

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO.

LAS SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL
(Desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho Común)

Tesis que para la obtención del Grado de Doctor, y bajo la dirección del Prof. Dr. D. Aquilino Iglesia Ferreirós, Catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, presenta el Lcdo. Francisco Luis Pacheco Caballero.

Vº Bº, El Director
de la Tesis,

GRANADA, 1986.

I N D I C E G E N E R A L .

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTOS..... 1

PARTE I. LAS SERVIDUMBRES PRE-
DIALES EN EL DERECHO ROMANO.

CAPÍTULO I. Propiedad romana primitiva y problemática
sobre la configuración arcaica de las ser-
vidumbres prediales..... 9

CAPÍTULO II. La superación de la antigua concepción y
la configuración de las servidumbres co-
mo "iura in re aliena". La formación del
concepto de "servitus"..... 31

CAPÍTULO III. La sistemática clásica..... 39

A) Concepto..... 39
B) Clases..... 45
C) Requisitos, caracteres y ejercicio..... 78
D) Constitución..... 89
E) Extinción..... 93
F) Defensa y protección..... 95

CAPÍTULO IV. La época postclásica..... 100

PARTE II. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO VISIGODO.

CAPÍTULO I. Planteamientos.....115

CAPÍTULO II. Las servidumbres prediales en el Breviario de Alarico..... 117

A) Las fuentes..... 118

B) La terminología empleada en el Breviario de Alarico..... 121

C) Los tipos de servidumbres contemplados en Breviario y su contenido..... 124

D) Regulación institucional: constitución y extinción de servidumbres..... 144

CAPÍTULO III. El Liber iudiciorum..... 150

CAPÍTULO IV. Los documentos de aplicación..... 160

PARTE III. LAS SOLUCIONES ALTOMEDIÉVALES A LAS NECESIDADES Y CONFLICTOS BASE DE LA INSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

CAPÍTULO I. Introducción:..... 165

A) Planteamientos.....	165
B) Delimitación de los materiales de trabajo.....	167
1) Delimitación material.....	167
2) Delimitación cronológica.....	176.
CAPÍTULO II. El Examen de los documentos.....	177.
A) Las fórmulas genéricas de pertencia en conexión con el problema de las servi- dumbres prediales.....	177
B) La configuración jurídica de las rela- ciones entre fundos vecinos pertenecien- tes a distinto propietario.....	195
1) Planteamientos.....	195
2) Los mecanismos jurídicos atestigua- dos por la documentación en los di- ferentes reinos.....	205.
a) Castilla.....	205
1. Necesidades relacionadas con el disfrute del agua.....	205
2. Situaciones relacionadas con la necesidad de paso.....	233
3. Situaciones relacionadas con las necesidades de desagüe y apoyo.....	249
b) Cataluña.....	259
1. Necesidades relacionadas con el disfrute del agua.....	259
2. Situaciones relacionadas con la necesidad de paso.....	312
3. Situaciones relacionadas con las necesidades de desagüe y apoyo.....	325

c) Aragón.....	334
1. Necesidades relacionadas con el disfrute del agua.....	334
2. Situaciones relacionadas con la necesidad de paso.....	346
3. Situaciones relacionadas con la necesidad de apoyo.....	349
d) Navarra.....	351
1. Necesidades relacionadas con el disfrute del agua.....	351.
2. Situaciones relacionadas con la necesidad de paso.....	362
3. Alusión a las situaciones de hecho relacionadas con las servidumbres urbanas.....	366
<u>PARTE IV. CONCLUSIONES GENERALES.....</u>	367
<u>APÉNDICE.....</u>	381
<u>BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.....</u>	423.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTOS.

El objeto del presente trabajo es ofrecer nuestra visión sobre las servidumbres prediales en la Historia del Derecho Español desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho Común. De otro modo dicho, la historia de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario en ese ámbito cronológico señalado. Obsérvese que decimos "servidumbres prediales" y "relaciones entre fundos". Queremos con ello decir que hemos orillado intencionadamente de nuestra consideración la servidumbre de pastos, ya que si bien en el derecho romano era considerada como uno más de los "iura praediorum rusticorum", bajo la denominación de "ius pascendi" (D. 8.3.1.1 y D. 8.3.3. pr.), cuya predialidad, sin embargo, estaba condicionada a ser el ganado fruto del fundo (D. 8.3.4), nos parece que tal servidumbre debe ser objeto de un estudio individualizado, en la medida en que ha seguido una particular evolución que la ha llevado a configurarse en nuestro Código Civil como un tipo de servidumbre personal, impuesta no a favor o a cargo de un fundo, sino en provecho o a cargo de una persona o comunidad (art. 600 y 603, en relación con el art. 531 del C.c.). Por otra parte, la conexión de la servidumbre de pastos con otras figuras de derecho privado, como la comunidad, hacen aconsejable un estudio separado de este tipo de derecho.

Por lo que respecta a la estructura de nuestro trabajo, hemos dividido el mismo en cuatro partes bien diferenciadas: una primera parte, dedicada al estudio de las servidumbres en el Derecho romano; una segunda parte, dedicada al Derecho visigodo; una tercera parte en que estudiamos el Derecho medieval anterior a la Recepción del Derecho Común, y una cuarta, de conclusiones generales, que aglutina a las tres anteriores.

La inclusión de un primer apartado dedicado al Derecho romano tiene su causa, más que en el hecho de que así se tenga por costumbre en los estudios dedicados a instituciones de derecho privado, en la visión, inculcada por nuestro maestro, el Prof. Iglesia, y procedente, a su vez, del suyo, el Prof. Otero, de la Historia del Derecho Español como la particular evolución del Derecho romano en el suelo hispánico (1) y, más concretamente, en la visión de la Historia del Derecho Español como la historia de la evolución autónoma a que fue sometido el Derecho romano tras la caída del Imperio y a partir de la monarquía visigoda.

(1) Esta concepción parece ser tenida en cuenta también por autores que no tienen, que sepamos, conexión con la escuela de Otero. Así, PETIT, Fiadores, p. 19, quien abre del siguiente modo su estudio sobre la fianza: "Para quienes estamos convencidos de que la historia del derecho español no es otra cosa que la historia de la tradición jurídica romana en la Península Ibérica, ...resultará innecesario justificar la elaboración del presente trabajo como estudio previo al tratamiento de las garantías personales o fianzas en los derecho hispánicos de la Alta Edad Media.

Aprovechamos esta primera nota para hacer una advertencia de tipo general. Salvo en aquellos casos -fundamentalmente por lo que respecta a fuentes antiguas- en que ya existe una abreviatura acuñada y más o menos generalizada por la que suele ci

En el marco de estas afirmaciones es donde cobra sentido y encuentra su justificación la inclusión de un capítulo dedicado al Derecho romano, en la inteligencia de que, siendo lo más importante la evolución del Derecho romano, como dice nuestro maestro, y no tanto el mismo Derecho romano en cuanto tal, es necesario, sin embargo, saber qué es lo que evoluciona y la forma en que lo hace. En este sentido, el estudio de las servidumbres prediales en el Derecho romano tiene un carácter instrumental respecto de los demás capítulos.

Hemos realizado este primer capítulo instrumental intentando ofrecer los últimos resultados de la romanística desde los orígenes de la institución hasta la época postclásica, si bien en algunos casos no hemos renunciado a la discusión de algunas de sus conclusiones, sobre todo por lo que se refiere a algunas cuestiones relacionadas con los llamados problemas de origen, problemas a los que, quizá, pueda pensarse hemos dedicado excesiva atención. Si ello lo hemos hecho así ha sido, en primer lugar, por un afán de formular del modo más exacto posible el origen de la institución y, en segundo lugar, porque, a nuestro juicio, las soluciones arcaicas romanas, en lo que se refiere a servidumbres, posiblemente se hayan repetido en

tarse, y que es la que utilizaremos, citaremos siempre, a lo largo de todo nuestro trabajo, de forma abreviada por el apellido del autor (en su caso, editor, transcriptor, compilador, etc) seguido de una simplificación del título de la obra, consistente, bien en la selección de una palabra o palabras significativas del mismo, bien en la indicación de una numeración romana, o en las dos cosas a la vez. La correspondencia de estas abreviaturas con los datos bibliográficos completos puede verse en el apartado dedicado a elencar la bibliografía y fuentes utilizadas.

las épocas postclásica y visigoda y, de modo más seguro, en la época medieval. Por ello era necesario establecer con claridad el punto de partida para poder después establecer las correspondientes comparaciones. En su momento oportuno, valoraremos el alcance de las semejanzas de las distintas soluciones.

De acuerdo con la visión que hemos esbozado de la Historia del Derecho Español, con la segunda parte de nuestro trabajo, referente al Derecho visigodo, comienza realmente la historia de las servidumbres prediales en el Derecho español, en la medida en que con la monarquía visigoda el Derecho romano es sometido a una evolución autónoma que culminará en el Código Civil. La labor de investigación en esta segunda parte no es, si se quiere, tan trabajosa como en la primera. Si para el Derecho romano hemos contado con la ayuda de innumerables textos, para el Derecho visigodo éstos se reducen notablemente. Como veremos en su momento, la institución de las servidumbres prediales sufre una grave crisis en la época postclásica, crisis de concepto, se entiende, y ello es a nuestro modo de ver la razón de su escasa regulación o ausencia en los códigos visigodos, que operan con la tradición romano-postclásica, y sobre cuya armonización entre sí, como señalaremos cumplidamente en otro lugar, seguimos a Otero e Iglesia, de modo fundamental en lo que se refiere al carácter del Código de Eurico y su coexistencia con el Breviario de Alarico.

Las fuentes utilizadas en esta segunda parte de nuestro trabajo son, en cierto modo, pocas, ya que no todas las exis-

tentes han sido útiles a nuestras investigaciones: la legislación visigoda, en desigual medida y, en algún aspecto, las Fórmulas Visigodas y un documento de aplicación. Otras fuentes, si consultadas, no nos han informado sobre nuestro objeto de estudio y por lo tanto no las hemos elencado dentro de las fuentes manejadas. La bibliografía sigue siendo la procedente de la romanística.

En la tercera parte de nuestro trabajo nos dedicamos al estudio de las soluciones altomedievales a las necesidades y conflictos que están en la base de las servidumbres prediales. Como hemos insinuado antes, desde la época postclásica las servidumbres sufren una crisis que se enmarca dentro de la crisis más general de todo el sistema romano de propiedad y derechos reales. Esta situación de crisis es mantenida fundamentalmente por el Breviario de Alarico y culmina con la desaparición de la institución en el Liber Iudiciorum, que no regula las servidumbres. Esta es la herencia que recibe la Alta Edad Media y esta circunstancia es la que explica un especial planteamiento en el estudio del Derecho altomedieval. Ese planteamiento es el siguiente: si la institución de las servidumbres prediales en el sentido técnico romano ha desaparecido, no ha ocurrido así con las necesidades y conflictos que están en su base, los cuales deben tener solución, si bien por mecanismos distintos al establecimiento de una servidumbre. Pues bien, hemos estudiado el desenvolvimiento de estos mecanismos sobre la base de los documentos de aplicación del derecho medievales, que se han convertido en fuente exclusiva para esta tercera par

te de nuestras investigaciones. ¿Por qué esta elección? La ex plicación es distinta según el momento en que consideremos nues tro trabajo. En un primer momento, la persistencia del Liber como derecho general, aceptada por nosotros, no sirve de gran ayuda en la medida en que no regulaba la institución. Por ello, a falta de otros testimonios, las soluciones a las necesida- des concretas tienen que venir dadas desde el derecho vivido que se manifiesta únicamente en los diplomas. En un segundo mo mento, nos encaramos con la presencia de los fueros municipa- les, breves primero y extensos después. Si hemos orillado el estudio de los mismos ha sido por la elección de un segundo planteamiento, tributario también de las enseñanzas de nuestro maestro, consistente en reconsiderar y valorar en sus justos términos la aptitud de los fueros municipales como portadores de la tradición altomedieval. De este planteamiento daremos cumplida cuenta en el capítulo introductorio de la tercera par te, al que nos remitimos.

Pese a los peligros, de los que también hablaremos, que entraña utilización de forma exclusiva de los documentos de aplicación del derecho, la tercera parte de nuestro trabajo con siste, como hemos advertido, en el estudio de las necesidades y conflictos que están en la base de las servidumbres a partir de dichos documentos. Los hemos agrupado en cuatro zonas geo- gráficas -Castilla, Cataluña, Aragón y Navarra-, fijando tam- bién una fecha arbitraria que indica la interrupción de nuestra lectura de documentos y que, al mismo tiempo, es significativa, en cada zona, en orden al problema de la Recepción del Derecho

Común, que constituye el límite cronológico de nuestra investigación.

En el apéndice correspondiente figuran todos los cartularios, colecciones diplomáticas y ediciones de documentos consultados, no todos valiosos en igual medida para nuestro fines. Evidentemente, se pueden echar en falta algunos trabajos, pero no siempre ha sido fácil su consecución. Incluso mucho de los documentos que hemos podido consultar, lo han sido sobre la base de fotocopias. Por lo que se refiere a la bibliografía, ésta es inexistente para el período medieval en el ámbito hispánico. Trabajos como los de Bonet (vid. apéndice bibliográfico) sobre la constitución de servidumbres por destinación del padre de familia, o son propiamente romanísticos o exceden los límites cronológicos de nuestro estudio. Por otra parte, trabajos como el de Martínez Díez sobre las instituciones del reino astur en los diplomas del 718 al 910, que incluye materias de derecho privado, sólo nos han servido para corroborar nuestra hipótesis del desconocimiento de las servidumbres en los documentos (vid. también dicho trabajo en la bibliografía). Por lo que se refiere a la bibliografía extranjera, únicamente el estudio de Caravale, del que oportunamente haremos las citas correspondientes, nos ha servido como acicate y modelo para emprender el nuestro y avalar algunas hipótesis, bien entendido que Caravale trabaja sobre documentación ajena a nuestro derecho y, por tanto, su material es, en pura lógica, inaprovechable para nosotros y que, además, dada la evolución de la Historia del Derecho italiano, es posible encontrar en la misma un período de

influencia bizantina, que se demuestra en los documentos a través de la presencia de soluciones romano-justinianas anteriores a la Recepción, cosa que no ocurre en nuestra Historia jurídica,

En la última parte de nuestro trabajo ofrecemos una visión, a modo de conclusiones generales, de las servidumbres prediales en base a los datos obtenidos en las tres partes anteriores. Que nuestras hipótesis y nuestras conclusiones hayan sido las correctas, no nos corresponde a nosotros decirlo.

PARTE I. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO ROMANO.

CAPÍTULO I. Propiedad romana primitiva y problemática sobre la configuración arcaica de las servidumbres prediales.

La concepción que el Derecho romano primitivo tiene de los "iura in re aliena" y, por tanto, de las servidumbres prediales, está condicionada por la noción que de la propiedad se tiene en tal Derecho. Por ello, antes de plantearnos el problema de la naturaleza jurídica de las relaciones entre fondos pertenecientes a distinto propietario, es preciso esbozar una visión, siquiera sea propedéutica, sobre la propiedad arcaica, con la finalidad de encuadrar el problema principal en sus justos términos.

La inexistencia, en el período arcaico del Derecho romano, de un concepto técnico de propiedad, en términos económico-patrimoniales, es, a su vez, causa de la inexistencia de un concepto de "ius in re aliena". La relación que liga al dominio (o propiedad) con los derechos reales limitados sobre cosa ajena, relación que se explica en términos de prioridad lógi

ca histórica (1) del primero respecto de los segundos, hace que no existiendo el dominio, no existan tampoco, técnicamente, derechos que lo limiten. De la misma forma, tampoco existen derechos restringidos o limitados por oposición a un derecho real pleno.

La ausencia de formulación técnica no implica, sin embargo, la inexistencia de situaciones cuyo contenido sea el vínculo de una cosa a un sujeto, si bien esas situaciones o, mejor, esos vínculos no reciben primitivamente la calificación de dominio o propiedad. No sólo no reciben esa denominación, sino que, aún más, la pertenencia de una cosa a un sujeto determinado no recibe ninguna calificación en el Derecho romano arcaico. Tan sólo la expresión "meum esse", en la forma oral de la vindicatio, dentro de la estructura de la legis actio sacramento in rem, es apta para significar esa pertenencia (2), expresión que no prejuzga ni el contenido ni las limitaciones de la relación (3). De esta forma, todos los derechos que tanto el derecho romano clásico como el actual conciben como derechos limitados en cosa ajena, como "iura in re aliena", en el Derecho romano arcaico permanecen indiferenciados en ese concepto genérico de pertenencia, expresado mediante el "meum esse".

(1) Vid. GROSSI, *Le situazioni*, p. 23. En igual sentido, GROSSO, *Le servitù*, p. 1 y GROSSO, *Schemi*, p. 243.

(2) G. Inst. 4,16. Vid. KASER, *Eigentum*, pp. 6 ss y KASER, *El concepto*, p. 9.

(3) KASER, *El concepto*, p. 10.

Ahora bien, ese poder sobre las cosas no es más que la manifestación de un poder unitario e indiferenciado del "paterfamilias" que recae, se dice, no sólo sobre las cosas, sino también sobre las personas. Es el "mancipium" o, más genéricamente, la "potestas" (4). Se trata, pues, de un poder soberano del "pater", con carácter potestativo e indiferenciado sobre personas y cosas, despojado de valoraciones sobre su contenido (5). Paralelamente, la referencia del "meum esse" a los objetos es una referencia incolora (6) que no adquiere tintes especiales por muy diversos que sean los objetos sobre los que se proyecta. Con otras palabras, la "potestas" ejercida es insusceptible de ser desmembrada por su contenido e insusceptible de ser distinguida de otra cosa que no sea un mero poder absoluto.

Dentro de este esquema arcaico de la propiedad es donde

(4) ARCHI, Il concetto, p. 238; GROSSO, Schemi, pp.138-146.

(5) Este carácter unitario e indiferenciado del poder del "paterfamilias" ha sido negado por CAPOGROSSI, La struttura I, pp. 261-275, 277-278 y 474. Para este autor no es posible concebir del mismo modo los poderes que el "pater" ejerce sobre los bienes que los poderes que ejerce sobre las personas. Va aún más lejos al afirmar (pp. 288-348) que el "mancipium", originariamente, no ha tenido más significación que la de esclavo, cosas que se transfieren por "mancipatio" y, más concretamente, el negocio "per aes et libram" por medio del cual se adquiere el "dominium ex iure Quiritium"; nunca significó un poder unitario. Siendo esto así, el término "mancipium" no valdría para significar el poder que sobre un bien ejerce un sujeto, aptitud que Capogrossi encuentra primero en la locución "meum esse" y después en los vocablos "erus" y "dominus". El proceso que se desarrolla desde la afirmación del primitivo "meum esse", pasando por la calificación de "erus" y "dominus" que reciben ciertos sujetos, vocablos que para Capogrossi hacen ya alusión a un derecho de propiedad sobre cualquier objeto, hasta la afirmación más tardía del "dominium" como concepto técnico no es otra cosa que una "progresiva conquista de lo abstracto" (pp.452, 463-466, 489, 498).

(6) GROSSI, Le situazioni, p. 18; KASER, El concepto, p.9.

debemos colocar la problemática inicial sobre la naturaleza jurídica de las primitivas servidumbres prediales. Más adelante veremos cuál es el encuadramiento de las servidumbres en el particular esquema de la "potestas". Debemos, sin embargo, antes de analizar este problema, hacer algunas precisiones sobre el planteamiento o, mejor, los planteamientos que pueden seguirse en este tipo de investigación.

En primer lugar, debemos dejar constancia de los peligros, advertidos ya desde la propia romanística y, con mayor razón, sentidos por nosotros, que entraña el tratamiento de los llamados problemas de orígenes, peligros que afectan al estudio de cualquier institución (7). El riesgo, a nuestro juicio, más que condicionar los resultados posteriores de la investigación, consiste en la imprecisión con la que necesariamente hay que abordar este tipo de problemas. Es la impresión de moverse en un terreno de arenas movedizas y el carácter conjetural de las consideraciones lo que puede condicionar los resultados posteriores, pero no por su fuerza conceptual, sino por su inevitable falta de precisión.

En segundo lugar, cabe hacer alguna consideración sobre la óptica desde la cual podemos abordar la cuestión del origen de nuestra institución. Avanzamos desde el principio que nuestro punto de vista será el estrictamente jurídico o el histórico-jurídico, excluyendo las consideraciones de carácter sociológico. La cuestión del origen de las servidumbres prediales

(7) TORRENT, Introducción, p. 50; GARCÍA SÁNCHEZ, El origen, p. 37.

puede, pues, plantearse desde dos preguntas iniciales: ¿cuáles son las circunstancias histórico-sociológicas que determinan la aparición de las servidumbres prediales? o ¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación existente entre fundos vecinos pretenecientes a distinto propietario? La elección, en el momento de inclinarse a responder a una u otra pregunta, creemos que entraña otro de los peligros del tratamiento de los problemas de orígenes. Las explicaciones que tratan de responder al primer tipo de interrogantes aclaran la circunstancia de la aparición de la institución, pero no la forma y concepción jurídicas bajo las cuales aparece (8). Al contrario, las respuestas al segundo grupo de preguntas presuponen las consideraciones de carácter sociológico en la medida en que éstas sirven para explicar la cuestión de la naturaleza jurídica, que es la cuestión que más nos interesa. Como hemos advertido más arriba, nuestra curiosidad va dirigida a este segundo orden de consideraciones. Por poner un ejemplo que ilustre nuestro modo de pensar diremos que, desde el punto de vista histórico jurídico, es problema menor el determinar si fue o no el llamado incendio gálico, cuestión que como veremos en su momento oportuno está debatida, el que, como consecuencia de la reconstrucción desordenada de la ciudad de Roma, produjo el nacimiento de conflictos sobre lances, vistas, paredes comunes y desagües

(8) Vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 31-32, obra que en lo sucesivo colocaremos en el orden cronológico de citas por la fecha de aparición real, de la segunda edición, 1954, ya que, como puede verse en la bibliografía, manejamos una "ristampa inalterata" de 1969 que no modifica la segunda edición "rifatta" de 1954.

y con ello el nacimiento de las servidumbres urbanas. Para nosotros, aún no desconociendo ese suceso, lo importante es de terminar si esos conflictos fueron solucionados acudiendo a la figura de las servidumbres concebidas como "iura in re aliena" o a otros expedientes y cuál era la posición jurídica del edificio que, pongamos por caso, tiene que soportar las inmisiones de las vigas del edificio vecino.

En consecuencia con este planteamiento, no nos ocuparemos de las explicaciones de carácter sociológico sobre el origen de las servidumbres prediales (9).

En términos estrictamente jurídicos, la tesis que mejor ha explicado el origen y la naturaleza de las servidumbres prediales y que es hoy dominante en la romanística, es la que concibe las primeras servidumbres, las cuatro rústicas de paso y agua "iter", "actus", "via" y "aquae ductus" en la terminología romana, en términos de pertenencia del trozo de terreno necesario para el paso o del canal de agua por donde ésta discurre y, probablemente, del agua misma (10). Si esto es así, el

(9) Una relación de las tesis más antiguas de carácter sociológico puede verse en BIONDI, *Le servitù*, pp. 31-33; CAPOGROSSI, *La struttura I*, pp. 1-18; BONFANTE, *Corso III*, pp. 59-63. Vid. también la bibliografía en estas obras citada.

(10) Esta opinión fue expresada en el siglo XIX por VOIGT, *Über den Bestand*, pp. 159-227 (citamos por GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, p. 47 nota 22 y TORRENT, *El origen*, p. 265 nota 27) y es hoy, con las variantes que más adelante analizaremos, generalmente admitida por todos los romanistas. Vid. sin ánimo exhaustivo, BIONDI, *Le servitù*, pp. 35-39; KASER, *Eigentum*, pp. 17-19 y 302-305; BRETONNE, *La nozione I*, pp. 26-28 y 32-33; GROSSO-DEIANA, pp. 4-5; CAPOGROSSI, *Ricerche*, pp. 52-53; TORRENT, *Rec. de CAPOGROSSI*,

núcleo originario de las antiguas servidumbres (11) estaría bien lejos de la idea de un *ius in re aliena*, puesto que el terreno para el paso, el canal de agua o el agua misma, sitios en el fundo sirviente, pertenecerían al titular del fundo dominante (12).

La creencia de que realmente fue esta la fisonomía de las

Ricerche, p. 628; FRANCIOSI, Studi, pp. 4 ss; GROSSI, Le situazioni, p. 25; KASER, El concepto, p. 10; BURDESE, Considerazioni, pp. 500-501; GROSSO, Le servitù, pp. 14-15; BURDESE, Servitù, pp. 119-120; GROSSO, Schemi, pp. 245-246; BONFANTE, Corso III, p. 60; D'ORS, DPR, p. 217 nota 11; GARCÍA SÁNCHEZ, El origen, p. 47; CAPOGROSSI, La struttura II, passim; VILLERS, Rome, p. 296; FERENCZY, Sulla genesi, 43-50; KOUWENBERG, Servitude, p. 294; DÓRS, Las fórmulas, pp. 5-6; TORRENT, El origen, p. 266; D'ORS, nota sobre CORBINO, Ricerche, p. 812.

Para COLORNI, Per la storia, p. 59 nota 75, la hipótesis de la pertenencia no es "persuasiva", renunciando a fundamentar su opinión en esa sede. Últimamente, CORBINO, Ricerche, p. 46, piensa que es preciso revisar el planteamiento de VOIGT, "renunciando a considerar la idea de la pertenencia como un dato sustancialmente indiscutible", pese a que en p. 174 nota 15 reconoce que la adhesión por parte de la doctrina a la tesis de la pertenencia es hoy un "presupuesto pacífico".

(11) Que el núcleo originario y primitivo de las servidumbres hay que buscarlo en las cuatro rústicas mencionadas en el texto, parece derivar de D. 8.3.1 pr. y 1 e Inst. 2.3.pr. y 2, donde con toda claridad se observa la diferencia y oposición entre un núcleo inicial, compuesto por las servidumbres de "iter", "actus", "via" y "aquaeductus" (D.8.3.1 pr; Inst. 2.3 pr.) y otro constituido por el de las demás servidumbres que pueden también considerarse como rústicas y contarse entre ellas ("in rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae" de D.8.3.1.1; "in rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae" de Inst. 2.3.2) En Ulp.19.1, este segundo grupo de servidumbres rústicas no es mencionado. Vid. BLONDI, Le servitù, p. 35; FRANCIOSI, Studi, pp. 25-28; CORBINO, Ricerche, pp. 100-101; TORRENT, El origen, p. 265.

(12) Utilizamos las calificaciones de "dominante" y "sirviente" únicamente a efectos clarificadores y por conservar la terminología tradicional, bien entendido que en esta época arcaica, y de acuerdo con la tesis que estamos analizando, tal terminología resulta anacrónica e inapropiada.

primitivas servidumbres, entendiendo por tales, como hemos indicado, las cuatro rústicas de "iter", "actus", "via" y "aquae ductus", viene sustentada, además, por los siguientes datos:

1) En primer lugar, la terminología que aparece en las fuentes. Cuando éstas se refieren a "iter", "actus", "via" y "aquaeductus", lo hacen significando tanto un derecho como una entidad corporal, representada por las distintas clases de paso, el canal de agua o el agua (13). De acuerdo con esta terminología, el "iter", el "actus" y la "via" comportarían no un derecho de paso sobre los distintos senderos, sino la pertenencia misma de éstos al titular del fundo dominante, senderos que se diferenciarían en este primer momento, no por las facultades que les son inherentes -de cuyas oscilaciones nos ocuparemos más adelante-, puesto que no se conciben en términos de "ius", sino por su diversa amplitud en términos mensorios (14). Por su parte, el "aquaeductus" comportaría la pertenencia del "rivus" y del agua.

2) La inclusión de las servidumbres rústicas dentro de la

(13) Vid. D.8.1.10; D. 8.1.13; D. 8.3.1.pr.; D. 8.3.7.pr. D. 8.3.8; D. 8.3.12; D. 8.3.13.1; D. 8.3.15; D.8.3.23.pr. D. 8.3.24; D. 8.3.26; D.8.3.33.1; D.8.5.4.5; D.8.6.6.1; D.8.6.8.1; D.39.3.11 pr.; D. 43.2.1.17; D.43.8.2.23; D. 43.8.5; D.43.19.1 pr; D. 43.20.8; D.43.21.1.2; D. 43.21.3. 3 y 4; D. 45.1.111, por citar algunos ejemplos. Puede invocarse también la documentación epigráfica: FLRA III, nº 106, letras f),h) e i), donde el adjetivo "privatus" para referirse al "iter" o a la "via" y el nombre del titular en genitivo indican que estamos ante casos de pertenencia del sendero (vid. CAPOGROSSI, La struttura II, p. 220).

(14) PRNACIOSI, Studi, p. 95.; GROSSO, Le servitù, pp.25-26; TORRENT, Elorigen, p. 269.

categoría de las "res Mancipi":

G. Inst. 2,17: item fere omnia quae incorpora lia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quaevis sint ex numero rerum in corporalium (15).

Ulp. 19,1: Omnes res aut Mancipii sunt aut nec Mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo,...., item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus (16).

de Frag. Vat. 45, indirectamente, puede obtenerse la misma conclusión:

Tametsi usus fructus fundi Mancipi non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienare eum mulier non potest, cum aliter quam in iure cōdendo id facere non possit nec in iure cessio sine tutoris auctoritate fieri possit. Idemque est in servitutibus praediorum urbanorum.

3) La constitución de las servidumbres prediales mediante "Mancipatio", típico acto propio para la adquisición de entidades corporales, y la fórmula "meum esse" como afirmación de la titularidad sobre las mismas (17)

(15) La misma idea es posible que estuviese, pese a las lagunas del texto, en G. Inst. 2,14a.

(16) Es posible que la inclusión, dentro de la categoría de las "res Mancipi", de las servidumbres rústicas se refiera únicamente a las cuatro más antiguas, aunque G. Inst. 2,17 no individualice cada una de ellas. Respecto a Ulp. 19,1, parece posible mantener que el elenco que allí se hace sea taxativo, cerrado y no ejemplificativo. Vid., en este sentido, FRANCIOSI, Studi, pp. 60, 63-64; GROSSO, Le servitù, pp. 56-57. En contra, CORBINO, Ricerche, pp. 58, 60-68 y 95, quien considera que la calificación de "res Mancipi" debe extenderse a todas las servidumbres rústicas y no sólo a las cuatro originarias.

(17) G. Inst. 1,119 y 2,29.

4) La necesidad de que la "vindicatio" lo sea de cosas corporales y, por tanto, la exigencia de la cosa esté presente en el ceremonial de la misma, dentro de la estructura de la "actio sacramento in rem" (18), excluyéndose así la "vindicatio" de cosas incorporales.

5) La posibilidad de "usucapio" como forma de constitución de las servidumbres, hasta la prohibición de la Lex Scribonia (19), es prueba de una época en la que el pensamiento jurídico romano consideró las servidumbres como objetos corporales, si se tiene en cuenta, además, la imposibilidad, reiterada por la jurisprudencia, de "usucapio" para las "res incorporales" (20).

6) La necesidad, en época tardía, que tienen los juristas de aclarar ciertas situaciones referentes a servidumbres (21) indica que se dudaba sobre si reconducirlas al esquema de la pertenencia o al de un "ius in re aliena" (22).

(18) G. Inst. 4,16.

(19) D. 41.3.4.28.

(20) D. 8.1.14 pr.; D. 41.1.43.1; D. 41.3.9.

(21) D. 8.3.24; D. 8.3.30; D. 8.5.4 pr; D. 43.8.21. En el primero de los textos, Pomponio tiene que recordar, siguiendo a Próculo y en contra de Labeón, la imposibilidad de que "ex meo aquae ducto...cuilibet posse me vicino commodare", puesto que el agua sólo puede utilizarse en el lugar donde ha sido adquirida la servidumbre. En los tres restantes, se recuerda que el lugar donde se ejercita la servidumbre no es objeto de dominio, sino que sobre el mismo se tiene la correspondiente clase de "servitus".

(22). Estos seis argumentos, o alusiones a ellos, normalmente citados por la romanística como apoyo de la tesis de la concepción de las servidumbres como pertenencia, pueden verse en BIONDI, *Le servitù*, pp. 36-38; FRANCIOSI, *Studi*, pp. 5-10; GROSSO, *Le servitù*, pp. 14-20; BURDESE, *Servitù*, p. 119; BONFANTE, *Corso III*, p. 60; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, pp. 48-49.

7) Finalmente, y desde el ámbito hispánico, hoy puede adu-
cirse como prueba de este esquema materialístico en la concep-
ción de las servidumbres el testimonio conservado en el llama-
do Bronce de Contrebia:

Senatus.contrebiensis.quei.tum.aderunt.iudi-
ces.sunto.sei.parr(et.ag)rum.quem.sallvienses.
ab.(.s)csinestaneis.emerunt.rivi.faciendi.aqua
ive.ducendae.causa.qua.de.re.agitur.sosinesta
nos.iure.suo.sallviensibus.vendidisse.inviteis.
allavonensibus.tum.sei.ita.parret.eei.iudices.
iudicent.eum.agrum.que.de.re.agitur.sosinesta
nos.sallviensibus.iure.suo.(.)vendidisse(.)
sei.nor.parr(e)t.iudicent.iur(e).suo.non.vendi
disse. (fórmula 1ª, líneas 1-5) (23).

