

**BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO**  
« *VITTORIO SCIALOJA* »

Terza Serie Vol. XL - XLI

Volume CI - CII della collezione

(*Estratto*)

ALEJANDRO VALIÑO

UNA PROPUESTA PARA LA EXTENSIÓN  
DEL TRADICIONAL CAMPO DE APLICACIÓN  
DE LA NOCIÓN DE *AEMULATIO*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

UNA PROPUESTA PARA LA EXTENSIÓN DEL TRADICIONAL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA NOCIÓN DE 'AEMULATIO'

1. Nuestro estudio tiene por objeto la aplicación del concepto técnico-jurídico de *aemulatio* en dos de las vertientes en las que, en nuestra opinión y siempre dentro del derecho privado, resulta aplicable, a la vista de la definición por nosotros propuesta como la concreta actitud de un sujeto ordenada a no obtener más ventaja de un proceder lícito que el daño mismo acarreado a un tercero.

La *aemulatio* tradicionalmente viene siendo estudiada en el marco de las relaciones de vecindad y el régimen jurídico que se aplica a las intromisiones que afectan a predios vecinos por razón de su recíproca vecindad o proximidad.

En este campo, la doctrina ha sido generosa en sus aportaciones e ilustres estudiosos se han detenido en el examen, tanto de las relaciones de vecindad en general como de la *aemulatio* en particular, pudiendo destacar, entre otras, las aportaciones de Jhering<sup>1</sup>, Atzeri Vacca<sup>2</sup>, Ancona<sup>3</sup>, Scialoja<sup>4</sup>, Bonfante<sup>5</sup>, Riccobono<sup>6</sup>, Perozzi<sup>7</sup>, Brasiello<sup>8</sup> y García Sánchez<sup>9</sup>. En la doctrina más novedosa se pueden significar las aportaciones estimulantes que nos proporcio-

<sup>1</sup> *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, en «JJ», VI, 1863, 80 ss.

<sup>2</sup> *Sulla dottrina degli atti ad emulazione*, Cagliari, 1886.

<sup>3</sup> *Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, en «AG», LII, 1893, 315 ss..

<sup>4</sup> S.v. *Aemulatio*, en «Enc. giur. ital.», I.2, Milano, 1912, 426 ss.; *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti*, en *Studi giuridici*, III.1, Roma, 1932, 194 ss.; *Sopra alcune limitazioni dell'esercizio della proprietà e di nuovo sull'emulazione*, *ibid.*, 207 ss.; *Del divieto degli atti emulativi in materia d'acque*, *ibid.*, 260 ss.; *Sulla dottrina degli atti ad emulazione*, *ibid.*, 261 ss. (rec. a ATZERI-VACCA, *Sulla dottrina*, cit.); *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, 413 ss.

<sup>5</sup> *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, en *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1926, 774 ss.; *I rapporti di vicinanza e la giurisprudenza*, *ibid.*, 835 ss.; *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, en *Scritti giuridici*, cit., IV, Roma, 1926, 242 ss.; *Corso di diritto romano*, II.1, rist. Milano, 1966, 341 ss.; *Las relaciones de vecindad* (trad. GARCÍA VALDECASAS), Madrid, 1982.

<sup>6</sup> *L'influenza del cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, en «Scientia», V, 1909, 122 ss.; *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano*, en *Atti Congr. internaz. dir. rom. Roma*, II, Pavia, 1935, 59 ss.; *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, en «BIDR», XLVI, 1934, 1 ss.; s.v. *Emulazione (diritto romano)*, en «NovDI», Torino, 1960, 209 ss.

<sup>7</sup> *Istituzioni di diritto romano*, I<sup>2</sup>, Roma, 1928, 633 ss.; *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 371 ss.

<sup>8</sup> *Corso di diritto romano. La proprietà nella sua essenza e nella sua estensione*, Milano, 1952.

<sup>9</sup> *Teoría de la «immissio». Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma*, Madrid, 1975.

nan las monografías de Rainer<sup>10</sup>, Palma<sup>11</sup>, Algarra Prats<sup>12</sup>, Jiménez Salcedo<sup>13</sup> y Seyed-Mahdavi<sup>14</sup>.

Sin embargo, la preocupación que muestran los juristas romanos por la represión de la conducta maliciosa en el proceder jurídico va más allá del estricto campo de las relaciones de vecindad, aun cuando sea ésta la vertiente en la que la casuística es más abundante. Es más, ya en la base misma del fundamento del derecho pretorio se halla el examen de la intención en el actuar del agente a través de nuevos recursos pretorios que se introducen a fines de la República y que tratan de superar la rigidez y el formalismo al que conducía la aplicación rigorista de los principios del *ius civile*<sup>15</sup>.

Es en este orden de cosas en el que hemos creído interesante relacionar la *aemulatio* con el estudio de la sanción pretoria que se prevenía contra el que temerariamente instaba un proceso con la sola intención de vejar al demandado (*calumniae causa*), sin obtener otra ventaja que el daño mismo reportado al demandado<sup>16</sup> y cuya eventual sanción procesal, a través de distintos ex-

<sup>10</sup> *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, de quien además podemos resaltar posteriores contribuciones como *Der partes communis im klassischen römischen Recht*, en «ZSS», CV, 1988, 488 ss.; *Die Immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des §906 BGB*, en *Festschrift G. Wesener*, Graz, 1992, 351 ss.; y *Zum Typenzwang der Servituten: vom römischen Recht zum BGB*, en *Collatio iuris romani. Etudes H. Ankum*, II, Amsterdam, 1995, 415 ss.

<sup>11</sup> *Tura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1989.

<sup>12</sup> *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1995.

<sup>13</sup> *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba, 1999.

<sup>14</sup> *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen. Unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts*, Göttingen, 2000.

<sup>15</sup> BRUGI, 'Animus aemulandi', en «Riv. dir. comm.», XVIII, 1920, 68; RICCOBONO, *La teoria*, cit., 31 ss.; 41; s.v. *Emulazione*, cit., 520; BARTOŠEK, *Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano*, en *Atti Verona*, III, Milano, 1948, 196 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, 29; GROSSO, s.v. *Abuso del diritto*, in «ED», I, Varese, 1958, 161 s.; PALMA, *Tura vicinitatis*, cit., 164; 171.

<sup>16</sup> Sobre el tema pueden citarse HITZIG, s.v. *calumniia*, en «RE», III.1, Stuttgart, 1897, 1414 ss.; CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano*, en «BIDR», VII, 1894, 275 ss.; *La condanna nelle spese di lite*, en «RISG», XXVI, 1898, 355 ss. (= *La condena en costas* [trad. esp. DE LA PUENTE], Madrid, 1928); CHARVET, *Les serments contre la calomnie dans la procédure au temps de Justinien*, en «Rev. etud. byzant.», VIII, 1951, 130 ss.; LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calumniia*, en «TR», XXI, 1953, 30 ss.; NEGRO, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico*, Padova, 1954; BRASIELLO, s.v. *Calumniia (diritto romano)*, en «ED», V, Varese, 1959, 814 ss.; SERANGELI, C. 7, 16, 31 e *la azione contro il litigante temerario*, en «BIDR», LXXI, 1968, 199 ss.; BONINI, *Il titolo 'De poena temere litigantium' (4, 16) delle Istituzioni giustiniane*, en «AG», CLXXVI, 1969, 27 ss.; LAURIA, 'Calumniia', en *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 245 ss.; GARCIA CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984; *Le 'crimen calumniiae' dans la 'lex Remmia de calumniatoribus'*, en «RIDA», XXXVII, 1990, 75 ss.; *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumniia en el derecho privado romano*, en «Sem. Compl.», III, 1991, 27 ss.; *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1994; *Régimen jurídico del 'iusturandum calumniiae'*, en «SDHI», LXI, 1994, 457 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, en «Sem. Compl.», II, 1990, 65 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 283 ss.; SCHIEMANN, s.v. *calumniia*, en «N. Pauly», II, Stuttgart, 1997, 950 s.; CENTOLA, *Il 'crimen calumniiae'. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999; *Alcune osservazioni in tema di calumniia nel processo*

pedientes<sup>17</sup>, termina por exteriorizarse a través de la condena en costas, para cuya imposición es progresivamente menos determinante la conducta de los litigantes en el curso del proceso y, en cambio, se hace más relevante el hecho mismo del vencimiento<sup>18</sup>.

De este modo, la *aemulatio* en el derecho privado se aproxima a aquello que integra la categoría del uso antisocial del derecho y que, en la dogmática moderna, ha venido siendo objeto de estudio y perfilado, tanto legislativa como jurisprudencialmente, a través del concepto y teoría del abuso del derecho, entendido como aquel ejercicio del mismo en el que se desconocen sus límites, buscando ante todo obtener una finalidad distinta de la connatural al ejercicio ordinario del derecho practicado<sup>19</sup>.

*privato romano dalla repubblica al principato*, en «SDHI», LXVI, 2000, 165 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Problemas judiciales en la legislación novelar justiniana: la lentitud y costo de los litigios*, en «Anal. Fac. Der. Alicante», VIII, 1993, 120 ss. 'Iusturandum calumniiae': aproximación a un proceso de recepción, en AA.VV., *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno*, Madrid, 2000, 122 ss.

<sup>17</sup> Anticipadamente podemos señalar que en el Edicto pretorio a este respecto se recogen, según el testimonio de Gayo, un *iudicium calumniiae* (Gai 4, 175), con sanción al décimo de la cuantía del litigio sólo para el demandante que plantea dolosamente la acción así como la derivada del eventual y voluntario *iusturandum calumniiae* verificado por las partes, que se muestra como alternativo al *iudicium* (Gai 4, 176). Finalmente, Gayo menciona una acción *in factum* al cuádruplo contra el que, extraprocésalmente, ha desplegado o dejado de acometer una determinada conducta *calumniiae causa* (Ulp. 10 *ad ed. D.* 3, 6, 1 pr.), cuyo parecido con la *actio quod metus causa* resulta evidente, pues transcurrido un año desde la conducta calumniosa, ya no puede ejercitarse sino por el simple, con lo que desde este momento ya no resulta posible su concurrencia con la *condictio*. Vid. al respecto LEVY, *Privatstraft und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 102 ss.; *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II, Berlin, 1922, 152 ss.; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 168, quien desecha una rápida conformación de los recursos atinentes a la represión de la calumniia procesal. Se plantea también si la cantidad que ha mediado para promover el litigio con fin calumnioso puede ser objeto de una *condictio* recuperatoria. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig, 1932, 55 ss. distingue el caso en el que es un tercero quien estimula la reclamación calumniosa a fin de vejar al demandado, entregando al demandante una cantidad de dinero, supuesto en el que el fin ilícito para el que se giró la *datio* impediría la facultad de reembolso; y aquel en el que la *datio* se hizo al propio *calumniator*, que después de recibir la cantidad, ejercita con fin vejatorio la acción, circunstancia que sí permitiría el ejercicio de la *condictio* recuperatoria. Cfr. también, sobre la base de Ulp. 10 *ad ed. D.* 3, 6, 5, 1, LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstraft*, Göttingen, 1972, 244; BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, 171 s.

<sup>18</sup> CHIOVENDA, *La condena en costas*, cit., 55, señala que la imposición de costas, inicialmente, sólo se contemplaba para el *improbis litigator* en sustitución de un caído en desuso *iudicium calumniiae*. El primer lo constituye Ulp. 5 *off. procons. D.* 5, 1, 79 pr.: *eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, vitaria litisque sumptus adversario suo reddere oportebit*, referido a una *in ius vocatio* situada ya en la órbita del procedimiento cognitorio. Vid. al respecto WEISS, 'Recitatio' und 'responsum' im römischen Provinzialprozess, ein Beitrag zum Gerichtsgebrauch, en «ZSS», XXXIII, 1912, 238; WLISSAK, *Zum römischen Provinzialprozess*, Wien, 1919, 37, nt. 5; y BOYÉ, *La 'denuntiatio' introductive d'instance sous le principat*, Bourdeaux, 1922, 109, nt. 4.

<sup>19</sup> M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, (1923), in *L'abuso di diritto. 'Aemulatio'*, Padova, 1979, 17, define preliminarmente el abuso del derecho como «un uso cattivo, riprovevole o riprovato, illegittimo o ritenuto tale, di un diritto da parte di chi ne è titolare». Sin ánimo exhaustivo y con referencia al derecho romano podemos citar, además de la obra de Rotondi, las contribuciones de KRELLER, *Die Theorie des Missbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre*, en *Deutsch. Landesref. zum II. Kongr. f. Rechtsvergleich.*, Berlin-Leipzig, 1937, 1 ss.; RICCOBONO, *La teoria*, cit., 1 ss.; D'AMELIO, s.v. *Abuso del diritto*, en «NovDI», I.1, Torino 1957, 95 s.; y GROSSO, s.v. *Abuso del diritto*, cit., 161 ss.

2. La interdicción de las conductas emulativas como límite de las facultades del *dominus*: entre la flexibilidad del derecho pretorio y la dimensión moralizante del derecho bizantino.

Es por ello que, siguiendo a Bartošek, el acto emulativo aparece como un fenómeno jurídico general, no ligado a un orden jurídico particular o a algunas ramas de tal ordenamiento, cuya característica constante es la intención maliciosa o *animus nocendi* por parte del agente, que se deduce de la nula o escasa utilidad que obtiene de la ejecución de un acto jurídico<sup>20</sup>. De ahí que frente a los rígidos principios del derecho civil en lo que se refiere al ejercicio de los derechos, como es el aforismo gayano *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*, hayan surgido otros, de indudable impronta pretoria, como es el *malitiis non est indulgendum*<sup>21</sup> o el *male enim nostro iure uti non debemus*<sup>22</sup>, que introducen una nueva concepción dirigida a promover una racionalización en el ejercicio de los derechos y a dar prevalencia al interés colectivo sobre el individual<sup>23</sup>. Es por ello que los juristas romanos, ciertamente, no tu-

<sup>20</sup> BARTOŠEK, *Sul concerto*, cit., 196.

<sup>21</sup> Cels. 3 *dig. D.* 6, 1, 38. Por su atribución a los compiladores justinianos, vid. la bibliografía citada por SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., 416, nt. 1; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 352, nt. 1; *Criterio fondamentale*, cit., 779 s.; y exhaustivamente por BALOGH, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes nebst einigen einleitenden Bemerkungen über die Bedeutung des römischen Rechts für das Moderne*, en *Studi P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 637, nt. 41. Vid. también, M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., 83; G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, 57; y GROSSO, s.v. *Atti emulativi (diritto romano)*, in «ED», IV, Varese, 1959, 29. A pesar de reconocer también lo interpolado del fragmento, RICCOBONO, *La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui*, en *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 173, sostiene que la decisión celsina es esencialmente genuina, frente a las críticas de ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla 'res evicta'*, en «AG», XCIII, 1925, 10, nt. 1.

