

AEMULATIO . ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

JAVIER HUMBERTO FACCO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de los actos de emulación ha recibido escasa atención en el derecho argentino, y considerando el hecho que la misma no fue codificada puede quizá entenderse la actitud de desinterés de parte de nuestra doctrina. Sin embargo, es evidente que Vélez Sársfield no podía desconocer la encendida polémica desatada en torno a su reconocimiento desde los primordios del derecho común.

Esto resulta confirmado por la fuente expresamente mencionada en la nota al art. 1071 del código civil, en la que se evoca el conocido aforismo *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* [no se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho], correspondiente a un texto del jurista Gayo reportado en D. 50,17,55, y que en esencia –aunque con diversidad de matices– está contenido en otras partes de los *Digesta* de Justiniano¹. El postulado resulta categórico y ha permitido apuntalar la solución normativa

¹ Así v.gr. otra fórmula semejante prescribe: *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* [A nadie lesiona, ni ocasiona daño alguno, quien usa de su propio derecho]. Cfr., entre otros, D. 50,17,151 y 155 (Paulo); D. 19,1,42 (Paulo); D. 43,29,3,2 (Ulpiano), que en lo pertinente reproducimos en nt. 12 de este trabajo. Por lo demás, nuestro codificador en la nota al art. 1071 refiere también al código de Prusia del año 1794 (A.L.R.), cuya matriz romanista asimismo resulta innegable. Cabe destacar que en este cuerpo legal –como se verá *infra* en nt. 35– se consigna la excepción a dicha regla consagrando la prohibición de los actos emulativos.

seguida por Vélez Sársfield en el sentido de evitar cualquier limitación que pudiera afectar el libre ejercicio de los derechos, y en particular del derecho de propiedad, cuya amplitud e incolumidad debía ser garantizada².

Luego de la profunda reforma de nuestro código civil llevada a cabo por la ley 17.711 del año 1968, y a pesar del rotundo vuelco ideológico operado en el sistema del derecho privado argentino, tampoco se advirtió una preocupación doctrinaria por el estudio de la problemática. Nuevamente la explicación puede encontrarse en la circunstancia que los actos emulativos no fueron objeto de expresa regulación legal, y que en su lugar se consagró normativamente el principio del abuso del derecho en el ya citado art. 1071, en correlación con los arts. 2513 y 2514 en tanto prescriben un ejercicio ‘regular’ del derecho real de dominio³.

En este trabajo, procuramos trazar un cuadro simplificado de la evolución que ha experimentado la teoría de los actos de emulación desde sus rudimentos romanistas, transitando por las contribuciones recibidas durante la etapa intermedia, hasta llegar finalmente a su inclusión en algunos códigos modernos, especialmente por virtud del influjo del pandectismo alemán. Previamente, serán de utilidad algunas precisiones conceptuales sobre los actos de emulación conforme al diseño de la teoría

² En este sentido la nota al art. 2513 del código civil es elocuente, expresando en la misma Vélez Sársfield que «[...] toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas, pues si el gobierno se constituye en juez del abuso no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida».

³ No obstante, puede sostenerse que de alguna manera el acto abusivo representa el género más amplio que absorbe en su seno la especie de los actos emulativos. Algunos autores opinan que el origen de la moderna doctrina del abuso del derecho se remonta a la teoría elaborada en época medieval sobre la prohibición de los actos de emulación (así, v.gr., estos son considerados sus “hondas y extensas raíces” por P. LEÓN, *Abuso del derecho*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1954, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I, p. 128). Empero, el moderno concepto de abuso de derecho se diferencia de los actos de emulación por dos motivos fundamentales. En primer lugar, es más amplio ya que se puede verificar en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, mientras que la prohibición de actos emulativos representa una hipótesis especial referida sólo al ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real de goce (A. GAMBARO, *Emulazione*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Turín, 1991, UTET, vol. VII, p. 440; A. TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957, UTET, vol. VI, p. 521). Además, el acto abusivo difiere del emulativo por no estar vinculado necesariamente a una intención malévola o *animus* de causar un daño, admitiendo –en cambio– una configuración objetiva (acto antifuncional).

propuesto por la dogmática moderna.

2. Noción, elementos y efectos de los actos de emulación

Los actos de emulación o emulativos son aquellos que normalmente estarían comprendidos en el ejercicio del derecho de quien actúa, pero que son efectuados por el agente sin utilidad propia (o con mínima utilidad) y causando intencionalmente un daño a otro⁴.

