamos de realizar, podemos concluir que la prohibición de los actos emulación tiene sustento en las fuentes romanas, especialmente en las referidas al régimen de aguas y que, como señala Riccobono<sup>55</sup>, ello se dio, en un principio, por vía pretoria y, en la época postclásica, como un límite intrínseco del derecho de propiedad. Sin embargo, del análisis de las mismas no es factible pronunciarse a favor de una teoría general de prohibición de los actos de emulación<sup>56</sup>, pues se nota la ausencia de un razonamiento general en torno al problema o, a lo menos, de la concreción del mismo en las diversas instituciones jurídicas. A esta misma conclusión ha llegado la romanística moderna, con un mucho mayor acopio de información de la que nosotros hemos podido entregar en este breve estudio, de manera tal que la discusión se ha promovido en otros ámbitos, particularmente en lo que se refiere a la extensión de la prohibición de los actos emulativos, de la que han derivado posiciones que la descartan totalmente y otras que sostienen su validez de manera absoluta<sup>57</sup>.

La teorización general que apuntábamos previamente, sólo se produce cinco

<sup>51</sup> RICCOBONO, s.v. "Emulazione", cit. (n. 4), p. 521.

<sup>52</sup> "*In fundo alieno, quem imprudens emeris, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur, bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominium eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretio sior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat, sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas; neque malitii indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus est*".

<sup>53</sup> En virtud de este derecho el poseedor de una cosa podía retirar del fundo reivindicado por el dueño todas las mejoras que se le hubieran hecho en la medida que pudieran separarse de la cosa principal.

<sup>54</sup> RICCOBONO, s.v. "Emulazione", cit. (n. 4), p. 521.

<sup>55</sup> RICCOBONO, *La teoría dell'abuso*, cit. (n. 12), p. 41.

<sup>56</sup> TERRAZAS, cit. (n. 3), p. 295.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, pp. 297 ss.



siglos más tarde, por obra de los autores medievales y a este periodo dedicamos el siguiente apartado.

### III. DERECHO MEDIEVAL

Es sólo en la época del Medioevo en que se origina propiamente la teoría de prohibición de los actos de emulación<sup>58</sup>, aunque, como apunta Valiño<sup>59</sup>, la formulación inicial de la misma fue bastante imprecisa lo que conllevó a que su utilización práctica se extendiera demasiado, llegando a incorporar como actos de emulación aquellos en que una persona utiliza algo de un tercero, aun cuando sea módicamente, obteniendo grandes ventajas con ello<sup>60</sup>.

Quizás si uno de los factores que más llama la atención, es que la construcción de la teoría a la que nos venimos refiriendo se hace en base a las fuentes romanas, pero en ellas encontramos pocas referencias a la "aemulatio", tal como ya tuvimos la oportunidad de indicar<sup>61</sup>. Ciertamente, el análisis de las fuentes se hizo bajo el prisma de la determinante influencia del cristianismo, lo que trajo como consecuencia una segura profundización en el elemento subjetivo del "animus nocendi", como presupuesto de la ilicitud jurídica de los actos emulativos<sup>62</sup>. Efectivamente es en las fuentes romanas en las que el intérprete medieval pretende ver reflejadas sus propias concepciones, imprimiéndoles un nuevo sentido, diverso del que tenían originalmente<sup>63</sup>. Pero debe tenerse claro que la noción misma no es siempre individualizada con claridad, al contrario aparecen frecuentes los equívocos terminológicos y conceptuales, y las confusiones entre principios y problemas diversos, que sustancialmente se refieren a la teoría de los actos emulativos, la doctrina del abuso del derecho y a los límites de la propiedad privada, cuyos contornos modernamente aparecen claramente definidos y diferenciados entre sí<sup>64</sup>.

Los intérpretes medievales se fundaron principalmente en las afirmaciones contenidas en los textos de Paulo y Ulpiano, relativos a los límites de aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae*, donde se pone de relieve tanto el límite objetivo del daño al otro sin ventaja, como el elemento subjetivo de la intención de dañar a otros.

Pero el ámbito donde se extendió la aplicación de la teoría fue más allá del de las relaciones de vecindad, aunque siguió circunscrito a la propiedad inmobiliaria, pues llegó a involucrar las construcciones y edificaciones que se pueden hacer en lo propio, de modo que por esta vía llegó a incidir directamente en el concepto

<sup>58</sup> GROSSO, Giuseppe, s.v. "Abuso del diritto", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1958), I, pp. 161; ROTONDI, cit. (n. 1), pp. 95 ss.