<sup>22</sup> Gai 1, 53. Por la no claridad del texto, vid. M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., 59 ss. SO-LAZZI, *Glosse a Gaius*, en *Studi S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 120 ss. considera que la *regula* con la que se cierra el pasaje gayano es propiamente un añadido postclásico, dirigido a avivar la presencia de elementos morales y cristianos tan alejados, por otra parte, del pensamiento clásico. Que la regla así formulada pueda ser postclásica, no excluye, como pone de relieve SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 107 s., que «der Rechtsmissbrauch ... ist schon eine Erkenntnis der republikanischen und klassischen Zeit, die in der 'exceptio doli generalis' und in manchem andern Einzelsatz auch rechtliche Anerkennung erfahren hat, die aber auch dort gilt, wo die Rechtsordnung gegen den Rechtsmissbrauch nicht reagiert». En sentido similar, el propio SCHULZ, *Nachklassische Quaestiones in den Justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus*, en «ZSS», L, 1930, 227; RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, 12; y CORREA, *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique*, en *Atti Semin. roman. internaz.* Perugia, Perugia, 1972, 147 ss.

<sup>23</sup> También la tendencia cristianizadora del período bizantino puede conducir al juicio como interpolada de la expresión *animus nocendi*. Cfr. RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, en «Riv. dir. civ.», II, 1911, 37 ss.; BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, en *Mélanges P.F. Givard*, I, Paris, 1912, 86 s.; M. ROTONDI, *'Aemulatio'*, en *Per il XIV Centenario della codificazione giustiniana*, Milano, 1938, 870 s.; D'EMILIA, *Una 'media sententia' sul problema dell'abuso del diritto*, en «SDHI», XI, 1945, 280, nt. 4; y SALERNO, *'Aqua pluvia' ed 'opus manu factum'*, en «Labeo», XXVII, 1981, 227. Pero también es cierto que, en ocasiones, llega a convertirse en tópico la influencia que la doctrina cristiana ejerce sobre los compiladores y que, incluso en épocas precedentes al nacimiento de Cristo, aparecen elementos éticos en ciertas instituciones jurídicas, pero sí que podemos afirmar, en oposición a BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 358, que en la materia de las relaciones de vecindad y, en particular, en todo lo relativo a la regulación del régimen de las aguas, la persecución generalizada del *animus nocendi* como intención subjetiva de no perjudicar a un tercero presenta indudable conexión con la concepción aportada por la doctrina cristiana al mundo del derecho. No se trata de una referencia contenida en un pasaje aislado, sino algo característico

vieron necesidad de formular una teoría de prohibición de los actos emulativos, por cuanto su represión es algo consustancial al concepto mismo de derecho y a su ejercicio racional<sup>24</sup>. De este modo, aun reconociendo la existencia de múltiples interpolaciones en sede de relaciones de vecindad, lo cierto es que éstas, más que instaurar una nueva concepción del ejercicio racional de los derechos, contribuyen a la generalización de un sistema ya conocido en época clásica, con lo que en realidad tales interpolaciones no tienen la consideración de innovación legislativa, puesto que ya cuenta con precedentes en el período clásico<sup>25</sup>.

Debemos asimismo poner de relieve cómo, en sede de relaciones de vecindad, el interés por la *aemulatio* se ha exteriorizado, no sólo a través del estudio monográfico del concepto y de la teoría a la que el mismo ha dado origen autónomamente, sino también en todas aquellas aportaciones dirigidas a poner de manifiesto la concepción en derecho romano del dominio como un derecho limitado en cuanto no resulta posible a su titular conducirse en y respecto de la cosa sin consideración al derecho concurrente que interesa a los terceros<sup>26</sup>. De ahí que de la *aemulatio* se hayan ocupado ampliamente los tratadistas de Pandectas en el análisis del derecho de cosas, del dominio como expresión de poder más pleno que sobre una cosa puede tenerse y de las limitaciones que planean siempre sobre el derecho de propiedad que recae sobre las cosas, limitaciones que pueden nacer de actos de disposición jurídica parcial, surgiendo así los derechos reales que limitan las facultades del *dominus* producto de su propia voluntad constitutiva; o aquellas otras que más bien son intrínsecas a la propia naturaleza del dominio, por cuanto no nacen de un acto voluntario de su titular, sino que resultan de la concurrencia de derechos de igual categoría y que se imponen para hacer posible la coexistencia pacífica de los mismos<sup>27</sup>.

de la actividad de los compiladores: la alteración sistemática de todos los pasajes que, reflejando una concepción clásica no acorde con las exigencias sociales del sig. VI d.C., se ocupan de las intromisiones y daños ocasionados entre predios por causa de las relaciones de vecindad. También, ASTUTI, s.v. *Atti emulativi (diritto intermedio)*, en «ED», IV, cit., 30 considera que la influencia cristiana no debe ser sobrevalorada, puesto que, en realidad, la tendencia dirigida a prohibir los actos emulativos y, en general, a perseguir el *animus nocendi* se enmarca dentro de lo que es la *ratio naturalis*, sin desconocer que ésta haya alcanzado un mayor relieve en las concepciones canónicas. Pero, en realidad, recogiendo las palabras del autor, «il richiamo al diritto naturale conduceva, d'altro canto, ad affermazioni di principio ben più ampie del divieto degli atti emulativi». Efectivamente, tal concepción persigue básicamente la interdicción del abuso del derecho, en cuyo contenido bien puede comprenderse la prohibición de los actos emulativos.

<sup>24</sup> BARTOŠEK, *Sul concerto*, cit., 229.

<sup>25</sup> En relación con los cambios habidos respecto al régimen clásico y su posible reflejo en forma de interpolaciones, cfr. LENEL, *Textkritische Miscellen*, en «ZSS», XXXIX, 1918, 169.

<sup>26</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen*, cit., 19.

<sup>27</sup> ENNECCERUS-KIPP, *Tratado de derecho civil* (trad. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER). III.1. *Derecho de cosas*, Barcelona, 1936, 314; PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., 631; y GONZÁLEZ-ALEGRE, *Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967, 16. Es en este sentido en el que también puede enmarcarse el pensamiento de JHERING, *Zur Lehre*, cit., 129, que viene a poner de relieve el deber de tolerancia en el que fundar la relación entre predios vecinos: «das römische Recht hat eine Reihe einzelner Bestimmungen, welche ihren gemeinsamen Mittelpunkt darin finden, daß die dem Eigentümer aus Rück-

3. Admitida la idea, por consiguiente, de que el derecho de propiedad no es un derecho ilimitado, surge inevitablemente la idea de la *immissio* y se plantea, igualmente, cuál deben ser los criterios que den apoyo a su tolerancia o, por el contrario, a su sanción y represión. Es por ello que, sobre la base de la labor creadora de la jurisprudencia, se ha tratado de elaborar distintas teorías que, fundadas en criterios de diversa naturaleza, expliquen el fundamento o la motivación de esta concepción limitada del dominio.

a) Como primer intento sistematizador surgió la doctrina que prohíbe los actos emulativos, la cual descansa aparentemente en un criterio esencialmente subjetivo, ya que tiene por objeto el examen de la conducta del agente que ha llevado a cabo un determinado acto dominical, ocasionando con él perjuicios al fundo vecino. De este modo, concurriendo el criterio combinado de la mala intención del agente, que se adivina por la nula o escasa utilidad que le reporta el acto practicado, con el perjuicio ocasionado, el acto resulta prohibido. Se trata de una corriente que gozó de amplia difusión en época medieval, en pleno apogeo de la vigencia del *mos Italicus* como actitud de los estudiosos frente a las fuentes justinianas, sobre la base de un cúmulo de interpolaciones que fueron introducidas para luchar contra el ejercicio malicioso de los derechos, persiguiendo en todo caso el *animus nocendi* y dando relevancia a los aspectos ético y moral que introduce la doctrina cristiana en los conceptos jurídicos. Siguiendo a Riccobono, estas interpolaciones no son más que expresión de la elevación a la categoría de principio de una nueva concepción dirigida al ejercicio racional de los derechos en el ámbito privado, que se halla ya presente en el derecho pretorio de la época clásica, puesto que, siendo de difícil prueba la intención con la que el agente ha cumplido el acto, sólo puede presumirse ésta por la utilidad que el mismo proporciona a quien lo lleva a cabo. Así, la rigidez del principio del derecho civil *qui iure suo utitur neminem laedit*, deja paso, por vía pretoria, al deber del propietario de tolerar ciertas intromisiones o a la persecución de los actos lícitos, pero llevados a cabo con intención dolosa. Estas innovaciones del derecho pretorio son incorporadas al derecho civil en época justiniana, concibiéndose ya el dominio como un derecho limitado en cuanto no resultan permitidos aquellos actos de propietario que apenas le proporcionan utilidad, imponiéndose así, por influencia de la doctrina cristiana, un ejercicio

sicht auf den Nachbarn gewissen Beschränkungen beim Bauen, Pflanzen von Bäumen, bei Anlagen von Gräben, Dämmen u.s.w. unterwerfen, Beschränkungen, die theils die Entfernung vom benachbarten Grundstück, theils die Höhe des Baues, theils die Vornahme überhaupt zum Gegenstande haben». Este doble deber de tolerancia entre predios vecinos guarda parangón con el unilateral del predio sirviente (*pati*) a propósito de una servidumbre constituida, como señala BRASIELLO, *Corso*, cit., 176. Su aproximación a la categoría del derecho de obligaciones se explica, como señala BIONDI, *La struttura giuridica della servitù prediale*, en *Studi A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, 99 s., por el relieve que se da en la formulación terminológica y construcción jurídica tradicional al lado pasivo de la relación jurídica, esto es, a las limitaciones que experimenta en su dominio el propietario del predio sirviente.

moderado de los derechos que haga posible la coexistencia entre los de igual naturaleza<sup>28</sup>.

En todo caso, esta dirección subjetiva, otrora ampliamente acogida por la doctrina medieval, dio lugar a intensas críticas para, posteriormente, dar paso a otras doctrinas más modernas, que pretenden introducir limitaciones al dominio desde la perspectiva que proporciona un criterio objetivo. Ciertamente, los excesos a los que condujo esta doctrina se extienden al deber de tolerar en el fundo propio los actos del vecino, cuando para éste sean útiles y no ocasionen un perjuicio sustancial al titular del fundo. Por otra parte, la indagación sobre la intención del agente como criterio determinante de la prohibición da lugar a la posibilidad de que sean prohibidos actos no dañosos practicados con *animus nocendi*, mientras que otros, llevados a cabo sin tal *animus*, deberían ser tolerados, aun cuando con su acometimiento surgiera un daño jurídico<sup>29</sup>.

b) Es así como, para superar esta extensísima interpretación medieval, han surgido las doctrinas del uso normal o de la normal tolerabilidad, especialmente en el seno de la pandectística alemana hasta que Bonfante termina por modernizarla y adaptar el concepto mismo de uso normal a las mudables condiciones del entorno social y económico<sup>30</sup>.

El fundamento de ambas teorías en las fuentes romanas es también evidente y, sin embargo, no excluye las virtudes que proporciona la idea de que los romanos ya prohibían los actos emulativos. Ciertamente, en el ejercicio del derecho de propiedad se impone a su titular el deber de tolerar ciertos padecimientos surgidos de las relaciones de vecindad y a ello se refiere el pasaje emblemático en esta sede: los §§ 5, 6 y 7 de Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 8, en el que se recogen sintéticamente los postulados de la teoría del uso normal como criterio para determinar la tolerabilidad de las intromisiones<sup>31</sup>. Confor-

<sup>28</sup> RICCOBONO, *La teoria*, cit., 41.

<sup>29</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil*, cit., 338 s.

<sup>30</sup> Tales teorías, esto es, la que prohíbe los actos de emulación y la teoría del uso normal, señala Bonfante, se suceden en el tiempo y obedecen a las necesidades y al espíritu propio de su época, recogiendo, por consiguiente, las orientaciones socio-económicas de cada período histórico, sin perjuicio de que, sobre la base de las mismas, hayan surgido otras, que las matizan y complementan, aunque sin llegar a adquirir una individualidad independiente del modelo del que derivan. Vid. BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 778.

<sup>31</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 8, 5: *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immittere posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immittere licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Affenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minuernensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minurnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdixit uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. 6. Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. 7. Idem in diversum probat: nam et in balneis, inquit,*

me al mismo, todo propietario debe padecer aquellas que respondan a un moderado ejercicio del derecho que ostenta el vecino de acuerdo con el criterio de la normal tolerabilidad conforme a la naturaleza de las cosas, como es, por ejemplo, el humo que emana de la cocina de la finca vecina. O lo que es lo mismo, cada propietario puede llevar a cabo en su fundo aquellos actos que respondan al contenido ordinario del dominio, aun cuando con su ejercicio se irroguen algunos perjuicios al vecino y con independencia de cuál haya sido la intención con la que el dueño los haya cumplido<sup>32</sup>. Tratándose de intromisiones que no responden a un uso normal, su tolerancia sólo podría imponerse a través de la constitución de una servidumbre que tuviera precisamente tal contenido<sup>33</sup>.

En el supuesto de hecho a que se refiere el primer pasaje, es claro que, conforme al uso normal, en tiempos de Aristón resultaba excesivo el deber de tolerar un humo procedente de una fábrica destinada a ahumar quesos, pero, de acuerdo con el mencionado criterio, bien puede imponerse el deber de soportar ciertos padecimientos provenientes de las necesidades de la vida cotidiana, como el humo que proviene de una cocina privada, según nos refiere Pomponio en el segundo de los fragmentos. En cambio, para tolerar intromisiones como los vapores que emanan de un baño, a lo que se refiere el tercer texto o la humedad que emana de un estercolero y que daña una pared medianera<sup>34</sup>, se requiere la constitución de una servidumbre que tenga tal contenido. De lo contrario, procedería la *actio negatoria* para obtener el cese de la molestia, sin necesidad de tener que esperar a la producción del daño; y las acciones de resarcimiento o las conexas con la *cautio damni infecti* eventualmente prestada, por el daño ocasionado por tales intromisiones<sup>35</sup>.

*vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursti Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.*

<sup>32</sup> SPANGENBERG, *Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht*, en «Arch. civ. Prax.», IX, 1826, 268 ss.; FERRINI-PULVIRENTI, *Delle servitù prediali*, I, Napoli-Torino, 1908, 71; DE MARTINO, *D. 8, 5, 8, 5: i rapporti di vicinato e la tipologia delle servitù*, en «SDHL», VIII, 1942, 140; GARCIA SÁNCHEZ, *Teoría de la «immissio»*, cit., 71; RAINER, *Die Immissionen*, cit., 364 s.; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen, 1996, 117; GORDLEY, *Immissionsschutz, Nuisance and troubles de voisinage in Comparative and Historical Perspective*, en «Zeitschr. Europ. Privatr.», I, 1998, 22 s.; JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico*, cit., 73; 79 s.; CURSI, *Il 'modus servitutis'. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, 304 s.; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 42 ss.; 137 s.