En otras palabras, se entiende que hay acto de emulación cuando alguien ejerce el propio derecho de manera tal que causa un daño a otro, sin ventaja personal, y con el ánimo de causar ese daño. De esta noción resultan los siguientes requisitos o elementos del acto emulativo: a) un comportamiento activo mediante el cual se ejerza un derecho propio [*rectius*: de dominio, o bien algunas de las prerogativas que el mismo comprende], ya que de otra manera se trataría de un acto ilícito (*iniuria*) con la consiguiente lesión de un derecho ajeno; b) que con ese ejercicio se cause efectivamente un daño a otro; c) que tal daño se produzca *animus nocendi*, es decir, con el propósito o la intención de perjudicar; d) ausencia de ventaja en el ejercicio para el titular del derecho⁵.

En cuanto a los efectos del acto emulativo, la tutela jurídica se concreta primordialmente en el aspecto resarcitorio, que se integrará también con el inhibitorio según el caso. Así es que el propietario puede ser condenado al resarcimiento de los daños causados, o bien –en la medida que sea posible–

⁴ P. LEÓN, *Abuso del derecho*, cit. p. 129; P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto romano*, Milán, 1921, Villardi, p. 310. En su acepción común, el verbo ‘emular’ proviene del latín *aemulare* y significa «imitar las acciones de otro procurando igualarlas e incluso excederlas», mientras que ‘émulo’ (del latín *aemulus*) es el «competidor de una persona o cosa, que procura excederla o aventajarla» (*Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, Real Academia Española, Espasa).

⁵ J. M. CARAMES FERRO, *Instituciones de Derecho Privado Romano, I, Parte General*, Buenos Aires, 1975, Perrot, p. 261; M. DOSSETTI, *Atti emulativi*, en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da G. TRECCANI, vol. III, p. 2 ss.; A. GAMBARO, *Emulazione*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Turín, 1991, UTET, vol. VII, p. 439 ss.

a la reintegración en forma específica. Además, en la hipótesis de conductas aún en curso de ejecución, un sector doctrinario opina que correspondería ordenar el cese de la actividad ilegítima y eventualmente procedería requerir garantías cautelares a tal efecto con fines preventivos⁶.

3. La cuestión en torno a los orígenes romanistas de la teoría

En primer lugar cabe aclarar que el término en latín *aemulatio* [emulación] entre los romanos no tenía el actual significado técnico jurídico, sino aproximadamente el de ‘competición’ o ‘concurso’ (equivalente al vocablo italiano *gara*)⁷. Por ello, se ha sostenido que es inexacto afirmar que el origen de la teoría de los actos de emulación –tal como modernamente ha llegado a nosotros– se remonte al derecho romano, si bien éste ya mostraba algunos atisbos que han servido de antecedentes para su posterior formulación en época medieval.

La confusión obedece a una errónea interpretación de un texto perteneciente al jurista Macro contenido en D. 50,10,3 pr.⁸, que precisamente usaba dicha palabra. En este pasaje se dice que es lícito a un particular hacer un *opus novum* [obra nueva] (con referencia a obras públicas o de importancia pública), inclusive sin la *auctoritas* [autorización] del príncipe, con la excepción de que tal *opus novum* «...ad aemulationem alterius civitatis...» [emuláse otra ciudad]. De este período del fragmento es

⁶ M. DOSSETTI, *Atti emulativi*, cit., p. 5.

⁷ Este significado no era desconocido en el latín clásico. Así, por ejemplo, Cicerón en su obra *Tusculanae* (IV,8,17) apunta que el término puede utilizarse tanto en sentido bueno (=imitación de virtudes) como en sentido malo (=competencia envidiosa, celosía), pero siempre correspondiente a ‘emulación’ en la acepción corriente del vocablo, que se compadecía con el uso que del mismo hacían los romanos (S. RICCOBONO, *Emulazione (diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957, UTET, vol. VI, p. 520).

⁸ D. 50,10,3 pr. MACER libro II, de officio Praesidis. *Opus novum privato etiam sine Principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat, vel circum theatrum vel amphitheatrum sit* [MACER, *Del Cargo de Presidente, libro II*. A un particular le es lícito hacer una obra nueva aun sin la autoridad del Príncipe, salvo si tuviera por objeto la emulación de otra ciudad, o diera motivo para una sedición, o fuera alrededor de un teatro o de un anfiteatro]. El pasaje se encuentra bajo la rúbrica del Tít. X, Lib. 50 del Digesto: *De operibus publicis* [De las obras públicas].

posible advertir que se trataba de una norma administrativa dirigida a evitar –además de turbaciones de orden público– rivalidades entre ciudades, en plena concordancia con el significado común del término *aemulatio*⁹.