<sup>59</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 117.

<sup>60</sup> ASTUTI, Guido, s.v. "Atti emulativi (Diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1959), IV, p. 29.

<sup>61</sup> Véase más arriba la n. 14.

<sup>62</sup> RICCOBONO, s.v. "Emulazione", cit. (n. 4), p. 522.

<sup>63</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, María del Carmen, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano* (Córdoba, Publicaciones de la Universidad de Córdoba y Obra Social y Cultural Cajasar, 1999), pp. 129 ss.

<sup>64</sup> ASTUTI, cit. (n. 60), p. 29.

de derecho dominio<sup>65</sup>. El principal texto sobre el cual trabajaron los juristas medievales está contenido en D. 50,10,3 pr. (Macer, 2 *de off. praes.*)<sup>66</sup>, que tal como ha denunciado Rotondi<sup>67</sup>, salvo por la utilización de la palabra “*aemulatio*”<sup>68</sup>, nada tiene que ver con el problema de la prohibición de los actos emulativos, pues trata de una cuestión administrativa que busca poner freno a la perturbaciones al orden público. Demostrativo de ello es que no hace ninguna alusión al “*animus*”<sup>69</sup>. En cuanto a las otras fuentes que sirvieron de sustento a la teoría medieval, ellas han sido clasificadas en dos grupos<sup>70</sup>: *i*) aquellas que no decían relación alguna con la *aemulatio*<sup>71</sup>; y *ii*) aquellas que son una verdadera aplicación del principio de prohibición de los actos emulativos<sup>72</sup>.

Los glosadores notaron el abierto contraste entre estos textos, en los cuales se limitaba el ejercicio del derecho siempre que ocasionare un daño a los otros sin utilidad para el agente y fuese cumplido con la intención de dañar, y otros

<sup>65</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 119.

<sup>66</sup> “*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*”.

<sup>67</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), p. 48.

<sup>68</sup> VALIÑO ARCOS, cit. (n. 4), p. 129, indica que aquí la expresión “*ad aemulationem*” se “[...] identifica con la idea de concurrencia o competencia envidiosa [...]”.

<sup>69</sup> SCIALOJA, Vittorio, *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque*, en *Studi giuridici* (Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932), III, p. 426.

<sup>70</sup> TERRAZAS, cit. (n. 3), pp 298 ss., quien sigue a Rotondi en este punto.

<sup>71</sup> D. 1,6,2 (Ulp., 8 *de off. proc.*): “*Si dominus in servos saevierit, vel ad impudicitiam turpe-que 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 detrabi; sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam, vel famen, vel intolerabilem iniuriam denegatur his, qui iuste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuum confugerunt; et si vel durius habitos, quam aequum est, vel infami iniuria affectos cognoveris, venire iube, ita ut in potestate domini non revertantur; qui si meae Constitutioni fraudem fecerit, seiet me admissum severius exsecuturum”*. Divus etiam Hadrianus Umbricium quandam matronam in quinque annos relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset”; D. 7,1,17,1 (Ulp., 18 *ad Sab.*): “*Eorum duntaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, non esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere*”; D. 8,1,9 (Cel., 5 *dig.*): “*Si cui simpliciter 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, quum id aequo commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constituit, 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*”; D. 9,2,39,1 (Pomp., 17 *ad Q. Muc.*): “*Pomponius: quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam, si quid ex ea re damnum capit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alterum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet, quam, ut supra diximus, quasi suum; sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum, ut suum recipiat*”.

<sup>72</sup> Todos en materia de aguas: D. 39,3,1,11-12 (Ulp., 53 *ed.*); D. 39,3,2,5 (Paul., 49 *ed.*); D. 39,3,2,9 (Paul., 49 *ed.*).

de los que resultaba el principio de que quien ejerce el derecho propio no puede considerarse que comete violencia o dolo, de modo que el propietario podía hacer en su fundo cualquier obra, inclusive si de la misma pudiere derivar al vecino un daño material, en tanto no invadiera la esfera del derecho ajeno.

Las incertidumbres de los primeros intérpretes, derivadas fundamentalmente de la advertencia del mismo Justiniano en cuanto a que en su obra existían contradicciones, se manifiestan en el pensamiento de Azo y Plinio que recurren al medio de las distinciones, absteniéndose de enunciaciones de principios sobre la ilicitud de los actos emulativos y se reflejan incluso en la *Glossa* de Acursio, en la que no puede encontrarse ni una teoría, ni una calificación general de estos actos<sup>73</sup>.