<sup>33</sup> FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., 116 s.; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 64; 119 s.; 125.

<sup>34</sup> Alf. 2 dig. D. 8, 5, 17, 2: *secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo parietem madescebat; consulebatur, quem ad modum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare; Paul. 6 ad Sab. D. 8, 2, 19 pr.: *fiatulum iunctam parietis communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi Proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balineum habeat secundum communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet: sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduam umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum.**

<sup>35</sup> BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, 339 s.;

Por consiguiente, admitida la idea de que la continuidad del suelo sobre el que se encuentran asentados los bienes inmuebles determina el deber de tolerar ciertas intromisiones fundadas en la concurrencia de derechos de igual de intensidad<sup>36</sup>, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 8, 5 constituye el texto esencial para afrontar la distinción entre intromisiones lícitas e ilícitas.

Básicamente se reconoce el principio de que cada uno puede practicar en los confines de su fundo cualquier actividad lícita, siempre y cuando de la misma no se deriven intromisiones en perjuicio del predio vecino (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*)<sup>37</sup>. Pero, asimismo, en torno al concepto de *immissio* se plantean otras cuestiones. Las intromisiones, cuando son ilícitas, son siempre perseguibles, cualquiera que sea su naturaleza, de modo que no sólo las corporales, sino las incorpóreas (olores, sacudidas) son objeto de represión jurídica, aunque algunos autores hayan pretendido aplicar un régimen distinto, por cuanto las corporales recaen directamente sobre el fundo, mientras que las incorpóreas más bien constituyen molestia para su titular<sup>38</sup>.

RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., 104 s. También apunta BETANCOURT, *Recursos supletorios de la 'cautio damni infecti' en el derecho romano clásico*, en «AHDE», XLV, 1975, 60 s., la aplicación de un interdicto destinado a retirar escombros (*rudera tollere*) y la eventual indemnización de los daños causados a la finca vecina con su caída a través de una *cautio de danno praeterito*, recursos que tendrían como presupuesto la negativa a prestar inicialmente una ordinaria *cautio damni infecti* y el temor a sufrir una definitiva expropiación de la finca de la que emana el daño (*missio in possessionem ex secundo decreto*). Cfr. igualmente MOZZILLO, s.v. *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (diritto romano)*, en «NovDI», V, Torino, 1960, 462; PARICIO, *Algunas notas sobre la 'cautio damni infecti'*, en *Studi C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 472. A propósito de Alf. 2 dig. D. 8, 5, 17, 2 cfr. BURDESE, *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica*, en «Labeo», XXXV, 1989, 357, quien señala que en el pasaje se hace referencia a la aplicabilidad de la *cautio* en el caso de que ésta se hubiese estipulado con anterioridad al daño, mientras que la *actio negatoria* procedería una vez ocasionado el daño. También se inclina por ambos recursos JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico*, cit., 60. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., 122 s., limita la aplicación de la *cautio damni infecti* a los supuestos en los que la intromisión consista, de algún modo, en una «bauliche Veränderung», como es el caso del que se ocupa D. 8, 5, 17, 2.

<sup>36</sup> SCIALOJA, *'Aemulatio'*, cit., 439; 450.

<sup>37</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico*, cit., 38; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 18.

<sup>38</sup> Cfr. a este respecto HESSE, *Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer*, en «JJ», VI, 1863, 386 ss.; WERENBERG, *Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigentümer*, *ibid.*, 52 s., si bien las aportaciones de Jhering, que admite también como inmisiones aquellas que no tienen estructura corporal, terminarían prevaleciendo y recabando en gran medida en el BGB. Como indicaba SPANGENBERG, *Einige Bemerkungen*, cit., 271 s., de las fuentes romanas sólo resultarían prohibidas las intromisiones corporales, mientras que aquellas que consisten en ruidos u olores podrían ser reprimidas exclusivamente mediante normativa alejada de la esfera jurídico-privada y más bien relacionada con lo que son las normas de policía dirigidas a atenuar o impedir molestias de tal condición. Cita ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil*, cit., 220 s., la tesis de Gesterding, según la cual también las intromisiones de olores desagradables pueden ser objeto de represión privada por parte del perjudicado, por cuanto son igualmente perceptibles, aunque no a través del sentido de la vista y pueden ir más allá de los límites del fundo en el que se generan, con daño de los vecinos. Y, en apoyo de sus argumentos, confirma que, si el derecho romano arbitraba normas de policía dirigidas a la represión de tales olores, igual poder debe corresponder a quien los padece frente al que los provoca en el orden privado. Vid. también SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 36, siguiendo la «Habilitationsschrift» todavía no publicada de MÖLLER, *Servituten im römischen Recht. Zu Struktur und Funktion Grundstücksvermittelnder Rechte*, Göttingen, 2000, 271 ss.

Esta ampliación de la categoría de la *immissio* se debe a Jhering, quien procede a una reelaboración de la teoría del uso normal, en el sentido de que el concepto de intromisión no debe quedar limitado exclusivamente a aquellas actividades que se practican directamente en el fundo vecino (intromisiones ordinarias) ni a aquellas otras intromisiones materiales que exceden del uso normal de la cosa, sino que resultan igualmente perseguibles aquellas perturbaciones, generalmente derivadas de la creciente actividad industrial, que, aunque netamente separadas de la idea tradicional de *immissio*, entendida como verter o echar algo material en el predio vecino, proyectan, sin embargo, efectos nocivos y perjudiciales sobre su fundo, con lo que supera la distinción entre intromisiones materiales e inmateriales<sup>39</sup>.

También se puede diferenciar entre intromisiones directas, que son aquellas que se llevan a cabo directamente *in alieno*; e intromisiones indirectas, que son aquellas producto de actividades *in suo*, pero cuyos efectos nocivos trascienden *in alieno*. Conforme a esta distinción, quedarían prohibidas las intromisiones directas<sup>40</sup> y las indirectas, siempre y cuando sean extraordinarias<sup>41</sup>, por exceder de lo que es el uso normal de la cosa. Por contra, deben ser toleradas aquellos padecimientos que, siendo inevitables, no exceden de la medida normal del ejercicio de un derecho.

En todo caso, creo que estas distinciones son irrelevantes como criterio para determinar la licitud o ilicitud de las mismas. Lo relevante para ello es, como he puesto ya de relieve, si responden o no al uso normal que de una cosa puede hacerse conforme a su destino natural y ello, en muchas ocasiones, tiene que ver con la intensidad y duración de la intromisión, de modo que las molestias de escasa intensidad deben ser toleradas, frente a las de intensidad excesiva, que deben ser prohibidas, en tanto en cuanto no se haya constituido una servidumbre que tenga por contenido precisamente el padecimiento de tales perturbaciones, con los caracteres de permanencia del servicio y de utilidad reportada con su constitución.

c) Sobre la base de las fuentes Bonfante introdujo algunas innovaciones dirigidas básicamente a modernizar y superar algunos de los defectos de que adolecía la teoría del uso normal, tanto en su vertiente tradicional, dirigida a prohibir las intromisiones materiales en el fundo vecino, como la adaptación de Jhering, dirigida a reprimir toda influencia sobre el predio vecino que no

<sup>39</sup> JHERING, *Zur Lehre*, cit., 81 ss.

<sup>40</sup> Como ejemplo de este tipo de intromisión señala BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 362; *Criterio fondamentale*, cit., 784, el hecho de arrojar directamente sustancias en el fundo vecino.

<sup>41</sup> Así llama BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 362; *Criterio fondamentale*, cit., 784, a aquella intromisión que es consecuencia de una actividad practicada en el fundo propio. De ahí su idea de que la prohibición deba alcanzarse únicamente a las intromisiones extraordinarias, esto es, a aquellas que exceden del uso normal, criterio fijado en lo que son las necesidades de la vida cotidiana. Así nos dice: «il vicino deve tollerare il fumo, che è prodotto dai bisogni del riscaldamento e della cucina, non è tenuto a sopportare il fumo prodotto da speciali apparecchi adibiti ad un uso straordinario, come l'affumicazione di formaggi o il riscaldamento di bagni. Similmente si deve tollerare la polvere prodotta dalla pulizia della casa, dallo sbattere dei materassi e degli abiti, ma non quella generata da uno stabilimento destinato alla pulitura dei grani ...» (BONFANTE, *loc. cit.*).

responda al uso normal de la cosa, aun cuando no goce de la corporeidad que acompaña al concepto mismo de *immissio*, superando de este modo la distinción entre intromisiones materiales e inmateriales y atribuyendo a ambas idéntico régimen jurídico para su licitud. De este modo, su posición pretende ser un estadio intermedio entre las carencias que proporciona la clásica teoría del uso normal, considerada como extraordinariamente estrecha, y los excesos a que conducen las innovaciones introducidas por Jhering, consistentes en sustituir el clásico concepto de la intromisión en cosa ajena por el concepto de influencia negativa sobre la misma, todo ello dirigido a establecer un criterio delimitador de la normal tolerancia<sup>42</sup>.

Las razones de esta superación se hallan en la dificultad para determinar en qué consiste el uso normal y si éste debe ser considerado sobre la base de lo que normalmente acontece en la sociedad o sobre la base de lo que sería necesario para llevar a cabo una actividad de tal naturaleza<sup>43</sup>. No obstante, las más de las veces, este criterio viene a coincidir con la aportación bonfantiana, por cuanto éste no concibe más que el uso normal como adaptable a las mudables condiciones de la vida humana<sup>44</sup>.

En definitiva, se produce una ampliación del concepto de *immissio*, no concebido ahora exclusivamente como un acto material del que deriva un perjuicio efectivo, sino como toda influencia negativa que padece un fundo como consecuencia de la actividad que se lleva a cabo en el vecino y que se identifica con la noción de perjuicio, de cualquier naturaleza que sea<sup>45</sup>. En todo caso, tan amplia formulación tropieza con la dificultad de no poder distinguir claramente lo que es daño jurídico de la simple privación de un lucro, cuando, sin embargo, las fuentes sí recogen esta distinción<sup>46</sup>.

Es entonces cuando a este concepto se le asocia el criterio de la necesidad

<sup>42</sup> BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 367; *Criterio fondamentale*, cit., 786. Ante la vaguedad del criterio fijado por Jhering se ha pretendido reconducirlo erróneamente a aquellos supuestos de disminución del valor económico que experimenta la cosa propia por los actividades que tienen lugar en el fundo vecino, cuando, en realidad, sobre lo que acaece en la esfera externa de nuestro predio, carecemos de derecho alguno. En cuanto a aquellas influencias que modifican la sustancia interna de nuestro derecho, esto es, aquellas que producidas *in alieno* se propagan en el seno de nuestro predio, señala BONFANTE, *op. cit.*, 805, que tampoco pueden ser perseguidas por la *actio negatoria* o las acciones de daño, puesto que tales intromisiones pueden ser objeto de un derecho de servidumbre constituido a propósito para obligar a tolerar tales conductas.

<sup>43</sup> BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 811 ss.

<sup>44</sup> BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 813 s. Por ello, las aportaciones de BONFANTE, *I rapporti*, cit., 846 pueden concretarse en que «tanto l'immittere in alienum, quanto il 'facere in alieno', per usare la terminologia romana, debbono essere leciti quando siano l'effetto di operazioni che si compiono nel proprio per imprescindibili e generali necessità, perché la necessità è limite di qualunque diritto, e ciò che si compie necessariamente esce quasi dal concetto della volontarietà e rientra in quello delle forze naturali, di cui ciascuno è tenuto a sopportare gli effetti».

<sup>45</sup> BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 365 s.; *Criterio fondamentale*, cit., 785 ss., explica ampliamente las motivaciones de esta nueva dirección dentro de la doctrina del uso normal. La ampliación casuística dentro del género de las intromisiones, producto de los avances industriales, convirtió en insuficiente la teoría mencionada, de modo que había que adaptarla con el fin de que otro tipo de perturbaciones pudieran quedar comprendidas tales como malos olores, ruidos insoportables o privaciones injustificadas de luces y vistas. También, vid. G. LONGO, *Corso*, cit., 51.

<sup>46</sup> Sin ánimo exhaustivo pueden señalarse Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 24, 12; D. 39, 2, 26.

social, que limita el planteamiento de Jhering, de modo que el uso normal queda cualificado, más que por la naturaleza intrínseca de los actos de intromisión que pueden acometerse, por la necesidad de la coexistencia social, que impone, en ocasiones, el deber de tolerar ciertos padecimientos anteriormente prohibidos. Obviamente, la aportación de este criterio se halla en la necesidad de examinar las circunstancias concurrentes y hacer compatible el interés privado con las exigencias de la convivencia social en orden a establecer un criterio que favorezca el progreso social sin mermar los derechos patrimoniales de los miembros de la comunidad. Cuando ciertas intromisiones sean conformes con las necesidades impuestas por la coexistencia social deben equipararse a aquellas que son producto de las fuerzas de la naturaleza, las cuales deben ser, en todo caso, toleradas, por cuanto en ellas no se puede hablar de *immissio*<sup>47</sup>. Por ello, Bonfante considera que para hablar de *immissio* tiene que concurrir un perjuicio emanado de un acto voluntariamente practicado, en el que no se puede reconocer un *uti suo iure*, por cuanto supera la propia esfera para invadir la del vecino, por lo que no sólo debe entenderse que existe intromisión cuando se vierten sustancias directamente en el predio contiguo, sino también cuando, siendo depositadas sustancias nocivas en el propio, los efectos perjudiciales terminan por propagarse por el fundo vecino, incluso con mayor intensidad, de modo que en ambos supuestos queda transgredido el principio *qui iure suo utitur neminem laedit*<sup>48</sup>.

También constituye una innovación esencial en esta sede la distinción bonfantiana entre lo que es el daño jurídico y la privación de una ventaja, que se corresponde paralelamente con la esfera interna y la externa de un derecho propio<sup>49</sup>. Cuando la lesión se da dentro de la esfera interna, se reconoce un daño jurídico, que es perseguible, mientras que las molestias que se dan en la esfera externa más bien constituyen la pérdida de una ventaja de la que se venía disfrutando, pero que, con independencia de su trascendencia económica y social, no da derecho a indemnización. Es por ello, que la privación de vistas o la depreciación que experimenta mi finca por la naturaleza de las actividades que se practican en el predio vecino, no constituye un daño jurídico, sino simplemente la privación de una ventaja, lo que no da derecho a indemnización<sup>50</sup>. En cambio, el daño jurídico puede acontecer

<sup>47</sup> BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 783; *Le convenzioni fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli*, en *Scritti giuridici varii*, III. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1921, 506 s.