El Bronce, fchado en 87a.C. (24), nos habla de un acue-
ducto pero, curiosamente, para su constitución no se acude a
la figura de la "servitus aquaeductus", sino a la compra del
terreno necesario para la conducción del agua. De esta forma,
lo que se obtiene es la propiedad del terreno en lugar de un
"ius in re aliena". La noticia, sin embargo, representa, como
han señalado D'ORS y TORRENT (25), un retraso provincial res-
pecto a la situación en Roma, donde, como veremos más adelante,
esta concepción de las servidumbres en términos de pertenencia,
que la Tabula Contrebiensis manifiesta perfectamente, se ha su-
perado ya y se han formado el concepto de "dominium" y de "ius

(23) Citamos por FATÁS, Contrebia, p. 12. Del mismo exis-
te un trabajo preliminar sobre el Bronce: FATÁS, Noticia, pp.
421-437.

(24) FATÁS, Contrebia, p. 111.

(25) D'ORS, Las fórmulas, pp. 5-6; TORRENT, El origen,
pp. 261, 266, 278.

in re aliena". En cualquier caso, el testimonio es prueba de una concepción que, si superada, probablemente, informó el pensamiento jurídico romano en época anterior (26).

Si los argumentos arriba señalados contribuyen, según todos los indicios, a reforzar la idea de una primitiva configuración de las servidumbres en términos de pertenencia del trozo del terreno para el paso o del agua, idea que se nos aparece como mantenida pacíficamente por la romanística, no ocurre así cuando nos enfrentamos con el problema del carácter de esa pertenencia. Nos referimos a la cuestión de si el trozo de terreno -en el "iter", "actus" y "via"- y el canal de agua o el agua -en el "aquaeductus"- pertenecen de forma exclusiva al propietario del fundo dominante o si, por el contrario, estamos ante una situación de copertenencia entre el propietario del fundo sirviente y el del fundo dominante.

Adelantamos que defenderemos el planteamiento de la pertenencia exclusiva del titular del predio dominante por ser, creemos, el más acorde con las fuentes y con la mentalidad primitiva. Por otra parte, las explicaciones dirigidas a mantener una situación de copertenencia tropiezan con graves inconvenientes, oportuna y unánimemente señalados por la doctrina, de los que ahora nos vamos a ocupar.

Mencionaremos en primer lugar la explicación que menos se

(26) Vid. también FIRA III, nº 106, letra o), pp. 345-346, donde se transmite la propiedad del agua. CAPOGRUSSI, Ricerche, p. 93.

guidores ha tenido, siendo hoy prácticamente abandonada, y cuyos enunciados se reducen a las formulaciones de P. Koschaker y M. Kaser. Estos autores hablan de una "propiedad dividida" (27), de una "división funcional de la propiedad" (28) o de una "propiedad funcionalmente dividida" (29) entre los propietarios de los fundos sirviente y dominante. A ambos propietarios les corresponde la franja de terreno o el canal de agua. Pero mientras para el titular del fundo sirviente, donde se encuentran el terreno, el canal o el agua, esa pertenencia se justifica porque forman parte de su fundo, para el titular del predio dominante, el adjetivo "funcional" o el adverbio "funcionalmente" indican que su pertenencia sólo se justifica en atención a un fin, a una función, esto es, a los solos efectos de pasar o conducir agua. Esta diversa calidad de la posición jurídica ostentada por los titulares de cada uno de los fundos llevó a Kaser a diferenciar terminológicamente el contenido de cada uno de las pertenencias. Así, llega a decir que el titular del fundo sirviente ostenta una propiedad principal (Haupteigentum), frente al titular del fundo dominante, al que sólo le corresponde una propiedad de uso o utilización (Nutz- o Nutzungseigentum) (30), es decir, una pertenencia que tiene su razón de ser en los fines que persigue o en la función que cumple: pasar o con

(27) KOSCHAKER, Rec. de BUSSI, La formazione, pp. 252-266. Aquí interesan especialmente las pp. 258-259; KASER, Geteiltes, pp. 445-478; KASER, Eigentum, pp. 17-19; KASER I, p. 143.

(28) KASER, Eigentum, p. 17.

(29) KASER, Eigentum, p. 302.

(30) KASER, Geteiltes, pp. 458 ss; "Nutzungs- im Gegensatz zum Haupteigentum am dienenden Grundstück" dice concretamente KASER, Rec. de FRANCIOSI, Studi, p. 519.

ducir agua a través del fundo sirviente. Sólo en atención a este fin de utilización (Nutzungsweck, en la terminología de Kaser) (31), se justifica la pertenencia del propietario del fundo dominante.

El obstáculo principal con el que tropieza esta construcción es el ser extraña a la mentalidad jurídica primitiva. Hemos señalado anteriormente que el poder del "paterfamilias" es un poder indiferenciado sobre los distintos objetos y que el "mancipium" es un poder expresado mediante el "meum esse" que no tiene implicaciones de contenido. El esquema de la "potestas" es, pues, un esquema unitario. Si ello es así, la mentalidad primitiva no puede distinguir en ningún caso poderes con diversos contenidos ni concebir poderes distinguibles por su función. En la base de la construcción de Koschaker-Kaser existe una transposición, aunque sea inconsciente, terminológica, que consiste en aplicar una terminología y unas distinciones a una época en que la reflexión jurídica no está lo suficientemente desarrollada para concebir tales divisiones. Afirmando que existe, por un lado, una propiedad principal y, por otro, una propiedad a los solos efectos de paso o conducción se efectúa una gradación que no es consentida por el esquema unitario de la "potestas" arcaica. Nos parece que de aquí a afirmar la existencia de "iura in re aliena" en época arcaica sólo hay un paso. Admitir esa gradación de derechos supone, en suma, admitir la existencia de derechos limitados en una época en la que no

(31) KASER, Eigentum, p. 17.

existe la diferencia entre derechos real pleno y derechos reales limitados (32).

Moviéndose también dentro de la idea de la pertenencia, otra parte de la romanística ha sostenido que la situación existente entre el propietario del fundo sirviente y dominante es una situación de copertenencia (33).

Según Grosso, el principal expositor de esta teoría, la franja de terreno necesaria para el paso, el canal de agua o el agua pertenecerían tanto al propietario del fundo dominante como al propietario del fundo sirviente en régimen de copropiedad (entendida ésta en sentido amplio) y a semejanza del concurso solidario atestiguado por Gayo para el llamado "consortium erecto non cito" familiar (34). De esta forma, para el

(32) Estos y otros datos para la crítica de la tesis de Koschaker-Kaser, pueden verse en BRETONE, *La nozione I*, pp. 32-34; FRANCIOSI, *Studi*, pp. 80-84; GROSSO, *Le servitù*, pp. 32-36; BURDESE, *Considerazioni*, p. 504; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, pp. 50-52; TORRENTI, *El origen*, pp. 262-263.

Nos resulta difícil identificar la posición de BIONDI, *Le servitù*, quien, si en un primer momento parece inclinarse hacia la pertenencia exclusiva (pp 35 ss), en los momentos finales de su discurso sobre el tema dice: "In generale la nozione di proprietà frazionata non ripugnava all'antico diritto romano (p. 38), citando a continuación precisamente los trabajos de Kaser sobre la propiedad dividida (p. 38 nota 5).

(33) Vid. GROSSO-DEINA, *Le servitù*, p. 4; GROSSO, *Rec. de CAPOGROSSI, Ricerche*, p. 273; BRUDESE, *Considerazioni*, p. 506; GROSSO, *Le servitù*, pp. 3036; BRUDESE, *Rec. de GROSSO, Le servitù*, p. 100; BURDESE, *Servitù*, pp. 119-120; GROSSO, *Schemi*, pp. 245-246; CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 95, 106-107, 347-348, 350, 353.

(34) G. Inst. 3, 154, integrado con el fragmento del Gayo de Antinoe descubierto en el Cairo en 1933.

titular del fundo dominante, la porción de terreno apta para el paso o el canal de agua se configuraría como un paso "al fundo" o un acueducto "a través del fundo", mientras que para el titular del fundo sirviente se trataría de un paso o un acueducto "del fundo" (35). Este consorcio o concurso solidario creado entre ambos titulares sería, no obstante, diferente al "consortium erecto non cito", puesto que en el caso de las servidumbres estaríamos ante un objeto "perteneciente a dos diversos complejos" y habría también dos distintos poderes que recaen también sobre una misma cosa específica (36).

Por su parte, Capogrossi, moviéndose en ^{este} orden de ideas, manifiesta que, en un primer momento, las situaciones llamadas a ser resueltas mediante las servidumbres prediales configuradas como "iura in re aliena", serían solucionadas mediante la figura de las llamadas "viae communes" (37), cuya existencia, sin embargo, no está atestiguada por los escritos de los juristas, sino por los agrimensores y algunos documentos de la práctica (38). El carácter común de tales vías lo hace derivar Capogrossi de una decisión o actividad de los propietarios, los cuales ponen a disposición común parte de sus fondos, aunque no sepamos cuáles efectivamente fueron esas actividades de puesta en común ni su regulación jurídica (39). Fi

(35) GROSSO, Le servitù, pp. 30-31 y 34.

(36) GROSSO, Le servitù, p. 32; GROSSO, Schemi, p. 246

(37) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 63-64; 88; 100 y 252.

(38) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 36-64.

(39) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 107 y 114.

nalmente, en cuanto a la constitución del consorcio al que se refirió Grosso, Capogrossi intenta una identificación entre la "certa legis actio" mencionada en G.Inst. 3,154 y la "legis actio sacramento in rem" (40), afirmando la aptitud de ésta también para la tutela del consorcio (41).

Igualmente, estas construcciones tienen graves inconvenientes (42). En primer lugar, afirmar que el consorcio o el concurso solidario sobre el terreno necesario para el paso o el "rivus" es distinto del "consortium erecto non cito" (43) no significa conciliar el carácter de uno y otro. Al contrario, creemos que tal afirmación lo que hace es poner de manifiesto la imposibilidad de extrapolar los caracteres de una institución muy concreta, como el "consortium" testimoniado en G. Inst. 3, 154, a situaciones distintas y a supuestos de hecho diferentes, La situación creada por el "consortium" es muy específica: es una indivisión universal hereditaria en la que se encuentran los herederos a la muerte del "paterfamilias". El fragmento añade que cuando otros quieran constituir

(40) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 347 nota 2.

(41) CAPOGROSSI, La struttura II, p. 353.

(42) No tomanos en consideración la opinión de GARCÍA SÁNCHEZ, al afirmar que "...nos parece más admisible la idea avanzada por Grosso, según la cual se dio un estado de copertenencia sui generis entre los dos titulares de los fundos dominante y sirviente, sobre el trozo de paso o el rivus, y cuya relación nos es desconocida por la carencia de datos" (GARCÍA SÁNCHEZ, El origen, p. 53 y 69). Afirmer, por un lado el carácter sui generis de la copertenencia y, por otro, la ausencia de datos concretos sobre la misma es vaciar de todo contenido la argumentación de Grosso, aunque ésta, como podrá verse en el texto, puede ser blanco de objeciones.

(43) Vid. supra nota 36.

este tipo de sociedad "ad exemplum fratrum" lo pueden hacer mediante una "certa legis actio". Pero en todo caso, y esto es lo que aquí importa, la situación creada es la de indivisión universal. Una situación de copertenencia en base al esquema del "consortium" sobre el terreno apto para el paso o el canal de agua significaría un consorcio sobre un bien individual y particularmente designado, lo que contradice el carácter de indivisión universal propio del "consortium ercto non cito". Significa, en suma, que una cosa está sometida a dos poderes distintos, el del propietario del fundo sirviente y el del propietario del fundo dominante, cuando lo característico del "consortium" es la existencia de un solo poder (44).

Respecto a las formas de constitución, sabemos que las antiguas servidumbres rústicas se constituían por "mancipatio" e "in iure cessio" (45). Que la "certa legis actio" a que alude G. Inst. 3,154 para constituir el consorcio voluntario a semejanza del constituido automáticamente a la muerte del "paterfamilias" pueda ser la "in iure cessio", es algo que puede mantenerse en vía de hipótesis (46), pero de lo que estamos seguros es de que el fragmento de Antinoe no menciona la "mancipatio" como negocio apto para crear el "consortium" (47).

(44) CORBINO, Ricerche, p. 35 nota 106.

(45) G.Inst. 2,29.

(46) TORRENT, Consortium, p. 501; CAPOGROSSI, La struttura II, p. 347.

(47) BRETONE, La nozione I, pp. 34-35; FRANCIOSI, Studi, p. 85; CORBINO, Ricerche, p. 36; TORRENT, El origen, p. 262; incluso Burdese, que se mueve dentro de los esquemas de la co propiedad mantenidos por Grosso, admite la inaptabilidad de la mancipatio para la constitución del concurso solidario,

A las anteriores consideraciones cabe sumar el hecho de que parece probado que el único concurso solidario existente en esta época primitiva es justamente el "consortium erecto non cito" a que alude Gayo. Fuera de esta figura, no parece conocerse otra situación de concurso solidario (48).

Finalmente, creemos que mantener la existencia de una copertenencia o copropiedad, independientemente de si ésta debe o no reconducirse a la figura del "consortium", necesitaría un más sólido apoyo en las fuentes. Baste recordar en este sentido que tan sólo se suele citar un fragmento de Paulo, concretamente D. 43.21.2, para defender la existencia de un condominio (49). Sería, por tanto, un único texto, un "tenuíssimo indizio", en palabras de Bretono (50), dentro de toda la compilación, del que incluso cabría pensar, si son ciertas las afirmaciones de Corbino, que sea extraño a la configuración dogmática de las servidumbres (51).

Respecto a las "viae" comunes a que alude Capogrossi (52), no debemos olvidar su inexistencia dentro de la Compilación, así como la nebulosa en torno a las formas a través de las cuales tales "viae" adquieren el carácter de comunes (53).

aunque ello no suponga para él grave inconveniente a la hora de adherirse a la posición de Grosso (BURBESE, Considerazioni, pp. 504 y 506).

(48) FRANCIOSI, Studi, p. 85; GARCÍA SANCHEZ, El origen, p. 51.

(49) CAPOGROSSI, Ricerche, p. 53 nota 94; GROSSO, Le servitù, p. 32 nota 7; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 108 nota 136, 209 nota 24, 252 nota 11.

(50) BRETONO, La nozione I, p. 34 nota 44.

(51) CORBINO, Ricerche, p. 34 nota 106.

(52) vid. supra p. 24 y nota 37.

(53) vid. supra p. 24 y nota 39.

A la vista de las objeciones que cabe oponer a las construcciones examinadas y tal como anunciábamos con anterioridad, nos inclinamos a pensar que las primitivas servidumbres se configuraron en términos de pertenencia exclusiva por parte del propietario del fundo dominante, con exclusión de cualquier otro. Creemos que este planteamiento puede apoyarse en las siguientes consideraciones:

a) en primer lugar, mantener la pertenencia exclusiva del trozo de terreno para el paso o del "rivus" obtiene una más sólida base en las fuentes que mantener el condominio y, sobre todo, que mantener una propiedad funcionalmente dividida. La terminología a la que nos hemos referido con anterioridad con anterioridad (54) no suministra datos que nos hagan pensar en más de un propietario de la franja de terreno o del canal de agua. Las dos alternativas son o la pertenencia a un sujeto o la atribución al mismo de un "ius in re aliena". Pero en este segundo caso ya no nos encontramos en el terreno de la pertenencia.

b) mantener la pertenencia exclusiva del titular del fundo dominante es, además, más acorde con la mentalidad primitiva sobre la propiedad, caracterizada por el esquema de la "potestas" y por el de la simple referencia del "meum esse" a los objetos. Creemos que el más efectivo aprovechamiento del terreno o del agua se consiguen mejor mediante la atribución de la pertenencia con carácter exclusivo al titular del fundo

(54) vid. supra p. 16 nota 13.

dominante, de igual manera que cuando se forme el concepto de propiedad, ese efectivo aprovechamiento se consigue acudiendo a la categoría de los "iura in re aliena". Imaginémonos, finalmente, los inconvenientes prácticos que se derivarían del hecho de que uno de los miembros del "consortium" hiciese uso de las facultades reconocidas en G. Inst. 3,154 (55).

La última cuestión referente a estos problemas generales de origen atañe a la caracterización jurídica de la pertenencia de la que venimos hablando. En efecto, hemos dicho que al titular del fundo dominante le corresponde la pertenencia del terreno para el paso o del canal de agua sobre los que se ejercitarían las servidumbres, pero falta ahora saber el fundamento jurídico de la misma. Se trata de saber a qué esquema, "manipium", o más genéricamente "potestas", o "dominium", correspondió esa primitiva noción de pertenencia. A menos que admitamos que antes de la aparición del concepto técnico de "dominium" hubo formas de atribución de una cosa a un sujeto aptas para significar un derecho de propiedad (56), la respuesta a esta pregunta creemos que es tajante, y en ello seguimos el planteamiento de Franciosi, al afirmar que constituye un anacronismo el explicar las antiguas servidumbres en términos de dominio, porque significaría aplicar los esquemas de una

(55) Quizá es esto podría consistir la especialidad del "consortium" en tema de servidumbres. Sin embargo, los autores partidarios de la copertenencia nunca argumentaron de tal modo. Defienden la pertenencia exclusiva BRETONE, La nozione I, pp. 32-33; FRANCIOSI, Studi, pp.19,95,99; TORELLI, El origen p. 273; KOUWENBERG, Servitude, p. 294.

(56) Esto es lo ha tratado de demostrar CALOGROSSI, La struttura I, passim y que ya había anunciado en su Ricerche, p. 193, nota 316.

institución que nace tardíamente a situaciones anteriores(57). La pertenencia del trozo de terreno o del canal de agua no se puede, por tanto, corresponder con el dominium porque tal no ción es desconocida para la mentalidad primitiva (58). De aquí que debamos concluir que la pertenencia de la franja de terreno o del canal de agua haya de reconducirse al esquema del "mancipium" o de la "potestas" y que las primitivas servi dumbres posiblemente se configuraron como manifestaciones de ese poder indiferenciado del "paterfamilias" sobre el terre no o el "rivus" necesarios para satisfacer las necesidades que más tarde se solucionarían mediante las servidumbres prediales, ya concebidas como "iura in re aliena" (59).

Nos referiremos con más detenimiento a algunas de estas cuestiones de orígenes cuando estudiemos las diferentes clases de servidumbres en la sistemática clásica.

Finalicemos este apartado advirtiéndole que si no nos hemos referido hasta el momento a las servidumbres urbanas se debe a que, además de ser más recientes en el tiempo, son irre

(57) FRACIOSI, Studi, p. 18; en igual sentido, TORRENT, El origen, p. 269 y 273.

(58) El término aparece por primera vez en D. 8.3.30. Vid. lo que diremos en el cap. II de esta primera parte.

(59) BRETONE, La nozione I, p.26 y p.26 nota 14; FRACIOSI, Studi, p. 65; TORRENT, El origen, p. 276; Incluso autores como Grosso que se mueven en el terreno de la copertenencia para explicar el origen de las antiguas servidumbres, refieren la situación de copropiedad al antiguo poder indiferenciado del "mancipium" (GROSSO, Le servitù, p. 30)

ductibles del esquema de la pertenencia, al no poderse aislar con precisión un objeto material sobre el que recaiga el poderío (60) y, por esta razón, presentan una problemática distinta. En las servidumbres rústicas es posible objetivizar el terreno apto para el paso, el canal de agua o el agua; no ocurre así, por ejemplo, en las servidumbres de desagüe o en las que imponen al fundo vecino la obligación de no edificar hasta una cierta altura, salvo que pensemos que objeto de la pertenencia, esto es, objeto materialmente individualizado, es todo el fundo sirviente.

CAPÍTULO II. La superación de la antigua concepción y la configuración de las servidumbres como "iura in re aliena". La formación del concepto de "servitus".

Pretendemos en este capítulo determinar el momento en que el esquema trazado anteriormente de las servidumbres como pertenencia u objeto de "potestas" decae para dar paso a su construcción como "iura in re aliena".

Presumiblemente, la configuración de las servidumbres como verdaderos "iura in re aliena" y la paralela afirmación de un "ius praedii" se hayan debido al papel jugado por la

(60) BLONDI, *Le servitù*, p.40; FRANCIOSI, *Studi*, pp. 95 y 202; BURDESE, *Considerazioni*, pp. 523-524; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, p. 59.

aparición de las servidumbres urbanas (61), como consecuencia de la irreductibilidad de éstas al esquema de la pertenencia. De aquí que resulte importante determinar el momento de la aparición de esta clase de servidumbres. En este sentido, los presupuestos fácticos (crecimiento demográfico, desarrollo urbanístico, revolución en las técnicas arquitectónicas, etc) que están en la base de las nuevas exigencias, se suelen colocar a finales del siglo III a.C., con la segunda guerra púnica (62). Es a partir de este momento cuando asistimos, por un lado, a un inicial alejamiento de las primitivas servidumbres rústicas, a las que se hizo referencia anteriormente, del esquema de la pertenencia y, por otro, a la afirmación de otros derechos autónomos nacidos como consecuencia de las nuevas exigencias urbanas. El resultado de este proceso es que ya hacia la mitad del siglo II a.C. se conocen las servidumbres, tanto rústicas como urbanas, configuradas como "iura in re aliena" y extrañas al esquema de la pertenencia. Así se deduce del hecho de que ya P. Mucio Scevola (cónsul en 133 a.C.) conociese, según noticia de Cicerón (63), la "servitus proiciendi", y de Q. Mucio Scevola, el Pontífice, (cónsul en 95 a.C.

(61) BIONDI, *Le servitù*, pp. 39-40; FRANCIOSI, *Studi*, pp. 185, 202, 205; GROSSO, *Le servitù*, pp. 49-54; BURDESE, *Servitù*, pp. 120-121; D'ORS, *DPR*, 217 nota 11; CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 280, 286.

(62) FRANCIOSI, *Studi*, pp. 193, 195, 205; CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 286-307.

(63) *Cic.*, *Topica*, 4,24:..."Quoniam P.Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietes communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, ad tibi ius videri. Citamos por la edición de Oxford preparada por Wilkins; los datos concretos pueden verse en el elenco de fuentes.

y muerto en el 82 a.C.) conociese perfectamente las servidumbres en su configuración de "iura in re aliena" (64). Y, evidentemente, juristas posteriores como Labeón (muerto en 22 d. C.) tienen ya superada la antigua concepción de la pertenencia (65).

Este proceso de afirmación de las servidumbres como "iura in re aliena" es posible que haya sido paralelo al proceso de fragmentación del antiguo poder indiferenciado del "paterfamilias", de la "potestas" del pater (66) y contemporáneo a la formación del "dominium" (67). En efecto, si bien es hoy opinión dominante que la primera manifestación del término "dominium" en las fuentes aparece con Alfenio Varo, cónsul en 39 a.C., en D. 8.3.30, precisamente en materia de servidumbres (68), es posible que el término fuese ya utilizado por Servio, cónsul en 51 a.C., y, en todo caso, no sería más que la primera manifestación a nivel lingüístico de un concepto que quizá ya fuese utilizado y conocido por la jurisprudencia del siglo II con significado técnico (69). Si ello es así, el siglo II a. C. sería, por tanto, el momento de aparición del "dominium" y el de la afirmación, según los datos textuales señalados,

(64) D. 8 .1.13; D. 8.2.7; D. 8.3.15; D.18.1.66 pr. D. 21.2.75.

(65) Así, D. 8.1.20, donde al negar la "traditio" de la "via aut aliquid ius fundi", Labeón se aleja de la concepción materialística de tales derechos.

(66) FRANCIOSI, Studi, p. 206; GROSSO, Le servitù, p.48.

(67) FRANCIOSI, Studi, p. 25.

(68) CAPOGROSSI, La struttura I, pp. 479 y 493.

(69) TORRENT, El origen, pp. 268 y 272.

de las servidumbres prediales como "iura in re aliena" (70).

Hemos dicho con anterioridad que, probablemente, la configuración de las servidumbres como verdaderos derechos en cosa ajena se haya debido a la aparición de las servidumbres urbanas, dada la imposibilidad de encuadrarlas en el esquema de la pertenencia. Ello, sin embargo, no quiere decir que desde las primeras manifestaciones de las exigencias materiales que están en la base de este tipo de servidumbres se haya acuñado directamente por la jurisprudencia el concepto de "ius in re aliena" (71). Es posible que el primer planteamiento de la práctica haya sido acudir a acuerdos convencionales sin efecto real (72), planteamiento dentro del cual habrían jugado gran importancia las "leges mancipi" en el momento de enajenación de los fundos (73) y por las cuales se aseguraba el derecho del propietario de un fundo a ejercer ciertas inmisiones sobre otro fundo (74). Como dice Franciosi, mediante este expediente se aseguraba únicamente la "predialidad" de la relación, esto es, se aseguraba que la relación se establecía entre fundos (75).

(70) Vid. BURDESE, Considerazioni, pp. 512-513, quien establece un período que va desde el siglo III a.C. al siglo I a.C. como plazo durante el cual se formarían el dominio y los distintos "iura in re aliena".

(71) FRANCIOSI, Studi, pp. 201-202.

(72) FRANCIOSI, Studi, p. 206.

(73) FRANCIOSI, Studi, p. 208; GROSSO, Le servitù, p. 50.

(74) Así, D. 8.2.17.3; D. 8.2.23 pr.; D. 8.2.33; D. 8.

4.6. pr.

(75) FRANCIOSI, Studi, pp. 208 y 211-212.

Pues bien, es durante el curso del siglo II a.C., en un proceso de reflexión jurisprudencial que culmina en los últimos tiempos de la República y que recae sobre dos complejos de situaciones, de un lado, las desenvueltas y establecidas en el ámbito agrícola, y en virtud de las cuales un fundo se procuraba un paso o conducía agua a través de otro, y de otro, las nacidas al amparo de las nuevas necesidades urbanas, en virtud de las cuales un edificio adquiriría el derecho de ejercer ciertas inmisiones sobre otro, cuando se abstraen los caracteres comunes de ambas relaciones y se comienza a hablar de "ius praedii", de "iura praediorum", categoría compuesta de dos distintas clases de derechos: los "iura praediorum rusticorum" y los "iura praediorum urbanorum", que al ser "derechos de los predios" están significando el lado activo de la relación. Esta denominación de "iura praediorum" parece ser la primera y originaria terminología técnica alusoria a las servidumbres ya configuradas como "iura in re aliena". Así parece deducirse de G. Inst. 2,14 e Inst. 2.1.2-3, donde después de hablar de los derechos de los predios rústicos y urbanos, se dice que tales derechos "servitutes vocantur", lo que indica relación de posterioridad de una terminología respecto de la otra, y de D. 8.2.2 y D. 8.2.6, donde Gayo, para referirse a las servidumbres utiliza únicamente la terminología de "iura praediorum" (76).

Según estos datos textuales, las distintas servidumbres

(76) FRANCIOSI, Studi, p. 214 nota 134; GROSSO, Le servitù, pp. 13 y 53.

prediales, ya configuradas como "iura in re aliena", vienen individualizadas y denominadas como distintos "iura": "ius altius non tollendi", "ius stillicidii", "ius aquae ducendae", etc. (77).

También según los mismos datos textuales, el término "servitus" -o el de "servitutes praediorum"- es, como hemos dicho, posterior a la denominación "iura praediorum". Es una fase ulterior en el proceso de reflexión jurídica a través de las distintas clases de "iura", proceso que culmina en los primeros tiempos del Principado, lo que provoca el nacimiento de la idea de un fundo que sirve a otro, destacándose, al contrario de lo que ocurre con la terminología "iura praediorum", el lado pasivo o de sometimiento de la relación. Surgen así las locuciones "praedium servire", "aedes servire", y similares (78), a través de las cuales se acuña el concepto de "servitus".

El proceso lógico de los textos en donde aparecen tales

(77) Terminología que es frecuente en otros textos de la Compilación: D. 8.2.21; D. 8.3.5; D.8.3.11; D.8.5.20 pr.; D. 8.3.25; D.8.3.31; D. 8.3.34 pr.; D. 8.5.4 pr.; D.8.5.4.8; D. 8.5.9.pr.; D. 8.5.17 pr.; D. 8.5.18; D. 8.6.8 pr.; D. 8.6.16, por citar algunos ejemplos.

(78) D. 8.1.8.1; D. 8.2.6; D. 8.2.9; D. 8.2.21; D. 8.2.25.1; D. 8.2.30 pr.; D. 8.2.30.1; D.8.2.32 pr.; D. 8.2.33.; D. 8.2.34; D. 8.3.7.1; D. 8.3.13.1; D. 8.3. 23.2; D. 8. 3.27; D. 8.3.55.1; D. 8.3.34 pr.; D. 8.4.3; D.8.4.6 pr.; D. 8.4.6.3a; D. 8.4.9; D.8.4.12; D.8.4.15; D. 8.5.17.1; D. 8.6.13; D. 39.3.2. pr.; D.39.3.2.10. Vid. FRANCIOSI, Studi, p. 210; GROSSO, Le servitù, p. 13; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 516-550.

locuciones (78 bis) suele ser siempre el mismo: después de afirmarse que existe un predio o un edificio que sirve a otro, dándose ciertas condiciones y ciertos supuestos de hecho, si gue la solución jurisprudencial, afirmativa o negativa, sobre la existencia o no de una "servitus". Veámos algunos ejemplos:

	<u>supuesto</u> <u>fáctico</u>	<u>solución</u> <u>jurisprudencial</u>
D. 8.1.8.1.....	si praedium tuum mihi serviat.....	servitus retinetur.
D. 8.2.6.....	veluti si aedes tuae aedibus meis serviant.....	retineo servitatem
D. 8.2.30 pr. ..	si quis aedes, quae suis aedibus servirent.....	servitus est.
D. 8.2.30.1.....	si praedia mea praediis tuis serviant.....	manebit servitus.
D. 8.3.27.....	si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sem- pronianus.....	servitus extinguitur.
D. 8.5.27.....	si proprio meo fundo et proprio tuo idem serviat....	manebit servitus.
D. 8.4.6 pr. ...	duas...aedes simul tra- dendo non potest effice- re alteras alteris ser- vas.....	servitatem neque impone- re potest.

(78 bis) vid. supra nota 78, p. 36.

supuesto
fáctico

solución
jurisprudencial

D. 8.4.12..... cum fundus fundo servit..... servitutes sequuntur (79).

Como conclusión de este proceso que va desde los orígenes, en que las servidumbres se conciben en términos de pertenencia, pasando por la configuración de éstas como "iura in re aliena", hasta la afirmación del más tardío concepto de "servitus", creemos que puede ofrecerse el siguiente esquema:

1. Orígenes: pertenencia del "iter", "actus", "via" y "rivus" (antiguas servidumbres de paso y agua).
2. Finales del s. III a.C.-inicios del S. II a.C.: condiciones materiales y nuevas exigencias del desarrollo urbanístico que determinan la aparición de nuevos derechos en el ámbito ciudadano (servidumbres urbanas: acuerdos convencionales sin efecto real; leges mancipi).
3. Mitad del s. II a.C.: "ius eundi", "ius agendi", "ius aquae ducendae", "ius stillicidii", etc = "iura praediorum" = "iura praediorum rusticorum" + "iura praediorum urbanorum".

(79) Naturalmente, entre el supuesto fáctico, un fundo

4. Mitad del s. I a.C.- primer $\frac{1}{4}$ del s. I d.C.: "Servitutes" o "servitutes praediorum" a través de las nociones de "praedium servire", "aedes servire", "locus servire", etc.

CAPÍTULO III. La sistemática clásica.

Ahora que ya sabemos cuál fue el origen y posterior evolución de las servidumbres, estamos en condiciones de analizar cuál fue el desenvolvimiento de nuestra institución en la época clásica en sus diferentes aspectos (80).

A) Concepto.

Un concepto de lo que sea servidumbre predial en Derecho romano no puede obtenerse sino por un proceso de abstracción de los distintos tipos. Los romanos nunca formularon una definición o un concepto general de servidumbre (81). La "servitus", de cuya formación nos hemos ocupado en el capítulo anterior, es una imagen que expresa un concepto (82), pero no es

sirve a otro, y la solución jurisprudencial se han omitido palabras del texto, que normalmente aluden a las demás condiciones que determinan la solución jurídica.

(80) En cuanto al orden expositivo, seguiremos, en líneas generales, el propuesto por KASER I, pp. 440-447.

(81) BIONDI, Le servitù, pp. 46, 103; GROSSO, Le servitù, p. 77; FUENTESECA, DPR, p. 136.

(82) GROSSO, Le servitù, p. 77.

el concepto mismo de servidumbre. Es una imagen, al igual que las expresiones "praedium servire" y "aedes servire", que designa un estado de sujeción de un fundo a otro, estado de sujeción que es la idea fundamental de la noción de servidumbre. Esta, sin embargo, nunca fue formulada por la jurisprudencia romana. Como hemos visto anteriormente, los juristas, a lo sumo, constatan que, dándose ciertas condiciones y supuestos de hecho, una situación es servidumbre. Pero nunca proceden del modo contrario: nunca se encuentra en los juristas una expresión parecida a "la servidumbre es todo derecho que..." o una definición similar a la que se hace del usufructo (83).