En efecto, las fuentes romanas no ofrecían una formulación teórica general de los actos de emulación, no obstante lo cual es posible constatar algunos rastros de la prohibición de obrar *ad aemulationem* presentes en la compilación justiniana (especialmente en materia de conflictos entre vecinos acerca de la contención de las aguas y de su utilización), sin que esto implique reconocer propiamente su origen en el derecho romano. Se puede afirmar, en consecuencia, que tanto la denominación como la plena enunciación de la teoría de los actos de emulación han sido de elaboración sucesiva, es decir un producto de la doctrina intermedia, pero siempre inspirada en algunas fuentes romanas que ya habían esbozado la veda¹⁰.

4. La prohibición de obrar *ad aemulationem* en el Digesto de Justiniano

Así es que, maguer la máxima fundamental que encontramos en las

⁹ G. GROSSO, *Atti emulativi (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1972, Giuffrè, vol. III, p. 27 s. A este respecto se ha señalado que el fragmento en cuestión, si bien concierne a una *fattispecie* diversa, ha permitido inspirar la denominación de la categoría de los actos emulativos (G. ASTUTI, *Atti emulativi (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1972, Giuffrè, vol. III, p. 31).

¹⁰ Así, por citar los textos más notables, se han indicado en orden cronológico los siguientes: Celso D. 6,1,38 (... *neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris picturasque corrudere velis nihil laturus nisi ut officias* [... y no se ha de condescender a los actos de mala fe, por ejemplo, si quisieras arrancar el estuco que hubieres puesto, y las pinturas, sin que hayas de conseguir nada más que hacer daño]); J. 1,8,2 (*Expedit enim reipublicae, ne quis re sua male utatur* [Pues conviene a la república que nadie use mal de sus bienes], cfr. Gai. 1,53 ... *male enim nostro iure uti non debemus* [... porque no debemos usar mal de nuestro derecho]); Ulpiano D. 39,3,1,12 (... *et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* [... y verdaderamente no debe tenerla éste, si aquel no lo hizo con ánimo de perjudicar al vecino, sino para mejorar su propio campo]); Paulo D. 39,3,2,5 (... *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* [... que, hecho, me puede ser ciertamente provechoso, y a él en nada le ha de perjudicar; y esto es lo que sugiere la equidad, aunque carezcamos de derecho positivo]); Paulo D. 39,3,2,9 (... *quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat* [... cuya opinión es más verdadera, si esto no lo hizo con intención de perjudicarte, sino para no perjudicarse él]). Para todo cfr. S. RICCOBONO, *Emulazione*, cit., p. 520.

fuentes romanas, especialmente en D. 50,17,55¹¹ según la cual *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* [no se considera que comete dolo quien usa de su propio derecho]¹², se ha venido sosteniendo por algunos estudiosos del derecho romano –en particular a partir de las construcciones del pandectismo alemán– que hubo en éste normas de carácter general que limitaron bajo ciertos aspectos el ejercicio de los derechos subjetivos, encerrándolos dentro de determinados confines en consideración a principios o finalidades ético-sociales.

Ahora bien, de los precedentes que embrionariamente pueden contener referencias al obrar *ad aemulationem* (vide nt. 10), particularmente son dos los textos del Digesto que interesa analizar, correspondientes uno de ellos a Ulpiano (D. 39,3,1,11-12) y otro a Paulo (D. 39,3,2,5).

El primero atañe a los límites de aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae* que tendía a *arcere aquam* (= contener el agua de las lluvias), y se subraya que ninguna acción pesa sobre quien actuando “en lo suyo” retuviese el agua o la hiciere derivar del fundo vecino, o interrumpiere o desviare las arterias de las fuentes de este último. En el primer párrafo del texto (§ 11) está el fundamento: «[...] porque no se prohíbe que cada cual se aproveche mientras no se perjudique a otro», mientras que en el siguiente (§ 12) se precisa que no tiene la acción el vecino si no hubo “ánimo de perjudicar”¹³.

En D. 39,3,2,5 el jurista Paulo, después de tratar sobre la aplicación o no

¹¹ Este texto, que ya hemos aludido *supra*, fue tomado de una obra de Gayo (*Comentarios al Edicto urbano. Sobre los testamentos, libro II*), y recogido en el Título XVII Libro 50 del Digesto que trata *De diversis regulis iuris antiqui* [De las diversas reglas del derecho antiguo], y es expresamente citado por Vélez Sársfield como fuente del art. 1071 del Código civil argentino en su versión originaria.