<sup>48</sup> BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 804 s.; *I rapporti*, cit., 839. Así puede concluirse con BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 804 que «qualunque invasione della altrui sfera interna, con elementi o con operazioni che, fatte nel proprio, si propaghino nell'altrui, può dar motivo allo esperimento dell'azione negatoria per la turbativa e, aggiungiamo, dell'azione di danni pel danno effettivamente recato: salvo che per l'azione di danni converrà provare anche la colpa».

<sup>49</sup> Cfr. BONFANTE, *I rapporti*, cit., 897.

<sup>50</sup> BRASIELLO, *Corso*, cit., 214. Ésta es la posición de BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 348, nt. 1, quien cita expresamente, como supuestos, no de privación de un derecho, sino de privación de una comodidad Ulp. 53 *ad ed.* D. 8, 2, 9, pasaje en el que no se contempla acción a favor del que ve có-

por el hecho de verter directamente sustancias en el fundo vecino o por la propagación de sustancias en dicho fundo, aunque la actividad se haya iniciado en el propio. El límite de la tolerabilidad, para Bonfante, viene fijado por el entorno, siempre mudable, que obliga a ampliar de alguna manera el límite de la tolerancia, reconociéndose así operatividad al progreso industrial<sup>51</sup>.

Como hemos señalado, a esta distinción se refiere en realidad una vasta casuística en sede de *actio aquae pluviae arcendae* y de *cautio damni infecti*, de modo que, cortado el suministro de agua por obras acometidas en el fundo propio, no hay realmente daño jurídico, pues no hay *immissio* en tal caso, que sí se da, en cambio, cuando tal obra amenaza con la caída o inclinación del fundo del vecino, reconociéndose en ello una intromisión<sup>52</sup>. Lo mismo puede deducirse de Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 26<sup>53</sup>, que considera como privación de una ventaja el que el vecino, finalmente, ejercite el derecho a dar una altura más a su edificación, privándose de las vistas de las que venía gozando; e igualmente, cuando se me pone fin al suministro de agua que venía recibiendo sin concesión específica de un derecho de tal calibre. Es asimismo el límite que hace posible la coexistencia social el que determina que no haya represión cuando las intromisiones no llegan a recaer en la esfera dominical del vecino o cuando, aun produciéndose, deben soportarse sobre la base de la necesidad general al que se dirige el acto que provoca los daños; tampoco hay

mo las vistas de las que venía disfrutando sin existencia de previa servidumbre a favor de su fundo quedan cercenadas con la dación de una mayor altura por parte del vecino a su propia vivienda, puesto que, como señala RÄTNER, *Bau- und nachbarrechtlichen Bestimmungen*, cit., 28, representa el paradigma de la ilimitada libertad de construcción; y Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 26, texto en el que no se concede acción al perjudicado por la acción del vecino, que, a causa de una obra practicada en su fundo, ha puesto fin al manantial de agua del que se venía aprovechando aquél. A propósito, compara BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 787 s., este mismo supuesto con el de contaminación del agua de la fuente como consecuencia de una actividad industrial. La licitud del primer caso y la ilicitud del segundo no es consecuencia de que el primer supuesto es normal y el segundo no lo es, sino que en el primero no hay propiamente *immissio* y en el segundo se vierten sustancias contaminantes sobre el agua. Por tanto, en el primer supuesto no hay daño jurídico propiamente dicho, sino simplemente privación de una ventaja de la que se venía gozando sin atribución de un especial derecho para ello. En cambio, en el segundo hay un daño jurídico concreto producto del vertido de tales sustancias nocivas.

<sup>51</sup> BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 362; *Criterio fondamentale*, cit., 784; G. LONGO, *Corso*, cit., 52; JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico*, cit., 74; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 149.

<sup>52</sup> Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 24, 12: *item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt: an teneat? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.*

<sup>53</sup> Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promississet damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia.

represión cuando, aun perceptibles, los perjuicios son de ínfima entidad<sup>54</sup>.

5. Estas tres teorías han sido objeto de estudio pormenorizado, tratando de determinar cuál de ellas es la más conforme con el espíritu del derecho romano, distinguiendo dentro de él la tradición clásica de las innovaciones justinianas, que han sido muchas en esta sede a través de la represión del *animus nocendi* como nuevo factor de persecución del ejercicio antisocial del derecho deducido de la doctrina cristiana. La teoría de la prohibición de los actos de emulación se centra más bien en el examen de la conducta de quien lleva a cabo un acto dominical, de modo que, aun conforme con las facultades connaturales de un propietario, el acto puede resultar prohibido si la finalidad perseguida es únicamente dañar o perjudicar a un vecino. Así formulada en época medieval, la doctrina de los actos de emulación no se infiere sino de una mala interpretación de las fuentes romanas. En cambio, la doctrina de los actos de emulación adquiere valor estimable si se reconduce a la persecución de los actos inútiles para quien los ejercita, de modo que en realidad el *animus nocendi* vendría deducido del criterio combinado de la escasa o nula utilidad del acto para quien lo practica y el perjuicio ocasionado a quien se encuentra frente al mismo<sup>55</sup>. Sólo el examen de la intención del agente, además de las dificultades que genera su investigación, determinaría la prohibición incluso de actos que no llevan aparejado un perjuicio, mientras que resultarían tolerables ciertos actos que ocasionan un perjuicio efectivo, si se demuestra la ausencia de *animus nocendi*.

Por ello, tras el análisis de la base textual que nos proporciona la jurisprudencia, especialmente en sede de *actio negatoria* y de *actio aquae pluviae arcendae*, puede concluirse que los romanos, si bien no llegaron nunca a formular una doctrina prohibitoria de los actos emulativos al estilo de los juristas medievales, sí que prohibía ya a fines del período republicano el ejercicio antisocial de un derecho mediante los instrumentos que por entonces se introdujeron por vía pretoria para corregir la rigidez del derecho civil. Ello no obsta para que, con el advenimiento de la doctrina cristiana, lo que constituyen aplicaciones aisladas de la función de corrección que caracteriza al derecho pretorio sobre el derecho civil, dé lugar a la instauración de una nueva concepción del dominio, conforme a la cual resultan prohibidos los actos practicados por el propietario con *animus aemulandi*, esto es, con la sola in-

<sup>54</sup> Efectivamente, señala RAINER, *Die Immissionen*, cit., 364, a propósito de Ulp. 17 ad ed. D. 8, 5, 8, 6 que el *fumus non gravis* caracteriza al humo en sí y no sus repercusiones sobre algo o alguien, de modo que el humo que deriva de un horno por una actividad humana indispensable no puede ser impedido por el vecino ni tampoco su tolerancia debe ser acogida únicamente cuando se haya constituido previamente una servidumbre que tenga tal contenido.

<sup>55</sup> De ahí que en materia de aguas, sostenga SCIALOJA, *'Aemulatio'*, cit., 447 que los actos emulativos están prohibidos en cuanto inútiles. Debe destacarse en todo caso que la preocupación por la utilidad es eminentemente jurisprudencial de acuerdo con la dimensión práctica con la que vienen dotadas las distintas instituciones de derecho civil. Cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 104.

tención de acarrear un daño a terceros, sin obtener del acto acometido ventaja alguna y ocasionando, con su práctica, un perjuicio efectivo<sup>56</sup>.

6. En el examen de estas tres teorías inevitablemente nos hemos referido a los recursos que proporciona el derecho romano en sede de relaciones de vecindad. La tutela de tales relaciones queda confiada, entre otros recursos, a la *actio negatoria* y a la *actio aquae pluviae arcendae*.

a) En relación con la acción negatoria surgen dudas sobre cuál sea la extensión con la que contemplar la legitimación pasiva a ella inherente, con lo que el punto de partida ineludible es precisar si puede darse contra quien lleva a cabo una *immissio* o únicamente contra aquellos que buscan con la intromisión atribuirse un derecho de servidumbre que no ha sido formalmente constituido. Esta sencilla cuestión ha servido para fomentar en el seno de la romanística posiciones opuestas en torno a la concepción de la categoría de las servidumbres como un conjunto de formas típicas o, por el contrario, como un *numerus apertus* siempre creciente desde el respeto de unos principios que sirven para armonizar las figuras singulares<sup>57</sup>. Quienes se muestran partidarios de la tipicidad estiman que la acción negatoria puede entablarse únicamente contra aquellos que se invisten de un derecho de servidumbre, concretado, desde una óptica eminentemente material, por medio de una *immissio*, conformando de este modo, con nitidez meridiana, cuál sea la concepción que sobre el particular nos muestra el derecho clásico. Pese a la gravedad de tal enunciación, puede también significarse cómo los discípulos de Servio Sulpicio Rufo, entre los cuales puede mencionarse a Alfeno, no dejan de avanzarnos, desde la cierta sistematización que en esta escuela puede traslucirse, una consideración más abstracta de la categoría de las servidumbres en cuanto que tratan de fijar y hasta de inducir desde el juego casuístico unos principios comunes de entre las manifestaciones de gravamen real conocidas. En esta línea es obvio que seguirá la tendencia si se quiere más aperturista constatable ya en el derecho clásico tardío<sup>58</sup>. Es así que únicamente

<sup>56</sup> RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto*, cit., 41.

<sup>57</sup> Así, RAINER, *Der Bausstop im römischen Recht*, en «Orb. iur. Rom.», III, 1997, 58; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 58, se hacen eco de esta doble dirección en el seno de la doctrina.

<sup>58</sup> PEROZZI, *La struttura delle servitù prediali in diritto romano*, en *Scritti Giuridici*, II, *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, 11 s., señala cómo en algunos pasajes vienen configuradas como servidumbres distintas pequeñas variantes de una misma facultad de goce, como es el medio a través del cual se verifica el paso, y así se expresa en p. 13: «... queste distinzioni tra servitù tanto affini provano evidentemente che le menti discernevano, per varie cause, certe facultà da altre, ed erigevano a caratteristiche di singoli diritti le singole facultà ...»; GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, en «SDHI», III, 1937, 265; BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle 'actiones negatiae'*, en «BIDR», XLVI, 1939, 186 ss.; SARGENTI, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, en *Studi P. de Francisci*, III, Milano, 1956, 352; BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, rist. 1969, 43; GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, 178; *Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1969, 68; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., 120. Son muchos los autores que han mostrado su interés sobre el tema de la tipicidad, pero quedando fuera de nuestro estudio un argumento tan amplio, tan sólo merece la pena

en el caso de que la intromisión pueda identificarse con lo que entraña el contenido estructural de una servidumbre típica, puede hacerse valer, de no hallarse constituida, la *actio negatoria*. Con especial cautela debe obrarse, no obstante, desde el momento en se hace necesario combinar la formulación típica de las servidumbres con la vertiente creadora que caracteriza la actividad de los prudentes, quienes, en este orden de cosas, contribuyeron a la creación de nuevos tipos de servidumbre, haciendo así realidad paulatinamente una categoría concretada en un *numerus apertus* de figuras singulares en las que concurrían esos principios inducidos de las formas ya tradicionalmente conocidas, como son los caracteres de la utilidad y permanencia del servicio. Sólo a este inicial impulso propagador de la categoría seguiría en períodos subsiguientes una concluyente generalización de la categoría, que encontraría su soporte en la enunciación de unos principios abstractos tendentes a la conformación actualizada en esta sede<sup>59</sup>.

Por el contrario, aquellos que prescinden del concepto de tipicidad como rector de la categoría adivinan detrás de toda intromisión una auténtica pretensión de reconocimiento de un derecho real. En el marco de esta concepción se nos presenta más bien la *actio negatoria* como una acción general que actúa la tutela del dominio frente a perturbaciones de cualquier naturaleza y sin consideración alguna sobre qué intención ha motivado en el agente la verificación de tal conducta. Por consiguiente, tanto si la intromisión ha podido deberse al hecho de verse como titular de un derecho real suficiente para dar cobertura, dentro de los límites de la licitud, a su comportamiento como si sin dejar lugar a dudas procedía consciente de la ausencia de título que justificase tal modo de actuar, la acción negatoria tutela convenientemente la posición dominical frente a la constatación objetiva de una perturbación<sup>60</sup>.

destacar las recientes aportaciones a la cuestión por parte de RAINER, *Zum Typenzwang der Servituten*, cit., 415 ss.; BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, en «AG», CCXVIII, 1998, 3 ss.; CURSI, *Il 'modus servitutis'*, cit., 8 ss.

<sup>59</sup> BIONDI, *Le servitù prediali*<sup>2</sup>, cit., 45; BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 5; 7. BIONDI señala así como el jurista aporta su tecnicismo y busca siempre la analogía como instrumento creador, mientras que el pretor, en su actividad instructora, modifica con esta finalidad la rigidez original de la *vindicatio servitutis* como instrumento creador a través de la *in iure cessio servitutis*. Tal reconocimiento ya puede verse en ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, en «Foro ital.», LIX, 1934, 11 ss. (estr.). Vid. también RAINER, *Bau- und nachbarrechtlichen Bestimmungen*, cit., 17; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 62.

<sup>60</sup> BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., 178 s.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione del «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 502, nt. 2; s.v. *Proprietà (diritto romano)*, en «ED», XXXVII, Varese, 1988, 211. También cfr. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, 186; SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae» dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, 57, nt. 61; BIGNARDI, *Actio, interdictionum, arborea*. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, en «Index», XII, 1983-1984, 481; *De suo iure agere oportet*. *Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, 124 s. Esta tendencia hacia la ampliación del ámbito de aplicación de la *actio negatoria*, apunta BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 17 s., es propia de los discípulos de Servio Sulpicio Rufo, de modo que la acción viene a constituir el recurso por excelencia para encontrar tutela frente a las más variadas injerencias de que pueda ser objeto el dominio y, al mismo tiempo, tal ampliación provoca el abandono del criterio de la tipicidad de las servidumbres, admitiéndose que una intromisión, de cualquier naturaleza

No es despreciable la idea de que una generalización de tal entidad pudiera deberse a la circunstancia de que la estipulación, en cuanto promesa abstracta capaz de contener cualquier contenido lícito, es contemplada anómalamente en época tardía como modo de constitución, con lo que resulta suficiente la simple promesa de padecer determinadas intromisiones o incluso de abstenerse del ejercicio de ciertas facultades inherentes al propietario para hacer aflorar un derecho limitativo del dominio al modo de los que en los tiempos más antiguos del derecho romano eran objeto de constitución formal mediante el trámite de la *mancipatio* o la *addictio* magistradual en un acto de *in iure cessio*<sup>61</sup>. Otro factor que debe ser tenido en cuenta es la nueva dirección que cobra en el período postclásico el ejercicio de la *vis privata*, sometida a fuertes restricciones, y los interdictos sustitutivos de la misma, sin olvidar las nuevas orientaciones que definen como *possessio iuris* ciertas situaciones fácticas, que se concretaban en la verificación de servicios no tenidos por verdaderas servidumbres en época clásica y que únicamente podían ser objeto de sanción por medio de un recurso concebido en términos amplios, que pusiera el acento en la ausencia de tal derecho y de las facultades a él anexas en la persona del demandado<sup>62</sup>.