Lo que sea servidumbre debe, pues, abstraerse a partir de figuras concretas. De la contemplación de las distintas figuras podemos concluir que las servidumbres consisten en una especial posición jurídica de dos fundos pertenecientes a distinto propietario, en virtud de la cual uno de estos propietarios debe tolerar ciertas inmisiones, acciones o comportamientos provenientes del otro, o debe abstenerse de hacer algo que, de no existir servidumbre, podría hacer en ejercicio de su derecho de propiedad (84). Quien debe tolerar las inmisiones y abstenerse de hacer algo es el propietario del fundo sirviente. Quien puede ejercer las inmisiones y exigir la abstención del otro propietario es el propietario del fundo dominante. Tolerar y abstenerse de realizar una conducta es lo que se puede exigir del titular del fundo gravado con una servidumbre. Co-

(83) D. 7.1.1 = Inst.2,4 pr.

(84) KASER I, p. 440; ARANGIO-RUIZ, Istituzioni, p.234

mo dicen las fuentes, "servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis,..., sed aut aliquid patiatur aut non faciat" (85). Una conducta activa, un "facere", no puede constituir nunca el contenido de una servidumbre (86).

Pero hemos comenzado diciendo que las servidumbres implican una posición especial de dos fundos. En efecto, este es el borne sobre el que gira la noción de servidumbre. Los derechos y obligaciones correspondientes a los distintos propietarios de los diversos fundos no son más que consecuencia de una situación objetiva: un fundo que sirve a otro. Lo determinante es el estado de sujeción de un fundo a otro (87), la vinculación del fundo sirviente al dominante que, por su carácter de permanencia, conforma un "status" de los fundos similar al "Status personarum" (88).

La misma terminología utilizada por las fuentes indica que el punto de inflexión no se coloca sobre las personas, pese a que éstas sean los sujetos de la relación jurídica, sino sobre los fundos. Así, la terminología "iura praediorum", contemplando la relación desde el punto de vista activo, indica el derecho de un predio sobre otro; lo mismo ocurre con la terminología "servitutes praediorum", pero contemplando la relación desde el punto de vista del sometimiento, del estado de

(85) D. 8.1.15.1

(86) KASER I, p. 443; VILLERS, Rome, p. 298. Más tarde trataremos de la adecuación de este principio con la existencia de una "servitus oneris ferendi".

(87) BIONDI, Le servitù, p. 90; GROSSO, Le servitù, pp. 77-79.

(88) FUENTESECA, DPR, p. 136

servicio.

El hecho de constituir la servidumbre una situación objetiva del fundo (89) hace posible que podamos referirnos a ella, en cuanto a su contenido, sin alusión a elementos personales. En esta línea está la definición de d'Ors de las servidumbres, al caracterizarlas como "ciertos derechos reales que los propietarios de predios vecinos pueden establecer voluntariamente para que un predio (llamado sirviente) sirva a otro (llamado dominante), de manera permanente, la ventaja directa de un uso limitado" (90), definición que resalta la vinculación de un fundo a otro y no la posición de las personas, con independencia de que sean éstas quienes constituyen el derecho real.

De la concepción de las servidumbres prediales como situación objetiva entre fundos, como "status"funduario, derivan, además, ciertos planteamientos jurisprudenciales que ayudan a comprender la noción de nuestra institución:

1. la consideración de las servidumbres prediales como "qualitas fundi" (91).

2. la imposibilidad de constitución de las servidumbres prediales si no es entre predios (92). La existencia de dos

(89) BIONDI, *Le servitù*, p. 98

(90) D'ORS, *DPR*, p. 213.

(91) D. 50.16.86. Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 93; GROSSO, *Le servitù*, p. 78; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, p. 234.

(92) L. 8.4.1.1 : *Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Igual en Inst. 2.3.3.*

fundos, uno sirviente y otro dominante, es requisito para la existencia de servidumbre (93).

3. la imposibilidad de que las servidumbres tengan por objeto algo extraño a las necesidades del fundo dominante, como, por ejemplo, un placer personal del propietario (94).

Si desde el punto de vista jurídico las servidumbres constituyen un "ius in re aliena" (95) que implica un estado de servicio permanente de un fundo a otro, desde el punto de vista económico-patrimonial implican un aumento y una disminución para cada respectivo fundo (96). Suponen, para el titular del fundo dominante, un incremento patrimonial que se corresponde con una ampliación de sus facultades jurídica. Para el titular del fundo sirviente, la disminución económica se corresponde con una disminución de las facultades propias del derecho de propiedad que, de no existir servidumbre, serían plenas (97).

Una última consideración en torno a la noción de servidumbre. Hemos dicho anteriormente que los romanos no formularon un concepto general de servidumbre. Ello nos lleva a la afirmación de otra característica propia de esta institución:

(93) SOLAZZI, Requisiti, p. 79.

(94) D. 8.1.8. pr.: ut pomum decerpere liceat et ut spatiare et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

(95) El término "ius in re aliena", sin embargo, no es romano. Vid. BIONDI, Le servitù, p. 10; GROSSO, Le servitù, p.3.

(96) D. 39.1.5.9.

(97) BIONDI, Le servitù, pp. 91-92.

la tipicidad. Las servidumbres en Derecho romano son siempre típicas. Quiere ello decir que no existe una categoría general, sino unas cuantas figuras concretas de servidumbres con un contenido específico y tipificado (98). Los distintos tipos de servidumbres, con su contenido típico, pueden ser infinitos, por cuanto el elenco de figuras no es cerrado, pudiéndose crear otras nuevas con un contenido concreto (99), pero nunca por extensión de una categoría general ni formando parte de ella. Prueba de este carácter típico de las servidumbres es que la jurisprudencia y los juristas se refieren a las servidumbres individualizando cada una de ellas por su contenido y enumerándolas una por una sin acudir a un concepto general (100).

Finalmente, prueba del carácter típico es la existencia del "modus servitutis" (101), mediante el cual se modifica por las partes el contenido de la servidumbre, aunque no se altere el tipo (102). La posibilidad de que las partes modifiquen voluntariamente el contenido típico de una servidumbre

(98) BIONDI, *Le servitù*, pp. 43-44; FRANCIOSI, *Studi*, p. 183; GROSSI, *Le situazioni*, p. 24; GROSSO, *Le servitù*, pp. 61, 63-64; 66, 73, 159; BURDESE, *Servitù*, p. 121; En contra, JÜRSKUNKEL, *DPR*, p. 206 nota 1 del párrafo 82 y SOLAZZI, *Requisiti*, p. 6.

(99) BIONDI, *Le servitù*, pp. 45-46; SCHULZ, *Derecho*, p. 376.

(100) G. *Inst.* 2,14; D. 8.2.2; D. 8.3.1 pr. y 1; D. 8.4.16; *Inst.* 2.3 pr., 1 y 2. Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 44; FRANCIOSI, *Studi*, p. 183.

(101) D. 8.1.4.1 y 2; D.8.1.5.1; D. 8.5.6.5; D. 8.6.7; D. 43.19.3.14. Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 50; GROSSO, *Le servitù*, p. 160.

(102) BINDI, *Le servitù*, p. 51.

estableciendo, por ejemplo, con qué clase de carro se puede pasar, si se puede pasar en todo tiempo, si se puede conducir agua en cualquier estación del año, etc., no tendría sentido en un sistema en el que se hubiese formulado una categoría general (103). Es justamente porque las servidumbres son típicas, porque tienen un contenido específico, por lo que, para adecuar el tipo a las necesidades concretas de los fundos, se introduce el "modus", que actúa como correctivo, de contenido variable y voluntariamente aceptado por las partes, de los estrechos límites a los que constrine la tipicidad (104).

B) Clases.

La "summa divisio" de las servidumbres en Derecho romano es la ^{de}"servitutes (o "iura") praediorum rusticorum" y "servitutes (o iura) praediorum urbanorum" (105). Sin embargo, en los textos en donde se contraponen una y otra clase de servidumbre o en donde se citan los distintos tipos de cada una de las categorías, no se expresa el criterio de distinción (106). Es posible que, originariamente, cuando los distintos tipos de servidumbre no estuviesen incluidos en ninguna de las dos categorías a que nos hemos referido, el criterio de distinción hubiese sido el topográfico (107), de acuer

(103) GROSSO, Le servitù, p. 162.

(104) BIONDI, Le servitù, p. 51; GROSSO, Le servitù, p. 162.

(105) La calificación de servidumbres "rusticae" o "urbanae" es poco utilizada por las fuentes: D. 8.5.1 y D. 43.19.1.1. Vid. GROSSO, Le servitù, p. 170.

(106) G. Inst. 2,14; Ulp. 19,1; D. 8.1.1; D. 8.2.2; D. 8.3.1 pr.-1;

(107) GROSSO, Le servitù, p. 167.

do con el cual las servidumbres se calificarían de rústicas o urbanas en atención a su lugar o situación, esto es, el campo o la ciudad.

Pero a falta de un criterio explícitamente expresado por la jurisprudencia, y desechado el "locus" como punto de referencia de lo que sea predio rústico o urbano (108), hoy se mantiene que la distinción debe hacerse no en atención al lugar o situación, ni en atención a la condición de rústico o urbano del fundo a favor del cual está constituida la servidumbre (109), sino en atención a la finalidad y estructura de la servidumbre, es decir, de acuerdo con el fin que persigue y la función que cumple (110). Servidumbres rústicas, según este planteamiento, son aquellas que satisfacen necesidades agrícolas y facilitan la producción del fundo; servidumbres urbanas, si se tienen en cuenta los tipos que se conocen de ellas, son las que satisfacen exigencias ciudadanas y procuran o aumentan las condiciones de habitabilidad. Pero mientras las primeras sólo necesitan la existencia de un terreno para, por ejemplo, pasar o conducir agua, las segundas implican la existencia de edificios (111). Sin embargo, aun cuando la ju

(108) D. 50.16.198: ...urbanorum praediorum non locus facit, sed materia.

(109) Este parece ser el criterio de Neracio en D. 8.3. 2 pr., al incluir servidumbres típicamente urbanas, como la "altius tollendi", dentro del grupo de las "servitutes rusticorum praediorum".

(110) BIONDI, Le servitù, pp. 208-210; KASERL, p. 441 y p. 441 nota 10; BONFANTE, Corso III, pp. 47-48.

(111) BIONDI, Le servitù, p. 209.

risprudencia se encargue de equiparar y asimilar el predio urbano al edificio (112), lo que interesa retener es que la localización topográfica de éste es irrelevante a efectos de su calificación como predio urbano (113). La diferenciación de las servidumbres por su función y estructura y no por su localización rústica o urbana excluye la posibilidad de que éstas sean consideradas de una u otra clase sólo en atención a la cualidad rústica o urbana del fundo sirviente o dominante (114). Si ello fuera así, bastaría con distinguir, como señala Biondi, entre predios rústicos y urbanos (115).

Otra distinción que el Derecho romano hace es la de servidumbres "in solo" y servidumbres "in superficie" (116). Esta distinción no se corresponde con la de rústicas y urbanas (117). En el Derecho romano clásico, en virtud del principio "superficies solo cedit", la "superficies" no es jurídicamente separable del suelo. En consecuencia, no puede haber servidumbres que graven únicamente la "superficies" y todas, por así decirlo, "in solo consistunt", esto es, se constituyen sobre el suelo. La distinción, pues, debe tener otro sentido. Es posible que se refiera al ejercicio de las distintas ser-

(112) D. 8.4.1 pr.: aedificia urbana praedia appellamus; D. 50.16.198: urbana praedia omnia aedificia accipimus.

(113) D. 8.4.1 pr.:...etsi in villa aedificis sunt; D. 50.16.198:...non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis.

(114) BIONDI, Le servitù, p. 209; GROSSO, Le servitù, p. 170.

(115) BIONDI, Le servitù, p. 209.

(116) D. 8.1.3; D. 8.2.20.

(117) BIONDI, Le servitù, p. 219.

vidumbres. Así, habría unas servidumbres cuyo ejercicio se circunscribe al suelo y otras cuyo ejercicio se circunscribe a la superficies. Lo que ocurre es que estas últimas son especialmente las servidumbres urbanas (118).

Pasemos ahora al examen de las distintas clases de servidumbres rústicas y urbanas.

1. Rústicas.

a) "iter", "actus" y "via".

Analizaremos estas tres servidumbres conjuntamente por ser todas ellas referentes a una misma facultad: el paso. El problema fundamental que presentan estas tres servidumbres es el de su diferenciación entre sí. Sabemos que todas implican, genéricamente, para el titular del predio dominante el paso a través del predio sirviente. Lo que no está claro o, al menos, no estuvo siempre claro, es la clase de paso en que específicamente consiste cada una. No olvidemos que las servidumbres son típicas y tienen un contenido concreto en Derecho romano. De aquí, que determinar el tipo no sea una cuestión baladí para su correcta diferenciación.

Para esta tarea quizá sea conveniente volver sobre algunas de las consideraciones en torno a los orígenes, teniendo

(118) Sobre esta última distinción entre servidumbres "in solo" e "in superficie", vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 213-219; GROSSO, *Le servitù*, pp. 173-174.

como telón de fondo las afirmaciones hechas en el capítulo primero de esta primera parte.

Intentos de diferenciación entre las diversas clases de servidumbres los encontramos en varios textos del Digesto:

Pomponio libro cuarto decimo ad Q. Mucium, D. 8.1.13: Si tam angusti loci demonstratio ne facta via concessa fuerit, ut neque vehi culum neque iumentum ea inire possit iter magis quam via aut actus adquisitus videbitur: sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur adquisitus.

Ulp. D. 8.3.1 pr.: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi <et ambulandi> (119): nam et iter et actum in se via continet.

Paulo D. 8.3.7 pr.: Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur: iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plostrum ducere et iumenta agere potest. Sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est: quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent: plerique et trahendi quoque et rectam hastam ferendi, si modo fructus non laedat.

Modestino D. 8.3.12: Inter actum et iter non nulla est differentia: iter est enim, qua quis pedes vel eques commeari potest, actus vero, ubi et armenta traicere et vehiculum ducere liceat.

(119) Interpolado según la edición crítica del Corpus de Mommsen-Krüger.

La intención de diferenciar entre cada clase de servidumbre parece menos patente en otros textos, pero de su lectura pueden extraerse criterios para individualizar su contenido:

Paulo D. 8.3.23 pr.: via constitui vel latior octo pedibus vel angustior potest, ut tamen ea latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alicquin iter erit, non via.

Marcelo D. 8.6.11 pr.: Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur...

Evidentemente, los textos, que hemos citado por el orden en que aparecen en el Digesto, es necesario colocarlos en su momento histórico preciso, según el jurista al que supuestamente pertenecen. Sólo así comprenderemos la evolución de las tres figuras de servidumbre de paso que estamos analizando.

De la lectura de los textos traídos a colación surgen inmediatamente dudas sobre la caracterización de las distintas servidumbres: ¿el uso de caballo es privativo del "actus" o también es propio del "iter"? ¿el uso de vehículos y carros es propio de la "via" o lo es también del "actus"? ¿contiene el "actus" las facultades del "iter"?, etc.

Para responder a estas preguntas, como hemos indicado anteriormente, es preciso acometer el problema desde las cuestiones de orígenes. La respuesta que obtengamos al final no será

sino el resultado de un complejo proceso histórico.

Como se recordará, las antiguas servidumbres rústicas -las tres de paso que estamos analizando y el acueducto- se configuraban en términos de pertenencia. Para las servidumbres de paso, ello implica la pertenencia del terreno sobre el cual se ejercitaba la servidumbre. ¿Cómo se distinguían en un primer momento el "iter", el "actus" y la "via"? Acogemos aquí la opinión de Franciosi (120), secundada por Grosso (121) y Kaser (122) de que las distintas servidumbres de paso se diferenciaban en un primer momento por su distinta amplitud en términos mensurarios o geométricos. La pertenencia del "paterfamilias" recaería sobre distintos tramos ~~de cada uno de ellos con una amplitud determinada~~ cada uno de ellos con una amplitud determinada: el "iter" sería un sendero apto para el paso a pie de dos pies de ancho normalmente; el "actus" sería un sendero apto para el paso con animales, de cuatro pies de ancho; y la vía sería el trazado más amplio, de ocho pies en línea recta y dieciséis en las curvas, a través del cual sería posible pasar con carros y vehículos (123). Pues bien, la necesidad de atribuir, en un pri

(120) FRANCIOSI, Studi, p. 95.

(121) GROSSO, Le servitù, pp. 25-26.

(122) KASER J, p. 441 notas 14 y 15. Últimamente, TORRENT, El origen, p. 269, cita a Franciosi en este punto, sin más especificaciones, por lo que cabe suponer que, como en otras ocasiones a lo largo de su artículo, se adhiriera también al planteamiento de aquél.

(123) Vid. FRANCIOSI, Studi, pp. 96-98. Los textos que debemos tener presentes son los siguientes: para el "iter", VARRO, De lingua latina, V,35: Qua ibant, ab itu iter appellarunt; qua anguste, semite ut semiter dictum (citamos por la edición de la Loeb Classical Library; vid. elenco de fuentes);

mer momento, la pertenencia sobre las distintas clases de trazo vendría determinada por las exigencias de viabilidad agrícola (124) y de mayor utilidad de los fundos (125), ya que la "limitatio" surgida a raíz de la "adsignatio" y "centuriatio" llegaría a ser insuficiente para cubrir esas necesidades (126).

La postura de Franciosi, al que seguimos, ha suscitado

Isid. Ety. XV,16,8: iter vel itus est via qua iri ab homine quaquaversum potest (citamos por la edición de la BAC, preparada por Oroz Reta y Marcos Casquero; vid. elenco de fuentes); para el "actus": VARRO, De lingua latina, V,34: Ager dictus in quam terram quid agebant, et unde quid agebant fructus causa; alii, quod id Graeci dicunt *ἀγρόν*. Ut ager quo agi poterat, sic qua agi actus. Eius finis minimus constitutus in latitudinem pedes quattuor (fortasse an ab eo quattuor, quod ea qua drupes agitur); in longitudinem pedes centum viginti; FESTO, De verborum significatione, s.v. "actus": actus modo significat iter inter vicinos quattuor pedum latum; modo in geometrica minorem partem iugeri, id est centum viginti pedum (citamos por BRUNS, Fontes; vid. elenco de fuentes); Isid. Ety., XV,15,4: actus minimus est, latitudine pedum quattuor, longitudine centum viginti; Isid. Ety., XV,16,13: Porro actus, quo pecus agi solet; para la "via": Gayo D. 8.3.8: Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim; FESTO, De verborum significatione, s.v. "via": Viae sunt et publicae per quas ire agere omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti ius est, praeter quorum sunt; et ita privatae VIII pedes in latitudine habent iure et lege, publicae, quantum ratio utilitatis permittit. Praeterea lex iubet sedecim in anfracto flexuque pedes latas esse vias, ut adiciat: "viam muniunt": ni sam delapidassent, qua volet iumento agito; Isid. Ety., XV, 16,4: Via est qua potest ire vehiculum; et via dicta a vehiculorum incursu. Nam duos actus capit, propter euntium et venientium vehiculorum occursum.

(124) FRANCIOSI, Studi, pp. 72-80.

(125) GARCÍA SÁNCHEZ, El origen, p. 52.

(126) El sistema de la "limitatio" y de los "fines" aseguraba la independencia de la propiedad y, en un principio, el acceso a los fundos (Vid. GROSSO, Le servitù, pp. 43 y 233; GARCÍA SÁNCHEZ, El origen, p. 43). Pero esto ocurrió así mientras el status quo nacido de la "adsignatio" no cambió. Cuando esta situación se alteró como consecuencia, unas veces de la concentración de la propiedad, otras, como consecuencia de

críticas, principalmente por parte de Capogrossi (127), quien señala que, a excepción de la "via", cuyas medidas se remontan a las XII Tablas (128), las otras clases de servidumbres nunca tuvieron medidas fijas y determinadas. Estas afirmaciones, creemos, deben ser matizadas en varios sentidos. En primer lugar, cabe señalar que, a la vista de los textos, el único sendero del que no se cita su amplitud es el "iter", del que, pese a ello, queda perfectamente claro que se trata de un sendero únicamente peatonal. En segundo lugar, admitiendo, como sugiere Capogrossi (129), el hecho de que ^{la} medida de cuatro pies de ancho para el "actus" no se refiera propiamente a un tipo de sendero, ello no invalidaría el que una servidumbre, que toma también el nombre de "actus", hubiese fijado como criterio de amplitud los cuatro pies mencionados.

Pero el problema fundamental que escapa a las observaciones de Capogrossi es que destruyendo el criterio de la amplitud de los senderos como criterio de diferenciación de las servidumbres, se elimina toda posibilidad de discriminación entre las mismas para la época primitiva, puesto que todavía no es posible distinguirlas por los "iura" que comportan. La cuestión es la siguiente: si las servidumbres en un principio se configuraban en términos de pertenencia del terreno neces

su fragmentación (Vid. FRANCIOSI, Studi, pp. 74-75), el sistema de "limites" y "fines" (Vid. CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 82 ss) se hizo insuficiente y se produjo la aparición de conflictos sobre la materia.

(127) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 130-142 y 195.

(128) D. 8.3.8; FESTO, De verborum significatione, s.v. "via"

(129) CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 176-195.

rio para el paso, este terreno hay que diferenciarlo mediante algún criterio, habida cuenta que existieron tres distintas servidumbres de paso. Ahora bien, si no se puede individualizar el soporte material sobre el que recaía la "potestas" del "paterfamilias", lo que entonces procedería sería abandonar el criterio de la pertenencia (en exclusiva o en co propiedad) como explicación del origen de las servidumbres. Es lo que Capogrossi no hace.

La amplitud de cada sendero, tuvo, pues, que jugar un papel importante en la diferenciación de cada una de las ser vidumbres de paso. Afortunadamente, conservamos las medidas de la "via" y del "actus". Lo importante, a partir de estos datos, no es la precisión de si fueron dos pies las medidas del "iter" y cuatro las del "actus", cosa que, además, tiene visos de ser así, sino tener en cuenta que, concebidas las tres servidumbres de paso como círculos concéntricos, el "actus" tuvo que ser de menor amplitud de que la "via", y el "iter", a su vez, menor que el "actus". La pertenencia se explica, pues, en cuanto pertenencia de un sendero cuyas dimensiones varían según la utilidad a que esté destinado: pasar a pie, con ganado o a caballo o con un vehículo. Hasta tal punto esto debió ser así que, incluso en el Derecho clásico, la atribución del derecho se hace depender directamente de la amplitud del sendero. El ejemplo lo tenemos en D. 8.1.13: un sendero cuya angostura se tal que por él no pueda pasar ni un vehículo ni una caballería es un "iter" (que sólo permite pa sar a pie); si, por el contrario, por tal sendero puede condu

cirse una caballería, pero no un vehículo, lo que se adquiere es el "actus".

Por su parte, Corbino, además de seguir a Capogrossi en cuanto al problema de las dimensiones de los tres senderos(130) va lejos, colocándose en contra de la opinión dominante, al afirmar que las normas que conservamos sobre la amplitud de la "Via" no se refieran a las vías privadas, sino al tránsito público, siendo, en consecuencia, extrañas al problema de las servidumbres (131).

No nos parecen, sin embargo, convincentes los argumentos por los que Corbino llega a tales conclusiones (132). Como ya sabemos, los textos son D. 8.3.8 y FESTO, De verborum significatione, s.v. "via" (133), en los que se nos dice que la "via" debe tener ocho pies de anchura en "porrectum", en línea recta, y dieciséis en "anfracto", es decir, en las curvas, "ubi flexum est". En primer lugar, no estamos de acuerdo con Corbino en su intento de establecer el concepto de curva en Gayo y en Festo basándose en un criterio de visibilidad y acudiendo, para apoyar su afirmación, al art. 2 del Codice della Strada Italiano, en el que la curva se define, no en atención a si el tramo es recto o no, sino más bien en atención

(130) CORBINO, Ricerche, pp. 28-29.

(131) CORBINO, Ricerche, pp. 143-169.

(132) Que estamos ante dimensiones referidas a las vías privadas es, como hemos señalado, la opinión más corriente. Vid. FRANCIOSI, Studi, pp. 28 ss; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 132 y 249 nota 3.

(133) Vid. supra nota 123.

a la visibilidad que ofrece, dependiendo ésta de la velocidad alcanzada por el vehículo en cuestión, según un reglamento ejecutivo citado por Corbino (134). No negamos que en la actualidad las curvas ofrezcan problemas de visibilidad. Pero no todas las curvas. Por otra parte, la falta de visibilidad no es exclusiva de las curvas. El problema fundamental es otro: si la visibilidad se hace depender, como quiere Corbino, de la velocidad alcanzada por el vehículo, no entendemos qué problemas de esta índole pueden plantearse a un "plaustrum" o a un "sarracum", típicos carros romanos destinados a faenas agrícolas, tirados por bueyes, mulas o asnos y, normalmente, sustentados sobre ruedas pesadas de pieza única (in radios) (135). ¿Puede un carro de estas características, cargado de madera -esta parece ser la carga habitual de un "sarracum" (136)- empequeñecer su visual por la "velocidad" que alcance? A nuestro juicio, ello no es posible ni siquiera cuando el carro fue se vacío, dado el peso y la envergadura del mismo.

Sigamos con la argumentación de Corbino. Para este autor, los tramos "in anfracto" o "in flexu" no sólo son los tramos no rectilíneos, sino también los tramos en pendiente y con dificultades en el terreno (137). Combinando el criterio de la

(134) CORBINO, Ricerche, p. 151 y nota 23.

(135) Para estos tipos de carro, Vid. DAREMBERG, Dictionnaire, s.v. "plaustrum"; CHEVALIER, Les voies, pp. 202-205; PAOLI, Urbs, p. 303.

(136) CHEVALIER, Les voies, p. 205.

(137) CORBINO, Ricerche, pp. 152-153.

visibilidad con el de la dificultad del terreno en las curvas, concluye que la razón de que las vías tengan "in anfracto" dieciséis pies obedece a que, mientras en línea recta los ocho pies son suficientes para el paso de un solo carro, "in anfracto" son necesarios el doble de pies para asegurar el paso de dos vehículos. Tal preocupación por asegurar el entrecruce de dos vehículos no se explica -dice- sino imaginando que el interés tutelado por la norma sea un interés público y no de los particulares (138). Hemos dicho anteriormente que, teniendo en cuenta las características de los vehículos y la velocidad que pueden alcanzar, de acuerdo con la finalidad a la que están destinados (la carga), no se plantearían problemas de visibilidad, lo que excluye que sea ésta la razón de los dieciséis pies "in anfracto". Ahora bien, ¿la posibilidad de que dos vehículos se entrecrucen en direcciones contrarias sólo puede acontecer en las curvas? ¿qué ocurre con un carro estacionado en un tramo rectilíneo de ocho pies? ¿son suficientes los ocho pies en línea recta para el paso simultáneo de dos vehículos o para la superación de uno estacionado por otro en movimiento? Evidentemente, no. Y el mismo Corbino lo admite. En otras palabras, la dificultad para el paso de dos vehículos se da tanto en línea recta como en las curvas y es claro que los ocho pies "in porrectum" no son suficientes para el paso de dos carros (139). Si las normas que estamos examinando estuviesen destinadas al tránsito público, las vías,

(138) CORBINO, Ricerche, p. 154.

(139) CORBINO, Ricerche, p. 153. Vid., además, CAPOGRASSI, La struttura II, p. 132.

para permitir el paso, habrían de tener dieciséis pies, no sólo en las curvas, sino también en los tramos rectos.

¿Cuál es la razón, entonces, de las distintas dimensiones que la norma decenviral establece? A nuestro juicio, la razón de la mayor amplitud del sendero en las curvas está, no en la visibilidad, sino en la versatilidad de los carros. Mientras en línea recta los ocho pies son suficientes, en las curvas, un vehículo de las características que hemos apuntado necesita el doble de espacio para no salirse de la calzada o para efectuar un cambio de dirección. Más aún si, como señala Corbino, hay que pensar en tramos en pendiente o de difícil práctica. Concluimos, por tanto, que la razón de los dieciséis pies en las curvas está en la mayor facilidad de maniobra de un sólo carro y no en el eventual entrecruce de dos, caso este último irresuelto aún en los tramos rectos. Excluyendo la posibilidad de que se esté pensando en el paso de dos vehículos y afirmando que en realidad lo que se está favoreciendo es el más fácil y seguro de uno solo, ya no hay razón para excluir las mencionadas normas de la materia propia de las servidumbres, ni para pensar que estas normas referidas a las vías públicas (140)

(140) El texto de Isid. Ety., XV,16,4, que Corbino pone a contribución para apoyar su tesis (CORBINO, Ricerche, p.154 nota 30) debe referirse a vehículos más ligeros y distintos de los carros romanos tirados por animales a los que nos hemos referido antes. Admitiendo que los ocho pies equivalen más o menos a 2,40 m. (CORBINO, Ricerche, p. 153 nota 27) y admitiendo, según el mismo Isidoro, que una vía esta compuesta de dos "actus", de cuatro pies cada uno, para que dos carros pasaran simultáneamente por un mismo tramo no podrían

En último término, existe una razón de sistemática en la propia Compilación. Si las dimensiones de la "via", a cuyo análisis nos hemos dedicado, fuesen dimensiones relativas a las vías públicas, no habría razón para incluir D. 8.3.8 entre los textos referentes a las servidumbres prediales, cuando los compiladores han dispuesto otras sedes para hablar de las vías públicas, que hubiesen sido más idóneas para incluir el fragmento de Gayo. Así, en D. 43. 7 De locis e itineribus publicis, o en D. 43.8 Ne quid in loco publico vel itinere fiat, cuyo fragmento 2, párrafos 21-23, contiene un resumen del sistema viario romano. Nos damos cuenta, sin embargo, de que en tema de criterios compilatorios, todo es discutible. Nuestra explicación, por tanto, si nos parece adecuada, no deja de ser una explicación hipotética.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, podemos seguir manteniendo que, en un primer momento, las tres servidumbres de paso, configuradas en términos de pertenencia, correspondieron a otros tres distintos tipos de senderos de diversa amplitud: la "via" correspondería a un sendero de ocho

sobrepasar en su envergadura más de 1,20 m., espacio tan sumamente pequeño que podría ser ocupado por un solo buey con su balbuciente y oscilante discurrir.

Finalmente, llegar a la conclusión de que los destinatarios del mandato decenviral referente a la obligación de fortificar las vías a que alude el texto de Festo son "únicamente los titulares de fundos limítrofes a una vía abierta al tránsito público" (CORBINO, Ricerche, p. 163), conclusión perfectamente aceptable (en contra, FRANCIOSI, Studi, p. 30 y GROSSO, Le servitù, p. 24), no invalida el que aquella parte de la norma que se refiere a la amplitud sea relativa a las vías privadas.

pies por el que se podría pasar con carros; el "actus", sendero para conducir animales, tendría cuatro pies de ancho; y el "iter", sendero p^o únicamente para el paso peatonal, sería el de menores dimensiones.

Es posteriormente, cuando asistimos a la afirmación del concepto de "ius in re", cuando estas servidumbres se explican en términos de facultad y suponen respectivamente un "ius(141)". Sin embargo, es también en este momento, cuando la diferencia entre los tres tipos de servidumbres, antes clara en atención a la diversa amplitud de cada sendero, se oscurece al intentarse explicar en términos de facultad. Probablemente, como consecuencia de las posibilidades que ofrece el "modus servit^utis" (142) para dar acogida a los planteamientos de la práctica, lo que en un momento determinado constituye, por un utilizar un término de la lingüística, el elemento diacrítico que sirve para diferenciar una servidumbre de otra, posteriormente se convierte en elemento de confusión. Este proceso de progresiva confusión lo vemos claro en los textos del Digesto citados en las pp. 49 y 50.

Quizá el punto de partida esté en D. 8.1.13, que posiblemente recoja el antiguo planteamiento de diferenciar las servidumbres de acuerdo con la amplitud de los respectivos senderos. En el pensamiento de Q. Mucio, según el tenor del texto, existe una clara diferenciación entre cada una de las ser

(141) FRANCIOSI, Studi, p.103.

(142) FRANCIOSI, Studi, p. 118.

vidumbres y las facultades a ellas correspondientes:

"via".....paso de vehículo ("vehiculum inire).

"actus".....paso a caballo ("iumentum duci").

"iter".....per exclusión, paso a pie (143).

A partir de este momento, y como consecuencia de ciertas modificaciones o adiciones producidas sobre el contenido de cada una de las servidumbres, resulta más difícil su diferenciación. Así ocurre en los siguientes casos:

1. D. 8.6.11, donde Marcelo extiende la facultad de usar vehículo al titular del "actus" (144).

2. D. 8.3.7 pr., donde Paulo entiende:

a) el "iter" no sólo como paso a pie, sino también como paso en silla de manos o en litera (145).

b) el "actus" como la facultad, no sólo de conducir animales ("iumenta agere"), sino también de pasar con carros ("plostrum ducere")

c) la "via" como la suma de las dos anteriores servidumbres ("qui viam habent, eundi agendique ius habent"), comprensiva, además, de la facultad de transportar piedras y vigas y de llevar la lanza alzada ("rectam hastam ferendi"), símbolo este último que parece hacer alusión a la antigua concepción de las servidumbres en términos de pertenencia del

(143) FRANCIOSI, Studi, pp. 109-110.

(144) FRANCIOSI, Studi, p. 119.