¹² Otros fragmentos que consagran genéricamente el principio pertenecen a Paulo D. 50,17,151 (*Nemo damnum facit, nisi quid it fecit, quod facere ius non habet* [No hace daño a nadie, sino el que hizo lo que no tiene derecho de hacer]); D. 50,17,155,1 (*Non videtur vim facere, qui iure suo utitur, et ordinaria actione experitur* [No se considera que hace violencia el que usa de su derecho, y ejercita la acción ordinaria]); D. 19,1,42 (... *an non facit dolo qui iure perpetuo utitur?* [... ¿acaso no obra con dolo el que usa de un derecho perpetuo?]; y a Ulpiano D. 43,29,3,2 (... *quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur* [... porque no se considera que lo tiene con dolo malo el que usa de su derecho]). Cfr. S. RICCOBONO, *Emulazione*, cit., p. 520.

¹³ G. GROSSO, *Atti emulativi*, cit., p. 27 s.

de la *actio aquae pluviae arcendae* para la reconstrucción de un dique destruido por la fuerza de las aguas, y de haber recordado al respecto las opiniones divergentes de Alfeno Varo y Labeón, concluye que aunque no se aplique dicha *actio aquae pluviae arcendae*, debería proceder una *utilis actio* o un interdicto para poder reestablecer en el fundo del vecino la represa, ya que «[...] puede ser ciertamente provechoso y a él en nada le ha de perjudicar», agregando que esto es lo que «[...] sugiere la equidad aunque carezcamos de derecho positivo»¹⁴.

5. Explicación propuesta para superar la antinomia

Para dirimir la tensión que surge del contraste entre los textos analizados y el principio *supra* mencionado (*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*) –todos contenidos en el mismo cuerpo de derecho (*Corpus Iuris Civilis*)– se ha ensayado una argumentación histórica¹⁵. Así es que la serie de textos que no admiten limitación alguna a la libertad del propietario en el uso y ejercicio de su derecho corresponderían al sistema del *ius civile*, es decir al derecho quirritario, en el cual el titular del dominio gozaba de un poder absoluto sobre las cosas y por tanto podía usarlas a su antojo. En cambio, el otro grupo de fragmentos en los cuales se pone una cortapisa al ejercicio del derecho de propiedad, representaría el resultado de una

¹⁴ G. GROSSO, *Atti emulativi*, cit., p. 28.

¹⁵ Otro sector de la doctrina –en cambio– se inclina por negar que en el derecho romano haya habido precedentes de los actos de emulación. Scialoja, que fue el crítico más agudo de la doctrina en examen, afirmó que la prohibición, si bien venía aplicada en materia de aguas, tenía su razón de ser no en la voluntad o intención maligna del propietario, sino más bien en la falta de utilidad de quien ejercita el derecho. Por otra parte, esta reglamentación exclusivamente prevista en materia de aguas, no admite extensión a otras especies de propiedad. Cfr. para todo V. SCIAOLOJA, *Aemulatio*, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Milán, 1892 (= en *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 216 ss.). En igual sentido se pronuncia S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, Roma, 1928, Athenæum, t. I, p. 633. Sobre el punto cfr. además J. M. CARAMES FERRO, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., p. 270, quien señala que Scialoja funda su crítica a la teoría en el hecho que la misma supone investigar la intención del agente, es decir nos enfrenta a un factor eminentemente subjetivo, y, como tal, difícil cuando no imposible de acreditar en juicio de una manera directa, resultando por ende necesario recurrir a presunciones o indicios sobre la existencia del *animus aemulandi*.

evolución que se habría verificado gradualmente (a partir del siglo II d.C. durante el periodo del Imperio) en base a consideraciones ético-sociales y humanitarias, conforme a las cuales deviene ilícito el ejercicio del derecho llevado a cabo por el propietario con el ánimo de dañar a los otros y sin utilidad alguna¹⁶.

En particular, se ha puesto de relieve que la teoría fue por primera vez enunciada por Celso (hijo) en D. 6,1,38, donde a propósito del *ius tollendi* se lee la célebre frase *malitiis non est indulgendum...nihil laturus nisi ut officias* [no se ha de condescender a los actos de mala fe [...] sin que hayas de conseguir nada más que hacer daño]. El *ius tollendi* era un derecho que se concedía al poseedor para retirar del fundo reivindicado por el propietario aquellas mejoras que podían separarse de la cosa principal sin ocasionarle un deterioro grave ni afectarla en su sustancia¹⁷.