Descendiendo al examen de los textos, paradigmático es Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 8, 5, pasaje en el que Aristón parece referirse al hecho de que el humo que produce una fábrica de quesos únicamente ha de ser tolerado por los dueños de los pisos inferiores si se ha constituido una servidumbre cuyo contenido sea precisamente tolerar tal intromisión. Sin embargo, Aristón, desde la autoridad que proporciona Alfeno, se ocupa de la cuestión relativa a la tolerabilidad de la intromisión en función de su intensidad y adecuación al uso ordinario para cosas de tal naturaleza, pudiéndose inferir sobre el particular que para la tolerancia del humo procedente de una fábrica de quesos, en cuanto exceso de lo que constituye el uso normal de las facultades dominica-

que fuere, puede ser objeto de una servidumbre destinada a su tolerancia, siempre que la misma se encuentre presidida por el criterio de la utilidad para el fundo dominante. Cfr. las consideraciones que hace también DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I. *Il ruolo di Labone*, Milano, 1990, 75, nt. 240; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., 120 s., quien admite la *actio negatoria* frente a conductas que en modo alguno podrían ser constitutivas de una servidumbre. En esta misma línea y en relación con la acción negativa del usufructo se había expresado BOHÁČEK, *L'actio negatoria nell'ambiente dell'usufrutto*, en «BIDR», XLIV, 1936-37, 25.

<sup>61</sup> BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 47. En el mismo sentido señala SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 64 cómo la evolución iniciada en el período clásico de la categoría de las servidumbres permitió, siempre con el respeto de determinados principios, constituir servidumbres de diverso contenido, con la concurrencia de las notas de «Norwendigkeit» y «Nützlichkeid». Del mismo modo, a propósito del usufructo, la acción estipulatoria derivada de la *cautio usufructuaria* constituye también para el nudo propietario un remedio apto para exigir la restitución cuando el usufructuario no tiene más derecho a continuar aprovechándose del objeto fructuario. Vid. BOHÁČEK, *L'actio negatoria*, cit., 26, quien en páginas siguientes admite, en caso de falta de prestación previa de la *cautio*, la acción reivindicatoria a favor del nudo propietario, pues aun reconociendo que el usufructuario no es poseedor, sin embargo, en ocasiones se le concede igualmente el beneficio de la tutela interdictal en calidad de útil, por lo que, con idéntica técnica, bien podría concedérsele la posibilidad de entablar la *vindicatio rei*.

<sup>62</sup> BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., 188 ss.

les, se hace necesaria la constitución de una servidumbre que dé cobertura a tal contenido. No habiéndose constituido, la intromisión es ilícita por lo que la acción procedente sería asimismo la *actio negatoria*, ordenada a repeler las pretensiones de *immissio fumi* por cuanto no se dio la previa constitución del servicio (*ius non esse*)<sup>63</sup>. Ello es así en la medida en que el perjuicio que acompaña a una actividad industrial como la llevada a cabo por una instalación dirigida a ahumar quesos únicamente deviene admisible en el supuesto en que así lo hayan acordado quienes detentan la titularidad de los fundos afectos y siempre desde la constatación que por la intensidad de la molestia y su carácter extraordinario de acuerdo con las convenciones sociales imperantes, no resulta encuadrable el perjuicio dentro de lo que constituye el límite del uso ordinario. Con todo, la casuística que proporciona el fragmento es ciertamente ilustrativa. Así, el pasaje viene a mantener idéntico criterio cuando la actividad intromisiva radica en canalizar agua o sustancias de otra naturaleza sobre un predio inferior, también en aquellos casos en los que la intromisión derive de operaciones acometidas desde el propio predio. Con ello se acredita que el texto, aparte de la crítica textual de la que pueda ser objeto, se hace eco de una orientación dirigida a concebir la acción como un remedio general de tutela a favor del dueño con el fin último de dar al traste con las injerencias del vecino, todo ello desde la base de una pretendida, pero al fin y a la postre, inexistente titularidad<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 191, señala cómo «die actio negatoria mit ihm 'ius non esse' sei dem und nur dem Gegner gegenüber am Platz gewesen, der eine zivile Servitut, ein eigentliches 'ius' in Anspruch nahm».

<sup>64</sup> Ulp. 17 ad ed. D. 8, 5, 2 pr.: *negatoria domino qui negat*, y Gai 4, 3: *aut cum actio ex diverso adversario est negativa*. Vid. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 193 s.; TREVES, s.v. *Azione confessoria e negatoria (diritto romano)*, en «NovDI», II, Torino, 1958, 58 s.; KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>16</sup>, München, 1992, 129. Por otra parte, RODGER, '*Actio confessoria*' and '*actio negatoria*', en «ZSS», LXXXVIII, 1971, 190; 212 s., en orden a su intento de defender la claridad de los términos *actio confessoria* y *actio negatoria*, señala cómo el término *negativae* en Gai 4, 3 no tiene un sentido técnico, sino que Gayo viene a diferenciar dentro de la categoría de las *actiones in rem* entre positivas y negativas. Vid. al respecto BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., 179 ss. En relación con el usufructo, particularidades muestra la *actio negativa*, cuyo ejercicio no requeriría, según la exégesis que de Ulp. 17 ad ed. D. 7, 6, 5 pr. lleva a cabo BOHÁČEK, *L'actio negativa*, cit., 34; 37, «la prova di proprietà da parte dell'attore», del mismo modo que no se dirige a negar necesariamente la existencia de un derecho de usufructo, sino que éste corresponda al demandado (op. cit., 40). No me parecen adecuadas las observaciones del autor checo y sí, frente a él, acertadas las consideraciones que ponía de relieve BIONDI, '*Actio negativa*' ed '*actio prohibitoria*' come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto, en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, 601 s., en el sentido de que a través de la *actio negatoria* lo que hace el *dominus* es afirmar la libertad del dominio, esto es, la ausencia de gravamen sobre el mismo y no únicamente negar el derecho en cabeza del demandado. Se nos presenta como poco probable que el *dominus* ponga en marcha un proceso dirigido a negar el infundadamente atribuido derecho de usufructo de un tercero cuando el legítimo usufructuario, que es quien realmente se ve perturbado en el desempeño de sus facultades, dispone para la tutela de su derecho contra quien se entromete de la *vindicatio usufructus* dirigida al reconocimiento de su derecho, puesto que de acuerdo con la exégesis minuciosa de BOHÁČEK, op. ult. cit., 49 ss., la legitimación pasiva en esta acción no puede circunscribirse al *dominus* que, con su conducta, obstaculiza el ejercicio del derecho de usufructo, como también admite BIONDI, op. ult. cit., 605 ss. De acuerdo con ello, tampoco compartimos la tesis de BIONDI relativa a la consideración de la *actio negativa* como una acción de defensa del usufructo o la servidumbre frente a terceros perturbadores, pues tal defensa queda suficientemente garantizada con las oportunas *vindicaciones*, dirigidas siempre a reprimir el estado de hecho

Interés evidente despierta la cuestión del alcance con el que puede ser concebida la acción negatoria, en particular en lo que se refiere a si, mediante su entablamiento, se tendía exclusivamente al cese de la perturbación que venía aquejando al dueño en la medida en que la *intentio* de la fórmula, tal como viene reconstruida de la mano de Lenel, únicamente contempla la mención de un lacónico *ius non esse*<sup>65</sup>. También resulta aprehensible que, dado su carácter de acción negativa, en contraposición complementaria a la *vindicatio* que corresponde al *dominus* para la defensa de su titularidad y pese a que no se discute su naturaleza de acción real a la vista de la referencia que hace al pretendido derecho que el dueño rechaza en el demandado, lo cierto es que su *intentio* designa primeramente al demandado y sólo después la falta de tales facultades en favor del demandado, lo que se resume en un *ius non esse* de cualquier naturaleza, esto es, la negación de un derecho limitativo del dominio que compete al demandante<sup>66</sup>. La condena de la acción, por otra parte pecuniaria, se concretaría en aquella cuantía jurada *in litem* por el demandante, con lo que a nadie escapa que se hace posible para el demandado la adquisición de la titularidad jurídico-real que descansa tras las facultades previamente ejercitadas, por tanto, ahora como usufructuario o titular de una servidumbre desde la *solutio* de la *litis aestimatio*, una vez desatendida la orden de restitución o de prestación de caución para ello<sup>67</sup>. Por

que impide el ejercicio del derecho propio, una vez superado el obstáculo de la pretendida estrechez de su legitimación pasiva. En relación con el ejercicio de la *vindicatio rei*, presupuesto esencial es que el *dominus* pierda la posesión de la cosa, lo cual no acontece cuando alguien se autoenvisete de un derecho de servidumbre o de usufructo, conducta cuya represión se verificará adecuadamente mediante la *actio negatoria* del pretendido derecho limitativo del dominio. Esta duplicidad de recursos en favor del *dominus* no se da en favor de los titulares de derechos reales, puesto que en cuanto que no son poseedores, no hay pérdida de la misma, por lo que la *vindicatio* de la que pueden servirse debe entenderse como exigente, más que de la cosa, de las facultades que sobre la misma pueda un tercero haberse atribuido en su perjuicio y sólo en esta medida, pues nada impediría que el *dominus* hubiera constituido en favor de un tercero un derecho de servidumbre, que no atenuara la intensidad del preexistente por el mero hecho de la concurrencia en el ejercicio de una facultad solidaria como es el uso. Con todo, la redacción que presenta la *vindicatio servitutis* de ciertas servidumbres que imponen al predio sirviente un no hacer que sería legítimo al titular de no haberse constituido la limitación (*servitus ne altius tollatur* o *servitus ne luminibus nearum aedium officiat*) determina que para ellas quede reservado el término de *actiones negativae*, distinto, por consiguiente, de la *actio negatoria* que tiene el propietario en aras a preservar la libertad del dominio. Cfr. BOHÁČEK, op. ult. cit., 143 ss.

<sup>65</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 193 s.

<sup>66</sup> Si paret N°N° *ius non esse* ... *invito A°A°*. Vid. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, 79 s.; LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 193 s. La afirmación de que el demandado «no tiene derecho a» comporta necesariamente como deducción lógica la facultad de prohibir que tales conductas perturbadoras continúen siendo desplegadas, algo que igualmente resulta reprimible por la vía interdictal. Así, en Paul. 21 ad ed. D. 8, 5, 9 pr. se equipara a la *immissio in alieno*, tradicional supuesto de aplicación del interdicto *quod vi aut clam* el caso del titular de servidumbre de paso que construye en el camino, excediéndose de este modo de las facultades inherentes al derecho del que es titular. De ahí que se afirme un derecho a prohibir sobre la base de un *ius non esse aedificandi vel aedificatum habendi*.

<sup>67</sup> Puede verse en Paul. 21 ad ed. D. 8, 5, 7: *si vero neque rem praestant neque cautionem, tanti condemnent, quanti actor in litem iuraverit*. Vid. CHIAZZESE, '*Ius iurandum in litem*', Milano, 1958, 176 s.; PROVERA, '*Contributi allo studio del 'ius iurandum in litem'*', Torino, 1953, 25; PEZZANA, s.v. *Azione confessoria e negatoria (diritto romano)*, en «ED», IV, Milano, 1959, 840.

consiguiente, la redacción edictal contempla asimismo la cláusula arbitraria característica de las *vindicaciones*<sup>68</sup>, con lo que al hecho de que el demandado se acoja a su régimen liberatorio seguiría necesariamente el deber de prestar caución de no reiterar en lo sucesivo las conductas ilícitamente intromisivas<sup>69</sup>.

Distinto del cese de la actividad perturbadora es lo que se refiere a la reparación del perjuicio ya ocasionado. En principio, parece que su resarcimiento debería canalizarse mediante las acciones sancionadoras de la ley Aquilia o incluso a través de las acciones estipulatorias a que puede dar lugar la *cautio damni infecti*, si ésta efectivamente ha sido previamente prestada, con la ventaja de que, por causa del rigor de la fórmula concebida como de derecho estricto, la consideración del dolo o la culpa queda excluida<sup>70</sup>. El rechazo de la

<sup>68</sup> Los editores del edicto perpetuo excluyen la cláusula arbitraria en las distintas modalidades de acciones negativas que reproducen en las rúbricas dedicadas a la tutela del usufructo y la servidumbre. Así, RUDORFF, *De iuris dictione*, cit., 79, tan sólo parece reconocerla a propósito de la servidumbre negativa de *non alius tollendi*, pero en este caso, más que dirigirse la *intentio* a negar el derecho del demandado, reconocería el del demandante a impedir que el demandado levante más alto. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 193, niega que la *actio negatoria* tenga cláusula restitutoria a la vista de Paul. 20 *ad ed.* D. 5, 3, 19, 3, que circunscribe el efecto restitución exclusivamente a las cosas corporales. No obstante, en relación con un derecho como el de servidumbre, la restitución se traduce en el cese de aquellas conductas que impiden su ejercicio conforme a su destino natural y en el restablecimiento del estado de hecho que posibilita el ejercicio del derecho de servidumbre. En este sentido, podemos apoyarnos en Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 4, 2, donde Labeón y Pomponio hacen comprender en la acción negatoria indemnización por los frutos, entendiendo como tal el interés pecuniario del demandante en que la conducta del demandado no vuelva a verificarse (*commodum*). En este orden de cosas, podemos señalar otros pasajes como Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 6 y Gai. 6 *ad l. XII tab.* D. 22, 1, 19, 1. Vid. al respecto KASER, 'Restituere' als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der 'litis contestatio' auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht', München, 1968, 18. Por la cláusula restitutoria vid. G. SEGRE, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'*, en «BIDR.», XLI, 1933, 25 ss., para quien, acertadamente en 35, la exclusión de la servidumbre en la restitución de la herencia es una especialidad de la *hereditatis petitio*, pues ésta ya tiende a la restitución del predio a favor del que o con cargo al cual se encuentra la servidumbre, del que, por consiguiente, es tan sólo una cualidad o condición de imposible restitución independiente del fundo; PROVERA, *Contributi allo studio*, cit., 25, nt. 30; CHIAZZESE, *Iusurandum in litem*, cit., 176; PEZZANA, s.v. *Azione confessoria e negatoria*, cit., 840.