Entre los comentaristas se da un impulso al desarrollo de la teoría a través de Jacques de Revigny y Pietro de Belleperche<sup>74</sup>, a quienes se remonta Cino de la Pistoia –verdadero padre de la teoría y discípulo del primero– sobre el que evidentemente ejerció influencia el desarrollo de los núcleos urbanos y la inherente intensificación de las relaciones de convivencia, causa determinante en buscas de la solución a conflictos derivados de un ejercicio del derecho del que nacían lesiones a terceros. Sobre la base de este supuesto se empieza a configurar la teoría que importa la presencia de dos circunstancias: la existencia de un derecho formalmente protegido y la posibilidad de ejercerlo para la propia utilidad, de una forma no contraria al ordenamiento jurídico, pero no completamente admitida. Se podría decir que bajo estas premisas el acto emulativo supone un abuso subjetivo<sup>75</sup>, en cuanto que la aplicación y la interpretación de la norma son correctas, siendo anómalo el fin que se persigue con su utilización.

Baldo de Ubaldi, en la prohibición de construir en lo propio edificios más altos que los vecinos, o bien de abrir inútiles ventanas “*ad aemulationem*” (para vulnerar con mirada indiscreta la intimidad ajena, se trate de una mujer joven o una comunidad monástica), da sentido a la prohibición de este tipo de actos. En una dirección contraria, Albérico de Rosate<sup>76</sup> afirmaba la plena libertad de construir edificios y obras sobre lo que es propio, advirtiendo que el ya citado fragmento de Macro<sup>77</sup> se refería solamente a la hipótesis de construcciones hechas por particulares en suelo público. Tampoco Bártolo<sup>78</sup> ponía límite alguno a las construcciones en aquello que pertenecía al agente y sólo con relación al régimen de las aguas –en perfecta adherencia a los textos romanos– declaraba que cualquiera puede hacer en su fundo aquello que desee, siempre que lo haga sin ánimo de dañar a otro<sup>79</sup>.

Al comenzar la primera mitad del siglo XV el concepto de la ilicitud de todo acto cometido no con utilidad personal, sino con la intención principal de per-

<sup>73</sup> ASTUTI, s.v. “Atti emulative”, cit. (n. 60), p. 31; ROTONDI, cit. (n. 3), pp. 100 ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 31 ss.

<sup>75</sup> GUALAZZINI, Ugo, s.v. “Abuso del diritto”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1958), I, p. 163.

<sup>76</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), p. 103.

<sup>77</sup> D. 50,10,3 pr. (Macer, 2 *de off. praes.*).

<sup>78</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), p. 103.

<sup>79</sup> ASTUTI, “Atti emulative”, cit. (n. 60), p. 32.

judicar al vecino, viene acogido por los intérpretes del Derecho común, tanto en las obras puramente teóricas como en los escritos de jurisprudencia consultiva. Desde Bartolomeo de Saliceto y Paolo de Castro, hasta Alejandro Tartagna y Jason del Maino, de manera que en la jurisprudencia práctica de los siglos XV-XVII la expresión “*aemulatio*” ya es usada técnicamente para indicar la intención de quien realiza actos que normalmente estarían comprendidos en el ámbito del lícito y legítimo ejercicio del propio derecho, pero sin utilidad propia o con mínima utilidad, con la finalidad exclusiva o determinante de perjudicar a los otros<sup>80</sup>.

La prohibición del acto emulativo parece estar sólidamente fundada y gozar de bastante popularidad durante este periodo. No podría ser de otro modo si se piensa que es precisamente la etapa en la que florece con esplendor y que durante ella se produce el encuadramiento teórico necesario para su aplicación general. Sin embargo, resulta llamativo que, como apreciaremos a continuación, en los diversos códigos que comienzan a promulgarse desde finales del siglo XVIII, la prohibición de los actos emulativos no siempre fue acogida. Las razones para ello han de ser múltiples y más que detenernos en aquellas, repasaremos las experiencias en Francia y Alemania.