(145) Este modo de concebir el "iter" afecta más al número de personas que simultáneamente pasan por el "iter" que al modo de ejercicio o a la facultad que comporta, ya que, en último análisis, los que transportan la silla o litera también van a pie.

terreno (146).

3. D. 8.3.1.pr., donde Paulo caracteriza el "iter" como un sendero peatonal, en tanto que extiende al "actus" la facultad de pasar con vehículos, y designa la "via" como "ius eundi agendi", igual que D. 8.3.7 pr.

4. Finalmente, D. 8.3.12, donde Modestino concibe el "iter", no sólo como la facultad de ir a pie, sino también de "eques commeare", y el "actus" como la facultad, no sólo de hacer pasar ganado ("armenta traicere"), sino también de conducir un vehículo ("vehiculum ducere") (147). Obsérvese que la facultad típica del "actus", que es el paso a caballo ("iumentum" en D. 8.1.13, D. 8.3.1 pr. y D. 8.3.7 pr.), se hace extensiva al "iter", mientras que el "actus" es concebido, si hacemos caso de D. 50.16.89 pr., como la facultad de pasar con bueyes (148), a la que se añade la facultad típica de la "via", que es el paso con vehículos o carros.

Las soluciones, como puede comprobarse, distan bastante del inicial pensamiento de Q. Mucio, del que sabemos a través

(146) Así, KOSCHAKER, Rec. de BUSSI, La formazione, p. 259 nota 2; FRANCIOSI, Studi, pp. 15-17 y 121; GROSSO, Le servitù, pp. 21-22; TORRENTE, El origen, pp. 276-279; en contra, CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 125 y 147; CORBINO, Ricerche, p. 141 nota 128, sin embargo, recomienda el "ars ignorandi" sobre la frase "rectam hastam ferendi".

(147) FRANCIOSI, Studi, p. 120.

(148) "Boves magis armentorum quam iumentorum generis appellantur" dice D. 50.16.89 pr. En todo caso, lo que interesa retener es que la facultad característica del "actus" es la de pasar con animales o, genéricamente, con ganado, sean "armenta" o "iumenta".

de Pomponio en D. 8.1.15, y demuestran que para la última jurisprudencia clásica, la tripartición "iter"-"actus"-"via" no está ya clara. Una vez que al "actus" se ha extendido la facultad de utilizar vehículos, se hace ya imposible su diferenciación con la "via", que por este concepto ya sólo se opone al "iter" (149). D. 8.5.1 pr. , que podría haber sido aprovechado por los compiladores justinianeos para aclarar las diferencias (150), mantiene este estado de cosas, del mismo modo que, con alguna variante redaccional, Inst. 2.3.pr. Dada la imprecisión de la locución "ius eundi et agendi" para caracterizar la "via", los textos sólo nos permiten diferenciar entre dos y no entre tres servidumbres: entre "iter" y "via" (151).

No obstante estos inconvenientes, podemos resumir del siguiente modo la caracterización de las tres servidumbres de paso:

1º. El "iter", mientras las servidumbres se configuraban en términos de pertenencia, suponía el ejercicio de la "potestas" sobre un sendero apto para el paso peatonal, quizá de dos pies y, en todo caso, inferior a cuatro pies de anchura. Con la afirmación de los "iura in re aliena", el "iter" pasó a ser un "ius eundi" y se le añadió la facultad de paso a caballo.

2º. El "actus", sendero de cuatro pies de anchura y apto

(149) Así, en D. 8.3.23 pr.; Vid. FRANCIOSI, Studi, p. 122; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 153-154 nota 77.

(150) FRANCIOSI, Studi, pp. 173 ss.

(151) FRANCIOSI, Studi, pp. 122-123; 176-177; CORBINO, Ricerche, p. 225.

para el paso de animales o ganado se configuró posteriormente como "ius agendi", que después implicaba también la facultad de conducción de vehículos (152).

3º. Finalmente, la "via" (153), sendero de ocho pies en línea recta y dieciséis en las curvas, apto para el paso con un vehículo, se configuró como la suma de las los anteriores servidumbres ("ius eundi agendi"), anadiéndosele la facultad de transportar materiales y de llevar la lanza alzada (154).

(152) todo parece indicar, pese a D. 8.5.4.1, que el que es titular de un "actus", lo es también de un "iter": D. 8.3.1 pr.; D. 8.6.2; D. 43.4.1; D. 44.2.11.6; D. 45.1.58; D. 46.2.9.2; D. 46.4.13.1; Vid. FRANCIOSI, Studi, pp. 111-118; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 159-161.

(153) Corbino, en contra de la opinión dominante, piensa que la "via", como tercera clase de servidumbre de paso es una construcción justiniana (CORBINO, Ricerche, pp. 178 y 208). Para este autor, en el Derecho clásico, el término "via" tiene un sentido genérico, que tanto puede significar "iter" como "actus" (CORBINO, Ricerche, pp. 197-206). La diferenciación entre tres clases de servidumbres fue producida, según Corbino, introduciendo dos tipos de interpolaciones: unas consistentes en la interpolación del término "via" en textos donde sólo se hablaba de "iter" y "actus" (CORBINO, Ricerche, pp. 179 y 183-190), y otras consistentes en la interpolación de los términos "iter" y "actus" donde sólo se hablaba de "via", utilizada en el sentido genérico antes apuntado (CORBINO, Ricerche, p. 179 y 190-196). Excede de nuestras posibilidades y del carácter de nuestra investigación el examen de estos criterios interpolacionísticos. Pero nos resistimos, en este sentido, a dejar sin citar a HYGINO, De generibus controversia, 134: De via et actu et itinere et ambitu et accessu et rivis et vallibus fossis fontibus saepe moventur contentiones (citamos por BRUNS, Fontes, pp. 90-91), que Corbino trae a colación en p. 123 y nota 82, pero que no cita en la parte de su obra dedicada a mantener la inexistencia de la "via" como tercera clase de servidumbre, dejando sin explicar por qué Hygino tiene presente las tres servidumbres de paso, cuya especificación no creemos se deba, sin más, como cree Corbino, a la lectura hecha por los editores del gramático Hygino, guiados por el convencimiento de que las cosas ocurrieron en un determinado sentido.

(154) En realidad, fuera del simbólico "hastam rectam ferendi", la facultad de transportar materiales (piedras o vigas, según D. 8.3.7 pr.) no anade ninguna cualificación especial a la "via", puesto que, admitido que ésta implica el uso

b) "Aquae ductus".

Más clara que las definiciones que los juristas hacían de las tres servidumbres de paso es la caracterización que se hace del acueducto en D. 8.3.1 pr.:

aquae ductus es ius aquam ducendi per fundum alienum.

La "servitus aquae ductus" consiste, pues, en el derecho de conducir agua por un fundo (o fundos) ajeno, facultad que, por extensión jurisprudencial, implicaba también el derecho de toma de agua (155). Sin embargo, hasta que el acueducto se convierte en "ius in re aliena" y se configura como un derecho de toma más conducción, pasa por diversas vicisitudes. De aquí que, al igual que hemos hecho al tratar de las servidumbres de paso, convenga arrancar de las cuestiones de orígenes.

Como hemos señalado en ocasiones anteriores, la configuración originaria de la servidumbres de acueducto vendría determinada por la propiedad o, más exactamente, por la pertenencia, en los términos ya examinados, del canal de agua ("rivus"), del agua misma y del "fons" (156). Quizá prueba de

de vehículos, es evidente que en ellos puede transportarse toda clase de materiales y productos agrícolas y no sólo "lapidem aut tignum".

(155) CAPOGROSSI, Ricerche, pp. 1, 2 y nota 3; FRANCIOSI, Studi, p. 103.

(156) BIONDI, Le servitù, p. 35; CAPOGROSSI, Ricerche, pp. 52-53; FRANCIOSI, Studi, pp. 38-39; GROSSO, Le servitù, p. 16

ello sea la utilización del término "rivus" en relación con el acueducto, frecuente en las fuentes (157), y que nos pone en conexión con una concepción materialística del mismo, al entenderse, no como un "ius aquam ducendi", sino como una entidad material (158).

Ahora bien, afirmándose el concepto de "ius in re aliena", las servidumbres de acueducto pasan por una segunda fase intermedia de su desarrollo, antes de entenderse como un derecho de toma más conducción. Es el momento, atestiguado por las fuentes, en que tales servidumbres se conciben como "iter aquae" lo que presupone la pertenencia del lugar de donde mana el

(157) D. 8.1.9; D. 8.3.15; D. 8.4.11.1; D. 8.6.12; D. 8.6.16; D. 43.20.1.17; D. 43.20.3.5; D. 43.20.8; D. 43.21.2; D. 43.21.3.1; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 38; FRANCIOSI, *Studi*, p. 91.

CORBINO, *Ricerche*, pp. 115-124, se muestra contrario a la asimilación del "rivus" con el "aquae ductus", caracterizando al primero, no como significante del derecho de servidumbre, sino como instrumento de ejercicio para el paso de agua. En realidad, no creemos sean de gran gravedad las objeciones de Corbino si la utilización del término "rivus" la ponemos en relación con la forma en que la primitiva servidumbre de acueducto aparece configurada, que supone una confusión entre el derecho y el lugar de su ejercicio, como consecuencia de su concepción materialística. La distinción entre ambos sólo tiene sentido, a nuestro modo de ver, cuando la servidumbre está ya configurada como "ius in re aliena". Con independencia de que el "rivus", esto es, el canal de agua, sea o no lugar e instrumento de ejercicio, lo que es claro es que la servidumbre de acueducto consiste originariamente en la pertenencia sobre él, de la misma forma que las servidumbres de paso consisten en la pertenencia del trozo de terreno para el paso.

(158) Normalmente, en relación con esta antigua configuración en términos de pertenencia sobre un objeto material, se suele citar el hecho de que las fístulas y canales se entendían enajenados cuando se produce la enajenación del fundo (D. 18.1.47 y D. 18.1.49; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 39 y FRANCIOSI, *Studi*, p. 93), aunque nos parece que estos casos se deben poner en relación, una vez entendidas las servidumbres co

agua, "fons", más un "ius in re aliena" que da derecho a la conducción del agua por un fundo ajeno (159). Es decir, en esta segunda fase de su desarrollo, la "servitus aquae ductus" implica tan sólo la conducción del agua por un fundo ajeno ("iter aquae"), pero no la toma de agua, derecho que se tiene en virtud de la pertenencia del "fons" (160). Es esta terminología de "iter aquae", que coexiste con la anterior de "rivus", la que registran las fuentes (161). Y es posteriormente, con Q. Mucio (162) o quizá con Servio (163), cuando, como consecuencia de la aplicación del "modus servitutis", se reconocen servidumbres de acueducto que sólo legitiman para la utilización del agua en determinadas estaciones del año o en determinados plazos, cuando estamos en condiciones de pensar que la utilización del agua que mana del "fons" no se hace en virtud de la pertenencia sobre la misma, sino en virtud de un "ius in re aliena" (164). Es ahora cuando el acueducto, que

mo "ius in re aliena", con el principio de accesoriedad de las mismas a la propiedad del fundo dominante (GROSSO, *Le servitù*, p. 94) y no con ecos de una antigua concepción.

(159) CAPOGROSSI, *Ricerche*, p. 54

(160) D. 8.3.30 y D. 18.1.40.1. CAPOGROSSI, *Ricerche*, pp. 70-79 y CAPOGROSSI, *La struttura II*, p. 371 nota 47.

(161) D. 8.3.15; D. 8.3.21; D. 8.6.16; ; D. 8.6.19; D. 10.3.19.4; D. 18.1.40.1; D. 43.20.8; *Lex Ursonensis*, caps. 79 y 104 (en D'ORS, *Epigrafía*, pp. 206-208 y 236-237). Vid. CAPOGROSSI, *Ricerche*, p. 80; FRANCIOSI, *Studi*, p. 94 y nota 14; CORBINI, *Ricerche*, pp. 112-114, aunque para este autor, la denominación "iter aquae" no corresponde a la fase intermedia del desarrollo de la servidumbre de acueducto a que aludimos en el texto, sino que constituye la denominación más antigua, puesto que rechaza la de "rivus" como alusoria al acueducto, según ya vimos (vid. supra p. 66 nota 157).

(162) D. 8.3.15. Vid. CAPOGROSSI, *Ricerche*, p. 154.

(163) D. 8.6.7. Vid. BRUDESE, *Considerazioni*, p. 521

(164) No creemos que la posibilidad de utilizar el agua en estaciones determinadas del año haya sido objeto, como quiere CAPOGROSSI, *Ricerche*, pp. 148-150, de dos figuras distin-

ya implicaba el derecho de conducción de agua por fundo ajeno ("iter aquae"), acaba su desarrollo comprendiendo también el derecho de toma. "Aquaeductus", terminología que coexiste con la más antigua de "iter aquae", es ahora la que representa el derecho de toma más conducción (165), siendo este último elemento, la conducción, el que caracteriza a esta servidumbre y la hace diferenciable de otras servidumbres de agua, co

tas de servidumbres: "una servitus aquae cottidiana" y otra "servitus aquae aestiva". A nuestro modo de ver, esa diversa posibilidad debe reconducirse a la aplicación del "modus servitutis" (8.1.4.1).

D. 8.3.15, texto en el que Capogrossi se basa para mantener su afirmación, contiene únicamente una ejemplificación de los distintos modos a que puede ser sometido el ejercicio de la servidumbre de acueducto, como lo demuestra la frase "vel quae intervalla longiora", sobre la que no hay razones para pensar que no haya sido escrita por Q. Mucio (CAPOGROSSI, Richerche, p. 151 y CAPOGROSSI, La struttura 11, p. 418 nota 103). A nuestro juicio, la especificación o distinción que hace Q. Mucio entre "aguas cotidianas" y "aguas estivales" no se debe a que esté pensando en dos autónomos tipos de servidumbres, sino que tiene el alcance de señalar que sólo cuando la conducción de agua se efectúa diariamente, durante los seis meses de verano o en intervalos o períodos de tiempo más amplios se permite la instalación de fístulas de cualquier género, ya que para conducciones efectuadas durante períodos más reducidos, por ejemplo, una vez al mes, resultaría más gravoso para el titular del fundo sirviente el soportar que esos elementos extraños estuviesen instalados mientras el agua no es conducida. Para estos casos de conducciones esporádicas, la solución menos gravosa para el titular del fundo sirviente sería que el titular de la servidumbre mondara la acequia cada vez que fuese a efectuar una de esas conducciones. Sólo cuando éstas se realizan con carácter más o menos permanente, tiene sentido la instalación de cañerías que, de otro modo, no serían utilizadas la mayor parte del tiempo. Este es el alcance que debe darse, creemos, a la referencia que Q. Mucio hace de "aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora". Prueba, además, de la relación existente entre la facultad de "ponere fistulam" y la constancia en la conducción la da Pomponio comentando, no a Q. Mucio, como en D. 8.3.15, sino a Sabino en D. 43.20.3.5. En último término, el mismo CAPOGROSSI, p. 153, reconoce que el distinguir dos autónomas figuras de servidumbres "non assume ai nostri occhi un grado definitivo di certezza".

(165) D. 8.3.24; D.8.5.21; D. 43.20.1.12; Vid. CAPOGROSSI, Ricerche, pp. 82-85; FRANCIOSI, Studi, pp. 92-93.

no, por ejemplo, la "servitus aquae haustus". En efecto, en la servidumbre de acueducto, dada la posibilidad de conducir agua por fondos distintos de aquellos en donde mana, el derecho de toma pasa a un segundo plano (166).

En conclusión, podemos caracterizar la servidumbre de acueducto en las distintas fases de su evolución de la siguiente forma:

- primera fase: pertenencia del agua + pertenencia del "rius" = concepción arcaica.
- segunda fase: pertenencia del agua + "ius in re aliena" para su conducción ("iter aquae" por fundo ajeno).
- tercera fase: "ius in re aliena" sobre el agua + "ius in re aliena" para su conducción = "aquae ductus".

c) alusión a otras servidumbres rústicas.

Además de las cuatro servidumbres "res mancipi" que hemos analizado con anterioridad, existe un grupo de servidumbres que no siendo ni "iura praediorum rusticorum" ni "iura praediorum urbanorum" (167), entran en la clase de los primeros: "in rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae" (168). Todas ellas son posteriores a las tres de paso y a la de acueducto antes vistas (169).

(166) CAPOGROSSI, Ricerche, p. 2, 110 y nota 204.

(167) GROSSO, Le servitù, pp. 54-56.

(168) D.8.3.1.1; Inst. 2.3.2.

(169) FRANCIOSI, Studi, p. 42; GROSSO, Le servitù, pp. 27-29 y 167; CORBINO, Ricerche, pp. 97-99 y 126.

1. La "servitus aquae haustus" es el derecho de sacar o tomar agua en el fundo vecino, completado por la facultad de acceso hasta el agua misma, esto es, completado por un "iter ad hauriendum" o un "iter ad aquam" (170). Al contrario de lo que ocurría con el acueducto, en la "servitus aquae haustus" el elemento fundamental es la toma de agua, no la facultad de llegar hasta ella (171). Hasta tal punto ello es así, que si el que tiene derecho a tomar agua ejercita tan sólo el "iter ad hauriendum" sin tomar agua, acaba por perder también el "iter" (172). Es decir, no ejercitando la facultad principal en la que la servidumbre consiste, se pierde también la facultad accesoria.

Su condición de servidumbre predial está explícitamente declarada en las fuentes: "Hauriendi ius non hominis, sed prae dii est" (173).

2. La "servitus pecoris ad aquam adpulsus" consiste en el derecho de llevar el ganado a abrevar. Aunque el elemento fundamental es el abrevadero, implica también la facultad accesoria de conducir el ganado hasta el agua, es decir, un "ius agendi", un "actus" (174). Su carácter predial parece estar su peditado a que el fruto del fundo consista esencialmente

(170) D. 8.3.3.3: Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum.

(171) CAPOGROSSI, Ricerche, pp. 110 y nota 204; 114.

(172) D. 8.6.17. Vid. CAPOGROSSI, La struttura II, p. 159 nota 87.

(173) D. 8.3.20.3.

(174) CAPOGROSSI, Ricerche, p. 109.

en ganado (175).

3. El "ius pascendi" es el derecho de apacentar en ganado en fundo ajeno (176). También su cualidad de predial está condicionada a que sea el ganado fruto del fundo (177)

4. De menor importancia y de los que conocemos poco más que su existencia son los derechos de extracción y explotación de minerales (sacar arena, extraer greda, cocer o hacer cal), que no pueden constituirse como servidumbres sino para cubrir las necesidades mínimas del fundo dominante (178).

5. No existen datos firmes sobre el reconocimiento de una figura autónoma de servidumbre consistente en el derecho de poder sacar agua en el fundo vecino (179) con la consiguiente obligación para el propietario del fundo sirviente de "recipere" aquam", cesando así los efectos de la "actio aquae pluviae arcendae" (180).

(175) D.8.3.4.

(176) D. 8.3.3 pr.

(177) D. 8.3.4.

(178) D. 8.3.5.1.

(179) "aquae immissio", según D'ORS, DPR, p. 217.

(180) D. 8.3.29 y D. 39.3.2. A nuestro juicio, la afirmación de D'ORS, DPR, p. 217 nota 12 de que "cualquier immissio de las reprimidas por la actio aquae pluviae arcendae puede hacerse objeto de una servidumbre" debe ser matizada en el sentido de que las servidumbres así nacidas o se reconducen a los tipos ya existentes o suponen la creación de un nuevo y específico tipo, pues, de lo contrario, deviene insostenible por ir en contra del carácter típico de las servidumbres. Vid. sobre el argumento, CAPOGROSSI, Ricerche, p. 175; nota 286; GROSSO, Le servitù, p. 256 nota 4; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 518 ss.

6. Aunque mencionada en las fuentes (181), tampoco sabemos gran cosa sobre una "servitus aquae non quarendae", consistente en un derecho a impedir buscar agua en el propio fondo a fin de no disminuir la del ajeno (182).

2. Urbanas.

Como hemos señalado anteriormente, este tipo de servidumbres nacen como consecuencia de las nuevas exigencias urbanas producidas fundamentalmente a raíz de segunda guerra púnica. Son exigencias que aparecen en los últimos años del siglo III a.C., pero que proyectan sus efectos en los años posteriores, sentando las bases para que, a mediados del siglo II a.C, aparezcan las servidumbres urbanas (183), y vienen determinadas, en última instancia, por el aumento demográfico y el incremento y aflujo de capital, fruto de grandes conquistas de esta época (184). En relación íntima con estas nuevas exigencias,

(181) D. 8.1.15 pr.

(182) Vid. GROSSO, *Le servitù*, p. 251 nota 14; CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 481-482; CORBINO, *«icerche*, pp.98-99.

(183) Algunos autores intentan retrotraer la aparición de las transformaciones urbanísticas al momento de la reconstrucción de Roma como consecuencia del llamado incendio gálico (387-390). Así, GROSSO, *Le servitù*, p. 50; GROSSO, *Schemi*, p. 253; TOMULESCU, *Sur la loi*, p. 332; VILLERS, *Rome*, p. 297. Si ello fuese así, la aparición de las servidumbres urbanas se habría producido antes de la fecha que normalmente se suele tomar en consideración (más o menos hacia la mitad del siglo II a.C). Por ello, nos inclinamos por afirmar, en consonancia con otra parte de la romanística, la irrelevancia del incendio gálico a los efectos que aquí interesan. Vid. FRANCIOSI, *Studi*, p. 192; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, p. 55 y nota 44; CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 286-287 y 354.

(184) FRANCIOSI, *Studi*, p. 193; GROSSO, *Schemi*, p. 253; GARCÍA SÁNCHEZ, p. 55.

se producen transformaciones que afectan a la estructura urbana, bien de un modo directo, como la aparición de nuevas técnicas en la edificación (la introducción del cemento) (185) o la aparición de un nuevo tipo de construcción (las "insulae" de las que hablaremos seguidamente), o bien de un modo indirecto, como es el efecto producido por la especulación sobre el suelo urbano, y que determinan la aparición de conflictos y a cuya solución subvendrán los distintos tipos de servidumbres urbanas.

En efecto, con anterioridad a estas transformaciones, y dadas las características de la antigua casa itálica, cuyo prototipo parece encontrarse en la casa pompeyana (186), no se dieron los presupuestos fácticos que están en la base de la aparición de las servidumbres urbanas. Así, el hecho de que cada casa estuviese circundada por un "ambitus", lo que suponía que entre edificación y edificación hubiese un espacio libre de cinco pies (187), no planteaba los problemas de interferencia entre los edificios que determinan, como veremos, la

(185) CAPOGROSSI, La struttura II, p. 300.

(186) PAOLI, Urbs, pp. 66-67.

(187) El terreno que cada casa tenía que dejar libre a su alrededor era de dos pies y medio, con lo que, entre dos edificaciones, el "ambitus" daba un total de cinco pies. Vid. FESTO, De verborum significatione, s.v. "ambitus"; VARRO, De Lingua latina, V, 22; Isid. Eth. XV, 16, 12. No parece probable que la distancia total del "ambitus" fuese de dos pies y medio, aportando cada casa $1\frac{1}{4}$. La opinión dominante es que la amplitud total era de cinco pies, como consecuencia de haber aportado cada casa dos pies y medio. Vid. para este punto, PAULT, Réflexions sur les limitations, pp. 242-250.

aparición de algunas servidumbres (188). Del mismo modo, el hecho de no existir ventanas exteriores o el de que las pocas existentes estuviesen orientadas hacia el interior, el ser las casas de un solo piso y estar provistas de un sistema de "impluvium-compluvium" (189) para la recogida y aprovechamiento de las aguas pluviales, tampoco provocó la existencia de conflictos sobre luminosidad, vistas, desagües, etc (190).

Las cosas cambian, sin embargo, al producirse las transformaciones antes aludidas. El incremento demográfico provoca un crecimiento de las ciudades, más en vertical que en superficie (191) y como consecuencia del precio alcanzado por el suelo y la especulación que sobre él pesa, así como por la imposibilidad del crecimiento en superficie, dada la inexistencia de adecuadas comunicaciones urbanas, aparece un nuevo tipo de edificación, las "insulae" (193), cuyo prototipo es la casa ostiense (194). Son casas de más de un piso, destinadas al alojamiento de varias familias, frecuentes al final de la República (195) y que gozan de todos los inconvenientes proprios para ser solventados por una correspondiente servidumbre:

(188) COSTA, *Historia*, pp. 296-297; BLONDI, *Le servitù*, p. 204; FRANCIOSI, *Studi*, p. 186; GROSSO, *Le servitù*, p. 49; GROSSO, *Schemi*, p. 252; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, p. 55.

(189) PAOLI, *Urbs*, pp. 66-67 y 73.

(190) FRANCIOSI, *Studi*, pp. 186-188; GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, pp. 54-55.

(191) CAPOGROSSI, *La struttura II*, pp. 297-300.

(192) FRANCIOSI, *Studi*, p. 189.

(193) FRANCIOSI, *Studi*, pp. 189-190; CAPOGROSSI, *La strut*tura II, p. 302 nota 49.

(194) PAOLI, *Urbs*, pp. 67 y 70.

(195) GARCÍA SÁNCHEZ, *El origen*, p. 57; CAPOGROSSI, *La struttura II*, p. 301.

el hecho mismo de su elevación, ventanas exteriores, balcones, saledizos, paredes en perspectiva, "escaleras interminables a pisos altísimos y ventanas tan juntas una a otra que los ve cinos se podrían dar la mano" (196). Así las cosas, las consecuencias, en orden a la aparición de las servidumbres son fáciles de enumerar:

a) La no aplicación de las medidas del "ambitus" sobre separación de las edificaciones produjo la aparición de la "paries communis" y, con ella, los supuestos de hecho que sirven de base a la "servitus oneris ferendi" y la "servitus tigni immittendi".

b) la sobreelevación de las casa produjo la supresión del sistema de "impluvium-compluvium" y esto, unido a la inobservancia del "ambitus", generó las exigencias de desagües que cubrirían las "servitutes stillicidii", "fluminis" y "cloacae".

c) En fin, las exigencias sobre luces, vistas, luminosidad, balcones y saledizos, que cubren las servidumbres "altius non tollendi", "ne luminibus officiatur", "ne prospectui officiatur", "proiicendii" y "protegendii", vinieron determinadas, además de por las causas mencionadas en a) y b) (inobservancia del "ambitus" y crecimiento en vertical), por la proliferación de ventanas orientadas hacia el exterior (197).

(196) PAOLI, Urbs, p. 70. Sobre estos puntos citados en el texto, sobreelevación, falta de suelo, etc., vid., en general, RODRIGUEZ ENNES, El Edicto, pp. 307 ss.

(197) Para la "paries communis", vid. D'ORS, p. 152. Para

Veamos ahora el contenido de cada una de las servidumbres urbanas arriba mencionadas.

1. Dentro de las servidumbres que atienden a necesidades de desagüe se encuentran:

- la "servitus stillicidii", que consiste en el derecho a dejar caer el agua pluvial sobre el predio vecino de forma natural, es decir, sin acudir a ningún mecanismo (198).

- la "servitus fluminis", que consiste en el mismo derecho que la anterior, pero utilizando canales (199).

- la "servitus cloacae", consistente en el derecho a introducir, desaguar o descargar el agua sucia en el predio vecino, fundamentalmente en pozos negros (200).

2. Servidumbres sobre paredes y salientes son:

- la "servitus tigni immittendi" o derecho de introducir y apoyar vigas en la construcción vecina (201).

- la "servitus oneris ferendi" o derecho a apoyar la propia construcción en el muro vecino o en el medianero o en columnas de la edificación vecina (202).

- la "servitus proiicendii", consistente en el derecho

todos y cada uno de los puntos, FRANCIOSI, Studi, pp. 193-194; CAPOGROSSI, La struttura II, p. 303.

(198) D. 8.2.1 pr.; D. 8.2.20. 3 a 6.

(199) D. 8.2.1 pr.

(200) D. 8.1.7.

(201) D. 8.2.2; D. 50.16.62 da un criterio amplio de lo que deba entenderse por "tigni".

(202) D. 8.5.6.2; D. 8.2.23.

de proyectar balcones y saledizos sobre el fundo vecino (203).

- la "servitus protegendi", consistente en la facultad de hacer sobresalir un cobertizo, tejavana o tinglado y, en general, cualquier espacio cubierto, sobre el fundo vecino (204).

3. Servidumbres relativas a luces y vistas son las siguientes:

- la "servitus altius non tollendi" o derecho a impedir que se edifique más de cierta altura (205).

- la "servitus luminum", consistente en el derecho de abrir ventanas en el muro común o en el vecino (206).

- la "servitus ne luminibus officiatur" o derecho a impedir cualquier obra que prive de la luz al fundo propio (207).

- la "servitus ne prospectui officiatur", consistente en el mismo derecho que la anterior pero relativo, no a las luces, sino a las vistas (208) (208 bis).

(203) D. 8.2.2.

(204) D. 8.2.1 pr.; D. 8.2.2.

(205) G. Inst. 2,31; D. 8.2.2.

(206) D. 8.2.40.

(207) D. D. 8.2.4; D. 8.2.15; G. Inst. 2,31; D. 8,2116.

(208) D. 8.2.3; D. 8.2.15; D. 8.2.16.

(208 bis). Vid. estos elencos de servidumbres en KASER I, p.442; BONFANTE, Corso III, pp. 57 ss; D'ORS, DPR, p. 217. No parecen clásicas las servidumbres "altius tollendi", "officiendi luminibus vicini" y "stillicidii non avertendi" (G. Inst. 2,14 y 2,31; D. 8.2.2), cuya presencia en las fuentes o bien se debe a glosemas adecuando los textos a las nuevas situaciones, especialmente a la aparición de limitaciones al dominio, que en época postclásica y justiniana se encuadran dentro del concepto de "servitus", de forma que esas servidumbres se configuran como derogaciones convencionales de tales limitaciones, o bien se debe a una equivocación del propio Gayo, que ha traspasado al plano sustantivo las formas procesales "ius esse" "ius non esse" de la "vindicatio servitutis", dependiendo de

C) Requisitos, caracteres y ejercicio.

Del propio concepto y estructura, ya examinados, de las servidumbres prediales en Derecho romano clásico, se derivan ciertas consecuencias en orden a sus requisitos para su existencia, contenido, caracteres, etc., a cuya exposición dedicamos estas páginas siguientes.

1. Requisitos.

a) Utilidad.

La servidumbre debe aportar cierta utilidad al fondo dominante (209) y no un mero interés personal u ocasional para el propietario del fondo (210). La utilidad, sin embargo, no es un concepto abstracto. Afirmada en cada caso la regla general de una utilidad objetiva para el fondo, el "quantum" de la misma es algo que debe valorarse atendiendo al contenido de cada típica servidumbre (211). De aquí, que sea irrelevan

si la servidumbre es positiva o negativa, configurándose así, frente a la "servitus altius non tollendi" su contraria, la "servitus altius tollendi", contradictoria con la primera e inexplicable en un momento en que existe libertad de edificación. Vid. sobre estos extremos, ARCHI, *L'Épitome*, pp. 232-233; BIONDI, *Le servitù*, pp. 68-70; GROSSO, *Le servitù*, pp. 257-259, nota 6; KASER I, p. 442; D'ORS, *DPR*, p. 216.

(209) D. 8.1.15 pr.; D. 8.3.5.1; D. 8.5.5. Vid. SOLAZZI, *Requisiti*, pp. 23 ss; SCHULZ, *Derecho*, p. 377; BURDESE, *Servitù*, p. 121; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, pp. 234-235; KASER I, p. 442.

(210) D. 8.1.8 pr

(211) GROSSO, *Le servitù*, p. 98.

te, en el momento de la apreciación del requisito, la clase de utilidad reportada o la medida de la misma. Cualquier clase de utilidad, siempre que ésta exista, es válida (212). Cuando la utilidad no se relaciona directamente con la producción o explotación del fundo, no existe servidumbre. Así se deduce de D. 8.3.6 pr., donde es admitida la servidumbre de extracción de ciertos materiales si la alfarería en la cual éstos se emplean se tiene para hacer vasijas y transportar en ellas los frutos del fundo, pero no si se tiene para vender las vasijas allí fabricadas, en cuyo caso, dice el texto, "usus fructus erit". El derecho romano clásico no conoce, pues, las servidumbres con finalidades industriales (213).

b) Vecindad.

Intimamente ligado con el requisito de la utilidad está el de la vecindad. Para que la servidumbre pueda ejercitarse (214) y reporte la utilidad al predio dominante, los fundos deben ser vecinos (215). Ello, salvo en algunas especies concretas de servidumbres, como la "oneris ferendi" o la "tigni immittendi", no significa una relación exacta de contigüidad (216), sino que únicamente implica una cierta distribu-

(213) BIONDI, *Le servitù*, pp. 191-192; SCHULZ, *Derecho*, p. 377; GROSSO, *Le servitù*, pp. 101-103; BURDESE, *Servitù*, p. 122; D'ORS, *DPR*, p. 214 nota 4.

(214) Sobre la "posibilidad" como requisito, vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 176-179. En realidad, la posibilidad y la correlativa imposibilidad física o jurídica de ejercer la servidumbre se relaciona con los casos de observancia o inobservancia de los requisitos que estamos analizando.

(215) D. 8.3.3.1; D. 8.3.7.1.