<sup>69</sup> Así resulta de Iav. 2 *epist.* D. 8, 5, 12: *iudicis officio contineri puto ut de futuro quoque opere cavere debeat*. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, en *Scritti di diritto romano*, I, Camerino, 1974, 183 s.; SEGRE, *La clausola restitutoria*, cit., 39 s.; PEZZANA, s.v. *Azione confessoria e negatoria*, cit., 840; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., 105 ss.; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 59 s.

<sup>70</sup> BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., 827; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., 123 s. Para Rainer, en cambio, la *actio negatoria* en su más estricta consideración también operaría con función reparadora del perjuicio únicamente cuando el substrato estuviera constituido por una posible relación de servidumbre, que excluiría en tal caso la aplicación de la *cautio damni infecti*, la cual sólo tendría sentido para todas aquellas repercusiones no susceptibles de concreción en el ámbito de un derecho de tal naturaleza. Vid. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., 107 ss.; 115, nt. 29: «überall dort, wo eine Servitut angenommen werden konnte, bestand die Möglichkeit, die Beeinträchtigung des Eigentumes mittels einer actio negatoria zu verhindern und für die bisher erfolgte Beeinträchtigung einen Schadenersatz zu erhalten. In allen anderen Fällen des legitimen facere in suo mit Auswirkungen in alieno mußten andere Rechtsbefehle zur Anwendung gebracht werden, insbesondere die c.d.i. Eine c.d.i. hat daher wenig Sinn zu seit den der actio negatoria, sondern prinzipiell anstelle der actio negatoria in allen jenen Fällen der Beeinträchtigung des nachbarlichen Gebietes, die nicht unter eine Servitut subsumiert werden konnten» (RAINER, *op. ult. cit.*, 109). Las observaciones de Rainer quizá puedan deberse a la necesidad de contemplar siempre, a propósito de una

*actio negatoria* como acción reparadora del perjuicio descansa, como ya hemos anticipado, en la propia reconstrucción que nos brinda Lenel, en la que no se alude al daño, sino a ese austero *ius non esse* antes contemplado. El Edicto perpetuo concebiría así la acción negatoria como una fórmula complementaria de la *vindicatio servitutis* o *usufructus*, todas ellas acciones ordenadas a tutelar posiciones jurídico-reales<sup>71</sup>. A pesar de la caracterización de la *actio negatoria* como acción de derecho estricto, ello no obsta para que aquel que se acoge a la cláusula arbitraria con la consiguiente prestación de la *cautio de non amplius turbando*, quede asimismo constreñido a la satisfacción de ciertos gastos, todo ello con el fin de operar una retroacción de la situación jurídica anterior a la intromisión en que ha incurrido sobre la cosa el demandado. Así, ha puesto de relieve Kaser que el fin que persigue la acción es, no únicamente el negar el derecho de quien así procede, sino también restablecer en el *dominus* el estado de cosas del que disfrutaba con anterioridad a la intromisión<sup>72</sup>. Esta función reparadora, cuando no haya sido prestada la *cautio damni infecti* ni se dé el comportamiento doloso o culposo que sirve de base para el entablamiento de las acciones sancionadoras del ilícito aquiliano, encuentra únicamente su sanción en la *condemnatio* de la *actio negatoria*, incluso en los casos en los que el demandado se acoja a la cláusula arbitraria, en la medida en que, tal como se puede inferir de Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 4, 2, puede hablarse, cuando de *res incorporales* se trata, de un *restituere* en el hecho de estar dispuesto a prestar caución de no volver a poner en entredicho más la plenitud de facultades del *dominus*. Ciertamente es que no será un *restituere* material, como aquel al que tiende la *vindicatio rei*, en cuanto que base para su ejercicio es precisamente el haber padecido el demandante el despojo de la posesión, sino de «un reponer las cosas al estado anterior a la perturbación», lo que permite fundamentar, desde las dimensiones que llegó a cobrar la actividad cautelar de la jurisprudencia romana, la adecuación a este caso concreto de una *cautio de amplius non turbando*, a pesar de que los testimonios textuales en los que apoyarse para su reconocimiento no sean precisamente numerosos<sup>73</sup>.

acción real, un propósito restitutivo, que también resulta posible, con las peculiaridades comentadas, a propósito de la perturbación ocasionada al titular de un derecho de servidumbre. Por consiguiente, además de un prohibir que la conducta del tercero siga teniendo lugar, la *actio negatoria* bien podría servir para exigir esa peculiar modalidad de frutos de la que Labeón y Pomponio se ocupan en Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 5, 4, 2. En la medida en que la evaluación de esos frutos va a depender de la flexibilidad favorable al titular del derecho real que presenta el *iusiurandum in litem* la concurrencia de una *cautio damni infecti* sería más bien superflua.

<sup>71</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 190; y 193, quien niega no obstante la cláusula restitutoria de la *actio negatoria*.

<sup>72</sup> KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>16</sup>, cit., 129.

<sup>73</sup> La niega BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 354 s. en Paul. 21 *ad ed.* D. 8, 5, 7, donde la *cautio* se presenta como alternativa de la restitución, pero la reconoce en Iav. 2 *epist.* D. 8, 5, 12 para la *actio negatoria*, texto en el que fundamos también su vigencia en combinación con el efecto restitutorio que se concede al demandado como modo de evitar la muy probablemente elevadísima *condemnatio* pecuniaria que habría de pagar el condenado en la medida en que se funda en el *iusiurandum in*

b) En cuanto a la *actio aquae pluviae arcendae* viene a sancionar desde época muy temprana un tipo especial de intromisiones, como son las ocasionadas por la acción violenta del agua pluvial sobre el predio inferior producto de la obra llevada a cabo en un fundo superior, presuponiendo, por tanto, la ubicación en cascada de ambos fundos. Igualmente, resulta aplicable cuando es el dueño del predio inferior quien lleva a cabo obras de retención, que impiden que el agua fluya como habitualmente, irrogando con ello perjuicios al predio superior<sup>74</sup>.

Dada la rigidez de la fórmula, con la referencia al *aquam arcere*, no resulta posible sancionar a través de ella los supuestos de desvío con el fin de privar al fundo vecino de un caudal del que viene gozando. En realidad, en tales supuestos no puede reconocerse ni siquiera una *immissio*, pues nada se entromete en el predio vecino, por lo que la privación de caudal no entra dentro de la categoría del daño jurídico perseguible por medio de esta acción, sino que más bien constituye la privación de una ventaja de la que se venía disfrutando sin especial atribución de un derecho. Por tanto, mediante esta acción, lo que se persigue es la intromisión violenta del agua de lluvia, que acaece por la causa mediata del *opus manu factum*, requiriéndose, por consiguiente, la concurrencia de ambos elementos de modo interactivo<sup>75</sup>.

En todo caso, bien puede observarse cómo, en el marco de las innovaciones justinianeanas dirigidas a dotar a las aguas de un régimen jurídico nuevo, consecuencia de la escasez de la misma en muchas de las provincias que integran el Imperio, la *actio aquae pluviae arcendae* cambia de función. Ya no

*litem* ofrecido al demandante, cumpliéndose así la finalidad natural de las acciones reales, que pretenden siempre un *restituere* antes que obtener para el demandante una *condemnatio* pecuniaria. También su aplicación se extiende inmediatamente después de la concesión del interdicto *quem usumfructum* en tanto en cuanto no quede ventilado definitivamente el derecho del demandado en la *vindicatio ususfructus* con el fin de asegurar su presencia en el proceso. Vid. también BOHÁČEK, *L'actio negatua*, cit., 59 s., y RODGER, *Actio confessoria*, cit., 203 s.

<sup>74</sup> Sus presupuestos resultan de Ulp. 53 *ad ed.* D. 39, 3, 1, 1: *haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timeatur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immitiendo eam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. Quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.* Cfr. BURDESE, s.v. *Actio aquae pluviae arcendae*, en «NovDl», I.1, Torino, 1957; 257; SITZIA, *'Aqua pluviae' e 'natura agri'*. Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone, Cagliari, 1999, 25 ss., a propósito de la ampliación por parte de Namusa de la noción de *manu facere*; y SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 26; 80. El requisito de la *opus manu factum* se convierte, efectivamente, en un presupuesto para el ejercicio de la acción, la cual, sin embargo, no sanciona aquellos daños que causa el agua por *virium loci*. Del mismo modo que la acción ve limitada su aplicación a las intromisiones que se den entre predios rústicos. Cfr. SEYED-MAHDAVI, *op. cit.*, 83, quien estima como recurso apropiado para las intromisiones de agua de lluvia que tengan lugar entre fincas urbanas la *actio negatoria*.

<sup>75</sup> VOICI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, en *Scritti Milano C. Ferrini*, II, Milano, 1947, 365; SITZIA, s.v. *Scolo delle acque* (storia), en «ED», XLI, Varese, 1989, 750, a propósito de la minusvaloración del fundo como consecuencia del acometimiento de la obra, que ha de tenerse en cuenta a efectos de la *litis aestimatio*; *'Aqua pluviae'*, cit., 30 ss., a propósito del restrictivo planteamiento labeoniano de concesión de la acción; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 121.

se trata sólo de una acción frente a las intromisiones, sino de una acción que se dirige a racionalizar el uso y el aprovechamiento del agua, en cuanto bien escaso que es, permitiendo que el agua sobrante pueda ser objeto de aprovechamiento para el predio inferior y persiguiendo aquellos actos en los que, con *animus nocendi*, se pretende impedir el disfrute por otros predios interesados en el agua sobrante<sup>76</sup>. De nuevo, se hace patente la persecución de una conducta emulativa, no tanto en cuanto esconde una intención maliciosa por parte del agente que retiene toda el agua, sino en cuanto a que tal retención resulta inútil, ocasionando un perjuicio intolerable a otros predios interesados en el agua sobrante<sup>77</sup>. En todo caso, nos parece evidente que la inutilidad de ciertos actos, que se dirigen a privar del agua a ciertos predios, no puede separarse del *animus nocendi*, que siempre puede reconocerse en quien lleva a cabo actos que no le proporcionan ventaja alguna y que son, evidentemente, actos inútiles. De este modo, se hace palpable una nueva preocupación, inexistente cuando Roma quedaba reducida a las fronteras de la península itálica, puesto que en muchas provincias las condiciones de aridez y sequía determinan el establecimiento de un nuevo régimen jurídico en cuanto al uso y aprovechamiento del agua, pero no debe excluirse que este derecho limitado sobre las aguas lo sea igualmente sobre cualquier objeto de distinta naturaleza, pues ya el derecho pretorio venía imponiendo el ejercicio racional de los derechos en orden a la consecución de la utilidad para su titular<sup>78</sup>. De este modo, se hace patente la idea de que donde termina la utilidad propia comienza el perjuicio para el vecino, de modo que siendo el acto útil para quien lo acomete, el acto es lícito; en caso contrario, en cuanto inútil, puede reconocerse en el acto practicado el *animus nocendi* del agente y ser perseguido por la *actio doli* en favor de aquel que tiene derecho a recibir el agua sobrante y, por consiguiente, inútil para el predio vecino. Es en este sentido en el que se enmarca la idea de que la utilidad es el fundamento de todo ordenamiento jurídico y, en definitiva, el contenido de todo derecho subjetivo.

7. Debe también ponerse de relieve cómo la prohibición de los actos emulativos encuentra en el proceso un vasto campo de aplicación a través de la

<sup>76</sup> BONEANTE, *Il regime delle acque*, cit., 6 s.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 482; SCHÖNBAUER, *Die 'actio aquae pluviae arcendae'*. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechts, en «ZSS», LIV, 1934, 234; DERINE, *A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, en «RIDA», III<sup>e</sup> S., V, 1958, 454; SALERNO, *'Aqua pluviae'*, cit., 219 s.; CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. *Proprietà (diritto romano)*, cit., 214 ss.; SITZIA, s.v. *Scolo delle acque (storia)*, cit., 750, nt. 4; 752, nt. 22, quien hace referencia a la notable abundancia de agua pluvial en el primitivo Lazio, lo que condiciona su particular régimen jurídico; VARELA, *Un ejemplo de pragmatismo romano: la 'actio aquae pluviae arcendae'*, en *Estudios A. Menéndez*, IV, Madrid, 1996, 4230; SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 124.

<sup>77</sup> SCIALOJA, *Aemulatio*, cit., 434 s., y PEROZZI, *Il divieto*, cit., 385.

<sup>78</sup> CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, en «AG», XXXIV, 1880, 151; RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto*, cit., 31 ss.; 41; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, cit., 29 s.; GROSSO, s.v. *Abuso del diritto*, cit., 161.

represión de la calumnia, ilícito en el que incurre aquel que demanda con la sola intención de vejar a su adversario procesal<sup>79</sup>. La *calumnia actoris* es definida por Lauria<sup>80</sup> como «la malvagia volontà di 'vexare' l'avversario, conoscendosi la infondatezza della propria pretesa, e farla nondimeno valere nel proprio interesse». Se trata ante todo, como veremos, de un concepto fundado en la intención ilícita del demandante, que es conocedor de la falsedad de la imputación que hace al demandado<sup>81</sup>, intención ilícita difícilmente reconocible por cuanto los actos procesales que se ejecutan con esta malvada intención, como es el ejercicio de una acción, son plenamente lícitos. Por ello, García Camiñas señala que «la actuación del 'calumniator' en lo que afecta a los requisitos extrínsecos es jurídicamente correcta, si bien está afectada en mayor o menor grado de antijuridicidad, por estar dirigida a la consecución de fines distintos de aquellos que el derecho autoriza a conseguir»<sup>82</sup>. De este modo, se nos presenta ciertamente difícil probar esa intención malévolá que precede a la ejecución de un acto, buscando alcanzar una finalidad distinta de aquella pretendida por el derecho, con lo que se fia al arbitrio judicial sobre el caso concreto la apreciación de su existencia. También se requiere la conducta fraudulenta del actor, esto es, la prosecución de maquinaciones dirigidas a ocasionar un daño al adversario procesal<sup>83</sup>. Ello se traduce asimismo en la ausencia de fundamento de la acusación del demandante, que se evidencia en el momento en que el demandado obtiene la absolución, dejando abierta así para éste la posibilidad de iniciar un juicio de calumnia contra tal demandante<sup>84</sup>.