#### IV. DERECHO MODERNO

Durante la Época Moderna, la prohibición de los actos emulativos tuvo una suerte dispar. En Francia, ya encontramos que Jean Domat en su libro *Lois civiles*<sup>81</sup> indica que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica un cambio en su fundo con el sólo objeto de dañar a otro sin beneficio para sí. Pese a esto, la resistencia a admitir el principio es mayor, pero llega a ser desbordada a propósito de los ideales de la Revolución, que proclama el absolutismo de los derechos subjetivos, especialmente el de dominio<sup>82</sup>, por lo que al promulgarse el *Code Napoléon*, no es de extrañar que su artículo 544<sup>83</sup> concibió la propiedad como absoluta<sup>84</sup>. Pese a ello y fundados en el artículo 1382<sup>85</sup>, tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>86</sup> volvieron a hacer surgir la prohibición de los actos de emulación, transformados ahora realmente en una teoría y aplicable a todos los derechos subjetivos.

La experiencia germana fue distinta, dado que ya en el código prusiano de 1794<sup>87</sup> existe un reconocimiento explícito a la prohibición de los actos emulativos,

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>81</sup> Libro II, tít. 8º, sec. 3ª, Nº 9.

<sup>82</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), pp. 115 ss.

<sup>83</sup> “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...]*”.

<sup>84</sup> El *Código Civil* chileno se aparta ligeramente de la redacción francesa, de manera que “[...] manifiesta una concepción de la propiedad limitada y poco usual en el contexto de su tiempo”: AMUNÁTEGUI PERELLÓ, cit. (n. 22), pp. 506 ss.

<sup>85</sup> “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

<sup>86</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), pp. 122 ss.

<sup>87</sup> El *Landrecht* prusiano en el § 94 de su “Introducción” señala: “*El que ejerza un derecho conforme a las leyes, no es responsable de los daños que de ese ejercicio resulten*”. En el § 36, del

tal vez, como señala Rotondi<sup>88</sup>, por influencia de la escuela iusnaturalista que, en la visión de Pufendorf, subordina el derecho privado y al individuo a la suprema razón del derecho público, lo que da plena cabida a nuestra teoría.

La Pandectística, desde Glück hasta Windscheid, admitió la teoría de la prohibición de los actos emulativos, aunque ello tuvo una férrea oposición por parte Ihering<sup>89</sup>. Estas circunstancias explican que finalmente en el código civil alemán (B.G.B. § 226<sup>90</sup>) se hubiere regulado específicamente la prohibición de los actos emulativos.

La teoría del abuso del derecho, propiamente tal, surgió como una reacción, a finales del siglo XIX, contra el liberalismo individualista que imperaba en la época. Como precursores de la misma, se presentan tradicionalmente a tres comentaristas del artículo 1382 del *Code Civil* francés, ya citado: Toullier, que afirma que no puede incurrirse en falta cuando se hace lo que se tiene derecho a hacer, pero agregaba, que dicha máxima cedía cuando se exceden los límites de dicho derecho y se observa claramente que, entre las varias maneras de ejercerlo se ha escogido, con propósito de dañar a otro, la que podría serle perjudicial. A las mismas conclusiones llegaron Lorombié y Sourdat<sup>91</sup>.

Pero la teoría propiamente tal no existe, aun cuando ha de suponerse posible que ella haya estado *in mente* de los juristas. La verdadera concreción de la misma fue elaborada, en los términos modernos, por Josserand<sup>92</sup>, quien reacciona frente a la concepción exagerada de los derechos individuales, tal como se ha anotado, a los cuales opone la teoría de la relatividad, “[...] que lleva a admitir posibles abusos de los derechos [...]”<sup>93</sup>. Sostiene nuestro autor que cada derecho nace de la comunidad y que de ella además derivan su espíritu y finalidad, por lo que en consecuencia todos ellos son relativos y no absolutos, de tal manera que cuando se ejercen con desviación de ese fin, su titular ha incurrido en una falta y “[...] es precisamente esa culpa la que se llama abuso del derecho”<sup>94</sup>. Para nuestro autor todo el problema se reduce a determinar dos cosas: la función del derecho controvertido y la motivación que el titular del mismo ha tenido en vista para ejercitarlo. Si hay concordancia entre ambos, dicho derecho se ha ejercido válidamente, si no

título 6º de la “Parte genera”, se reprodujo el principio en los siguientes términos: “*El que usa su derecho, sin exceder los justos límites de éste, no está obligado a reparar el daño causado a otro por el ejercicio de ese derecho*”. Sin embargo, el párrafo siguiente § 37 incluye la excepción: “*Pero él debe la reparación cuando resulta claramente de las circunstancias que, entre las diversas maneras posibles de ejercer su derecho, él ha elegido con el designio de dañar a otro, la que podía perjudicar a éste*”.

<sup>88</sup> ROTONDI, cit. (n. 1), p. 111.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 112 ss.

<sup>90</sup> “El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro fin que causar daño a otro”.