(216) D. 8.1.14.2; D. 8.2.1 pr; D. 8.5.5; D. 8.5.6 pr.;

ción espacial que haga útil la servidumbre al mismo tiempo que posibilita su ejercicio. De aquí, que el requisito de la vecindad pueda considerarse no como un requisito autónomo, sino como un requisito en función de la utilidad y posibilidad de ejercicio de la servidumbre (217).

c) Perpetuidad.

Supone este requisito la imposibilidad de constitución "ad tempus" de la servidumbre (218), esto es, la no admisión de las servidumbres constituidas bajo término final o condición resolutoria (219), si bien este principio, válido para el "ius civile", es atenuado por el derecho pretorio, al concederse una "exceptio pacti vel doli" si, establecidos un término o condición, se vindica la servidumbre "contra placita" (220).

D. 39.3.17.2; D. 39.3.17.3, textos en los cuales se testimonia la posibilidad de servidumbres existiendo vías públicas o edificaciones entre los predios dominante y sirviente.

(217) Vid. SOLAZZI, Requisiti, pp. 29-30; BIONDI, Le servitù, pp. 179-182; SCHULZ, Derecho, p. 377; GROSSO, Le servitù, pp. 109-112; BURDESE, Servitù, pp. 121-122; KASER I, p. 442 nota 34; BONFANTE, Corso III, pp. 36-38; D'ORS, DRP, p. 213 nota 2; ARANGIO-RUIZ, Istituzioni, pp. 234-235.

(218) Distinto de este requisito es el de la "perpetua causa servitutis", válido sólo para las servidumbres que implican utilización del agua y cuya referencia a todo tipo de servidumbres resulta de la interpolación, en D.8.2.28, de la frase "omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent". Vid. BIONDI, Le servitù, pp. 182-186; CAPOGROSSI, Ricerche, p. 10 nota 21; GROSSO, Le servitù, pp. 112-115; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 443 nota 35.

(219) D. 8.1.4 pr.; Vid. SOLAZZI, Requisiti, pp. 73-75; BIONDI, Le servitù, p. 188; GROSSO, Le servitù, pp. 118-119; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 443; VILLERS, Rome, pp. 298-299.

(220) D. 8.1.4 pr.: sed tamen si haec adiciantur (refi

d) Requisitos referentes a los fundos.

1. Los fundos entre los cuales se establece la relación de servidumbre deben pertenecer a distinto propietario (221). La exigencia tiene su razón de ser en que, en caso contrario, no se estaría ejerciendo en contenido de la servidumbre, sino el contenido del derecho de propiedad.

2. El fundo sirviente debe ser "in commercium" (222). Fuera del caso del "iter ad sepulchrum" (223), tampoco se admiten las servidumbres a favor de una "res extra commercium" (224).

3. Para que la servidumbre pueda ser constituida a favor o a cargo de un fundo, éste no puede ser "res nullius" (225). Cosa distinta es que el fundo, posteriormente, se convierta en "res nullius" como consecuencia de una "derelictio", en cu

riéndose al tiempo o a la condición) pacti vel per doli exceptionem occurratur contra placita servitutem vindicanti. Vid. SOLAZZI, Requisiti, pp. 73-75; BIONDI, Le servitù, pp. 189-190; GROSSO, Le servitù, p. 120; BURDESE, Servitù, p. 122..

(221) D. 8.2.26: nulli enim res sua servit; D. 8.3.31: praedia ipsa sibi servire non potuissent; D. 8.3.33.1: nullum praedium ipsum servire potest; D. 8.410: nemo ipse sibi servitutem debet. La regla sigue vigente en derecho justinianeo: así D. 7.6.5 pr. interp.: nec enim potest ei suus fundus servire. Vid. SOLAZZI, Requisiti, pp. 13-15; BIONDI, Le servitù, pp. 104-107; GROSSO, Le servitù, p. 89; BURDESE, Servitù, p. 121; KASER I, p. 443 y nota 40; ARANGIÙ-RUIZ, Istituzioni, p. 235.

(222) D. 8.1.14.2; D. 8.4.4; D. 8.4.13 pr. D. 43.12.4.

(223) D. 8.1.14 1; D. 8.5.1; D. 8.6.4.

(224) BIONDI, Le servitù, pp. 110-113; GROSSO, Le servitù, pp. 141-147; BURDESE, Servitù, p. 121 y nota 6.

(225) BIONDI, Le servitù, p. 108; GROSSO, Le servitù, p. 90.

yo caso se permite la servidumbre impuesta en el tiempo en que el fundo no tuvo ese carácter (226).

e) Requisitos de contenido.

Como hemos señalado anteriormente al ocuparnos del concepto de servidumbre, toda servidumbre debe consistir en un padecer ciertas inmisiones en propio fundo o en un abstenerse de hacer algo (227). No existen, por tanto, "servitutes in faciendo" (228), afirmación que no encuentra una excepción en la existencia de la "servitus oneris ferendi" (229), en la que el propietario del fundo sirviente viene obligado a "reficere parietem" con el fin de que sirva de apoyo a la construcción del fundo dominante, ya que la obligación de conservar en buen estado el muro no forma parte de la estructura y contenido esencial de la servidumbre que, en todo caso, consiste en un "pati": soportar el apoyo del fundo dominante, sino que se configura como una obligación accesoria (230) típica, eso sí, de esta clase de servidumbres.

f) Requisitos especiales que sólo afectan a la servi-

(226) Vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 109-110; GROSSO, *Le servitù*, pp. 91-93.

(227) D. 8.1.15.1

(228) BIONDI, *Le servitù*, p. 114; GROSSO, *Le servitù*, p. 81.

(229) D. 8.5.6.2.

(230) BIONDI, *Le servitù*, pp. 117-118; 121-122; GROSSO, *Le servitù*, p. 86; BURDESE, *Servitù*, p. 121; KASER I, p. 443; D'ORS, DPR, p. 215 nota 6.

dumbre de acueducto.

1. "Perennitas" del agua (231). Este requisito implica la exigencia de ^{que} el agua fluya de forma continua y por tiempo ilimitado, sin que ello implique, a su vez, la exigencia de continuidad en el ejercicio del derecho, puesto que incluso para conducciones efectuadas durante cortos y espaciados períodos de tiempo se exige el requisito de la "perennitas" (232).

2. La servidumbre de acueducto debe constituirse "ex capite vel ex fonte", esto es, desde el punto inicial donde surge o mana el agua y no desde lugares o a través de conducciones posteriores (233). Pese a D. 8.3.9, que también menciona el "haustus", parece que la exigencia del "caput aquae" no se aplica ni a esta servidumbre ni a la de "pecoris ad aquam adpulsus" (234).

2. Caracteres.

1. Accesoriedad.

La servidumbre es accesoria e inseparable del fondo dominante, de forma que la suerte de la servidumbre sigue el mismo camino que el que venga determinado por los cambios en

(231) D. 43.20.1.5; D. 43.20.1.6. Vid. CAPOGROSSI, *Ricerche*, p. 4.

(232) CAPOGROSSI, *Ricerche*, pp. 4-13.

(233) D. 8.3.9; D. 43.20.1.7. Qué haya de entenderse en cada caso por "caput aquae" lo dice 43.20.1.8. Vid. CAPOGROSSI, *Ricerche*, pp. 13-33.

(234) CAPOGROSSI, *Ricerche*, p. 107.

la propiedad del fundo dominante (235).

2. Inalienabilidad.

Del carácter accesorio e inseparable de la servidumbre al predio dominante deriva que no pueda ser enajenada separadamente de aquél, ni que se conserve de forma independiente en el caso de enajenación del fundo. Las servidumbres, por tanto, no pueden ser objeto autónomo de relaciones jurídicas, por ejemplo de comodato (D. 8.3.24), de "locatio" (D. 19.2.44) o de usufructo (D. 8.3.33.1) (236).

Como consecuencia de la inseparabilidad e inalienabilidad, no se admite en Derecho romano clásico la pignoración de servidumbres, sólo reconocida en el Derecho justinianeo para las cuatro servidumbres rústicas más antiguas (237).

(235) D. 8.4.12: cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Vid. también D. 8.3.23.2 y D. 8.3.36; GROSSO, *Le servitù*, p. 94.

(236) No atañe al problema de la inalienabilidad D. 43.20.5.1, pues no contempla una permuta de servidumbres, cada una de las cuales es conservada por su correspondiente titular, sino que contempla un cambio en las condiciones de ejercicio de las mismas.

En cuanto a la imposibilidad de que una servidumbre pueda ser objeto de otra servidumbre, si bien la idea es coherente con la imposibilidad de que la servidumbre sea objeto autónomo de relaciones jurídicas, y, por tanto, estaba ya formulada en el Derecho clásico, la opinión dominante considera interpolada la frase "servitus servitutis esse non potest" de D. 53.2.1, donde "servitus" ha sido colocada en lugar de "usus fructus". Sobre estos y otros problemas relacionados con la inalienabilidad, vid. SOLAZZI, *Requisiti*, pp. 17-18; BIONDI, *Le servitù*, pp. 145-148; 153-160; GROSSO, *Le servitù*, pp. 105 y nota 1-106; BURDESE, *Servitù*, p. 122 y nota 4; KASER I, p. 443.

(237) D. 20.1.11.3 y D. 20.1.12 interps. Vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 151-152; GROSSO, *Le servitù*, pp. 108-109; BURDE

3. Indivisibilidad.

Las servidumbres son derechos "esencialmente solidarios e indivisibles" (238). Es todo el fundo dominante el que se beneficia de la existencia de una servidumbre sobre el fundo sirviente, fundo que, además, está gravado por la servidumbre en su totalidad. Del carácter indivisible de las servidumbres se derivan las siguientes consecuencias:

a) consecuencias en orden a su constitución:

1ª. Las servidumbres se constituyen por entero o no surgen. Ello implica que las servidumbres no puedan constituirse a favor o a cargo de una cuota de copropiedad, esto es, a favor o a cargo de una cuota ideal del fundo dominante o sirviente (239).

2ª. Las servidumbres no pueden adquirirse por uno solo de los copropietarios (240).

3ª. Desde el punto de vista pasivo, la servidumbre no puede ser impuesta por uno de solo de los copropietarios del fundo sirviente (241). El principio es, sin embargo, flexibi

SE, Servitù, p. 122 y nota 5. En contra, KASER I, p. 443, que estima clásica la prenda de las servidumbres "iter", "actus", "via" y "aquae ductus" y, últimamente, CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 463-476, quien cree aplicable a estas servidumbres una "mancipatio fiduciae causa", transformada posteriormente, como consecuencia de la reflexión jurídica de la última época republicana, en "pignus".

(238) D'ORS, DPR, p. 218.

(239) D. 8.1.8.1; D. 8.3.32; D. 8.4.6.1; D. 35.2.1.9; Vid. BIONDI, Le servitù, pp. 160-161; GROSSO, Le servitù, p. 152; BUADESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 443.

(240) D. 8.4.5.

(241) D. 8.3.34; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 161; GROSSO, le servitù, p. 153.

lizado al permitirse que los actos constitutivos de los copropietarios puedan ser sucesivos y no necesariamente simultáneos (242). La constitución de las servidumbres se verificaría con el último de los actos constitutivos, que acabaría con la situación de pendencia en que se encontraban los anteriores, confirmándolos (243).

4ª. Es indivisible la obligación de constituir una servidumbre (244).

b) consecuencias en orden a su extinción:

1ª. De la misma forma que la servidumbre no nace más que en su totalidad, tampoco puede extinguirse parcialmente, de tal manera que si el propietario del fondo sirviente adquiere parte del fondo dominante, o viceversa, la servidumbre no se extingue por confusión (245)

(242) D. 8.4.18.

(243) BIONDI, *Le servitù*, p. 162; GROSSO, *Le servitù*, p. 153. En contra SOLAZZI, *Requisiti*, pp. 68-72, quien piensa que la posibilidad de actos constitutivos separados, sucesivos y confirmados por el último de ellos se debe a una alteración justinianea. Vid., sin embargo, últimamente, KOUWENBERG, *Servitude*, p. 274, quien analizando precisamente la antigua tesis de Solazzi, llega a la conclusión de que la constitución de servidumbres por actos sucesivos constituye un principio clásico, justificando en último término la atemperación de la exigencia de la simultaneidad de los actos constitutivos acudiendo a consideraciones sociales y refiriéndose fundamentalmente al problema que se plantearía para la constitución de una servidumbre cuando los copropietarios estuviesen alojados unos de otros (KOUWENBERG, *Servitude*, p. 296)

(244) D. 8.1.17; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 169; GROSSO, *Le servitù*, p. 154.

(245) D. 8.1.8.1; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 167; GROSSO, *Le servitù*, p. 154; D'ORS, *DPR*, p. 214.

2ª. No se admite la renuncia "pro parte" (246).

3ª. Es suficiente con que uno de los copropietarios ejer^{ce} cite la servidumbre para que ésta no se extinga por no uso(247)

c) Consecuencias en el caso de legado de servidumbre:

El legado de servidumbre no está sujeto a la reducción de la cuarta Falcidia (248).

d) Consecuencias en el caso de existir más de un fundo sirviente:

En el caso de que un solo fundo tenga a su favor una servidumbre constituida sobre varios fundos, no existen varias servidumbres, sino una sola, la cual no se extingue aunque sólo se ejercite sobre uno de los fundos gravados (249).

e) Consecuencias en caso de división de los fundos:

1ª Dividiéndose el fundo dominante, la servidumbre se conserva en favor de cada una de sus partes (250)

2ª Dividiéndose el fundo sirviente, si bien la regla es sólo válida para las servidumbres de paso, depende de que la división se haya efectuado a lo largo o a lo ancho del fundo , el que la superficie predial aparezca gravada parcialmente

(246) D. 8.3.34; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 168.

(247) D. 8.6.5; D. 8.6.6 pr.; D. 8.6.16; Vid. GROSSO, Le servitù, p. 155.

(248) D. 35.2.80.1; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 169; GROSSO, Le servitù, p. 155.

(249) D. 8.3.18; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 171.

(250) D. 8.3.23.3; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 172; GROSSO, Le servitù, p. 156; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 443.

te o en su totalidad (251).

f) Consecuencias procesales:

1ª. Desde el punto de vista activo, a cada uno de los co propietarios del fundo dominante les corresponde el ejercicio de la acción confesoria (252), de forma que lo conseguido por uno de ellos aprovecha a los demás.

2ª. Desde el punto de vista de la legitimación procesal pasiva, la acción puede dirigirse contra cualquiera de los co propietarios del fundo sirviente (253).

3. Ejercicio.

El ejercicio de la servidumbre por parte del propietario del fundo dominante debe resultar lo menos gravoso posible para el propietario del fundo sirviente (254), quien, a su vez, debe permitir el ejercicio del contenido de la servidumbre al titular de ésta (255). Una y otra exigencia -ejercicio "civiliter" y permisión del ejercicio de la servidumbre comportan la determinación del "locus servitutis" y la determinación de las facultades inherentes al contenido de la servidumbre:

(251) D. 8.6.6.1a; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 172; GROSSO, Le servitù, p. 156; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 443.

(252) D. 8.5.4.3; GROSSO, Le servitù, p. 155.

(253) D. 8.5.4.4; GROSSO, Le servitù, p. 155.

(254) D. 8.1.9; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 300; GROSSO, Le servitù, p. 165.

(255) BIONDI, Le servitù, p. 303.

- Cuando el lugar de ejercicio no ha sido fijado en el momento de la constitución de la servidumbre, se considera que todo el fundo está gravado por la misma (256). "Sensu contrario", debe entenderse que si el "locus" ha sido determinado en el momento de la constitución de la servidumbre, únicamente esa parte específica individualizada como lugar de ejercicio es la que aparece gravada con la servidumbre (257).

- Para que el titular de la servidumbre pueda ejercitar en su intensidad toda el contenido de aquélla, se le conceden ciertas facultades accesorias e instrumentales, implícitas en el mismo contenido de la servidumbre: son los llamados "admirabilia servitutis". Así, por ejemplo, el que es titular de una "servitus aquae haustus" tiene también el "iter ad hauriendum", esto es, el paso para llegar hasta el agua y tomarla (258)

D) Constitución.

Examinaremos en primer lugar los requisitos exigibles

(256) D. 8.1.9; D. 8.3.13.1; D. 8.3.21; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 299; GROSSO, Le servitù, p. 127.

(257) Vid. BIONDI, Le servitù, p. 299; GROSSO, Le servitù, p. 127.

(258) D. 8.3.3.3; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 302; GROSSO, Le servitù, pp. 163-164, quien habla de "servidumbres accesorias" cuando las facultades no están implícitas en el contenido de la servidumbre, sino en relación de complementariedad (GROSSO, Le servitù, p. 163), citando como ejemplo D. 8.3.6.1 en el que al titular de una "servitus pecoris ad aquam adpulsus" o una "servitus pascendi" se le concede el derecho de tener una choza donde guarecerse en invierno.

a las personas que pueden constituir servidumbres y en segundo lugar los modos de constitución de las mismas.

a) Requisitos personales.

Según el "ius civile", el único que puede constituir válidamente servidumbres a favor o a cargo del fundo es el propietario del mismo (259). No se admite la constitución de servidumbres por el usufructuario (260) ni por el poseedor tutelado por una "actio publicana" (261), casos, sin embargo, admitidos por el derecho honorario (262).

b) Modos de constitución:

1º. Fondos itálicos:

Las servidumbres pueden constituirse en este tipo de fondos acudiendo a los siguientes medios:

- "mancipatio", para la constitución de servidumbres consideradas "res mancipi" e "in iure cessio", apta para la constitución de cualquier tipo de servidumbre (263)

- "deductio servitutis", que tiene lugar siempre en los actos de transmisión del dominio ("mancipatio" e "in iure cessio"). El enajenante, en el acto de enajenación de uno de sus

(259) D. 8.4.8; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 231; GROSSO, Le servitù, p. 232.

(260) D. D. 7.1.5.7; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 231; GROSSO, Le servitù, p. 232.

(261) BIONDI, Le servitù, p. 231.

(262) BIONDI, Le servitù, p. 231.

(263) G. Inst. 2,29; Frag. Vat. 45; BIONDI, Le servitù, pp. 221-222; GROSSO, Le servitù, p. 187; BURDESE, Servitù, p.122; KASER I, pp. 443-444

fundos, puede acordar con el adquirente la constitución (o reserva) de una servidumbre a favor o a cargo del fondo transmitido y a favor o a cargo del otro fondo cuya propiedad retiene (264).

- Legado. De las cuatro formas existentes de legado, "per vindicationem", "per damnationem", "sinendi modo" y "per praedestinationem", sólo la primera es apta verdaderamente para la constitución de servidumbres. Los dos últimos mencionados no son aplicables a las servidumbres (265) y el legado "per damnationem" no actúa propiamente como modo de constitución, pues con él sólo se consigue la creación de una obligación exigible al heredero de constituir una servidumbre a favor del legatario (266). Por tanto, sólo cuando el legado es vindicatorio estamos ante un medio pato para la constitución de servidumbres (267)

- Tratándose de "iudicia legitima", pueden constituirse "iure civili" servidumbres mediante "adiudicatio" por el juez en los procesos divisorios (268).

(264) D. 8.2.34; D. 8.3.30; D. 8.4.7 pr. Vid. BIONDI, Le servitù, p. 222; GROSSO, Le servitù, p. 187; BURDESE, Servitù, pp. 122-123; KASER I, p. 444.

(265) BIONDI, Le servitù, p. 227.

(266) BIONDI, Le servitù, p. 227; D'ORS, DPR, p. 220.

(267) D. 8.6.19. 1; D. 33.3.1; Vid. GROSSO, Le servitù, p. 187; KASER I, p. 444.

(268) D. 10.2.22.3; D. 10.3.7.1; D. 10.3.18; Vid. BIONDI, Le servitù, pp. 238-239; GROSSO, Le servitù, p. 192; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER I, p. 444.

- "Usucapio". Mientras las servidumbres fueron concebidas no como "iura", sino en términos de pertenencia, eran usucapibles y podían ser adquiridas por el ejercicio continuado durante dos años. Posteriormente, una Lex Scribonia (269), de fecha incierta, armonizando la nueva concepción de las servidumbres como derechos con el hecho de la usucapibilidad, prohibió, quizá guiada también por razones prácticas (270), la "usucapio" de servidumbres (271).

2º. Fundos provinciales.

Para esta clase de fundos, el número de modos constitutivos es más reducido. Son los siguientes:

- "Pactiones et stipulationes". En los fundos provinciales, al no aplicarse la "mancipatio" ni la "iu iure cessio", las servidumbres pueden constituirse mediante "pactio et stipulatio" (272) con efectos reales y no meramente obligatorios. La eficacia real de tal forma de constitución parece derivar de la "pactio", robustecida por la "stipulatio", que sólo tiene efectos obligatorios, y por la cual el constituyente de una servidumbre promete respetar el ejercicio de la misma (273).

(269) D. 41.3.4.28.

(270) TOMULESCU, Sur la loi, pp. 335-337; CAPOGROSSI, La struttura II, pp. 437-439; 450-451; 455.

(271) BIONDI, Le servitù, pp. 274-275; GROSSO, Le servitù, p. 189; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, pp. 444-445.

(272) G. Inst. 2,31.

(273) LEVY I, p. 57; BIONDI, Le servitù, pp. 250-256; GROSSO, Le servitù, pp. 193-202; GROSSO, Schemi, p. 289; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER I, p. 445; D'ORS, DPR, p. 219 y nota 3; Vid., sin embargo, SOLAZZI, Requisiti, pp. 109-124, quien niega toda eficacia real a las "pactiones et stipula-

Pese a todo, no parece, sin embargo, que tal forma de constitución de servidumbres, pudiese aplicarse en los fundos itálicos (274).

- Aunque con bastante menor grado de certeza que el caso anterior, es posible que sobre los fundos provinciales se pudiesen constituir servidumbres mediante "longi temporis praescriptio", de diez o veinte años, según se tratase de personas presentes o ausentes (275).

E) Extinción.

En el derecho clásico romano las formas de extinción de servidumbres son las siguientes:

- por medio de renuncia en una "in iure cessio" bajo la forma de una "actio negatoria" (276). Dicha renuncia puede efectuarse de forma tácita cuando al titular del fundo sirviente

ciones". La sola eficacia obligatoria de la "stipulatio" como medio conocido por el Derecho romano para dar cauce a las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario, aunque no para dar lugar a servidumbres, puede verse en D.45.1.2.5; D.45.1.38.12 y D. 45.1.131 pr.

(274) GROSSO, *Le servitù*, p. 204; KASER I, p. 445. BIONDI, *Le servitù*, pp. 257-258, aunque no de forma muy clara, parece defender la utilización de "pactiones et stipulationes" incluso en los fundos itálicos, hecho que según él explicaría la generalización de tal modo constitutivo en el Derecho justiniano.

(275) KASER I, p. 445 y nota 65; D'ORS, DPR, p.219, quienes ponen a contribución C. 3.34.2.

(276) D. 8.1.6; D. 8.1.14; D. 8.2.21; D. 8.2.27.1; D.8.2.32 pr.; D. 8.3.34 pr.; Vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 307-309;

se le permite la realización de ciertos actos que son incompatibles con la existencia de una servidumbre (277).

- por falta de ejercicio o "non usus" de forma continua da durante dos años, si se trata de servidumbres rústicas. En el caso de servidumbres urbanas es necesaria, además, la "usu capio libertatis", es decir, la posesión del fondo sirviente durante dos años de tal forma o en tales condiciones que devenga imposible el ejercicio de la servidumbre realizando, por ejemplo, actos contrarios a la misma sin ser contestados por el propietario del fondo dominante (278).

- por confusión, acaecida cuando el propietario del fondo dominante se convierte en propietario del sirviente, o al revés (279).

- por un cambio sustancial en las condiciones del fondo que produzcan una imposibilidad física o jurídica en el ejercicio de la servidumbre. Así, derribado el fondo dominante, la servidumbre se extingue si no se reconstruye otro idéntico en especie y calidad (280). De igual modo, se extingue la ser

GROSSO, Le servitù, p. 243; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER I, p. 445.

(277) D. 8.6.8 pr.; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 310;

GROSSO, Le servitù, p. 342.

(278) D. 8.2.6; D. 8.2.32.1; Vid. BIONDI, Le servitù, pp. 311-321; GROSSO, Le servitù, pp. 244-257; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER I, p. 446.

(279) D. 8.6.1; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 305; GROSSO, Le servitù, p. 257; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER I, p. 446.

(280) D. 8.2.20.2; Vid. BIONDI, Le servitù, pp. 327-328; GROSSO, Le servitù, p. 263.

vidumbre si el fundo sirviente o la parte de éste sobre la que se ejercita aquélla se convierte en lugar público o "res extra commercium" (281).

Un cambio en las condiciones del fundo que signifique una imposibilidad momentánea de ejercicio de la servidumbre no produce la extinción de ésta por mutación del "locus", si no que, en último término, produciría la extinción por "non usus" si, una vez cesada la imposibilidad, como consecuencia de una restitución a las primitivas condiciones del fundo, se ha persistido en la falta de ejercicio durante el tiempo necesario para la extinción por tal motivo (282).

Es posible, en casos aislados y según criterios de equidad, la reconstitución legal de una servidumbre, una vez que cesa la causa que provocó su extinción (283).

F) Defensa y protección.

1º. Acciones.

La acción en defensa de la servidumbre es la "vindicatio servitutis", también llamada, en terminología no clásica, "ac

(281) D. 7.4.24 pr.-1; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 326; GROSSO, Le servitù, pp. 260-261.

(282) D. 8.6.14 pr.; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 325; GROSSO, Le servitù, p. 261.

(283) BIONDI, Le servitù, pp. 331-339; GROSSO, Le servitù, pp. 274- 278; KASER I, p. 446.

tio confessoria" (284). Mediante esta acción el propietario del fundo dominante afirma la existencia de una servidumbre a su favor, y, por tanto, se diferencia de la "actio negatoria", acción que tiene por finalidad no la afirmación de la existencia de una servidumbre, sino la afirmación de la libertad del fundo, esto es, negar la existencia de gravamen frente al que lo pretenda (285).

Desde el punto de vista de la legitimación activa, sólo puede ejercitar la "vindicatio servitutis" el propietario del fundo dominante (286), si bien se conceden acciones útiles al titular de un "ius in agro vectigal" (287), al usufructuario (288) y al acreedor pignoraticio (289). Como hemos señalado al ocuparnos de la indivisibilidad de las servidumbre, el ejercicio de la "vindicatio servitutis" corresponde activamente a cada uno de los copropietarios "in solidum" (290).

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la "vindicatio servitutis" no sólo puede ejercitarse contra el propietario del fundo sirviente (291) o contra cualquiera de

(284) D. 8.5.2 pr.

(285) Vid. BIONDI, Le servitù, p. 345; GROSSO, Le servitù, p. 279; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER I, p. 446.

(286) D. 8.5.2.1; D. 8.5.6.3; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 344; GROSSO, Le servitù, p. 282.

(287) D. 8.1.16; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 349; GROSSO, Le servitù, p. 285.

(288) D. 39.1.2; D. 43.25.1.4; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 351-352; GROSSO, Le servitù, p. 282.

(289) D. 39.1.9; D. 43.25.1.5; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 350; GROSSO, Le servitù, p. 285.

(290) D. 8.5.4.3.

(291) D. 8.5.6.3.

los copropietarios "in solidum" (292), sino también contra cualquiera que obstaculice e impida el ejercicio de la servidumbre (293).

La condena, que ha de ser pecuniaria, se materializa en el caso de la "vindicatio servitutis" en los "fructus servitutis" (294), pero puede ser evitada mediante la prestación de una "cautio de amplius non turbando" (295).

Contra el que no quiere defenderse, parece posible que el pretor concediese al actor un interdicto "quam servitutum" (296).

2º. Interdictos.

Protegen el ejercicio fáctico o de hecho del contenido propio de algunas servidumbres o el ejercicio de algunas facultades inherentes a las mismas, contra aquel que impide dicho ejercicio. Estos interdictos, quizá originariamente nacidos siguiendo el modelo del "uti possidetis" (297), contienen la cláusula de posesión viciosa "nec vi nec clam nec precario" y no presuponen la existencia de una servidumbre, por lo que pueden favorecer también a quienes no son titulares de

(292) D. 8.5.4.4.

(293) D. 8.5.10.1. Vid. GROSSO, *Le servitù*, pp. 285-290.

(294) D. 8.5.4.2; D. 8.5.6.6.

(295) D. 8.5.7.; Vid. BIONDI, *Le servitù*, pp. 354-355; GROSSO, *Le servitù*, pp. 295-296.

(296) BIONDI, *Le servitù*, p. 355; GROSSO, *Le servitù*, p. 301; aunque, como señala D'ORS, DPR, p. 218 nota 3, falta apoyo textual.

(297) CALOGROSSI, *La struttura II*, pp. 378-380; 435.

la misma (298). Son los siguientes:

- interdicto "de itinere actuque privato". Protege a aquel que ha ejercido durante el año precedente, a contar desde el momento en que se concede el interdicto, el paso por un fundo ajeno (299).

- interdicto "de itinere actuque reficiendo". Protege a aquel que durante el año precedente ha ejercido el paso contra el que impide la reparación del mismo. Supone este interdicto no sólo el ejercicio fáctico del paso, sino, además, la prueba del derecho a la reparación, derecho que debe haber sido previsto y otorgado en el momento de la constitución de la servidumbre (300).

- interdicto "de aqua cottidiana et aestiva". Protege al que, de hecho, ha conducido agua "cottidiana" o "aestiva" durante el año precedente por fundo ajeno (301).

- interdicto "de rivis". Protege al que ha conducido agua durante el año o verano precedentes, contra aquel que im

(298) KASER I, p. 447.

(299) D. 43.19.1 pr. Vid. BIONDI, Le servitù, p. 356; GROSSO, Le servitù, p. 305; BURDESE, Servitù, p. 124.

(300) D. 43.19.3.11; 13 y 14; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 357; GROSSO, Le servitù, p. 307; BURDESE, Servitù, p. 124.

(301) D. 43.20.1 pr. y D. 43.20.1.29; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 358; GROSSO, Le servitù, p. 308; BURDESE, Servitù, p. 124; D. 43.20.1.3 explica la diferencia existente entre "aqua cottidiana" y "aestiva".

pide la reparación o limpieza del canal por donde el agua discurre (302).

- interdicto "de fonte". Protege a aquel que durante el último año ha venido ejerciendo de hecho el contenido propio de las servidumbres de "aquae haustus" y "pecoris ad aquam adpulsus" (303).

- interdicto "de cloacis". Protege y posibilita la limpieza y reparación de las cloacas privadas (304) (304 bis).

3º. Otros medios de protección.

Además de las acciones e interdictos específicos, el titular de una servidumbre goza de otros medios de protección de carácter general como la "actio aquae pluviae arcendae" (305), el interdicto "quod vi aut clam" (306) o la "operis novis nuntiatio" (307).

(302) D. 43.21.1 pr.; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 359; GROSSO, *Le servitù*, p. 311; BURDESE, *Servitù*, p. 124.

(303) D. 43.22.1 pr.; Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 359; GROSSO, *Le servitù*, p. 311; BURDESE, *Servitù*, p. 124.

(304) D. 43.23.1 pr. Vid. BIONDI, *Le servitù*, p. 359; GROSSO, *Le servitù*, p. 312; BURDESE, *Servitù*, p. 124.

(304 bis) No incluimos aquí, pese a que así lo haga la romanística (BIONDI, *Le servitù*, p. 358; GROSSO, *Le servitù*, p. 310; BURDESE, *Servitù*, p. 124) el interdicto "quo ex castello" (D. 43.20.1.38), que protege al que está autorizado para conducir agua desde depósitos públicos en virtud de un permiso o concesión ajenos al concepto de servidumbre.

(305) GROSSO, *Le servitù*, p. 304; BURDESE, *Servitù*, p. 123.

(306) BIONDI, *Le servitù*, p. 360; GROSSO, *Le servitù*, pp. 312-313; BURDESE, *Servitù*, p. 124.

(307) BIONDI, *Le servitù*, pp. 360-361; GROSSO, *Le servitù*, p. 313; BURDESE, *Servitù*, p. 124.

CAPÍTULO IV. La época postclásica.

La suerte que las servidumbres prediales van a correr durante este nuevo período no es otra cosa que el fruto de un ambiente. Por una parte, la decadencia de la jurisprudencia, fenómeno propio de la época postclásica. Por otra, el ambiente creado por el Derecho romano vulgar o, si se quiere, por el vulgarismo, esto es, la difuminación y simplificación de los conceptos jurídicos, la falta de precisión y finura jurídicas en el tratamiento de las instituciones y el predominio de soluciones prácticas que se alejan del Derecho oficial, en un intento de adaptar éste a las necesidades surgidas a raíz de la nueva situación creada por la crisis cultural y económica del Bajo Imperio (308).