La represión de esta conducta emulativa procesal ha experimentado una notable evolución, que se concreta en la pluralidad de mecanismos operados para su sanción a lo largo de la historia del proceso y que ha culminado con el sistema de la imposición de las costas al litigante vencido, convirtiéndose el sistema en objetivo por cuanto ya no se funda en la conducta de los litigantes el criterio para su imposición. En todo caso, el nacimiento de la condena en costas no surge sino a partir de la instauración del procedimiento cognitorio por lo que la conducta emulativa procesal, en época arcaica y clásica,

<sup>79</sup> HITZIG, s.v. *Calumnia*, cit., 1414, sin perjuicio del concepto técnico que asume el término para el proceso penal y para la calificación, en el proceso civil, del demandado como *institians*. Igualmente, HUMBERT, s.v. *Calumnia*, en «DS», I, Paris, 1877, 853, señala que «on appelleit 'calumnia', dans un sens large, toute manoeuvre frauduleuse de la part des accusateurs, des demandeurs ou des avocats: dans cette acception, la 'calumnia' comprend la 'tergiversatio' et la 'praevaricatio'»; BARTOŠEK, *Sul concetto*, cit., 198; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 165 ss.

<sup>80</sup> 'Calumnia', cit., 269. En el mismo sentido vid. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 491, y WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, I, Wien-Leipzig, 1924, 154.

<sup>81</sup> GARCÍA CAMIÑAS, *Le 'crimen calumniae'*, cit., 122.

<sup>82</sup> BRASIELLO, s.v. *Calumnia (diritto romano)*, cit. 815; GARCÍA CAMIÑAS, *Presupuestos textuales*, cit., 37 s.

<sup>83</sup> GARCÍA CAMIÑAS, *Presupuestos textuales*, cit., 38.

<sup>84</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 107, y GARCÍA CAMIÑAS, *Le 'crimen calumniae'*, cit., 122 s.

venía siendo reprimida a través de los mecanismos de sanción de la calumnia<sup>85</sup>. En el período clásico, el corte eminentemente privado del proceso y la ausencia de una administración de justicia retribuida determinó la gratuidad del procedimiento, que se mantuvo en época clásica e incluso se extendió al ejercicio de la abogacía, practicada sólo con el afán de alcanzar cierta notoriedad y promoción social en el ámbito político de la República<sup>86</sup>.

a) La ausencia de costas procesales no impide, sin embargo, contemplar ya desde antiguo y por vía pretoria una sanción para el demandante temerario que inicia un proceso infundadamente con el solo ánimo de vejar a su adversario, lo que vino a constituir el complemento indispensable para evitar los abusos a que podía conducir la gratuidad del procedimiento. En el período de las *legis actiones*, ambos litigantes depositaban una cantidad, que era devuelta al vencedor del litigio, mientras que el vencido, en razón de su temeridad, la perdía en concepto de pena, sin que fuera a parar a la parte contraria, sino al erario público, siendo sin duda acorde con la cuantía del litigio<sup>87</sup>.

Como tipo específico de ilícito surge la calumnia procesal en el procedimiento formulario, que viene a designar la malvada voluntad de vejar al adversario a sabiendas de lo infundado de la propia pretensión mediante el ejercicio lícito de una acción, pero destinada a fines distintos de los pretendidos por el ordenamiento jurídico<sup>88</sup>. El instrumento concreto al que se refieren las fuentes es una acción *in factum*, la *actio calumniae*, que únicamente puede entablar el demandado tras su absolución en el litigio principal con el fin de exigir del demandante, en el supuesto ordinario, una décima parte del objeto del litigio<sup>89</sup>. El problema planteado en el seno de la doctrina es determi-

<sup>85</sup> Ya la ley de las XII Tabas, como se deduce del pasaje gayano de comentario a las mismas (Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 50, 16, 233 pr.), contemplaba la sanción de la *manus iniectio* para quien impedía a modo vejatorio la *in ius vocatio*. Vid. exégesis de CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 171 ss.; 198.

<sup>86</sup> Vid. CHIOVENDA, *Le spese*, cit., 276; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano: il processo civile*, II, Torino, 1913, 202; NEGRO, *La cauzione per le spese*, cit., 71; VECCHIONE, s.v. *Spese giudiziali (diritto romano)*, en «NovDI», XVII, Torino, 1970, 1121; D'ORS, *Derecho privado romano*<sup>8</sup>, Pamplona, 1991, 153; y RODRÍGUEZ ENNES, *Reflexiones en torno al origen de los honorarios de los 'advocati'*, en «SDH», LX, 1994, 363.

<sup>87</sup> Cf. VECCHIONE, s.v. *Spese giudiziali (diritto romano)*, cit., 1122; GNOLI, *Spunti critici sull'interpretazione di Gai. 4, 1*, en *Studi G. Scherillo*, Milano, 1972, 79. También, vid. BERTOLINI, *Appunti*, II, cit., 106 ss., quien recoge la doble posición mantenida desde antiguo por los autores acerca de la denominación *sacramentum*, esto es, por el lugar sacro en que era depositada la apuesta o por el destino que se daba a la misma una vez concluido el litigio. Vid. igualmente CHIOVENDA, *La condena*, cit., 51 s., y KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 82 ss., con la amplia literatura que recoge este último sobre la cuestión. En especial, son sugestivas las teorías que recoge sobre el probable origen religioso del *sacramentum* LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones*, Bologna, 1948, 105 ss.

<sup>88</sup> Elementos (la malvada intención y el propósito vejatorio) que concurren en la definición que de la calumnia nos ofrecen pasajes de distintas épocas como Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 50, 16, 233 pr.; Gai 4, 178; y Paul. Sent. 1, 5, 1. Vid. CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 178 ss.

<sup>89</sup> Gai 4, 175: *et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, praeterquam quod - ? - adversus adsertorem tertiae partis est.*

nar el modo de exigencia de esta responsabilidad. Algunos sostienen que al vencimiento en el litigio principal sigue un nuevo juicio de calumnia<sup>90</sup>, mientras que otros sostienen que la cuestión quedaría ventilada en el litigio principal mediante la adición de una cláusula a la fórmula principal<sup>91</sup>. Parece más fundada la idea de que probablemente, acreditada la existencia de una *actio calumniae*, la conducta emulativa del demandante sea sancionada en un nuevo juicio, pero en la medida en que está conectado con el litigio principal, sería el mismo juez el que de él conocería, después de haber indicado el demandado, a modo de *praescriptio*, que, en caso de obtener la absolución, demandaría *calumniae causa*<sup>92</sup>. Así puede inducirse de Cons. 6, 13<sup>93</sup>, donde la referencia a una *repromissio* exigida por el demandado a un décimo es una interpolación que sustituye al derecho que tenía el demandado a ejercitar la *actio calumniae*.

Junto a esta acción también el Edicto contempla otra de naturaleza *in factum* dirigida a sancionar el comportamiento de aquel que ha recibido dinero para promover un negocio o dejar de hacerlo *calumniae causa*<sup>94</sup>. Como acción por el hecho que es hay que señalar que su condena es al cuádruplo, si se ejercita dentro del año y al simple, si se ejercita una vez transcurrido dicho año, con lo que desde este momento ya no resulta posible la concurrencia de la *actio calumniae* con la *condictio*<sup>95</sup>.

También en época clásica se contempla una sanción para el demandante vencido, pero ésta no fundada en su ánimo vejatorio para con el demandado, sino en el hecho mismo del vencimiento en determinadas acciones<sup>96</sup>, frente al *iudicium calumniae*, que puede darse en todo tipo de acciones en las que el demandante se haya conducido *calumniae causa*. El modo de planteamiento es similar al del *iudicium calumniae*, representando un modo de re-

<sup>90</sup> SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizi e difesa dei diritti*, Roma, 1936, 199, y LEMOSSE, *Recherches*, cit., 36.

<sup>91</sup> HITZIG, s.v. *Calumnia*, cit., 1420 s.

<sup>92</sup> MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 491; WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, en «ZSS», XXXIII, 1912, 117; LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 108; SERANGELI, C. 7, 16, 31, cit., 217, nt. 51; GARCÍA CAMIÑAS, *La lex Remmia*, cit., 57 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *La ética*, cit., 72, nt. 28; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 188.

<sup>93</sup> *Item leges, qua poena calumniatores plectendi sint. ex corpore Hermogeniani tit. de calumniatorib.: Impm. Diocletianus et Maximianus AA. Quintiano. Tibi magis quam adversario, qui per calumniam petit, contra quem supplicas, iudicio tutelae convenit excipere actionem, ad quam respondere debes: quippe si per calumniam hoc eum facere confidis, remedio repromissionis initio postulatæ calumniae decimæ partis eius quod petit tibi condemnari eum desiderare potes.*

<sup>94</sup> Ulp. 10 ad ed. D. 3, 6, 1 pr.: *in eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum simpli in factum actio competit.*

<sup>95</sup> Vid. *supra*, nt. 17.

<sup>96</sup> Gai. 4, 178: *...nam calumniae iudicio decimæ partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*

convención cuando tiene lugar la absolución del demandado, pero la no consideración de la conducta del vencido como criterio para su operatividad lo sitúa como un precedente de lo que constituirá el principio del vencimiento como criterio de imposición de las costas<sup>97</sup>, puesto que el demandado no ha de probar el propósito vejatorio del actor cuando puso en marcha el proceso, con lo que se ofrece como un mecanismo, ciertamente de aplicación más restringida, esto es, asociado a determinadas acciones, pero enormemente ventajoso por lo que a la carga de la prueba se refiere.

b) Los expedientes anteriores tan sólo permitían sancionar la conducta del demandante vencido en el litigio, sea por su propia temeridad o por el hecho mismo del vencimiento. Sin embargo, era frecuente que el Pretor impusiera a los litigantes la prestación del *iusiurandum calumniae*, promesa recíproca por la que el demandante juraba que no litigaba por causa de calumnia, mientras que el demandado juraba que no se oponía al demandante por idéntica razón. La novedad que presenta es que permite sancionar la conducta calumniosa del demandado en el hecho de defenderse a sabiendas que no tiene razón<sup>98</sup>. La sanción a que daba lugar, en cambio, parece ser exclusivamente religiosa, toda vez que la ausencia de un acuerdo decisorio sobre la base del juramento impediría la aplicación de las *actiones ex iure iurando*, por lo que la *calumnia* únicamente, en el plano civil, daría lugar a la imposición de la nota censoria<sup>99</sup>. En todo caso, lo incompleto de Gai 4, 171 sólo da pie a conjeturas y juicios apriorísticos sin apoyo textual bastante. No obstante, la diversidad de sanción choca, sin embargo, con la alternatividad con la que Gayo se refiere a ambos recursos. Cuando la conducta calumniosa corresponde al demandado, sólo el *iusiurandum calumniae* puede ofrecer satisfacción. En cambio, cuando es el demandante el que incurre en tal conducta calumniosa, el demandado se inclinaría por interponer un *iudicium calumniae* del que puede obtener satisfacción en el orden patrimonial sólo si está en condiciones de probar el dolo del demandante. De no estar seguro de probarlo, tendría que contentarse con el mecanismo menos ventajoso en el orden patrimonial del *iusiurandum calumniae*.

c) Finalmente, dentro del régimen clásico, también pueden imponerse al demandado ciertas penas con ocasión del vencimiento, siempre que, previamente, se hubieren prestado ciertas cauciones como la *sponsio et restipulatio* que acompañaba a ciertas acciones y que normalmente consistían en una cuota del litigio<sup>100</sup>. De este modo, en época clásica la vieja pena consignada

<sup>97</sup> Cfr. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1967, 191; LAURIA, 'Calumnia', cit., 270.

<sup>98</sup> Vid. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., 190 s.; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 195.

<sup>99</sup> Vid. NEGRO, *La cauzione*, cit., 80; SERANGELI, C. 7, 16, 31, cit., 209; GARCÍA CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 101; Régimen jurídico, cit., 458 ss.; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 195 ss.

<sup>100</sup> REIN, *Das Privatrecht und der Zivilprozeß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinian*<sup>2</sup> Leipzig, 1858, 913 s.; KELLER, *Der römische Zivilprozeß und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1883, 292 s. El testimonio se halla en Gai 4, 180: *restipulationis quoque poena ex certis*

en el erario público da paso al resarcimiento, por cuanto la misma se otorga al vencedor del litigio, como precedente de la condena en costas, aunque sólo recae sobre el demandante ímprobo, de modo que no hay condena para quien no actúa temerariamente y de haberla sigue conservando una cierta función penal por elevarse a una cuota del litigio y no extenderse al resarcimiento de los gastos llevados a cabo en la tramitación del litigio. Además, en el procedimiento formulario, la rigidez que presentan las acciones de derecho estricto sólo permiten contemplar una serie de gastos generados en virtud de una relación jurídica anterior al propio juicio, mientras que las costas se producen como consecuencia del mismo<sup>101</sup>.

d) En el procedimiento cognitorio, la burocratización de la administración de justicia lleva aparejada un notable incremento del coste del proceso, que deben asumir los litigantes, aunque el criterio que determina su imposición ha variado notablemente. Así, el primer testimonio lo constituye Ulp. 5 *off. proc.* D. 5, 1, 79 pr.<sup>102</sup> y el condenado es aquel que ha citado temerariamente a su adversario. El modo de citación, aun siendo la *in ius vocatio*, revela su adscripción al procedimiento cognitorio<sup>103</sup>, por lo que la referencia a la condena en costas habría sustituido a las penas impuestas con ocasión de la conducta temeraria. No se trataría todavía, por tanto, de costas procesales en sentido estricto, sino más bien del deber de resarcir a la parte demandada por la actuación temeraria de su adversario procesal. Por lo demás, el hecho de que la condena en costas sólo se dé contra el actor y, además, por razón de su temeridad, demuestra cómo viene a sustituir al viejo *iudicium calumniae*. Los cambios en esta sede sólo tendrán lugar bien entrado el período postclásico a través de las innovaciones legislativas de los emperadores, tendiendo a imponer idénticos criterios a los que tienen lugar en el derecho moderno.

e) Previamente a su reconocimiento legislativo, únicamente la conducta temeraria del demandado en el hecho de defenderse mediante el recurso a la apelación (*quotiens iniusta appellatio pronuntiatur*) era ya sancionada en el derecho postclásico<sup>104</sup>. Con carácter general, Valentiniano y Valente introducen — en CTh. 4, 18, 1 (369 d.C.) — lo que era, por consiguiente, el sistema tradicional de imposición al demandante temerario que ha perdido el litigio,

*causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non poterit.*

<sup>101</sup> Vid. CHIOVENDA, *La condena*, cit., 53 ss.; NEGRO, *La cauzione*, cit., 75.

<sup>102</sup> *Eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit.*

<sup>103</sup> WEISS, 'Recitatio' und 'responsum' im römischen Provinzialprozess, ein Beitrag zum Gerichtsgebrauch, en «ZSS», XXXIII, 1912, 238; WLASSAK, Zum römischen Provinzialprozess, Wien, 1919, 37, nt. 5; KÜBLER, s.v. *Strafgeder*, en «RE», IV A.1, Stuttgart, 1931, 161; WENGER, *Institutionen*, cit., 324, nt. 16; BOYÉ, *La 'denuntiatio'*, cit., 109, nt. 4; KASER-HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., 476.