<sup>91</sup> CALVO SOTELO, José, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1917), p. 21.

<sup>92</sup> JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (trad. Eligio Sánchez y José Cajica, Ciudad de México, Editorial José Cajica, 1946); EL MISMO, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (versión de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Temis, 1982).

<sup>93</sup> JOSSERAND, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, cit. (n. 93), p. 4.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 5.

se produce el abuso. En suma, para nuestro autor el abuso del derecho se presenta como una desviación del derecho<sup>95</sup>.

En Josserand, definitivamente, el motivo legítimo de ejercicio del derecho y que, por tanto, excluye la posibilidad de que sea sancionado, estaría representado cuando se da un criterio personal y especializado de ejercicio, que es a su vez fundado por la finalidad social de los diferentes derechos. Sin embargo, esta premisa comprende una enorme dificultad para conseguir resultados prácticos, particularmente porque “motivación legítima” es una idea demasiado subjetiva y en la que pueden tener lugar un sin número de excusas que, en definitiva, nos hacen trasladar el problema desde la órbita del derecho a la de los juicios morales.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos decir que en la evolución de la teoría se pueden notar a lo menos dos fases<sup>96</sup>: la primera que es “inconsciente” y que va hasta finales del siglo XIX y, la segunda que es propiamente la moderna y que comienza con un trabajo de Esmein, aunque es Laurent quien por primera vez utiliza la expresión “abuso del derecho”<sup>97</sup>.

Detengamos nuestra mirada en la etapa “moderna”. Aquí y a partir de Josserand surgen dos criterios para determinar si existe o no abuso: uno más restringido que la presencia de factores subjetivos o psicológicos y otro más amplio, que se identifica con la utilidad del acto. Siendo así, sostiene Rodríguez<sup>98</sup>, la doctrina del abuso de los derechos se puede sistematizar en tres grupos: *i*) los que afirman que la misma existe cuando el titular ejercita el derecho con las única finalidad de dañar al otro, sin interés legítimo para él; *ii*) los que sostienen que el abuso existe cuando el titular desvirtúa la finalidad normal de su derecho, resultando por eso lesionado un interés ajenos; y *iii*) los que ven en el abuso del derecho una colisión de derechos.

## V. CONCLUSIONES

a) La teoría del abuso del derecho no encuentra entre los juristas romanos ni una terminología, ni una enunciación precisa.

b) Pese a lo anterior, podemos observar que en la prohibición de los actos de emulación, se puede notar un muy larvado desarrollo y hasta un antecedente del abuso del derecho, tomando siempre en consideración que dicha prohibición sólo tiene aplicación en los casos específicos de la *actio aquae pluviae arcendae* y a propósito de una serie de interpolaciones introducidas por los compiladores del *Corpus Iuris*.

c) Durante el medioevo, se desarrolla la teoría de la prohibición de los actos de emulación a propósito del trabajo de los glosadores y comentaristas. El primero que desarrolla la idea propiamente tal es Cino de la Pistoia, aun cuando hay antecedentes previos, como por ejemplo en Jaques de Revigny.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Abuso del derecho* (Buenos Aires, Ejea, 1971), p. 35.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, pp. 37 ss.

d) La principal fuente a la que recurren los juristas medievales es el fragmento contenido en D. 50,10,3 pr. (Macer, 2 *de off. praes.*), que en realidad no tiene ligazón con la prohibición de los actos de emulación, pero que por vía interpretativa permitió incluso exceder los límites de las relaciones de vecindad, para llegar a involucrar las construcciones que se pueden hacer en lo propio, de modo que por este mecanismo terminó incidiendo en el concepto de derecho de dominio.

e) Esta teoría de la prohibición de los actos emulativos se generaliza y logra consensos en torno a su aceptación durante todo el periodo previo a la codificación.

f) En la codificación la prohibición de los actos emulativos, tuvo dispar suerte, pues mientras es recogida en el código prusiano y en el código civil alemán de 1900, hay total ausencia en el francés, ordenamiento donde finalmente emerge de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia.