Dirante este nuevo período, y hasta la restauración clasicista de Justiniano llevada a cabo a través de su compilación, no sólo nuestra institución de las servidumbres prediales, sino también todo el campo relativo a la propiedad y demás derechos reales se verá profundamente alterado si lo comparamos con el sistema que del mismo existía en la época clásica

(308) Con estas afirmaciones, sin embargo, no tratamos de equiparar Derecho romano postclásico con Derecho romano vulgar. Ni todo el Derecho postclásico es Derecho romano vulgar ni, a su vez, todo el Derecho romano vulgar es Derecho postclásico. Síntomas de vulgarismo existen ya en la época clásica encubiertos bajo el Derecho clásico, del mismo modo que concepciones vulgares pueden encontrarse incluso en la dirección clasicista de Justiniano. Sobre estos extremos, vid. KASER, *Vulgarrecht*, columnas 1290-1291; 1299-1300; KASER, *El Derecho*, p. 622-624; 627; LEVY 1, pp. 2-14.

sica. Así, se produce la confusión entre "dominium" y "possessio" (309). La "possessio", que además adquiere ahora significaciones atécnicas y especiales que no había tenido en época clásica (310), se convierte en común denominador del derecho de propiedad, actuando como "presumptive ius in re" (311). No sólo se destruye la distinción entre propiedad y posesión, sino también entre propiedad y demás derechos reales limitados (312), que pasan a ocupar un lugar reducido en la legislación de la época (313). Por otra parte, no es fácil la distinción entre actos con eficacia real y actos con eficacia obligatoria (314), y la distinción entre "actiones in rem" y "actiones in personam" deja de tener la relevancia que tuvo en la época anterior, al no estar ya en conexión con los respectivos "iura in re" y "iura in personam" (315). Sobre estas indicaciones, podemos, por tanto, concluir que la poca claridad conceptual y el "abandono de precisión" son las notas que caracterizan el "sistema" postclásico de derechos reales (316)

(309) LEVY I, pp. 19 ss.; CANNATA, Possessio, pp. 32 ss; KASER, El concepto, pp. 18-19.

(310) CANNATA, Possessio, pp. 4 ss.

(311) LEVY I, pp. 61-62.

(312) LEVY I, pp. 34 ss; KASER, El concepto, pp. 18-19; CANNATA, Possessio, pp. 180-181;

(313) Vid., a título de ejemplo el recuento efectuado por DUFONT, Les jura, pp. 237-238, sobre el Código Teodosiano.

(314) LEVY I, p. 127; GAUDEMET, La formation, p. 139.

(315) LEVY I, p. 232.

(316) Así, CANNATA, Possessio, pp. 180-181, del que, sin embargo, disintimos respecto al hecho de que pueda hablarse de "sistema de derechos reales" para la época postclásica. Cuando menos, como ha puesto de manifiesto Bretone, comentando la obra de Cannata, el hablar de "sistema de derechos reales" en esta época "non può non lasciare dubbiosi" (BRETONE, Volgarismo, p. 206). Debemos matizar aquí algunos aspectos más de la posición de Cannata. En primer lugar, su recurso a la unidad jurisdiccional (CANNATA, Possessio, pp. 168 ss; 181) para ex-

Veámos ahora qué ocurre, teniendo en cuenta el estado de cosas antes descrito, con las servidumbres prediales. Para ello examinaremos separadamente las "leges" y los "iura".

a) Leges.

Por lo que se refiere a las constituciones imperiales, podemos observar los siguientes fenómenos:

1º. El reducido lugar que la materia de las servidumbres prediales ocupa en la legislación de la época. Así, CTH no incluye ningún título "de servitutibus" y ninguna de sus constituciones hablan propiamente de la materia (317), en tanto que de las catorce constituciones de que se compone CJ 3.34 "de servitutibus et de aqua", las cuatro primeras son todavía de la época de los Severos (318), la quinta y la sexta, CJ 3.34.5 y 6, pertenecen, respectivamente, a Filipo el Árabe, emperador desde el 224 al 249 y a Claudio II el Gótico,

plicar la unidad del sistema de derechos reales sólo toca un aspecto, el de la protección procesal, pero deja de lado todos los demás aspectos que deberían componer, si existiese, el sistema de derechos reales en época postclásica. En segundo lugar, no creemos, como piensa CANNATA, Possessio, p. 187, que a la hora de caracterizar los derechos reales en época postclásica sea superfluo un recurso a las "vulgäre Rechtsanschauungen", a menos que se citen otras causas para explicar la confusión conceptual y el abandono de precisión del "sistema" postclásico de derechos reales. Su posición, sin embargo, es comprensible si se tiene en cuenta la tradicional renuencia de la doctrina italiana a la aceptación del Derecho romano vulgar.

(317) DUPONT, Les jura, p. 238 contabiliza únicamente un texto sobre servidumbres prediales. Está pensando en CTH 2.24, pero como veremos, y DUPONT, Les jura, p.239 acaba reconociendo, tal texto no se refiere propiamente a nuestra institución.

(318) CJ 3.34.1 y 2 pertenecen al Emperador Caracalla,

emperador desde el 286 al 270, mientras que de las ocho últimas, ninguna pertenece al período que media entre los emperadores Diocleciano y Justiniano(319). Nos falta, pues, una legislación tan importante para el conocimiento del Derecho romano vulgar como la legislación de Constantino y sus sucesores si, como ponen de relieve algunos romanistas, es a partir de este emperador cuando el Derecho romano vulgar cobra verdadera importancia (320), pese a que D'Ors, en un intento de no hacer coincidir vulgarismo con Cristianismo, adelanta los síntomas de la decadencia y también los inicios del período postclásico a la época de Diocleciano (321).

29. El empleo del término "servitus" para lo que no constituye más que manifestaciones de limitaciones a la propiedad y, en concreto, restricciones en orden a la edificación relativas a distancias legales (322):

CTh 4.24(?)...De aedificiis privatis et publicis. De servitute luminis vel aeris similiter constitutum est, ut inter privatorum fa-

mientras que CJ 3.34.3 y 4, pese a que en los manuscritos van atribuidas al mismo emperador, no pueden ser, a tenor de su fecha, más que de Alejandro Severo, emperador desde el 222 al 235.

(319) CJ. 3.34.7, 8, 8, 10, 11 y 12 son de Diocleciano y Maximiano; CJ. 3.34.13 y 14 pertenecen ya a Justiniano. Vid. sobre estos extremos, LEVY I, p. 55; FRANCIOSI, Studi, p. 127; GROSSO, Le servitù, p. 316.

(320) LEVY I, p. 9; KASLER, El concepto, p. 20.

(321) D'ORS, El Código, pp. 1-2; D'ORS, DPR, p. 15.

(322) LEVY I, pp. 55 y 116; FRANCIOSI, Studi, p. 134; BIONDI, Le servitù, p. 68; GROSSO, Le servitù, p. 316; DUPONT, Les jura, p. 239; CORBINO, Ricerche, p. 218.

bricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur (323).

La posibilidad de imponer por ley ("constitutum est") las distancias que han de guardarse entre las construcciones calificando tal fenómeno de "servitus luminis vel aeris" supone un cambio radical respecto al modo en que nacían las servidumbres en el Derecho clásico: mientras en éste todas las servidumbres eran voluntarias, ahora, bajo los influjos del vulgarismo, pueden nacer también por un mandato legal.

Existen, sin embargo, problemas en orden a la identificación de CTh 4.24(?)... Pese a que el texto también lo incluye Godofredo (324), es problemática su misma existencia dentro de CTh, ya que no figuraba entre los fragmentos conservados del mismo. La propia dicción del título así como el tenor de la supuesta constitución los conocemos gracias a la Lex Romana Burgundionum 17,6:

De servitute luminis vel aeris similiter constitutum: ut inter privatorum fabricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur, secundum legem Theodosiani libri IV. sub titulo: De aedificiis privatis et publicis (325),

(323) Citamos por la edición de Mommsen. Vid. datos completos en el elenco de fuentes.

(324) GODOFREDO, Codex, tomo I, p.462. Utilizamos una edición fotomecánica (Hildesheim-New York, 1975) de la de Leipzig 1736-1743. Vid. elenco de fuentes.

(325) Manejamos la edición de De Salis, en MGH. Vid. elenco de fuentes.

que, sin embargo, no nos informa sobre la colocación del título dentro de los componen el libro IV de CTH, ni sobre el número de constituciones existentes bajo la rúbrica "De aedificiis privatis et publicis". Mientras la cuestión referente al orden del título dentro del libro IV de CTH puede resolverse, conjeturalmente, acudiendo a la distribución en títulos del libro VIII de CJ (326), más difícil es resolver la cuestión del número de constituciones existentes bajo ese supuesto título y, en caso de ser varias, a cuál se referiría exactamente la alusión de LRB, por lo que no es erróneo ni atrevido pensar en una constitución de los emperadores Honorio y Teodosio, del año 475, conservada en CJ 8.10.11 pr.-1(327):

Maeniana, quae Graece *ἐξώραις* appellant, sive olim constructa sive in posterum in provinciis construenda, nisi spatium inter se per decem pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncentur. 1. In his vero locis, in quibus aedificia privatorum horreis publicis videntur obiecta, obstructione maenianorum quindecim pedum intervalla serventur.

La constitución, si bien guarda relación con LRB, y por tanto con CTH 4.24, en cuanto a la contenido, esto es, en cuanto a las distancias legales exigidas (328), no menciona en ningún momento la palabra "servitus" para calificar la re

(326) Así, GODOFREDO, Codex, t.I, p. 462.

(327) Así, DE SALIS, en el Index Fontium Legis romanae que acompaña a su edición de la LRB en MGH; LEVY I, p. 116 y, concediendo mayor grado de posibilidad a la relación entre uno y otro texto, FRANCIOSI, Studi, pp. 144, 145.

(328) Sobre distancias legales y espacios libres entre edificios hablan también CTH 15.1.4; CTH 15.1.38; CTH 15.1.39 (= CJ 8.11.14); CTH 15.1.46 (= CJ 8.10.9).

lación.

5º. El empleo de la terminología "servitus aquarum" y otras expresiones similares propias de la clásica servidumbre de acueducto para referirse a la utilización de acueductos públicos (329):

La terminología "servitus aquarum" es utilizada en CJ 11.43. 6 pr.:

Omnis servitus aquarum aquaeductus Hadriani sive domorum sive possessionum sive suburbiorum sive balnearum vel per divinos adfatus intimatos in quolibet iudicio vel per usurpationem imperitos penitus exprobetur: maluimus etenim praedictum aquaeductum nostri palatii publicarum thermarum ac nymphaeorum commoditatibus inservire.

"Ius aquae" aparece en CJ 11.43.5:

Si quis per divinam liberalitatem meruerit ius aquae, non viris clarissimis rectoribus provinciarum, sed tuae praecellentissimae sedi caelestes apices intimare debet...

y en CJ 11.43.7:

Ad reparationem aquaeductus huius almae urbis omnia vectigalia, quae colligi possunt ex universis scalis huius inclitae urbis et ex operariis qui Cyziceni dicuntur, ad refectionem eiusdem aquaeductus procedere: illo

(239) LEVY I, p. 56; FRANCOSI, Studi, pp. 127-128; 138-140; GROSSO, Le servitù, p. 316.

videlicet observando, ut nemo eorum qui ius aquae possident quamcumque descriptionem sustineat: nam execrabile videtur domos huius almae urbis aquam habere venalem.

"Usus aquae" significando derivaciones de agua desde acueductos públicos también es frecuente en las fuentes:

CTH. 15.2.2: Aquaeductus, qui Dafnensi palatio usum aquae praestat, quorundam aviditate tenuatur adpositis maioribus fistulis, quam ex imperiali largitate meruerunt.

CTH. 15.2.5 (=CJ 11.43.3): Eos, qui aquae copiam vel olim vel nunc per nostra indulta meruerunt, eius usum aut ex castellis aut ex ipsis formis iubemus licere neque earum fistularum quas matrices vocant cursum ac soliditatem adtemptare.

CTH. 15.2.6 (=CJ 11.43.3 recoge, precedida de CTH 15.2.5, parte de CTH 15.2.6, pero no el párrafo que transcribimos): Quicumque ex aquaeductu magis quam ex castellis aquae usum putaverit derivandum...

CTH. 15.2.7 (=CJ 11.43.4): Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla novatione turbari...

b) Iura.

El respeto que hacia los modelos clásicos muestran los escritos de los maestros postclásicos nos revela igualmente que un profundo cambio se ha producido en la concepción de las servidumbres prediales. Si bien los textos conservan en algunos casos la terminología clásica, quizá más por respeto a la tradición que por una verdadera comprensión de la misma, como ocurre con PS 1.17.1, 2 y 3 y G. Ep. 2.1.3, no es menos

cierto, sin embargo, que ese respeto por la terminología no se traduce, como podría esperarse, en un respeto hacia las reglas que conforman la estructura de la institución. De este modo, PS 1.17.2, ignorando u olvidando la clásica regla de la imposibilidad de usucapir las servidumbres (D. 41.3.4.28), admite que la "servitutes hauriendae aquae vel ducendae", una vez extinguidas por el no uso durante dos años, puedan ser re adquiridas por su uso durante el mismo espacio de tiempo(330). Igualmente, PS 1.17.3, aun recordando el requisito clásico de la constitución "ex capite vel ex fonte" para la servidumbre de acueducto, reconoce que "hodie tamen ex quocumque loco constitui solet" (331), con lo que viene a admitir que, si bien la regla sigue en vigor, la práctica (es significativo en este sentido el impersonal "solet"), camina por otros derroteros. Por su parte, G.Ep. 2.1.3 desconoce la neta distinción de los contenidos típicos de las diferentes figuras de servidumbres de paso (332).

Las fuentes no sólo presentan alteraciones respecto a los criterios clásicos, sino que, además, son mudas sobre algunos aspectos sustanciales para el conocimiento de la institución. Así ocurre, por ejemplo, con el problema de la constitución y adquisición de las servidumbres, del que los textos no sumi nistran prácticamente ninguna información. Anteriormente he-

(330) LEVY I, pp. 180 y 200; LEVY, Usureceptio, pp. 221 ss; FRANCIOSI, Usureceptio, pp. 388-390;

(331) Vid. CAPOGROSSI, Ricerche, pp. 15-14 nota 29 y p. 51 nota 50.

(332) Sobre G.Ep. 2.1.3 vid. ARCHI, l'Epitome, pp. 230-235; LEVY I, p. 57; FRANCIOSI, Studi, pp. 160-166.

mos indicado que PS 1.17.2 permite la readquisición de una servidumbre mediante el uso por un bienio. Sin embargo, ello no puede considerarse una regla general sobre constitución de servidumbre: la sentencia únicamente nos informa sobre el modo de recuperar una servidumbre ya existente y que se ha perdido por no uso, pero deja fuera todos los supuestos de constitución "ex novo" de la relación. Quizá, como piensa Levy(333), se siga recurriendo a las "pactiones et stipulationes" que, como ya sabemos, eran modos eficaces de constitución en los fundos provinciales, aunque ahora, una vez desaparecida la distinción entre actos con eficacia real y actos con eficacia obligatoria (334), el saber si lo que nace es un derecho real o una obligación depende, como también señala Levy (335), de los términos del acuerdo realizado por las partes.

Finalmente, a todo ello debe sumarse el lenguaje, unas veces impreciso, otras reiterativo, utilizado por las fuentes, dificultando, en no pocos casos, la comprensión de su significado (336).

(333) LEVY I, pp. 57 y 199

(334) Vid. supra p. 101.

(335) LEVY I, p. 58

(336) Con el fin de evitar repeticiones en nuestra exposición, postpondremos el estudio detenido de los textos de PS y G.Ep. al momento de su inclusión como partes integrantes del Breviario de Alarico. De este modo, las PS podrán ser comparadas con su correspondiente Interpretatio y ambos textos, modelo e interpretación, podrán ser puestos en relación con G.Ep., operaciones estas que cobran toda su razón de ser desde el momento en que los mencionados textos son reunidos en una compilación única y de carácter oficial y, por tanto, para tener vigencia simultánea, hecho que no debe pasarse por alto si, como veremos, sobre una misma materia existen contradicciones.

De las anteriores consideraciones podemos obtener una conclusión: la de que el concepto de servidumbre ha desaparecido y se ha desintegrado (337). El término, en algunas ocasiones, es utilizado sin tener significación de "ius praedii" y en otras, aun pareciendo entenderse al modo clásico, aparece ya desdibujado en sus contornos, permitiéndose soluciones institucionales que, quizá nacidas ahora como exigencias de la práctica, jamás hubiera imaginado un jurista clásico.

Queda, sin embargo, por resolver una cuestión. Admitiendo la desintegración del concepto de servidumbre, cabe preguntarse qué ocurre con las situaciones y las necesidades que antes eran cubiertas por la institución. De otro modo dicho: ¿la desaparición del concepto de "servitus" implica también la desaparición de las necesidades sobre irrigación de campos o la desaparición de las necesidades de paso? Una respuesta negativa no parece ser lo más acertado. Pero si parece probable que estos derechos de paso y acueducto ya no se denominen servidumbres ni sus diferentes clases se distinguan unas de otras (338). Incluso podemos aventurarnos a pensar que tales derechos no se configuren ya bajo el esquema de los "iura in re aliena". Por otra parte, admitiendo también con Levy (339) que el Derecho romano vulgar presenta, en algunos casos, similitudes con las soluciones del Derecho romano arcaico, creemos

(337) LEVY I, pp. 55 y 121.

(338) LEVY I, p. 56; KASER II, p. 298.

(339) LEVY I, pp. 71-72.

que no es erróneo pensar, como hipótesis, en una vuelta a la configuración de las servidumbres en términos de pertenencia del trozo de terreno para el paso o del agua (340).

Si, por otra parte, tenemos en cuenta que las soluciones vulgares son las que determinan la forma en que evoluciona el Derecho romano en la Edad Media (341), no es de extrañar que tal modo arcaico-vulgar de configurarse las servidumbres haya perdurado durante los siglos posteriores hasta el momento en que produce la Recepción del Derecho romano justinianeo. Que las cosas hayan ocurrido así o no lo comprobaremos, para la Península Ibérica, en las partes segunda y tercera de nuestro trabajo, dedicadas respectivamente al estudio del Derecho visigodo y de los documentos de aplicación del derecho alto-medievales.

El cuadro anteriormente trazado de la institución en las épocas clásica y postclásica sufre algunas alteraciones como consecuencia de las reformas llevada a cabo por Justiniano. Debemos, sin embargo, advertir que el Derecho justinianeo no constituye un punto de referencia fundamental para nuestro estudio. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque tanto el Derecho visigodo como el altomedieval se mueven dentro de los esquemas del Derecho romano vulgar, como hemos de ver. En

(340) Para LEVY I, p. 58 la evidencia de que los hechos hayan ocurrido así se presenta como "extremely scarce", en tanto que para GROSSO, *Le servitù*, p. 317, la vuelta a la configuración arcaica se presenta como "verosimile"

(341) KASER, *El Derecho*, p. 617.

segundo lugar, porque no tenemos los datos suficientes para mantener, antes del fenómeno de la Recepción, la aplicación en la Península del Derecho romano justinianeo, ni siquiera en aquellos territorios sometidos, en época visigoda, al poder de los bizantinos. Hechas estas advertencias, nos detendremos someramente en la indicación de las reformas justinianas en materia de servidumbres para que pueda observarse el contraste con las soluciones anteriores. Veremos cómo, pese al clasicismo de Justiniano, sus soluciones no están, en algunos casos, exentas de vulgarismo.

Las modificaciones más importantes que debemos señalar son las siguientes:

1ª. El concepto de servidumbre es ensanchado notablemente. Mientras en el derecho romano clásico el término "servitus" era únicamente alusorio a los "iura praediorum", ahora bajo ese término se engloban relaciones que antes no se incluían en la categoría de las servidumbres. Así, frente a las "servitutes rerum", las propiamente servidumbres prediales o "iura praediorum", se consideran como "servitutes personarum" el usufructo, el uso y la habitación (342).

Por otra parte, siguiendo con la tendencia vulgar a la que nos hemos referido anteriormente, se continúan englobando

(342) Vid. interp. D. 8.1.1; Inst. 2.5.6; LEVY I, p. 77; BIONDI, Le servitù, pp. 55-56 y 84-86; GROSSO, Le servitù, pp. 4-10; KASER II, p. 299.

dentro del concepto de "servitus" las limitaciones a la propiedad y, en concreto, las restricciones en orden a la edificación (343).

2ª. Se operan varias modificaciones en relación a los modos de constitución de servidumbres:

a) desaparecidas la "mancipatio" y la "in iure cessio" como formas solemnes de transmisión de la propiedad, y suprimida la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, las "pactiones et stipulationes" se convierten en modo general de constitución de servidumbre(344).

b) pese a que se sigue considerando a las "res incorporeales" insusceptibles de "traditio", ahora pueden constituirse servidumbres mediante "traditio et (o vel) patientia", consistente en la tolerancia, por parte del titular del fundo sirviente, del ejercicio o "usus" del titular del fundo dominante (345).

c) admitida una "possessio iuris" o "quasi possessio" de

(343) C. 8.10.12.2b y C. 8.10.13; Vid. LEVY I, pp. 55 y 77; BIONDI, Le servitù, pp. 69-73; GROSSO, Le servitù, p.237; KASER II, p. 298.

(344) Inst. 2.3.4 e interp. D. 8.3.33 pr.; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 262; GROSSO, Le servitù, p. 226; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER II, p. 300.

(345) D. 6.2.11.1; D. 8.1.20; D. 8.3.1.2; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 266; GROSSO, Le servitù, pp. 208-209; BURDESE, Servitù, p. 123; KASER II, pp. 300-301.

las servidumbre (346), se permite ahora la adquisición de las mismas por el transcurso de los plazos de la "longi temporis praescriptio", es decir, diez o veinte años según sea entre personas presentes o ausentes (347). Con ello queda sin efecto la prohibición de la Lex Scribonia, ya mencionada. Igualmente, el plazo para la extinción de la servidumbre por no uso es el de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, plazos que sustituyen al bienio clásico (348).

d) Sigue persistiendo la deducción de servidumbres en el momento de la enajenación de fundos como modo constitutivo, pero ya no en los actos solemnes de transmisión de la propiedad ("mancipatio" e "in iure cessio"), sino en la simple "traditio" (349).

(346) BIONDI, Le servitù, pp. 361-366; GROSSO, Le servitù, pp. 178-182 y 200.

(347) C. 7.33.12.4; Vid. LEVY I, p. 200; BIONDI, Le servitù, p. 284; GROSSO, Le servitù, p. 212; 219-220; 228-229; BURDESE, Servitù, p. 122; KASER II, p. 301.

(348) C. 3.34.13 y 14 pr.

(349) D. 8.2.34; D. 8.4.6 pr; Vid. BIONDI, Le servitù, p. 264; GROSSO, Le servitù, p. 228.

PARTE II. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL
DERECHO VISIGODO.

CAPÍTULO I. Planteamientos.

Por lo que se refiere a nuestra institución, el derecho visigodo (1), como en otros campos, se caracteriza por su continuidad respecto a la tradición romana, especialmente respecto a la tradición romana postclásico-vulgar a la que nos hemos referido con anterioridad. Admitiendo el hecho que de los códigos visigodos no contienen otra cosa que Derecho romano vulgar (2), el epigonismo visigodo respecto a esa tradición vulgarística se manifiesta, en el campo de las servidumbres prediales, en dos sentidos: bien siguiendo la tónica de la desfiguración y desintegración propia de los "iura" postclási

(1) Sobre el carácter y finalidad de cada uno de los textos legales visigodos, la armonización entre cada uno de ellos y, en general, sobre los problemas planteados por la legislación visigoda, vid. IGLESIA, La creación, pp. 115-167, a quien seguimos.

(2) Vid. OTERO, El código, p. 565. Para el Código de Eurico, es ya bien conocida la afirmación orsiana de que tal texto constituye "un monumento de Derecho romano vulgar"; vid. D'ORS, La territorialidad, p. 114; D'ORS, El Código, p. 9.

cos, como ocurre con el Breviario de Alarico, o bien, al igual que hacía el Código Teodosiano, ignorándolas por completo como tal institución, como ocurre con el Código de Eurico y el Liber Iudiciorum, sin que ello signifique, como hemos señalado en otro lugar, que las necesidades cubiertas por las servidumbres hayan desaparecido también. Estas necesidades, sin embargo, a juzgar por el silencio de la legislación, especialmente el Liber, probablemente hayan sido satisfechas acudiendo a algo bien distinto de la institución de las servidumbres prediales e, incluso, quizá, ni siquiera se haya recurrido a la noción de "ius in re". En todo caso, esta afirmación no deja de ser una hipótesis que, desgraciadamente, no puede ser corroborada por la realidad y la práctica negociales, habida cuenta de la casi total inexistencia, para la época visigoda, de documentos de aplicación del derecho. En este sentido, las llamadas Fórmulas Visigodas, como veremos, sólo haciendo grandes esfuerzos interpretativos pueden suministrarnos algunos datos, pero tales textos no pueden ser considerados en sí mismos documentos de aplicación, sino instrumentos auxiliares para la confección de los mismos.

En último término, debemos señalar que la investigación sobre otro tipo de fuentes o ha sido estéril, en el sentido de que no suministran noticia alguna sobre la materia de nuestro interés, o su carácter las hace inutilizables, como es el caso de las Etimologías de San Isidoro, obra que si se basa en la tradición clásica, y la conserva, no constituye el

exponente de la cultura del momento en fue escrita, sino la muestra del saber enciclopédico de un solo hombre (3).

CAPÍTULO 11. Las servidumbres prediales en el Breviario de Alarico.

Como ya hemos insinuado anteriormente, el Código de Eurico en ninguno de los capítulos que conservamos del mismo trata de las relaciones entre fundos pertenecientes a distinto propietario. Por otra parte, como veremos, las "antiquae" conservadas en el Liber tampoco ponen de manifiesto que el legislador euriciano se hubiese preocupado especialmente de tales relaciones. Ello es comprensible si tenemos presente el carácter edictal y la finalidad del Código de Eurico, que es recoger el Derecho de la práctica, mientras que en todo lo no previsto por él tendría que ser completado por la legislación existente en ese momento, esto es, las "leges" y los "iura", que poco después de la promulgación del mismo, serían seleccionados y recogidos en el Breviario, explicándose así la coexistencia de ambos Códigos: el Breviario contendría la legislación básica general, en tanto que el Código de Eurico se limitaría a resolver problemas concretos (4). Esta es la razón

(3) En lo que se refiere a la materia que a nosotros nos interesa es clara la utilización por San Isidoro de las fuentes clásicas antiguas (vid. supra p. 52 nota 123; LEVY I, p. 56 nota 207). Las Etimologías, sin embargo, en su parte dedicada a las cuestiones jurídicas, desconocen y no mencionan la institución de las servidumbres, aunque sí otros derechos reales.

(4) IGLESIA, Las garantías, p. 67 y los trabajos del autor citados en nota 7; IGLESIA, La creación, pp. 155-156.

por la que, aun siendo cronológicamente posterior, hablemos primero de nuestra institución en el Breviario, mientras que, no existiendo normas concretas sobre servidumbres en el Código de Eurico, sólo nos refiramos a éste y a la posible raigambre euriciana de algunas "antiquae" cuando nos ocupemos del Liber Iudiciorum.

A) Las fuentes.

La identificación de las fuentes que en el Breviario de Alarico se refieren a la materia de servidumbres es relativamente fácil si se tiene en cuenta la parquedad con que la institución es tratada en la "leges" y los "iura", ahora seleccionados. Concretamente, los textos que a nosotros nos interesan son BA PS 1.17.1 (=PS 1.17.1) y BA PS 1.17.2 (=PS 1.17.2) con su correspondiente Interpretatio, y BA G.Ep. 2.1.3. Debemos ahora, sin embargo, detenernos en dos cuestiones: 1) si es posible traer a colación otros textos distintos de los señalados y 2) si existen textos que, atinentes a la materia de las servidumbres, no han sido seleccionados por los redactores del Breviario.

ad 1) No seguimos la sistematización de Conrat, quien incluye BA CTh 15.2.1 (=CTh 15.2.7) entre los textos referentes a servidumbres prediales (5) porque, como hemos indicado, ese

(5) CONRAT, Breviarium, pp. 226-228. Tampoco es atinente a la materia de servidumbres BA PS 5.7.7.

texto se refiere a conducciones desde acueductos públicos o, de otra forma dicho, al aprovechamiento público del agua. El hecho de que BA CTh 15.2.1 (=CTh 15.2.7) no lleve Interpretatio no puede inducirnos a pensar en una nueva forma de entender el texto ni en una posible extensión al régimen de las servidumbres prediales, sino, en todo caso, al revés: en una extensión de la disciplina de las servidumbres prediales, en concreto de la servidumbre de acueducto, al problema de las conducciones públicas y su aprovechamiento por los particulares. Así lo ponía de manifiesto Godofredo en su comentario a Cth. 15.2.7: "ut vetustas in iure aquae privatae ducendae pro lege est..., ita et eandem, in iure aquae e publico ducendae observandam constituere videatur hac leg. Arcadius Anno 397(6).

ad 2) Un problema en orden a la fijación de las fuentes es el presentado por PS 1.17.3 (7), que no ha pasado al Breviario de Alarico. El texto ha sido restituído acudiendo a D. 8.3.9, lo que puede hacernos pensar que los redactores del Breviario hubiesen manejado las PS en un momento de su tradición textual en que no incluían ese tercer fragmento, en cuyo caso, la razón de que no figure entre los textos seleccionados es evidente: su desconocimiento. Ocurre, sin embargo, que D. 8.3.9 presenta claramente un añadido que es precisamente lo que más nos interesa: el fragmento "hodie tamen ex quocum-

(6) GODOFREDO, Codex, t. 5, p. 379.

(7) Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.

que loco constitui solet", que viene a poner de manifiesto la inobservancia en la práctica de la regla clásica de la constitución "ex capite". Pues bien, a nuestro juicio, la frase no es una interpolación justiniana, como señala la edición crítica del Corpus, sino un glosema postclásico (8), constituyendo, probablemente, lo genuino del texto pseudopaulino, esto es, constituyendo la aportación del anónimo redactor de las PS o el fruto de una adición posterior como consecuencia de las reelaboraciones a las que las PS fueron sometidas. Si ello es así, la razón para que PS 1.17.3 no pasase al Breviario quizá no sea su mere desconocimiento por los redactores del mismo. En nuestra opinión, es posible que los compiladores del Breviario conociesen el texto íntegro de PS 1.17.3 tal y como aparece después en D. 8.3.9. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la finalidad del Breviario es ofrecer una selección de las "leges" y los "iura" romanos que se piensa todavía se utilizan, esto es, recoger "de la tradición romana las normas que se consideraban necesarias para la vida jurídica, adaptándolas al mismo tiempo a las necesidades y a la cultura de la época" (9), no tiene mucho sentido, pensamos, seleccionar una regla que desde finales del siglo III o quizá más tarde pero, en cualquier caso, antes del 506, es decir, antes de la promulgación del Breviario, ya no se observaba, según indica el propio tenor de PS 1.17.3, razón por la

(8) Así, CAPOGROSSI, Ricerche, p. 31 y nota 50; en el mismo sentido de práctica postclásica, GROSSO, Le servitù, p. 318.

(9) IGLESIA, La creación, pp. 155-156.

cual el texto no fue incorporado.

B) La terminología empleada en el Breviario.

Aunque el Breviario conserva la terminología clásica ("servitutes", "iura praediorum"), no es menos cierto que junto a ella aparece otra terminología distinta que demuestra que se ha operado un cambio de mentalidad con respecto a la comprensión de la categoría de las servidumbres. Examinemos los textos.

BA PS 1.17.2 (=PS 1.17.2)

Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur.

Interpretatio.- Usus hauriendae vel ducendae aquae, si biennio destiterit, non utendo perit: et si iterum biennio in usum fuerit reducta, recipitur (10).

Como puede observarse, mientras BA PS 1.17.2 conserva, por respeto a la tradición, la antigua terminología de "servitus", Int. PS 1.17.2 utiliza el término "usus" para designar la relación (11), lo que no constituye sino la demostración de la tendencia del Derecho romano vulgar a confundir el derecho mismo con su ejercicio y a designar las relaciones en atención a su aspecto naturalístico (12).

(10) Manejamos la edición de Haenel (vid. elenco de fuentes). La Interpretatio puede consultarse separadamente en la edición de Kaser y Schwarzh (vid. fuentes).

(11) LEVY 1, p. 55 y nota 200; FRANCIOSI, Studi, pp. 135-136.

(12) KASER, Vulgarrecht, columnas 1286-1287.

No se puede afirmar tajantemente que los redactores de la Interpretatio desconociesen el término "servitus" (13), ya que para la realización de su labor debieron tener presente el texto interpretado y, por tanto, su terminología. Pero lo que sí es evidente es que ni Int. PS 1.17.1. ni Int. PS 1.17.2, que ahora analizamos, utilizan el vocablo "servitus" para calificar los distintos tipos de servidumbres. Más que la desaparición de un término quizá se trate de la desaparición de un concepto. Quiere ello decir que ahora la relación se califica no en atención a su aspecto negativo o de sujeción ("servitus") ni a su aspecto positivo o de facultad ("ius praedii"), sino en atención al ejercicio ("usus"). Este "usus" puede tener distintos contenidos: en el caso de Int. PS 1.17.2 se distingue entre un "usus hauriendae" y un "usus ducendae aquae", pero se trata de un "usus" in adjectivaciones jurídicas. Esta es otra de las características del Derecho romano vulgar: el finalismo (14). Lo importante es la finalidad práctica conseguida, pasando a segundo plano la naturaleza del acto o mecanismo jurídico mediante los cuales se consigue. En nuestro texto, lo importante es la utilización del agua, extrayéndola o conduciéndola por fundo ajeno, pero en virtud de qué es posible esa utilización y su consiguiente ventaja económica es lo que Int. PS 1.17.2 no dice.