Sin embargo –se apunta también– que entre los juristas de aquel tiempo la interpretación del texto no era pacífica y así los Sabinianos se resistieron tenazmente a dicha teoría y, luego por la autoridad de Salvio Juliano, la oposición se extendió a toda la jurisprudencia clásica. El instituto del *ius tollendi* y la prohibición de los actos emulativos surgieron al mismo tiempo en la doctrina de la escuela de los Proculeyanos que admitieron su procedencia, mientras que –como hemos dicho– los Sabinianos negaron la admisibilidad de ambos, manteniendo de este modo firme la tradición del *ius civile*, respecto tanto a la inseparabilidad de materiales y cosas unidas a los edificios, como a la plena libertad del propietario en el ejercicio de su derecho¹⁸.

En el derecho posclásico la suerte de la doctrina de los Proculeyanos tuvo mejor fortuna. Se ha comprobado que desde la época del emperador Constantino, la ética cristiana y las doctrinas de la Iglesia desplegaron una fuerte influencia en la formación del nuevo derecho que luego será

¹⁶ S. RICCOBONO, *Emulazione*, cit., p. 521.

¹⁷ En el fragmento (D. 6,1,38) Celso califica como acto de mala fe en el ejercicio del *ius tollendi* «[...] por ejemplo, si quisieras arrancar el estuco que hubieres puesto y las pinturas, sin que hayas de conseguir nada más que hacer daño».

¹⁸ S. RICCOBONO, *Emulazione*, cit., p. 521.

codificado por Justiniano en el siglo VI d.C. Esta influencia es peculiarmente evidente en la materia *subexamine*, en la cual se encuentran proclamados principios que derivan sin lugar a dudas de dicha ética y que posteriormente fueron acogidos en la compilación justinianeas¹⁹.

6. La construcción medieval de la teoría de los actos de emulación

Así es que la elaboración teórica y la afirmación práctica de la prohibición de los actos emulativos constituyen el resultado de un secular desarrollo histórico, que se verificó durante el Medioevo por obra de la doctrina jurídica sobre la base de las enunciaciones contenidas en las fuentes del derecho romano-justiniano, y bajo la determinante influencia de los principios éticos-religiosos del Cristianismo²⁰.

En efecto, la teoría de los actos de emulación ha sido construida a partir de fuentes jurídicas romanistas –algunas de las cuales hemos referido *supra*– en las que el intérprete medieval pretende ver reflejadas sus propias concepciones, imprimiéndoles un nuevo sentido, diverso de aquel que originariamente habían tenido dichas fuentes²¹.

¹⁹ S. RICCOBONO, *Emulazione*, cit., p. 521. Más allá de todo, no se puede recabar –ni siquiera en el derecho justiniano– una teoría general sobre la prohibición de los actos emulativos en el derecho romano, pero esto no es óbice para reconocer que el rudimento de una representación de los mismos estuviera insinuado por los justinianos (G. GROSSO, *Atti emulativi*, cit., p. 28 s.; en contra A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 2003, UTET, p. 335, quien sin aportar fundamentación válida alguna afirma que el principio que prohíbe los actos *ad aemulationem* aparece acogido en el derecho justiniano).

²⁰ La influencia de los principios cristianos deba ser apreciada en su justa medida y no sobrevalorada. Esta influencia, manifiesta ya en los desarrollos de la jurisprudencia y de la legislación posclásica, y en particular en la codificación justiniana del siglo VI, continuó seguramente a operar también en el curso del Medioevo, con creciente eficacia y determinó sin dudas la acentuación del elemento subjetivo del *animus nocendi*, como presupuesto de la ilicitud jurídica de los actos emulativos. Cfr. P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii. Proprietà e servitù*, II, Turín, 1926, UTET, p. 780.

²¹ M. C. JIMENEZ SALCEDO, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*, Córdoba, 1999, p. 129 ss., citado por M. V. SANSÓN RODRIGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del Derecho privado romano*, en AA.VV., bajo el cuidado de L. GAROFALO, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di*

A propósito de esta teoría, es necesario ante todo relevar el carácter a menudo impreciso y genérico de las construcciones de la jurisprudencia medieval, en las cuales resulta en vano pretender un rigor dogmático comparable al de la ciencia jurídica moderna. La noción misma de los actos emulativos no es siempre individualizada con claridad, al contrario aparecen frecuentes los equívocos terminológicos y conceptuales, y las confusiones entre principios y problemas diversos, hoy –en cambio– netamente diferenciados²². Así, en particular, en las fórmulas teóricas de los intérpretes la prohibición de los actos emulativos se extiende, fuera del preciso significado técnico actual, hasta comprender en general cada comportamiento, inclusive negativo, que tenga por único móvil la *aemulatio*²³.