<sup>104</sup> Paul. Sent. 5, 37, 1: *omnimodo ponendum est, ut, quotiens iniusta appellatio pronuntiatur, sumptus, quos dum sequeretur adversarius impendit, reddere cogatur, non simplis, sed quadruplos.* ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, 429 s.; LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (IV)*, en «RIDA», III° S., XV, 1968, 291.

aunque el juez no está todavía obligado a su imposición, de modo que su falta de pronunciamiento deja abierta la puerta a un nuevo procedimiento para su exigencia<sup>105</sup>. CTh. 4, 18, 2 (423 d.C. = C. 7, 51, 3) se refiere ya a la obligación del juez de pronunciarse sobre las costas del litigio principal, ya sea en el mismo proceso o en otro posterior, con lo que la falta de pronunciamiento sobre las costas no permitía, ahora ya, al vencedor reclamarlas del vencido, pero la causa de su imposición, esto es, la temeridad del vencido, sigue subsistiendo<sup>106</sup>.

La introducción del sistema objetivo cuenta como antecedente una constitución de León del año 472, en la que se reconoce el derecho a percibir las costas a los clérigos absueltos en un litigio. Es irrelevante la temeridad o calumnia del demandante, de modo que basta con el hecho objetivo del vencimiento, que viene a exteriorizar la injusticia de la pretensión<sup>107</sup>. En esta constitución se reitera el deber del vencido temerario de restituir las costas y gastos que el litigio haya producido a los clérigos ímprobamente demandados, aunque la dificultad radica en su razón de ser. Chiovenda critica aquellas interpretaciones que han pretendido explicar la introducción de un privilegio que no tiene nada de particular frente a la regla general. Por ello, se hace necesario distinguir los supuestos en los cuales la condena en costas queda o no subordinada a la *temeritas*<sup>108</sup>. Si está subordinada a tal conducta, aparentemente el fragmento nada aporta de nuevo y sólo podemos conjeturar que la reproducción de tal regla general puede deberse al hecho de su escasa aplicación práctica y al deseo de reiterar que también los clérigos tienen derecho a cobrar costas, a pesar de que la doctrina cristiana les enseña a perdonar y a renunciar a sus propios derechos en el caso de ser discutidos en juicio. En cambio, Chiovenda sostiene que esta constitución de León en favor de los clérigos trata de suprimir la *temeritas* como requisito para imponer la condena en costas. Ya no se exige ni la *temeritas*, ni la *calumnia* ni la *improba in-*

<sup>105</sup> ... *addimus etiam, ut impensas sumptusque litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent. ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes litres et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus iubemus enim, ut, si intentio petitoris improba iudicetur, praestet possessori sumptus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cesset sententia iudicantis.*

<sup>106</sup> *Terminato transactoque negotio post hac nulli actio neque ex rescripto super sumptuum repetitione praestetur, nisi cognitor (iudex) qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis iuridica pronuntiatione signaverit victori causae restitui debere expensas aut super his querellam iure competere, post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est licenti alteram consurgere ex litis primae materia.*

<sup>107</sup> C. 1, 3, 32, 8 (472 d.C.): *praeterea, ni cui temeritas sua lucrativa concedatur, et ut impudens calumniantium refreneretur audacia, iubemus, quotiens ii, qui sacerdotes, seu clericos, seu monachos, ceterosque superius designatos vel in tuae magnitudinis examine, vel in provinciali iudicio proposita actione convenierunt, si causa cognita convicti fuerint, sine iusta eos et legitima petitione pulsasse, omnes eis legitimas expensas sumptusque, quos ab exordio coeptae controversiae ipsorum vitio tolerasse eos constiterit, reddere cogantur, ut hac saltem censurae iustissimae formidine revocati, improbis assidue conflictationibus occupati acquiescant, iamque sopitis clamoribus iurgiorum, magistra deinceps necessitate, retinere se aduersant.*

<sup>108</sup> Vid. CHIOVENDA, *La condena*, cit., 88.

tentio, sino que basta con la *petitio non iusta et legitima*<sup>109</sup>, lo que marca ciertamente una nueva dirección de la institución hacia el criterio de su definitiva objetivación: el principio del vencimiento. De este modo desaparece el presupuesto tradicional para su imposición como es la conducta subjetiva temeraria o calumniosa, esto es, la conciencia de lo injusto (*temeritas*) y aparece un elemento objetivo, como es la propia injusticia de la pretensión, que se exterioriza a través del vencimiento<sup>110</sup>. Quizá tan radical reforma se introdujera exclusivamente para la clase privilegiada de los clérigos, pues podía ser excesivamente ambicioso extenderla a cualquier litigante como un estadio previo hacia su definitiva generalización en tiempos de Justiniano. Pero también, esta constitución tiene también por finalidad perseguir la *temeritas*. En efecto, en el propio texto aparece expresamente mencionada la temeridad (*temeritas sua lucrativa*) del demandante como elemento generador de la imposición de costas, pero se modifican los comportamientos que inducen a tal calificación. Basta ahora con el simple hecho objetivo de la injusticia o ilegitimidad de la pretensión para que al demandante le sean impuestas las costas, siendo calificado este solo comportamiento de temerario, con lo que vencimiento y temeridad acaban erróneamente confundándose a pesar del distinto origen objetivo y subjetivo que tienen respectivamente. Para quedar sujeto al pago de las costas, por consiguiente, no se requiere ya que con la interposición de la acción haya una finalidad vejatoria para el oponente, sino que es suficiente con que la pretensión no vaya acompañada de las notas de justicia y legitimidad.

Finalmente, una constitución de Zenón del 487 generaliza el principio del vencimiento absoluto como criterio de imposición de costas. El vencido, simplemente por el hecho de serlo, queda obligado a su pago. La *temeritas* sigue siendo relevante, puesto que va a suponer un agravamiento de la condena, incremento que irá al Fisco, a no ser que el juez lo atribuya parcialmente al vencedor del litigio con finalidad indemnizatoria. También se prevé para el juez sanción en el caso de que haya olvidado disponer sobre las costas, esto es, la asunción de las mismas. Y cabe también la exoneración en caso de allanamiento del demandado, desistimiento del demandante o simplemente cuando el juez entiende que la causa es objetivamente dudosa<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Vid. CHIOVENDA, *La condena*, cit., 89.

<sup>110</sup> CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 198 s.

<sup>111</sup> C. 7, 51, 5: 'Ἡ διάταξις κελεύει, ὥστε πάντα δικαστὴν ἐν τῇ ἀποφάσει αὐτοῦ κελεῖν τὸν ἠττηθέντα διδόναι τὰ δαπανήματα πάντα τὰ ἐν τῷ δικαστηρίῳ γενόμενα· ἔχοντος ἐξουσίαν αὐτοῦ τοῦ δικαστοῦ καὶ ὑπερβαίνειν τὴν δαπάνην ἕως τῆς δεκάτης μοίρας τῶν δαπανηθέντων, ἐὰν αὐτὸν ἢ ἀνασχυντία τοῦ ἠττηθέντος μέρος πρὸς τοῦτο παρακινήσῃ, ὥστε τὸ ὑπὲρ τὰ δαπανήματα τῷ δημοσίῳ λόγῳ διαφέρειν, εἰ μὴ τὶ ὅρα ὁ δικαστὴς τὴν τριβὴν τοῦ νενικηκότος μέρος βοθηθεὶς θεωρησῶσα μέρος τι ποτε ἐκ τούτων αὐτῷ ἀφορῶσι («constitutio sancit, ut omnis iudex in sententia sua iubeat victum praestare omnes expensas in iudicio erogatas; concessa ipsi iudici potestate et excedendi summam expensarum ad decimam usque partem eorum, quae impensa sunt, si eum victi impudentia ad hoc permoverit, ita ut id, quod expensas excedit, ad publicas rationes pertineat, nisi forte iudex, morae detrimentum parti victrici sarcire volens, partem aliquam eorum ei addicat»).

f) Efectivamente, Nov. 82, 10 (539 d.C.) introduce sólo algunas novedades procedimentales<sup>112</sup>. En efecto, las palabras empleadas en la Novela justiniana no dejan duda sobre la importancia de la precedente constitución de Zenón (*maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum*), introduciendo tan sólo algunas limitaciones para el juez, quien no podrá condenar al vencido en menor cantidad de la que haya jurado el vencedor como estimación de las propias costas por él soportadas en la prosecución del litigio. Finalmente, como ya hemos puesto de manifiesto en relación con la constitución de Zenón, cuyo régimen queda vigente en cuanto viene consignado en esta Novela de Justiniano, cabe excepcionalmente la exoneración de costas en los mismos casos de los que ya nos informaba la constitución de Zenón, esto es, en caso de allanamiento del demandado o desistimiento del demandante así como en aquellos litigios donde las partes contienden convencidas de su mejor derecho por tratarse de una cuestión dudosa la sometida a la consideración de un juez. Este desistimiento, a juicio de Chiovena, es diverso del contenido en Ulp. 10 *ad ed. D. 5, 1, 10*<sup>113</sup>, fragmento que se ocupa del desistimiento en unpleito temerariamente iniciado y en el que no cabe exoneración de costas para quien desiste, puesto que el *calumniator*, desistiendo, no demuestra su buena fe, sino únicamente arrepentimiento en su mala fe inicial. En cambio, en la constitución de Zenón se trata de favorecer la buena fe del demandado o del actor exteriorizada mediante su allanamiento o el abandono de la acción<sup>114</sup>.

En todo caso, considera Chiovena que en esta omisión de condena en los casos expuestos puede reconocerse, en realidad, una forma de compensación. Además, la condena en las costas al propio juez sólo debe aplicarse cuando la omisión de éste haya sido negligente, pero no en los casos en que haya sido intencionada, pues de algún modo, cuando voluntariamente omite el pronunciarse sobre las costas, está actuando con ese deseo compensador. En efecto,

<sup>112</sup> Τὸ δὲ χρῆναι καὶ τὸν δαπανημάτων λόγον τοὺς δικαστὰς πάντως καταξέταξεν (ἐπειδὴ τοῦτο καλῶς καὶ ἡ Ζήνωνος τοῦ τῆς εὐσεβοῦς ἐπέταξε ψήφος, ἔμεις τε οὐκ ἀπηξιώσομεν μέρος καὶ αὐτὸ τῶν ἡμετέρων ποιῆσαι διοικητικῶν) μενέτω καὶ νῦν ἐπὶ ταύτῳ σχήματος φυλακτόμενον· ἐκείνου μόνου προσπειθεμένου τοῦ, εἴτε ὄρκον ἐπαγάγοι περὶ τῶν δαπανημάτων ὁ δικαστὴς τῷ νενικηκότῃ, δηλαδὴ μετὰ τῆς φαινομένης αὐτῷ ὀρθῶς ἔχειν ποσότητος, ἦν δὴ ταξάτονα καλοῦσιν οἱ νόμοι, εἴτα ἐκείνος ἐπομόσατο, μὴ ἔχειν ἰδέσθαι τὸν δικαστὴν ἐλάττονα τῶν ὁμοιομένων καταδικάζειν, μηδὲ φάνεσθαι φιλονηρότερον τοῦ νόμου τοῦ ταῦτα διατάκτοντος. εἰ μέντοι συνίδει μὴ δεῖν μῆδερον τῶν μερῶν τῶν δαπανημάτων ὑποθεῖναι λόγῳ διὰ τὸ τῆς ὑποθέσεως ἴσως ποικίλον, αὐτὸ τοῦτο διορίζεται ψήφῳ ... (Auth: oportet autem expensarum rationem iudices omnino examinare, et quia hoc bene Zenonis pia memoriae decrevit sententia et nos non designati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum. maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum, illo solo adiecto, si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori, scilicet cum quantitate, quae visa erit ei recte se habere, quam taxationem vocant leges, deinde ille iuraverit, non habere licentiam iudicem in minus, quam iuratum est, condemnare, neque videri clementiorem lege, quae haec disponit, si tamen perspexerit neutrum sumtuum subdere rationi, et propter negotii forte varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia ...).

<sup>113</sup> Destitisse is videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur.

<sup>114</sup> CHIOVENDA, *La condena*, cit., 96 ss.

excepcionalmente se permite al juez que exima de costas al vencido en un litigio dudoso, precisamente por entender que en los litigantes se da ausencia de *calumniā* en el hecho de actuar procesalmente. Por ello, como el problema radicaría en saber si la no imposición de costas por parte del juez ha sido o no intencionada a los efectos de aplicarle lo que la propia constitución de Zenón establecía, las novedades que introduce Justiniano en Nov. 82, 10 se centran precisamente en imponer expresamente al juez la obligación de compensar las costas en la propia sentencia<sup>115</sup>.

No queremos terminar sin referirnos a un pasaje trascendental, I. 4, 16, 1<sup>116</sup>, que en el marco de la obra en el que se encuentra, viene a condensar la preocupación justiniana por la intensa litigiosidad del momento, retomando, sin embargo, algunos de los instrumentos clásicos para la represión de la *temeritas*. Las referencias al *iudicium calumniae* no indican su vigencia en este período, sino un recuerdo de lo que fue el régimen clásico<sup>117</sup>, dada la finalidad divulgativa que ofrece la Instituta, mientras que el *iusiurandum* adquiere en este período una nueva dimensión como presupuesto para litigar, siendo, por tanto, una condición esencial del contradictorio sustancial que tendrá lugar entre las partes y sin cuya prestación no resulta posible la admisión de las partes al pleito<sup>118</sup>. De este modo, como señala Provera, queda creado un nuevo régimen normativo que vincula moral y religiosamente a los litigantes entre sí, cuya principal característica es que la causa no siga adelante sin el juramento del actor, mientras que, respecto al demandado, su falta de prestación queda asimilada a la confesión en juicio<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Vid. CHIOVENDA, *La condēna*, cit., 97 s.

<sup>116</sup> ... *haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnus et impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

<sup>117</sup> Vid. CHIOVENDA, *La condēna*, cit., 108 s.; de la misma idea, BONINI, *Il titolo*, cit., 36.

<sup>118</sup> MAYNZ, *Cours de droit romain*, I<sup>4</sup>, Bruxelles, 1876, 616 s.; KRÜGER, *Das summatim cognoscere' und das klassische Recht*, en «ZSS», XLV, 1925, 45; WENGER, *Institutionen*, cit., 322; CHARVET, *Les serments*, cit., 131 ss.; LEMOSSE, *Recherches*, cit., 48; BONINI, *Il titolo*, cit., 30 s.

<sup>119</sup> PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, 45. También, BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, III, Bonn, 1866, 255; CHARVET, *Les serments*, cit., 136; ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 252, nt. 60.