(13) LEVY I, p. 55 afirma que la Interpretatio es "totally unfamiliar" con el término, afirmación que no parece admitir gradaciones.

(14) KASER, Vulgarrecht, col. 1286-1287; GAUDEMET, A propos, p. 300,

Otras veces la terminología empleada revela la pérdida del lenguaje técnico en la designación de los distintos tipos de servidumbres:

BA G.Ep. 2.1.3

Incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Praediorum vero rusticorum iura sunt via, vel iter, per quod pecus aut animalia debent ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus; quae similiter incorporalia sunt. Haec iura tam rusticorum quam urbanorum praediorum servitutes appellantur.

También aquí, sin duda por respeto al texto epitomado, se conserva la antigua terminología de "servitus" y de "iura praediorum", aunque, como veremos más adelante, si bien se conserva la designación de la categoría general, ello no significa que los singulares tipos se sigan concibiendo igual que en el modelo. Por ahora nos limitaremos a señalar, como hemos anunciado, la aparición de una terminología que se distancia del lenguaje técnico empleado en el Derecho clásico romano. Nos referimos en concreto a la forma de designar algunos tipos de servidumbres urbanas.

En primer lugar, el "ius luminum", el derecho de vistas, aparece ahora designado como "ius fenestrae", terminología extraña al lenguaje clásico para ese tipo de servidumbre. Se trata, pensamos, de una pérdida de abstracción y tecnicismo del lenguaje. En el Derecho clásico romano el "ius luminum"

es un genérico derecho de vistas que se concretaba en la posibilidad de abrir ventanas. Ahora, por un fenómeno de acercamiento entre el mundo de lo jurídico y el mundo fáctico, el derecho se designa acudiendo al vocablo "fenestra", que alude al medio por el cual habitualmente se hace efectivo (15).

En segundo lugar, la clásica "servitus altius non tollendi" aparece designada como "ius altius non erigendae". En derecho clásico romano las servidumbres no sólo tenían un contenido típico, sino que también eran nombradas con una terminología fija y cristalizada. De aquí que resulte extraño, salvo que existan argumentos lingüístico-semánticos que desconocemos, la sustitución del verbo "tollo" por el verbo "erigo" para designar la servidumbre de no edificar más alto (16).

C) Los tipos de servidumbres contemplados en el Breviario y su contenido.

Como hemos señalado, El Breviario conserva la designación clásica para la categoría general de las servidumbres así como para los singulares tipos contemplados, salvo las excepciones indicadas referentes a las servidumbres de acueducto y saca de agua, derecho de vistas y servidumbre de no edificar más alto, que adquieren una terminología especial. Nos toca ahora examinar cada uno de los tipos contemplados en

(15) Vid. CAPOGROSSI, La struttura II, p. 319 nota 75.

(16) Vid. CAPOGROSSI, La struttura II, p. 319 nota 75.

el Breviario desde el punto de vista de su contenido. Efectuaremos la normal distinción entre rústicas y urbanas.

1) Rústicas.

BA PS 1.17.1 (=PS 1.17.1).

Viam, iter actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec non enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.

Interpretatio.- Viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus, vel iter, quo per rem alienam ad nostram pergimus, et actum, id est. qua pecora minare consuevimus, vel aquaeductum, biennio non utendo, si quis usus non fuerit, perire ei certissimum est.

Dejando al margen otros aspectos que más adelante trataremos, el texto nos interesa ahora por la forma en que son definidos los distintos tipos de servidumbres en él mencionados.

BA PS 1.17.1 recoge los cuatro tipos de servidumbres rústicas más antiguas ("iter", "actus", "via" y "aquaeductus") sin que podamos formular ninguna hipótesis respecto a su contenido, puesto que únicamente las enumera. Es posible que el texto pseudopaulino tenga tras de sí la tradición anterior(17), si bien ignoramos el nivel de comprensión de la misma por el anónimo redactor de PS.

No ocurre así con Int. PS 1.17.1, cuyo texto nos induce a pensar que la antigua distinción entre las tres servidumbres de paso (18) o ya no se comprende o ha sido superada y abando

(17) Vid. FRANCIOSI, Studi, p. 151.

(18) Vid. primera parte de nuestro trabajo.

nada.

Analicemos el texto separando de él lo que, en principio, no parece plantear problemas.

Int. PS 1.17.1 nombra, como BA PS 1.17.1, el "iter", el "actus", la "via" y el "aquaeductus". Ahora bien, el "actus" de Int. PS 1.17.1 parece corresponder con el antigua "actus" cuyo contenido típico era la facultad de conducción de ganado (19). Esta servidumbre, en consecuencia, no parece haber sufrido variaciones respecto a su concepción.

Por otra parte, Int. PS 1.17.1 nombra el "aquaeductus" sin hacer ninguna referencia a su contenido, por lo que nada podemos saber sobre la forma en que es comprendido en el texto, aunque si tenemos en cuenta la tradición postclásica, en la que "aquaeductus" aludía a conducciones desde acueductos públicos (20) y si tiene razón Levy (21), cabe pensar en la posibilidad de que el autor de Int. PS 1.17.1, con el término "aquaeductum", no se esté refiriendo a la servidumbre de ese nombre, posibilidad que, exagerada (22) o no, tiene su fundamento teórico en la desintegración del concepto de servidumbre, típica del Derecho romano vulgar, aunque su compro-

(19) LEVY I, p. 56 y nota 208; FRANCIOSI, Studi, pp. 153
153.

(20) Vid. p. 406 s. de la primera parte de nuestro trabajo.

(21) LEVY I, p. 56.

(22) FRANCIOSI, Studi, p. 146 nota 41.

bación práctica no venga suministrada por Int. PS 1.17.1(23)

Dejando aparte el "actus" y el "aquaeductus", las dificultades mayores se plantean para la "via" y el "iter", cuyo significado y distinción entre sí son, según la redacción de Int. PS 1.17.1, realmente problemáticos. No está de más recordar el fragmento del texto que ahora nos interesa:

Int. PS 1.17.1
viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus,
vel iter, que per rem alienam ad nostram
pergimus, et actum...

Como puede observarse, la diferencia entre "via" e "iter" resulta prácticamente inexistente (24). Pero veámos las posibilidades de interpretación que el texto consiente.

Es posible pensar que el redactor de la Interpretatio haya querido reflejar dos derechos de paso diferentes. Si ello es así, es evidente que no lo ha conseguido. Bien sea desde el punto de vista del lenguaje, bien sea desde el punto de vista conceptual, la distinción entre "via" e "iter" no aparece clara. Es cierto que al hablar del "iter" el autor de la Interpretatio anade la frase "per rem alienam", especificación que no se encuentra en la "via", y también es cierto

(23) Las mismas dudas caben para BA PS 1.17.2 que habla de las servidumbres de acueducto y saca de agua.

(24) LEVY I, p. 56; FRANCIOSI, Studi, p. 154.

que la expresión "qua eundo...uti solemus", empleada para explicar la "via", es sustituida por "quo...pergimus", pero, al final, tanto "via" como "iter" no expresan más que senderos aptos para llegar "ad rem nostram" sin que sepamos en qué condiciones y con qué facultades: ¿es posible el uso de vehículo? ¿es necesario el tránsito a pie? , etc., son preguntas que el texto no responde ni tampoco da a entender. Al redactor de la Interpretatio o le falló el lenguaje (25) o le faltaba claridad conceptual, en el sentido de que para él, y presumiblemente para la cultura jurídica de la época, resultaba difícil comprender con precisión la diferencia existente entre dos tipos de servidumbre. Quizá por respeto al texto interpretado se ha conservado la distinta terminología, pero es posible que en la práctica cualquiera de esas dos servidumbres cumplieren una misma función. En cualquier caso, la asimilación no deja de ser sorprendente. Sabemos que en la época de los Severos, momento en el cual la neta distinción entre las tres clases de servidumbres de paso comenzó a difuminarse, los problemas de diferenciación surgían siempre entre los tipos más próximos desde el punto de vista de las facultades en ellos contenidas, esto es, entre el "iter" y el "actus" o entre el "actus" y la "via" (26), por lo que resulta extraña la asimilación en Int.PS 1.17.1 entre el tipo de servidumbre que menos facultades comprendía (el "iter") con el

(25) En este sentido, FRANCIOSI, Studi, p. 154, para quien la diferencia existente entre "via" e "iter" en Int. PS 1.17.1 no es otra cosa que el fruto de un "desatinado recurso verbal", cuyo resultado es duplicar sobre el plano de la mera expresión un concepto único.

(26) FRANCIOSI, Studi, pp. 122-123.

tipo más amplio (la "via").

Una segunda posibilidad es que la "via" a la que se refiere Int. Ps 1.17.1 no sea la servidumbre de ese nombre, si no, como ha apuntado Levy y sostenido Corbino, una vía pública. Levy (27), al comentar Int. Ps 1.17.1, se preguntaba re tóricamente por la diferencia entre "via qua eundo ad rem nostram uti solemus" e "iter quo per rem alienam ad nostram pergimus", y concluía que si la "via" tenía en el texto algún sentido específico éste no podía ser otro que el de camino pú blico.

Por su parte, Corbino (28), después de un agudo examen lingüístico, llega también a la conclusión de que la expresión "viam qua eundo ad rem nostram uti solemus" hace referencia a una vía pública. Si bien podemos estar parcialmente de acuerdo con su hipótesis (29), no lo estamos tanto con al gunso de los argumentos empleados para sustentar la misma.

(27) LEVY 1, p. 56.

(28) CORBINO, Ricerche, pp. 218-223.

(29) Decimos "parcialmente" porque no estamos de acuerdo con la utilización que de esta hipótesis hace Corbino para llegar a la conclusión final de que la "via", como tercera clase de servidumbre de paso en Derecho romano, es una crea ción justiniana, solución que tampoco aceptamos y que ya he mos analizado en otro lugar. Para Corbino (Ricerche, p. 210), ha sido la experiencia postclásica, al considerar como servi dumbre lo que no era más que un derecho de paso sobre vías abiertas al tránsito público, la que habría sugerido a los compiladores justinianos la creación de una tercera clase de servidumbre -junto al "iter" y al "actus"- que se llamó "via". Pero como ya hemos señalado en su momento, la "via" era una clase de servidumbre conocida por el Derecho romano clásico. Justiniano lo único que hizo fue restaurar, con mayor o menor rigor, la antigua tripartición "iter"- "actus"- "via", cuya di

Dice Corbino, en primer lugar, que en Int. PS 1.17.1 sólo se distingue entre "via", por una parte, e "iter" y "actus", por otra, afirmación que, según él, está sustentada por el uso de "vel" y "et". Según Corbino, "vel" sirve para distinguir "iter" y "actus", entre sí distinguidos por "et", de "via" y de "aqueducts", concluyendo que la distinción entre "via", por una parte, e "iter" y "actus", por otra, se debe al hecho de que sólo estas dos últimas son las servidumbres que permiten el paso "per rem alienam" (30).

A nuestro juicio, que la "via" de Int. PS 1.17.1 sea una vía pública y que sólo el "iter" y el "actus" consientan el paso por fundo ajeno puede ser cierto, pero a esta conclusión no se llega, creemos, por el uso de "vel" y "et". La interpretación que Corbino propone sobre la utilización de "vel" y "et" es una interpretación válida para el latín clásico, pero no para el latín de la Interpretatio. En el latín vulgar, "vel" ya no se usa, y cuando se usa pierde su sentido disyuntivo pasando a significar "y", esto es, adquiriendo un valor copulativo, que es el que tiene "et" (31). Este distinto valor asignado ahora a "vel" es lo que no permite mantener las distinciones que propone Corbino.

ferenciación, por lo demás, estaba ya en crisis desde el último período de la época clásica. Otra cosa distinta es que en época postclásica la "via" no se diferencie netamente de otras servidumbres de paso o, y en ello es en lo que podemos coincidir con Corbino, englobe dentro de sí relaciones ajenas al concepto de servidumbre, como el paso colectivo sobre vías públicas.

(30) CORBINO, Ricerche, p. 221.

(31) GRANDGENT, Introducción al latín vulgar, p.28 y nota 2.

Por otra parte, aunque Corbino tuviese razón en el sentido que atribuye a "vel" y a "et", su opinión no se ve corroborada por los autores que pone a contribución para apoyar su tesis. Corbino afirma que las distinciones que propone son coherentes con "el sentido que "vel" parece tener en las fuentes del bajo Imperio, en las cuales el sentido disyuntivo de esta preposición es...al menos prevalente sobre el alternativo", y cita (32) a Levy y a Franciosi. Pues bien, Levy (33) lo único que pone de manifiesto es el uso indistinto de "vel" y "et" en las fuentes del período ("interchangeably" es la palabra empleada por Levy), sin pronunciarse sobre el sentido dado a una y otra conjunción. Para Levy, por tanto, "vel" y "et" se utilizan alternativamente, pero no en el sentido gramatical, donde lo alternativo se distingue de lo disyuntivo, sino en el sentido de que allí donde debía utilizarse "et" se utiliza ahora "vel", que pasa a adquirir, como hemos señalado, un valor copulativo, o viceversa. Por su parte, Franciosi (34), hablando del uso del "vel" en G.Ep., que no de Int. PS 1.17.1, dice que su anónimo redactor ha utilizado la conjunción en sentido disyuntivo, pero nunca con valor alternativo, lo que sigue sin explicar nada porque la traducción sería siempre "o", diferenciándose, desde el punto de vista del contenido, de si existen o no varias posibilidades de elección

(32) CORBINO, Ricerche, p. 221 nota 119.

(33) LEVY 1, p. 57 nota 215.

(34) FRANCIOSI, Studi, p. 162.

En cualquier caso, nosotros pensamos que el valor meramente disyuntivo o alternativo, en el estricto sentido gramatical, de "vel" es absolutamente irrelevante si tenemos en cuenta que "vel" adquiere, como hemos señalado, el significado de "y", haciendo, en el latín tardío, las veces de "et". Ello provoca la imposibilidad de cualquier distinción en base a las partículas de coordinación utilizadas.

Más convincente, sin embargo, nos resulta la segunda explicación de Corbino para pensar que la "via" de Int. PS 1.17.1 sea una vía pública, pues, efectivamente, el texto, al hablar del "iter" hace una aclaración que falta en la "via", cual es la posibilidad de continuar hasta nuestro fundo "per rem alienam", locución que directamente nos pone en conexión con un "ius in re" (35)

En último término, que la "via" de Int. PS 1.17.1 sea una vía pública adquiere cierto grado de verosimilitud si se piensa que al igual que "aquaeductus" pasó a designar en época postclásica, no la servidumbre de ese nombre, sino conducciones desde canales públicos, puede haber ocurrido lo mismo con la "via" y, por un fenómeno de acercamiento entre lo público y lo privado, se entendiese como servidumbre lo que no era otra cosa que un derecho de paso sobre vías abiertas al tránsito público (36)

(35) CORBINO, Ricerche, p. 222.

(36) Vid. CORBINO, Ricerche, pp. 218-219 y 219 nota 116. que después del Breviario la "via" de la que venimos hablan-

De todo lo anteriormente expuesto, el resultado no puede ser otro que el de una profunda transformación en la concepción de las antiguas servidumbres. Si pensamos que en Int. PS 1.17.1 "iter" y "via" son dos distintas servidumbres de paso, necesariamente tenemos que concluir que la antigua división "iter"- "actus"- "via" ha sido superada, bien conscientemente, por necesidades de la práctica, bien inconscientemente, por falta de comprensión. Si, por el contrario, aceptamos que la "via" de Int. PS 1.17.1 es una vía pública, lo que se ha producido es, respecto a los antiguos esquemas clásicos, una desvirtuación del concepto de servidumbre, al ser incluidas dentro del mismo relaciones de carácter público, en modo alguno reconducibles antes a la noción de "ius praedii".

Un grado no menor de confusión en el campo de las servidumbres rústicas presenta BA G.Ep. 2.1.3, texto que ya conocemos y del que reproducimos ahora el fragmento que nos interesa:

BA G.Ep. 2.1.3

...Praediorum vero rusticorum sunt via, vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus;

Un primer dato que llama la atención es que el texto no

do era ya una vía pública lo demuestra palpablemente el Ep. Aegidii a PS 1.17.1 (Vid. sobre ello, FRANCIOSI, Studi, p. 155; CORBINO, Ricerche, p. 222), pero la delimitación geográfica de nuestro trabajo nos impide ocuparnos de los Epítomes del Breviario.

menciona el "actus" (37). La omisión puede no tener mayor importancia si se considera el texto aisladamente, pero no puede pasar inadvertida si se considera a G. Ep. en el contexto del Breviario, en cuyo caso surge inmediatamente una contradicción o, más exactamente, una desigualdad con BA PS 1.17.1 y su correspondiente Interpretatio que, como sabemos, menciona y explican el "actus" como un tipo más de servidumbre. Que en la época de redacción de G.Ep. o en el momento en que éste es incorporado al Breviario no exista ya, perfectamente individualizado, el "actus", es una hipótesis que puede ser válida si, como pensamos, las facultades en él contenidas han sido reunidas y absorbidas por los restantes tipos de servidumbres de paso. Pero si ello es así, lo que ya no resulta tan claro es que los compiladores del Breviario, obra en que, según el "Commonitorium Alarici Regis", se corrigió "quod in legibus videbatur iniquum..., ut omnis legum Romanorum et antiqui iuris obscuritas, adhibitis sacerdotibus ac nobilibus viris, in lucem intelligentiae meliora deducta resplendeat, et nihil habeatur ambiguum", mantuvieran el "actus" en BA PS 1.17.1 e Int. PS 1.17.1 o no lo añadieran a G. Ep. Para salvar la desigualdad entre los textos no es posible pensar en una complementariedad de Int. PS 1.17.1 respecto a BA G.Ep. 2.1.3. De otro modo dicho: el "actus" omitido en BA G.Ep. 2.1.3 no puede ser integrado con el "actus" de Int. PS 1.17.1, porque sus facultades están ya contenidas en la definición que de "iter" hace el propio G.Ep. 2.1.3, como más adelante ver

(37) ARCHI, l'Épitome, p. 254; LEVY I, p. 57; FRANCIOSI, Studi, pp. 160 y 163.

MOS.

Quiere ello decir, que, al menos en este punto que estamos tratando, la labor de selección y corrección llevada a cabo por los "prudentes" de Alarico no fue realizada con toda escrupulosidad y acribia, con lo que la antinomia entre BA G.Ep. 2.1.3 y BA PS 1.17.1 con su Interpretatio es una antinomia insalvable, por lo menos desde el punto de vista puramente terminológico.

No menos problemas se presentan respecto a los restantes tipos de servidumbres de paso contemplados en BA G.Ep. 2.1.3.

En primer lugar, cabe preguntarse, lo mismo que nos preguntábamos para Int. PS 1.17.1, por la diferencia existente entre "via" e "iter". Hasta tal punto la redacción de BA G. Ep. 2.1.3 es confusa a la hora de definir los distintos tipos de servidumbres, que Archi llegó a pensar que el texto sólo contemplaba dos servidumbres rústicas: por una parte "via vel iter" y, por otra, el "aquaeductus" (38). Esta opinión no parece acertada por varias razones. En primer lugar, por el valor copulativo que "vel" adquiere en el latín vulgar (39), en detrimento de su clásico sentido disyuntivo. Siendo esto así, la traducción del texto no es "via e iter", sino "via e iter", lo que pone de manifiesto que no se tra-

(38) ARCHI, l'Épitome, p. 234.

(39) Vid. supra p. 130.

ta de un mismo derecho con designaciones distintas y un mismo contenido, como piensa Archi, sino de dos derechos diferentes. En segundo lugar, como ha señalado Franciosi (40), porque el uso del acusativo singular neutro "quod" indica que el contenido del derecho se refiere sólo al "iter". Es decir, sólo el "iter" es aquel "per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci". La "via, queda, por tanto, sin definición. En tercer lugar, porque si "via vel iter" son la misma servidumbre", resulta que BA G.Ep. 2.1.3 no contempla ninguna servidumbre de paso apta para el paso del hombre a pie (41), aunque, desde luego, que el texto contemple una tal clase de servidumbre no se desprende de su dicción, sino sólo de la creencia de que el epitomador esté entendiendo la "via" al modo como se entendía antiguamente, esto es, comprensiva de las más amplias facultades de paso y, por tanto, del paso a pie. Fuera de esta posibilidad, BA G.Ep. 2.1.3 no contempla servidumbre alguna para únicamente para el paso del hombre a pie, sin ganado ni vehículos. En último término, además, cabe siempre pensar, como en Int. PS 1.17.1, que con el vocablo "via" el epitomador esté aludiendo a vías públicas.

Una vez dado por sentado que "iter" y "via" no son la misma servidumbre, un segundo problema surge del contenido asignado al "iter". De éste se dice que es "per quod pecus

(40) FRANCIOSI, Studi, p. 162.

(41) LEVY 1, p. 57; FRANCIOSI, Studi, p. 162.

aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci". Nada más lejos del concepto clásico de "iter" (sendero apto para el paso a pie y, sólo posteriormente, también para el paso a caballo) (42). Por una parte se ha operado una asimilación con la facultad propia del "actus", esto es, con la conducción y tránsito de ganado por fundo ajeno (43), asimilación tanto más sintomático por cuanto el "actus" ha sido omitido en el texto. Por otra, se ha operado, con el anadido "vel ad duci", una asimilación del "iter" con la servidumbre de abrevadero, esto es, con la "servitus ad aquam adpulsus" (44) o, por lo menos, con una de sus facultades accesorias, como es la del camino hacia el agua. Que el redactor esté o no pensando en la servidumbre de ese nombre es algo irrelevante ya que la finalidad conseguida en la práctica ha sido cubrir las necesidades antes cubiertas por la "servitus ad aquam adpulsus", pero con la denominación de "iter". Como en otras ocasiones han sido, quizá, exigencias prácticas las que han llevado a la asimilación de los conceptos (45).

BA G.Ep. 2.1.3, por tanto, ha superado la división clásica "iter"-"actus"-"via" porque en la práctica se han reunido en el "iter" las facultades en otro tiempo correspondientes al "actus" y a la "servitus ad aquam adpulsus". Pero si ello es así, vuelven a surgir las divergencias, dentro del

(42) Vid. supra p.49 y 63.

(43) ARCHI, l'Epitome, p. 235; FRANCIOSI, Studi, pp. 161 y 164.

(44) ARCHI, l'Epitome, p. 235.

(45) FRANCIOSI, Studi, pp. 164-166.

Breviario, con Int. PS 1.17.1, que define el "iter" de modo mucho más simple: "quo per rem alienam ad nostram pergimus".

Por último, BA G.Ep. 2.1.3 deja al "aquaeductus", al igual que a la "via", sin definición.

Pese al caos existente en los textos del Breviario en el momento de definir los distintos tipos de servidumbres, podemos, sin embargo, intentar su armonización, fijándonos, no en la relación entre terminología y contenido asignado, en cuyo caso surgen contradicciones insuperables, sino únicamente en las facultades contempladas, con independencia del calificativo que reciban. De esta manera, podemos concluir que en el Breviario son servidumbres rústicas los siguientes derechos:

1º. Un derecho de paso indeterminado y genérico hacia nuestro fondo, del que no se especifica si se trata de un paso por fondo ajeno o de un paso por vías abiertas al tránsito público ("via" en BA PS 1.17.1, Int. PS 1.17.1 e, hipotéticamente, la "via" de BA G.Ep. 2.1.3) ni el medio de locomoción empleado, ni se puede o no llevar ganado.

2º. Un derecho específico de paso hacia el fondo propio y a través de un fondo ajeno, presumiblemente a pie ("iter" en BA PS 1.17.1 e Int. PS 1.17.1 y, también hipotéticamente, "via" en BA G.Ep.2.1.3). (46)

(46) Dada la indefinición de la "via" en BA G.Ep.2.1.3,

3º. Un derecho de paso para el tránsito de ganado ("actus" en BA PS 1.17.1. e Int. PS 1.17.1; "iter" en BA G.Ep. 2.1.3)

4º. Un derecho de paso para llevar el ganado a abrevar ("iter" en BA G.Ep. 2.1.3)

5º. Un derecho de conducción de agua, del que tampoco se especifica si se trata de una conducción por fundo ajeno o desde cursos públicos ("aquaeductus" en BA PS 1.17.1, Int. PS 1.17.1 y BA G.Ep. 2.1.3; "servitus aquae ducendae" en BA PS 1.17.2; "usus ducendae aquae" en Int. PS 1.17.2)

6º. Un derecho de extracción o saca de agua ("servitus hauriendae aquae" en BA PS 1.17.2; "usus hauriendae aquae" en Int. PS 1.17.2).

En el siguiente cuadro mostramos el número de servidumbres existentes y la designación o designaciones que reciben en cada uno de los textos que las contemplan (vid.p. 140).

ésta es susceptible de ser incluida tanto en el presente apartado como en el anterior, dependiendo de su consideración como vía pública, como derecho de paso comprensivo de las más amplias facultades o como sinónimo de derecho de paso ap_{to} únicamente para el paso humano, caso este último en que equivaldría al "iter" de BA PS 1.17.1 e Int. PS 1.17.1. Sobre estas distintas posibilidades, vid. supra p. 136

Clase de derecho.	T E X T O S				BA G. Ep. 2.13.
	BA PS 1.17.1	Int. PS 1.17.1	BA PS 1.17.2	Int. PS 1.17.2	
1	via	via	----	----	[via] (47)
2	iter	iter	----	----	[via] (47)
3	actus	actus	----	----	iter
4	----	----	----	----	iter
5	aquae-ductus	aquae-ductus	servitus aquae-ductundae	usus ductundae aquae	aquae ductus
6	----	----	servitus hauriendae aquae	usus hauriendae aquae	----

(47) Entre corchetes, en atención a las distintas posibilidades señaladas supra nota (46), en relación con p. 136.

2) Urbanas.

El único texto que en el Breviario nos habla de las servidumbres urbanas es un fragmento de BA G.Ep. 2.1.3, que ya conocemos:

BA G.Ep. 2.1.3:
Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.

Además de las cuestiones terminológicas antes señaladas (48), el texto presenta también los problemas de fondo que ya presentaban otros textos gayanos (49) en orden a la configuración de una supuesta "servitus altius tollendi" que, como ya sabemos, es una servidumbre desconocida en derecho clásico y contradictoria con la existencia de una "servitus altius non tollendi". Las posibles interpretaciones para entender, en los textos clásicos, la aparición de una "servitus altius tollendi" eran dos, como también apuntamos: o se trata de una equivocación del propio Gayo o se trata de un glosema para adaptar el texto a las nuevas disposiciones sobre limitaciones al dominio, limitaciones que época postclásica son denominadas "servitutes".

Lo que ahora nos interesa poner de manifiesto es que el

(48) Vid. supra p.

(49) D. 8.2.2; G. Inst. 2,14 y 2,31.

autor de G. Ep., sin parar mientes en la contradicción que supone la coexistencia de esas dos clases de servidumbres, las ha recogido también en su obra. El epitomador, por tanto, o se equivocó, como se equivocó Gayo, cosa poco probable, o ha tenido presente el texto de Gayo glosado (50). Quiere ello decir que el autor de G. Ep. no ha creado la "servitus altius tollendi": lo único que ha hecho es constatar su existencia, pero sin reparar en que tal existencia era ya problemática y artificiosa en los textos de los que la tomó. De esta forma, mantiene en vida los mismo problemas que existían en época anterior para la explicar la armonización de una "servitus altius tollendi" con una "servitus altius non tollendi".

Lo que si parece cosecha propia del autor de G. Ep. es la definición que hace de la "servitus luminum". Como hemos dicho antes, la clásica "servitus luminum" o "luminis immittendi" viene designada en BA G.Ep. 2.1.3 como "ius fenestrae". Pues bien, el texto, más adelante, menciona un "ius luminum" que el epitomador, al explicar su contenido, confunde con la clásica "servitus ne luminibus officiatur" (51).

Como BA G.Ep. 2.1.3 no menciona ni la "servitus oneris ferendi" ni la "servitus tigni immittendi" (52), obtenemos co

(50) ARCHI, l'Epitome, p. 253.

(51) ARCHI, l'Epitome, p. 253.

(52) ARCHI, l'Epitome, p. 253.

mo conclusión que las servidumbres urbanas contempladas en el Breviario son las siguientes:

1º. Dos de entre las referentes a desagües: la "servitus stillicidii" y la "servitus cloacae", que en BA G.Ep. 2.1.3 no cambian de denominación y, dada la indefinición, presumiblemente sigan teniendo su antiguo contenido.

2º. Cuatro de entre las servidumbres referentes a luces y vistas, a saber:

a) una servidumbre consistente en el derecho de abrir ventanas, que aparece bajo la denominación de "ius fenestrae"

b) un derecho de elevar más alto, con el nombre de "servitus altius erigendae domus".

c) una servidumbre de no elevar más alto, bajo la designación de "servitus altius non erigendae domus".

d) una servidumbre de no quitar luces al vecino, con el nombre de "ius luminum".

De todas ellas, sólo la última viene desarrollada en cuanto a su contenido, pero, como hemos visto, tal contenido corresponde, al menos en derecho clásico romano, a un tipo de servidumbre que el texto no menciona por su nombre (la "servitus ne luminibus officiatur").

D) Regulación institucional: constitución y extinción de servidumbres.

1. Constitución.

En punto a las formas de constitución de servidumbres, los textos de BA presentan dos características: en primer lugar su casi total silencio sobre las formas constitutivas y, en segundo lugar, la referencia de la única forma específica de constitución a tan sólo dos servidumbres rústicas. Concretamente, el único modo constitutivo que citan los textos del Breviario es, en líneas generales, el transcurso del tiempo (53), que viene referido exclusivamente a las servidumbres de acueducto y saca de agua (BA PS 1.17.2 y su Interpretatio).

Qué ocurre con las demás formas de constitución y con las restantes servidumbres, es algo que no puede saberse a ciencia cierta. Que la forma de las "pactiones et stipulationes"; así como la prescripción general de treinta años, en principio sólo válida para la prescripción de acciones, prevista en CTh. 4.14.1 (=BA CTh.4.12.1) puedan ser aplicadas a las servidumbres, sólo como hipótesis puede ser mantenido, ya que no existen textos que así lo indiquen (54).

(53) Preferimos hablar, genéricamente, de transcurso del tiempo y no de "usucapio", ya que este último término es rarísimo en las fuentes postclásicas (Vid. LEVY I, pp. 179-180; ACHI, Metodología, p. 536 nota 12; FRANCIOSI, Studi, p. 153 nota 65. Concretamente en el Breviario sólo se hace alusión a la "usucapio" dos veces, una como sustantivo y otra como verbo: BA PS 5.2 (de usucapione) y BA PS 1.17.1 (usucapi). Vid. GRANDENWITZ, Heidelberger index y LEVY, Ergänzungsindex.

(54) LEVY I, p. 57-58 y 200.

Veámos ahora de qué forma el transcurso del tiempo es apto en el Breviario para la constitución de servidumbres. Aunque el texto fundamental ya lo conocemos por haberlo transcrito en otro lugar para otros fines, es necesario tenerlo presente otra vez:

BA PS 1.17.2 (=PS 1.17.2)

Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omisa intercidit, et biennio usurpata recipitur.

Interpretatio.- Usus hauriendae vel ducendae aquae, si biennio destiterit, non utendo perit: et si iterum biennio in usum fuerit reducta, recipitur.

En primer lugar, antes de entrar en los problemas que plantea el texto, desecharemos la posibilidad, mantenida por Levy, de que estemos en presencia de una supuesta institución clásica llamada "usureceptio servitutis", a semejanza de la "usureceptio fiduciae causa" (o "ex fiducia") y de la "usureceptio ex praediatura" de G. Inst. 2,59 y 2,61 (55). Con independencia de otras razones existentes en contra de esta posibilidad, y de cuya exposición nos eximen las críticas ya hechas a Levy por Biondi, Grosso y Kaser (56), es evidente que las Instituciones de Gayo no hablan en ningún momento de una "usureceptio servitutis" que, de existir, se-

(55) Vid. LEVY, Usureceptio, pp. 221-230; LEVY I, pp. 180 y 200; FRANCIOSI, Studi, p. 224 nota 16 y p. 225 nota 17; FRANCIOSI, Usureceptio, pp. 388-390.

(56) BIONDI, Le servitù, pp. 431-342; GROSSO, Le servitù, p. 190 nota 7; p. 278 nota 7; KASER II, p. 298.

ría inconciliable con la prohibición de la Lex Scribonia de usucapir las servidumbres. Ciertamente, el texto de PS 1.17.2 y su Interpretatio no respetan tal prohibición. Pero también es cierto que ya no nos movemos en el campo del riguroso Derecho romano clásico, sino en el más atemperado campo del Derecho postclásico-vulgar. Para nosotros, por tanto, la posibilidad de constituir una servidumbre o, más exactamente, como veremos, de recobrar una servidumbre extinguida por el transcurso del tiempo es una posibilidad desenvuelta en el ámbito del Derecho romano vulgar. Ahora debemos examinar cómo funciona ese mecanismo.