En realidad, las fuentes jurídicas del alto Medioevo no ofrecen nada más que vagos y esporádicos indicios, en tanto que la formulación de la prohibición de los actos emulativos y la idea misma de la *aemulatio* –como móvil de tales actos– pertenecen a una edad posterior, y precisamente a aquella que tiene inicio en el siglo XII, con el renacimiento de los estudios romanistas y el florecimiento de una nueva jurisprudencia teórica, conforme veremos en el párrafo siguiente.

Los intérpretes medievales se fundaron principalmente en las afirmaciones contenidas en los ya citados textos de Paulo y de Ulpiano, relativos a los límites de aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae*, donde con pleno paralelismo de fórmulas se ponía de relieve tanto el límite objetivo del daño al otro sin ventaja o con mínima ventaja propia, como el elemento subjetivo de la intención de dañar a los otros. Fueron además utilizados el pasaje de Macro relativo a la prohibición de construir edificios públicos *ad aemulationem alterius civitatis* (D. 50,10,3 pr.) que –también como hemos señalado– aun cuando concernía a una *fattispecie* distinta

studi in onore di Alberto Burdese), Milán, 2003, CEDAM, vol. III, p. 341.

²² La confusión se evidencia fundamentalmente en aquellos conceptos que conciernen a la teoría de los actos emulativos, a la doctrina del abuso del derecho y a los límites de la propiedad privada, cuyos contornos modernamente aparecen claramente definidos y diferenciados entre sí.

²³ G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 29.

inspiró la denominación de la categoría de los actos emulativos, y otros textos que contenían enunciaciones de carácter general contra el ejercicio abusivo de los derechos (así v.gr. J. 1,8,2²⁴; Celso D. 6,1,38²⁵).

7. El pensamiento de los glosadores, comentaristas y humanistas

Los glosadores²⁶ notaron el abierto contraste entre estos textos, en los cuales se limitaba el ejercicio del derecho siempre que se ocasionare un daño a los otros sin utilidad para el agente y fuese cumplido con la intención de dañar, y otros textos de los que –en cambio– resultaba el principio de que quien ejerce el derecho propio no puede considerarse que comete violencia o dolo, de modo que el propietario podía hacer en su fundo cualquier obra, inclusive si de la misma pudiere derivar al vecino un daño material, en tanto no invadiera la esfera del derecho ajeno (*quatenus nihil in alieno faciat, o in alienum immittat*).

Las incertidumbres de estos primeros intérpretes –recordando la advertencia de Justiniano que en su obra no existían antinomias²⁷– se manifiestan en el pensamiento de Azón y de Pillio que recurren al habitual medio de las distinciones, absteniéndose de enunciaciones de principio sobre la ilicitud de los actos emulativos; y se reflejan inclusive en la Glosa de Acursio, en la cual no puede encontrarse una verdadera y propio teoría, y ni siquiera la calificación general de estos actos con referencia al requisito subjetivo de la *aemulatio*²⁸.

²⁴ Este texto de Justiniano se basa en las Institutas de Gayo (Gai. I,53: «[...] *Male enim nostro iure uti non debemus* [...] no debemos usar mal de nuestro derecho]»).

²⁵ Vide en este trabajo § 5, nt. 17.

²⁶ Sobre la denominada escuela de Boloña, en general, puede consultarse V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoles, 1979, Liguori, p. 37 ss.

²⁷ La prevención surge del § 8 de la Constitución *Deo auctore* (del año 530) a través de la cual Justiniano encargó a Triboniano la realización del Digesto (*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, bajo el cuidado de S. SCHIPANI con la colaboración de L. LANTELLA, Milán, 2005, Giuffrè, vol. I, p. 26).

²⁸ No puede, de todos modos, desconocerse el mérito de la Glosa de elevar a regla general aquella que en las fuentes justinianeas era solo la motivación de soluciones excepcionales (G.

Entre los comentadores también se aprecian perplejidades. Un impulso al desarrollo posterior de esta teoría se debe a la autoridad de Jacques de Revigny y Pietro de Belleperche (ultramontanos de la Escuela de Orleans²⁹), a quienes se remontan Cino de Pistoia y Baldo de los Ubaldi en la formulación de la prohibición de construir *in suo* edificios más altos que los vecinos, o bien de abrir inútiles ventanas *ad aemulationem* (“para vulnerar con mirada indiscreta la intimidad ajena, se trate de una mujer joven o de una comunidad monástica”). En sentido contrario, Alberico de Rosate afirmaba la plena libertad de construir edificios y obras sobre el propio fundo, advirtiéndole que el ya citado fragmento de Macro (D. 50,10,3 pr.) se refería solamente a la hipótesis de construcciones hechas por particulares *in publico, non in suo*. Tampoco Bartolo de Sassoferrato ponía límite alguno a las construcciones *in suo*, y solo con relación al régimen de las aguas –en perfecta adherencia a los textos romanos– declaraba que *quilibet potest facere in suo quod vult, dummodo faciat non animo nocendi alteri* [cualquiera puede hacer en su fundo aquello que desee, siempre que lo haga sin ánimo de dañar a otro]³⁰.