g) Precisamente en Francia se pueden notar los primeros atisbos de la teoría del abuso del derecho, la que finalmente es desarrollada por Josserand, como una reacción al individualismo extremo imperante hacia fines del siglo XIX.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, Esther, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Dykinson, Madrid, 1995.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, "No siendo contra derecho ajeno": hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil, en *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2009) 3.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, *Historia social, política y jurídica de Roma*, (Santiago de Chile, AbedelPerrot, 2011).
- ANCONA, Ezio, *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, en *Archivio Giuridico*, 52 (1893).
- ASTUTI, Guido, s. v. "Atti emulativi (Diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1959), IV.
- BETANCOURT, Fernando, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti"*, en *AHDE.*, 35 (1975).
- BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* (Milano, Giuffrè, 1952).
- BONFANTE, Pietro, *Il regime delle acque dal Diritto romano al Diritto odierno*, en *Archivio Giudicio*, 87 (1922).
- BRETONE, Mario, *I fondamenti del Diritto romano. Le cose e la natura* (Roma-Bari, Laterza, 1998).
- BURDESE, Alberto, *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica*, en *Labeo*, 35 (1989).
- CARAVELLA, Rodolfo, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano* (Roma, L'Erma di Brescheneider, 1971).
- CURSI, María Floriana, *Modus servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali* (Milano, Giuffrè, 2002).
- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho privado romano* (10ª edición, Pamplona, EUNSA, 2004).

- DERINE, Raymond, *A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, en *RIDA.*, 3ª serie, 5 (1958).
- FACCO, Javier Humberto, "Aemulatio". *Orígenes y evolución*, en *Revista Trabajos del Centro* (2ª serie), 5 (Universidad Nacional de Rosario, Argentina, 2008).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho* (Buenos Aires, Astrea, 1992).
- FUEYO LANERI, Fernando, *El ejercicio abusivo del derecho*, en *Revista del Colegio de Abogados* (La Plata, 1988) [= EL MISMO, *Instituciones de Derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990)].
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, *Teoría de la "inmissio". Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1999).
- GÓMEZ ROYO, Enrique, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997).
- GORDLEY, J., *Immissionsschutz nuisance and troubles de voisinage in Comparative and Historical Perspective*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1 (1998).
- GRAZIADEI, M., *Diritto soggettivo. Potere, interesse in il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile* (Torino, UTET, 2001).
- GUALAZZINI, Ugo, s. v. "Abuso del diritto", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1958), I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª edición, Santiago de Chile, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2013), I.
- JIMÉNEZ SALCEDO, María del Carmen, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano* (Córdoba, 1999).
- JOSSERAND, Louis, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (versión de Carlos Valencia Estrada, Bogotá, Temis, 1982).
- JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (traducción de Eligio Sánchez y José Cajica, México, Editorial José M. Cajica, 1946).
- LONGO, Carlo, *Corso di Diritto romano. I diritti reali* (Padova, 1962).
- PALMA, Antonio, "Iura vicinitatis". *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica* (Torino, Giapillechi, 1989).
- PEROZZI, Silvio, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, en EL MISMO, *Scritti giuridici, I: Proprietà e possesso* (Milano, Giuffrè, 1949).
- PLESCIA, Joseph, "The Roman Law on Waters", en *Index*, 21 (1993).
- RAINER, J. Michael, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz, Leykam, 1987).
- RICCOBONO, Salvatore, *Cristianesimo e diritto privato*, en *Revista di Diritto Civile*, 1 (1911).
- RICCOBONO, Salvatore, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, en *BIDR.*, 5 (1939).
- RICCOBONO, Salvatore, s. v. "Emulazione (Diritto romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, VI.
- ROBAYE, René, Du "dominium ex iure Quiritium" a la propriété du "Code Civil des Français", en *RIDA.*, 3ª serie, 44 (1997).
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Abuso del derecho* (Buenos Aires, Ejea, 1971).
- ROTONDI, Mario, *L'abuso di diritto. "Aemulatio"* (Padova, CEDAM, 1979).
- SAMPER POLO, Francisco, *Derecho romano* (3ª edición, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009).
- SARGENTI, Manlio, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1940).



- SAYED-MADHDAVI, Schahin, *Die rechtlichen Regelungen der Immisionem in römischen Recht und ausgewählten europäischen Rechtsordnungen* (Göttingen, 2000).
- SCIALOJA, Vittorio, *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque*, en EL MISMO, *Studi giuridici* (Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932), III.
- SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, Sampaolesi, 1928), I.
- SITZIA, Francesco, *Ricerche in tema di “actio aquae pluviae arcendae”*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica* (Milano, Giuffrè, 1977).
- TERRAZAS PONCE, Juan David, Abuso del derecho. Definiciones en torno a su origen, en *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010).
- VALIÑO ARCOS, Alejandro, *La “aemulatio” en el Derecho romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de calumnia procesal* (Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2002).