A comenzar de la primera mitad del siglo XV el concepto de la ilicitud de todo acto cometido *non ad summ commodum, sed animo principaliter nocendi vicino* [no con utilidad personal, sino con la intención principal de perjudicar al vecino] viene acogido por los intérpretes del derecho común, tanto en las obras puramente teóricas como en los escritos de jurisprudencia consultiva. Desde Bartolomeo de Saliceto y Paolo de Castro, hasta Alessandro Tartagna y Giason del Maino, toda una hilera de juristas repite la prohibición general de los actos emulativos aun sin que ello signifique excluir el brocárdico opuesto *qui suo iure utitur neminem laedit*³¹.

ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 31). A propósito se ha puntualizado que la obra de la Glosa es poco llamativa, ya que no son más que hilos, tenues puentes para enlazar fragmentos y decisiones diversas. No obstante, se fue urdiendo una trama sutil que la doctrina posterior podrá recoger para construir gradualmente la teoría de la prohibición de los actos emulativos. Cfr. ROTONDI, *L'abuso del diritto-Aemulatio*, en *Rivista di diritto civile*, 15, Padua, 1923, CEDAM, p. 209 ss.

²⁹ Cfr. V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, cit., para ampliar sobre las escuelas de Orleans (p. 151 ss.) y de los comentadores (p. 168 ss.).

³⁰ G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 31 s.

³¹ G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 32.

Según la *communis opinio* de la jurisprudencia práctica de los siglos XV-XVII la expresión *aemulatio* ya es usada técnicamente para indicar la intención de quien realiza actos que normalmente estarían comprendidos en el ámbito del lícito y legítimo ejercicio del propio derecho, pero sin utilidad propia o con mínima utilidad, con la finalidad exclusiva o determinante de perjudicar a los otros (*propter invidiam, nocendi vel aemulandi animo*). Al respecto, se suele distinguir la *aemulatio putativa licita*, que se verifica cuando se causa un daño a otro si bien con el fin de aprovecharse uno mismo y por tanto *sin animus nocendi*, y la *aemulatio vera illicita*, que se da en cambio cuando se causa daño a los otros sin alguna apreciable utilidad propia, es decir *nocendi animo*³².

La *aemulatio*, como finalidad exclusiva de dañar que torna ilícito el acto, por regla no se presume y debe ser probada por quien la alega contra el agente. Sin embargo, los intérpretes declaran que el *animus nocendi* debe presumirse en todos los casos en los cuales resulte de las circunstancias objetivas que no subsiste utilidad alguna para el autor del acto que causa un daño a otro³³.

³² G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 32. Se debe señalar la reacción contra esta doctrina, acogida inclusive por Alciato, que se manifestó en la segunda mitad del siglo XVI, por obra de algunos seguidores de la escuela humanista; reacción determinada por la exigencia de reafirmar los principios clásicos acerca el carácter absoluto del dominio romano, y de reconstruir el pensamiento genuino de la antigua jurisprudencia. Estas actitudes críticas no tuvieron sin embargo influencia importante en la práctica jurídica, que continuó a seguir la enseñanza tradicional (G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 33).

³³ Se desarrolla así una casuística, con relación a diversas situaciones de hecho (como la gravedad del daño sin apreciable ventaja o interés propio, o la posibilidad de conseguir la misma ventaja en otro modo o en otro lugar), y también a especiales situaciones subjetivas (como el rechazo injustificado de ofertas razonables del vecino, las amenazas dirigidas anteriormente al vecino o las malas relaciones con el mismo, y también mirar o acercarse a mujeres contra la voluntad del padre o marido, o bien de inmiscuirse en el secreto de un convento de monjes o de frailes). Es fácil constatar como en la jurisprudencia culta la prohibición de actos emulativos es enunciada principalmente en relación a hipótesis de construcciones o de obras edilicias, y solo en vía secundaria respecto a la materia de las aguas, a la cual se referían en cambio los textos romanos más relevantes. Para todo cfr. G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 32.

8. La recepción de la teoría en algunos códigos civiles modernos

La prohibición de los actos emulativos fue admitida como regla general por los pandectistas, desde Glück, hasta Vangerow, Windscheid y Arndts. Esta era la posición que prevalecía en el pensamiento de los autores pertenecientes a dicha corriente, y contra la doctrina se enroló solo una minoría, aunque autorizadamente liderada por Rudolf von Ihering³⁴.

De este modo, la prohibición de los actos emulativos bajo la influencia de la enseñanza dominante del pandectismo tuvo especial predicamento en los códigos del área germana, siendo introducida inicialmente en Prusia (A.L.R. del año 1794)³⁵. Más tarde, se perfecciona en el Código civil alemán del año 1900 (B.G.B., § 226)³⁶ que regula el instituto de la *Schikaneverbot* [= prohibición de actos emulativos] en la Sección 6 (Libro I, Parte General) relativa al “Ejercicio de los derechos. Autodefensa”.

El *Code Napoléon* –en cambio– fiel a su intenso individualismo, guardó silencio sobre la materia³⁷, y en idéntica línea se inscribieron todos los

³⁴ G. ASTUTI, *Atti emulativi*, cit., p. 33.

³⁵ El *Landrecht* prusiano (A.L.R.) en el § 94 de su Introducción reza: «El que ejerza un derecho conforme a las leyes, no es responsable de los daños que de ese ejercicio resulten». En el § 36, Título VI de la Parte General, se reprodujo el principio en los siguientes términos: «El que usa su derecho, sin exceder los justos límites de éste, no está obligado a reparar el daño causado a otro por el ejercicio de ese derecho». Sin embargo, el párrafo sucesivo (§ 37) dispuso la excepción: «Pero él debe la reparación cuando resulta claramente de las circunstancias que, entre las diversas maneras posibles de ejercer su derecho, él ha elegido con el designio de dañar a otro, la que podía perjudicar a éste». Sobre la influencia del A.L.R. en nuestro código puede verse P. LEÓN, *El Código de Prusia como fuente del Código civil argentino*, en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año III, Córdoba, 1946, Imprenta de la Universidad, *passim*.

³⁶ B.G.B. (1900), § 226: «*Schikaneverbot. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis* [Prohibición de actos emulativos. El ejercicio de un derecho es inadmisibles si tiene exclusivamente la finalidad de causarle un daño a otro».

³⁷ El marcado carácter absoluto del derecho real de dominio en el sistema del Código civil francés no compatibiliza con la prohibición de los actos emulativos. *Ergo*, su art. 544 prescribe que: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos». Sin embargo, por obra de la labor doctrinaria francesa del último siglo se fue verificando una evolución hacia la figura más general del abuso del derecho (A. GAMBARO, *Emulazione*, cit., p. 440).

códigos derivados de inspiración francesa; así v.gr. en Europa el código civil italiano de 1865 y el código civil español de 1889, y la primera generación de códigos latinoamericanos de Oaxaca (1827), Bolivia (1830), República Dominicana (1845) y Perú (1852)³⁸.

En el código italiano de 1942, apartándose de su precedente y reflejando claramente la tradición afirmada en el derecho común, se instituye la prohibición de los actos emulativos, y la misma viene enunciada con expresa referencia a la finalidad exclusiva de dañar o causar molestia a los otros (art. 833)³⁹.

En el ámbito del subsistema latinoamericano una auténtica novedad representa el código civil de Brasil del año 2002 que en el art. 1228 –luego de declarar el contenido del derecho de propiedad y que el ejercicio del mismo debe ser acorde con su función económico social [inc. 1]– consagra explícitamente en su inc. 2 la prohibición de los actos emulativos⁴⁰. Otro antecedente interesante se registra en el Código civil para el Distrito Federal de México (1932), aunque las normas que reconocen el principio no hacen mención expresa al término ‘emulación’⁴¹.

³⁸ En general, sobre los modelos, coincidencias y divergencias de estos cuerpos legales puede verse A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 19-20, Modena, 2005, Mucchi, p. 283 ss.

³⁹ Código civil italiano (1942), art. 833: «Atti d'emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri». Según la *Relazione* del Código (§ 50) la prohibición de los actos emulativos «[...] afirma un principio de solidaridad entre particulares y [...] establece una regla conforme al interés de la colectividad en la utilización de los bienes» y se añade que, para evitar excesos peligrosos en la aplicación de la norma, se ha considerado oportuno «[...] exigir expresamente el concurso del *animus nocendi*» (M. DOSSETTI, *Atti emulativi*, cit., p. 1).

⁴⁰ Código civil brasileiro (2002), art. 1228: «O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem».

⁴¹ Código civil federal mexicano (1932), art. 840: «No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario»; art. 1912: «Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a

otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho».