Un primer problema es el planteado por el verdadero sentido que debe atribuirse a los textos. Si pensamos que la "usurpatio" a la que se refiere BA PS 1.17.2 está entendida al modo clásico y en sentido técnico, de acuerdo con el primero de los significados que D. 41.3.2 atribuye a la "usurpatio", entonces el texto no se refiere propiamente a la "usucapio" como modo de adquirir, sino más bien a la interrupción de esa "usucapio" y, en nuestro caso, a la interrupción de los plazos de la prescripción extintiva para que no se verifique la extinción de la servidumbre por el no uso durante dos años.

Si bien es posible que éste fuera el sentido original del texto de Paulo, como piensa Grosso (57), la reelabora-

(57) GROSSO, *Le servitù*, p. 190 nota 7 y p. 278 nota 7; En igual sentido, TOMULESCU, *Sur la loi*, p. 335 nota 30

ción a que ha sido sometido por el maestro postclásico no da el mismo resultado. Por otra parte, como ha puesto de relieve Franciosi (58), el mismo D. 41.3.2 pone de manifiesto una segunda acepción del término "usurpatio", propia de los "oratores" y, dice Franciosi, también de los prácticos del derecho, que es la de "usu§" (59). El texto actual de BA PS 1.17.2 no parece hablar, por tanto, de la interrupción de la prescripción, sino de la posibilidad de recobrar por el uso una servidumbre extinguida. La idea de la readquisición está, además, todavía más clara en Int. PS 1.17.2 mediante el empleo de "iterum". Este un dato que debemos tener presente y dar por fijo en nuestro examen: las servidumbres de sa^{ca} de agua y acueducto, extinguidas por no uso durante dos años, pueden ser, según BA PS 1.17.2 e Int. PS 1.17.2, readquiridas mediante su ejercicio por el mismo plazo de tiempo. Como no pensamos que ello constituya una "classical rule"(60), sino una práctica de Derecho romano vulgar, no nos planteamos los problemas de su conciliación con la prohibición de la Lex Scribonia (61), ya que ésta, lo mismo que ocurrió con la regla de la constitución "ex capite vel ex fonte", ha podido ser olvidada o superada con el paso del tiempo. A nuevas exigencias, nuevas soluciones. Que éstas consistan en la derogación o en el olvido de antiguas reglas, no debe extra-

(58) FRANCIOSI, Usureceptio, p. 390.

(59) FRANCIOSI, Susreceptio, p. 390.

(60) LEVY 1, p. 200.

(61) Vid. los distintos argumentos para una armonización entre PS 1.17.2 con la Lex Scribonia en FRANCIOSI, Usureceptio, pp. 390-391.

narnos. Al fin y al cabo, ya hemos visto cómo Justiniano, con la implantación de la "longi temporis praescriptio" (62), llevaría a sus últimas consecuencias la inoperancia de la Lex Scribonia. Si esto lo hizo Justiniano, del que se dice es restaurador de lo clásico, mediante una constitución imperial, no debe extrañarnos que ya antes, juristas anónimos, con toda probabilidad menos técnicos y peor formados que los juristas componentes de la comisión compiladora de Justiniano, hayan recogido en sus escritos algo que era normal en la práctica jurídica de su tiempo.

Ahora bien, si para nosotros los textos de BA PS 1.17.2 e Int. PS 1.17.2 no plantean problemas de armonización con la Lex Scribonia, que entendemos superada por una práctica vulgar, sí pueden plantearlos, dentro del contexto del Breviario, con BA PS 1.17.1, ya que de la comparación de aquéllos con este último texto se deriva una variedad, al menos aparente, de régimen jurídico para la servidumbre de acueducto. Veámos en qué sentido. Según BA PS 1.17.2 e Int. PS 1.17.2 la "servitus aquae ducendae" (y también la "servitus hauriendae") puede ser readquirida por el uso durante dos años, regla que, en principio, parece contradictoria con la anterior de BA PS 1.17.1, que incluye al "aquaeductus" entre las servidumbres que no pueden ser usucapidas. La contradicción puede salvarse si pensamos que BA PS 1.17.2 y su In-

(62) Vid. supra p. 114.

terpretatio sólo contemplan el caso de reconstitución de servidumbres extinguidas por no uso, pero no el caso de constitución de servidumbres "ex novo" (63). Pero si esto es así, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que la única forma de prescripción adquisitiva admitida por el Breviario es aquella subsiguiente a una previa extinción de la relación por prescripción extintiva, forma que, además, sólo afecta a dos servidumbres de agua (acueducto y saca de agua), quizá porque sean las necesidades agrícolas de regadío las más acuciantes (64). En todas las demás servidumbres contempladas por el Breviario, el uso durante un determinado plazo de tiempo no sólo no es apto para que se originen, sino que tampoco lo es para recobrarlas si se han extinguido.

2. Extinción.

A la vista de los textos de PS ya citados, no hace falta insistir especialmente en que el único mecanismo extintivo de servidumbres contemplado en el Breviario es el no uso durante un plazo de dos años. La regla, que al parecer nunca ha dejado de estar en vigor (65), es recordada tanto en los

(63) Así, FRANCIOSI, Usureceptio, p. 390, si bien utiliza el argumento de distinta forma que nosotros, ya que se mueve dentro de los esquemas de la "usureceptio" de Levy y, por tanto, su afán es conciliar no PS 1.17.1 con PS 1.17.2, sino ésta con la Lex Scribonia.

(64) BIONDI, Le servitù, p. 342.

(65) La eficacia extintiva del no uso no fue afectada en época clásica por la Lex Scribonia; se mantiene en época de Diocleciano (C.3.34.10) y subsiste en el Derecho justinianeo con los plazos de la "longi temporis praescriptio", como ya sabemos.

textos de PS recogidos en el Breviario como en su correspondiente Interpretatio.

CAPÍTULO III. El Liber Iudiciorum.

Si el Breviario de Alarico conserva, aunque alteradas y desvirtuadas bajo los esquemas del Derecho romano vulgar, la terminología y la categoría de las servidumbres, el Liber Iudiciorum, no sólo no conserva la terminología, sino que, además, desconoce la noción y el concepto de servidumbre. En efecto, el Liber desconoce la terminología "iura praediorum" y cuando utiliza la terminología "servitus" lo hace para referirse a la servidumbre personal, pero nunca para designar la sujeción de un fundo a otro (66).

Que las necesidades que están en la base de la institución de las servidumbre -paso, riego, etc.-, existieron también durante esta etapa del período visigodo que ahora analizamos, es algo que no puede dudarse. Pero sus soluciones concretas distan mucho de configurarse como servidumbres. Veamos los textos que aluden a estas necesidades.

(66) Vid., sin ánimo exhaustivo, Liber 2.1.2; 2.1.8; 2.4.9; 3.2.3; 3.2.7; 4.5.7; 5.4.10; 5.7.2; 5.7.10; 5.7.11; 5.7.13; 5.7.17; 5.7.19; 5.7.20; 6.1.5; 7.2.2; 7.3.2; 7.3.3; 7.5.2; 8.2.1; 9.1.2; 9.2.8; 9.2.9; 10.2.4; 10.2.5; 12.1.3; 12.3.12; 12.3.16; 12.3.18.

Ant. 8.3.9. Si loco fructifera vel pascuosa nimia congestia coartentur.

Si quis cum fructibus vineam, pratum vel pascua habere cognoscitur et fossas per circuitum pro solo terrore constituat, ut non nisi per vineam aut messem transitus esse possit, damnum, quod viator intulerit, ad viatoris culpam redundare non convenit. Campos autem vacantes si quis fossis cinxerit, iter agentes non hec signa deterreant, nec aliquis eos de his pascuis presumat expellere.

La norma, que no parece ser euriciana (67) establece un diverso régimen para, por una parte, las viñas, prados y pastos "cum fructibus" y, por otra, los campos "vacantes", estos, los campos eriales. El régimen más simple es el de estos últimos: cualquier viandante puede pasar por los campos eriales sin que pueda ser expulsado de los mismos, aunque hayan sido cercados con zanjas. Para los campos "cum fructibus", es decir, los que están sembrados, se establece la posibilidad de que el "viator" pase incluso por las viñas y mieses sin tener que indemnizar el dano producido, cuando las fosas y zanjas que cercan "pro solo terrore" (68) los campos le han obligado a pasar por tal sitio.

Ant. 8.3.9, por tanto, contempla dos tipos de derechos de paso :

(67) D^oORS, El Código p. 171 y nota 520 piensa que Ant. 8.3.9 quizá formara parte de Ant. 8.4.26, la que según él (p. 170), es Leovigildiana.

(68) La frase "pro solo terrore" debe aludir a la intención de hacer huir a los viandantes, que serían intimidados mediante la magnitud de la fosa practicada.

- a) un derecho de paso por los campos eriales.
- b) un derecho de paso forzoso por las tierras ajenas cuando, como consecuencia de un exceso de celo en la protección de las siembras y pastos, se ha disminuído deliberada y excesivamente por grandes zanjias el lugar destinado al paso (69) que, evidentemente, no son las viñas ni las mieses.

(69) El principal problema que plantea el texto es saber la clase de paso que contempla y qué es lo que en realidad quiere proteger. D'ORS, El Código, p. 171, dice que se trata de un derecho de paso público sobre fincas abiertas, aunque el propietario las haya defendido con fosas intimidatorias" y acepta (El Código, p. 171 nota 521) una similitud parcial con D. 8.5.14.1, que prevé el caso de que el propietario de un fundo preste camino al propietario del fundo vecino cuando los caminos públicos hayan desaparecido por ruina o avenida de río. Ant. 8.3.9 protege un paso público, pero ¿por dónde? ¿Se trata del paso por caminos públicos o se trata sólo del paso por las franjas de terreno existentes entre fincas colindantes para uso común de los viandantes que intenten acceder a sus propiedades? La pregunta no nos parece baladí porque si Ant. 8.3.9 está protegiendo el paso por los caminos públicos, que no debe ser entorpecido por las fosas y zanjias de los propietarios de fundos colindantes a aquéllos, entonces el texto, en lo que se refiere a los campos "cum fructibus" quizá formase parte de la Ant. 8.4.25 y no de la Ant. 8.4.26, como propone D'Ors (vid. supra nota 67), si se sigue el siguiente razonamiento: Ant. 8.4.25 autoriza, en determinados casos, a los propietarios de viñas, mieses y prados colindantes con la vía pública a acotarlos con fosas; pues bien, a renglón seguido vendría la advertencia, que en el texto actual del Liber se encuentra en Ant. 8.3.9, de que si la fosa practicada es de tal magnitud que obliga a los viandantes a pasar por las viñas, mieses y prados, conculcándose con ello las disposiciones sobre distancias, establecidas también en Ant. 8.4.25, el daño producido no será resarcible. Obsérvese, además, la similitud de redacción de ambas "anti-quae":

Ant. 8.3.9
si quis cum fructibus
vineam, pratium vel pas-
cua habere cognoscitur...

Ant. 8.4.25
Qui certe iuxta huiusmodi
viam messem aut vineam vel
pratium sive conclusum ha-
bere cognoscitur...

En lo que se refiere a los campos eriales, es posible que, dada la similitud de redacción puesta de manifiesto por D'Ors (El Código, p. 171 nota 520), la ant. 8.3.9 formara parte de la Ant. 8.4.26.

Ahora bien, si la necesidad agrícola y ganadera del paso es la necesidad que está en la base de las servidumbres de este nombre, los derechos de paso contemplados en Ant. 8.3.9 no constituyen una servidumbre.(70). Falta toda alusión al estado de sometimiento y sujeción de un fundo a otro. El derecho de paso previsto no es el del propietario del fundo vecino, sino el de cualquier "viator" o "iter agens", lo que hace imposible la individualización del hipotético fundo dominante. En otra palabras, titular de este derecho de paso puede ser cualquier miembro de la colectividad que se encuentre detro de los supuestos de hecho contemplados por la ley. Se trata, en suma, de un derecho de paso público, cuyo origen se encuentra, no en un acuerdo entre los propietarios de fundos vecinos, sino en una imposición legal, que se traduce en una limitación a la propiedad individual en favor del tránsito público.

Este tránsito público está, además, especialmente protegido contra aquellos que cierran las vías y mediante disposiciones que establecen las distancias que deben ser respetadas por los propietarios de los fundos colindantes a los caminos públicos, como lo demuestran, respectivamente, las dos "antiquae" siguientes:

(70) Pese a GUTIÉRREZ, Códigos II, p. 587 y TAMAYO, El derecho, p. 47, que sigue a Gutiérrez.

Ant. 8.4.24. De damnis iter publicum concludentium.

Si iter publicum clausum sit, rumpenti sepe[m] aut vallum nulla calumpnia moveatur. Ille vero, qui viam clauserat, que consueverat frequentari, si servus est, a iudice perducatur ad sepe[m] et C flagella suscipiat et per distractionem iudicis priorem viam aperire cogatur. Si vero id fuerit a potentiore commissum, exigatur ei solidi XX. Reliquae autem persone talia committentes decenos solidos exolvere compellantur; ita ut hominis huius rei compositio fisci viribus inferatur.

Ant. 8.4.25. De servando spatio iuxta vias publicas.

Viam, per quam ad civitatem sive ad provincias nostras ire consuevimus, nullus precepti nostri temerator existat, ut eam excludat; sed utroque medietas aripennis libera servetur, ut iter agentibus adplicandi spatium non vetetur. Si quis autem huius legis precepta transenderit, si maioris loci persona est, det solidos XV; inferiores vero persone hactonos solidos solvant fisco profuturos. Qui certe iuxta huiusmodi viam messem aut pratum sive conclusum habere cognoscitur, sepe[m] utrumque concludat. Quod si propter pauperitatis angustias campum sepe[m] non possit ambire, fossatum protendere non moretur.

Esta última "antiqua", de redacción leovigildiana y ejemplo, según D'Ors, de ley "enteramente leovigildiana de estilo medio" (71) establece la obligación de dejar libres a uno y otro lado de la vía pública la distancia de la mitad de una "aripennis", esto es, sesenta pies (72), con el fin de que los viajeros no se entorpezcan unos a otros.

(71) D'ORS, El Código, pp. 172 y 293.

(72) Isid. Ety. XV, 15, 4.

Gibert (73), sirviéndose de una terminología acunada por la dogmática civilística actual, dice que ant. 8.4.25 contiene el "establecimiento de una servidumbre legal a los dos lados de ciertos caminos principales". No nos corresponde a nosotros la crítica de esta terminología puesto que no nos ocupamos del Derecho actual. Pero quede claro que ant. 8.4.25 lo único que contiene es una limitación a la propiedad cuyo fin es conservar expeditas las vías públicas y preservarlas de las posibles invasiones de los propietarios de los fundos colindantes a las mismas.

Por otra parte, la "antigua" en cuestión, después de establecer la distancia que ha de respetarse a uno y otro lado de la vía pública, establece también que aquellos que tengan a los lados mieses, viñas o prados, los cierren con setos o bien, si su pobreza no se lo permite, los rodeen con fosas.

En fin, que asegurar el paso público por ciertos lugares preocupa más al legislador, si cabe, que el eventual daño producido a los propietarios de los fundos colindantes como consecuencia de tal paso, se deduce también de la ant. leo vigildiana 8.4.28 (74), que conmina a los propietarios vecinos a los lugares "ubi transitus fluminis est" y "ubi pecora

(73) GIBERT, La paz del camino, pp. 837 y 838 nota 11.
(74) D'ORS, El Código, p. 172.

transeunt" a cercar con setos sus cultivos, pues de lo contrario, el dano que se produzca por no haberlos cercado no dará derecho a composición(75).

Otro caso de limitación a la propiedad y que, en consecuencia, tampoco guarda la estructura de una servidumbre predial, es la que se establece en favor de los caminantes con respecto a los campos abiertos y que les permite, sin permiso del dueño, la permanencia en ellos durante dos días, pudiendo descargar sus bagajes y apacentar el ganado, con el derecho de ramoneo y la facultad de aprovecharse de "arbores maiores vel glandiferas", siempre que éstos no sean cortados de raíz, a no ser que el dueño autorice otra cosa:

Ant. 8.4.27. Ne iter agentibus pascua non conclusa vetentur.

Iter agentibus in pascuis, que conclusa non sunt, deponere sarcinam et iumenta vel boves pascere non vetentur; ita ut non uno loco plus quam biduo, nisi hoc ab eo, cuius pascua sunt, obtinerint, commoretur, nec arbores maiores vel glandiferas, nisi praestiterit silve dominus, a radice succedant; ramos autem ad pascendos boves non proibean tur competenter incidere (76).

(75) Ant. 8.4.28: Ut, qui in transitu fluminis culturam facit, laborem sepe circumdet: Qui in eo loco, ubi transitus fluminis est, caulturam fecerit vel prerruptum ripe, aut ubi pecora transeunt, potuerit excludere et fecerit fotasse culturas, sepe etiam facere non moretur. Quod si non fecerit, et aliquid damni fuerit per hanc neglegentiae sue inutilitatem peressus, nihil compositionis ab aliquo accipiat, quia neglegentiam illius ad alterius damnum redundare non convenit

(76) Probablemente euriciana, según D'ORS, El Código, p. 170.

Como en casos anteriores, es imposible la determinación del supuesto fundo dominante y, por lo tanto, el estado de sujeción. En todo caso, el permiso dado por el dueño para prolongar la permanencia por más de dos días o para aprovecharse de los frutos en otras condiciones distintas de las establecidas por la ley, daría lugar a una especie de facultad o derecho personal, pero nunca a un derecho con efectos reales.

La misma eficacia no real, fuera ya del campo de los de rechos concedidos por la ley a los caminantes, tienen otros supuestos en los que el permiso del dueño de la finca autoriza a entrar con vehículo en la misma con el fin de llevarse leña, como se deduce la Ant. 8.3.8, leída "a contrario":

Ant. 8.3.8. Si in alienam silvam quis cum vehiculo capiatur.

Si quis aliquem comprehenderit, dum de silva sua cum vehiculo vadit et circulos ad cupas aut quecumque ligna sine domini permissionem asportare presumat, et boves et vehiculum aliene silve presumtor amittat, et que dominus cum fure aut violento comprehenderit, indubitanter obtineat.

o en los que el pago de una décima autoriza a introducir ganado en la finca ajena:

Ant. 8.5.1. De porcis in glande presuntive an placite missis

... Si vero aliquis sub pactione decimarum porcos in silva intromittit aliena, et usque ad brumas porci in silva alterius paverint, decimas sine ulla contradictione per

solvat. Nam si post brume tempus porcos suos in silva, quam conduxerat, noluerit (77) retinere, vicensimum caput, sicut est consuetudo, domino silve cogatur exolvere (78).

Finalizaremos el estudio de la legislación del Liber con una ley referida al problema del riego y de las aguas:

Rec. 8.4.31. De furantibus aquas ex decursibus alienis.

Multarum terrarum situs, que indiget pluviis, feveri aquis studetur inriguis, cuius terra ita experimentum tenetur, ut, si defecerit aquarum solitus usus, desperetur confisus ex fruge pventus. Proinde, ubi maiores aquae sunt, si quis furtive aut malitiose aquarum decursibus subtraxerit alienis, per quattuor orarum spatium det solidum unum. Ubi autem minorum sunt derivationes aquarum, per quattuor oras exolvat tremissem unum. Aqua vero quantis oris alibi dilapsa convincitur, tandis ad inrigandum competenti tempore do reformetur. Servus si sua sponte ista presumpsit, pro maioribus aquis C flagella suscipiat, pro minoribus vero L verberum cesioni subcumbat.

La norma nos pone de manifiesto la necesidad existente en algunos lugares carentes de lluvia de aprovechar las aguas mediante canalizaciones para su ulterior utilización. En este sentido, Rec. Liber 8.4.31 habla del aprovechamiento del agua en general (79). Ahora bien, una vez que alguien ha ob-

(77) Hay que leer "voluerit"; Vid. la ed. crítica de Zeumer, que es la que manejamos, p. 346 nota 3; D'ORS, El Código, p. 186 nota 581.

(78) El régimen de los cerdos es extendido a otros animales en Ant. 8.5.5. Sobre la eficacia no real de la "pactio" a que se refiere Ant. 8.5.1, vid. LEVY 1, p. 96; CARVALE, Ricerche, pp. 23-24.

(79) La norma guarda cierta relación con BA CTh.15.2.1

tenido el agua de los lugares donde existe y la ha conducido a su fundo, puede producirse el "furtum" de la misma (el "furtum" se produce "ex decursibus alienis", no del río mismo o de un manantial, según el texto) y en este sentido, el supuesto contemplado viene prácticamente a ser el que está en la base de la servidumbre de saca de agua o acueducto, es decir, apropiación del agua o/y subsiguiente derivación, aunque la ley no precisa si la conducción se efectúa o no por fundo ajeno. Sin embargo, Rec. Liber 8.4.31 sólo contempla tales hechos desde el punto de vista penal del "furtum", lo que para nosotros constituye una prueba palpable de que el Liber desconoce la noción de servidumbre y, concretamente, las servidumbres de agua. Efectivamente, Liber está excluyendo la sustracción "furtive aut malitiose", pero qué ocurre en los casos de utilización del agua en condiciones distintas es algo que Liber no dice. Tampoco el Liber ni, evidentemente, Rec. 8.4.31, establecen una solución de carácter contractual: piénsese en el pago de una cantidad como precio, no como pena, por volumen de agua extraída o por horas de conducción.

Del examen hasta ahora efectuado la conclusión no puede ser otra que la de que el Liber, rompiendo con la tradición romana, de alguna manera conservada, como hemos visto, en el

(=CTh 15.2.7). Ambos textos utilizan la terminología "usus aquarum" para referirse al aprovechamiento del agua y ambos contemplan el caso de la utilización furtiva o abusiva de los cursos de agua.

Breviario, desconoce de modo absoluto la institución de las servidumbres prediales. Por otra parte, tampoco arbitra los medios -que no necesariamente tendrían que coincidir con el establecimiento de una servidumbre- para la solución de las exigencias que están en la base de las mismas. Los textos examinados, si bien en abstracto pueden contemplar los hechos y necesidades subyacentes en la institución, y si de alguna manera intentan regular los aprovechamientos que serían típicos del contenido de algunas servidumbres, no ofrecen, ni mucho menos, un cuadro lo suficientemente amplio como para saber cómo se resolvían los problemas que en otro tiempo encontraron su solución en la institución de las servidumbre. En último término, fuera del paso forzoso a que alude Ant. 8.3.9 o fuera de la utilización indebida de agua ajena a que se refiere Rec. Liber 8.4.31, el Liber no nos informa sobre la solución de los problemas planteados cuando un propietario necesita pasar por el fundo de su vecino o necesita el agua de éste o conducirla por su fundo.

CAPÍTULO IV. Los documentos de aplicación.

Si la legislación visigoda anteriormente examinada ofrece, según hemos visto, un cuadro bastante incompleto de los problemas referentes a las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario, no otra cosa ocurre con la documentación. Y ello por varias razones. En primer lugar, la ya señalada escasez de documentos aplicación para

esta época. Ello dificulta, no sólo la comprobación de la aplicación efectiva de las normas, sino también la comprobación del surgimiento, al lado del Derecho oficial, de un Derecho vivido o de la práctica (80). Aunque esto último haya sido así efectivamente, el apoyo para sustentar tal afirmación no viene suministrados, por el momento, por los documentos de aplicación, ya que la escasez antes aludida impide la verificación de una divergencia manifiesta entre legislación y puesta en práctica de la misma.

En segundo lugar, la documentación conservada de esta época está, a veces, en un estado tal de conservación que su misma lectura se hace problemática. Entre otras razones, ello que de un mismo texto puedan hacerse lecturas diferentes. Este es el caso de la pizarras visigóticas, cuya primera transcripción por Gómez Moreno (81) se vio seriamente afectada por la lectura que de las mismas hizo posteriormente Díaz y Díaz (82). Además de estas dificultades de lectura, el estado fragmentario de estas pizarras las hace prácticamente inutilizables para otros estudios que no sean los meramente paleográficos o lingüísticos. El mismo carácter incompleto, aunque con consecuencias menos graves, presentan algunas de las Fórmulas Visigodas (83).

(80) Sobre este punto, vid. IGLESIA, La creación, pp. 166-167.

(81) vid. la edición en el elenco de fuentes.

(82) vid. el trabajo en el elenco de fuentes.

(83) Las citas que de las Fórmulas hagamos en adelante lo son de la ed. GIL, Miscellanea; Pueden verse también en CANELLAS, Diplomática.

En último término, los documentos conservados de época visigoda o que se refieren a la misma no están exentos del peligro de las falsificaciones. Tal es el caso de un documento fechado en el año 570, recogiendo una supuesta donación de Alarico y que es, todo él, una falsificación del siglo XIII (84).

Hechas estas advertencias nos dedicaremos al examen de los pocos documentos de que disponemos y que puedan afectar a nuestra materia. En realidad, son sólo tres documentos o, más exactamente, uno, ya que dos de ellos son Fórmulas y, como hemos señalado, éstas no pueden considerarse estrictamente documentos de aplicación, sino modelos para la confección o redacción de los mismos. Su grado de aplicabilidad es, por tanto, un grado teórico.

El documento a que hemos hecho alusión es una donación del entonces Diácono Vicente, después Obispo de Huesca, fechada en 550-551:

Hec igitur loca cum edificiis, terris, vineis, oleis, hortis, pascuis, pratis, aquis aquarumve ductibus, aditibus, accesibus, colonis vel servis atque omni iure suo...per hunc donationis textum confero (85).

(84) Vid. UBIETO, San Juan de la Pena I, doc. 1, pp. 17-18; CANELLAS, Diplomática, doc. 26, pp. 133-134.

(85) El doc. había sido publicado antes por FITA, *Patrología visigoda*, pp. 151-154, que no hemos podido consultar. Puede verse también en DURÁN, Huesca I, doc. 1, pp. 17-18 y CANELLAS, *Diplomática*, doc. 14, pp. 126-128, de donde transcribimos.

El texto, que no parece tener visos de falsificación(86) pone de manifiesto, en primer término, que el lugar o la tierra transmitidos lo son, entre otras pertenencias, con las aguas y con las conducciones de éstas, es decir, con los acueductos. El problema que plantean estas fórmulas documentales es saber si tales aguas y conducciones están dentro de la tierra que se transmite o no. Si lo están, el derecho que sobre ellas ejercita el transmitente y va a ejercitar el nuevo propietario no se diferencia del derecho ejercido sobre otras partes del fundo y, en consecuencia, no se diferencia del derecho de propiedad. Pero si las aguas nacen en otro fundo distinto del que se transmite y la conducción discurre también por fundos ajenos, cabría la posibilidad de pensar que la tierra se está transmitiendo con un derecho real de servidumbre (saca de agua o acueducto) a su favor, derecho del que, en todo caso, no conocemos más que su existencia, pero nada referente a su constitución. En segundo término, se mencionan las entradas (aditus, accessus), lo que podría entenderse como una alusión a una servidumbre de paso en favor de los lugares donados. También aquí, la posibilidad es hipotética porque el texto no ofrece indicios claros y firmes sobre los que sustentan que se esté pensando en algo semejante a un "ius in re aliena".

(86) Al menos quienes lo han mencionado no han apuntado la posibilidad de que sea falso. Vid, además de la bibliografía citada supra nota 85, MERCEA, Studos, p. 89 y nota 15; GARCÍA-GALLO, Consideración crítica, p. 353 nota 25.

Por su parte, en los textos de las Forms. 8 y 21 se lee:

form. 8: ...donamus gloriae vestrae in territorio ill. loco ill. ad integrum, sicuti a nobis nunc usque noscitur fuisse possessu, cum...aedificiis, vineis...aquis, aquarumque ductibus, vel omni iure loci ipsius...

Form. 21: ...volo pertinere locum illum ad integrum cum...aedificiis, silvis, aquis aquarumque ductibus...omni iure loci ipsius.

que vulven a poner de manifiesto los mismo) problemas que la donación de Vicente plateaba para las aguas y las conducciones (87). Pues bien, este tipo de alusiones a acueductos, aguas, entradas, etc., se repetirán de forma casi constante en todos los documentos altomedievales cuyo estudio acomete remos en la parte tercera de nuestro trabajo. Será en esa se de donde analicemos con más profundidad el significado de tales fórmulas documentales.

(87) En otro orden de cosas, es evidente que las Forms. Visigodas se mueven en el mismo ambiente jurídico que la donación de Vicente. No sólo las forms. 8. y 21, citadas, guardan relación con la donación de Vicente, sino que incluso otras, como la 1 y 6, incluyen, al igual que aquélla, la cláusula "stipulatus sum et sponendi", junto con una mención a la "Lex Aquilia", versión vulgar de la "stipulatio Aquiliana" (sobre la confusión en Derecho romano vulgar de la stipulatio Aquiliana con la Lex Aquilia, vid. D'ORS, DPR, p. 451 nota 10; IGLESIA, Las garantías, pp. 89-99). Así, la donación de Vicente (CANELLAS, Diplomática, doc. 14 p. 128) dice: "stipulatus itaque sitpulatus (sic) sum et sponendi, Aquiliae Legis mentione subnixa que scripturis omnibus solidum prestat robur"; en form. 1 se lee: "...stipulatus sum et sponendi, subter manu mea subscripsi et testibus a me rogitis pro firmitate tradidi roborandam, Aquiliam quippe commemoran legen, qui omnium scripturarum suo vigore iugiter corroborat actos" y en form. 6: "...stipulatus sum et sponendi atque Aquiliana legis innodatione subinterfixa, qui omnium scripturarum solet adicere plenissimam firmitatem".

PARTE III. LAS SOLUCIONES ALTOMEDIEVALES
A LAS NECESIDADES Y CONFLICTOS BASE DE LA
INSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES.

CAPÍTULO I. Introducción.

A) Planteamientos.

Nos proponemos ahora acometer en esta tercera parte la última fase de nuestro trabajo consistente en el estudio de la suerte de nuestra institución desde la caída de la monarquía visigoda hasta la Recepción del Derecho Común. Como hemos visto en los capítulos anteriores, la historia de las servidumbre prediales, partiendo de la experiencia romana, es la historia de un progresivo ensombrecimiento de los perfiles conceptuales de las mismas. Este proceso, bajo la cuña del Derecho romano vulgar, culmina, como ya sabemos, con la desaparición total de las servidumbres prediales en el Liber ludiciorum. Este estado de cosas es el que explica, como veremos, que al menos durante los primeros siglos altomedievales y en los momentos inmediatamente anteriores a la aparición de los síntomas de la Recepción, las servidumbres prediales

sean desconocidas por la práctica negocial, si exceptuamos algunos casos en los que pueden detectarse en la documentación ciertos rasgos característicos de la institución. Ahora bien, el que esto haya ocurrido así no nos impide recordar una afirmación que constituye el eje de nuestro trabajo y que no tenemos empacho en advertir cuantas veces sea necesario: la desaparición del concepto y aun de la institución de las servidumbres prediales no significa que tanto en la época final de la monarquía visigoda como en la alta edad media no hayan existido necesidades concretas surgidas como consecuencia de la disposición espacial de los fundos y la vecindad de los mismos cuando pertenecen a distinto propietario y, por lo tanto, no puede descartarse "a priori" la existencia de conflictos sobre esas materias, conflictos que se hubiesen solucionado, de haber existido, mediante el establecimiento de una servidumbre. Ello es lo que justifica el título dado a esta parte de nuestro trabajo. Como hemos de ver a lo largo de las páginas que siguen, a excepción de algunos casos particulares y aislados, sólo en época avanzada de la Edad Media es posible detectar en la documentación ciertos rasgos y cierta terminología cercanos al concepto de servidumbre. Hasta ese momento, si las necesidades que están en la base de la institución han existido y, en consecuencia, han originado conflictos, las soluciones, volvemos a decir, excepto casos particulares, han sido bien distintas y distantes de lo que debe entenderse por servidumbre. De aquí, que no hayamos intitulado nuestro trabajo como el estudio de "las servidumbres prediales durante la Alta Edad Media", sino como el

estudio de los mecanismos jurídicos arbitrados por la sociedad altomedieval para la satisfacción de las necesidades y resolución de los conflictos que, normalmente, están en la base de las servidumbres prediales, esto es, la solución y reglamentación de los conflictos nacidos como consecuencia de las relaciones existentes entre dos o más fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario.

B) Delimitación de los materiales de trabajo.

La acotación de los instrumentos de trabajo utilizables para nuestro trabajo puede hacerse, con el fin de establecer claramente los planteamientos metodológicos seguidos en el mismo, mediante un criterio material -qué fuentes de entre las existentes en la tipología medieval vamos a utilizar- y cronológico -hasta qué época vamos a estudiar. En cuanto a una posible acotación o delimitación geográfica, debemos señalar que el hecho de que la documentación manejada haya sido más numerosa en unos reinos que en otros no ha obedecido a una predilección por algunos de aquéllos, sino que ha dependido exclusivamente de su existencia y validez para nuestras investigaciones y de las posibilidades de acceso a la misma.

1) Delimitación material.

Siguiendo los planteamientos del Prof. Iglesia, nuestro maestro, y fundamentalmente los seguidos por él en su trabajo sobre las garantías reales, ya citado, nos hemos ce

nido por lo que respecta a las fuentes a lo que, dentro de la tipología normalmente aceptada, se denominan documentos de aplicación del Derecho. No nos hemos ocupado, por lo tanto, de los documentos de naturaleza normativa o que constituyen manifestaciones de actos de creación del Derecho capaces de innovar el ordenamiento jurídico y, en concreto, no nos hemos ocupado de los fueros municipales. La exclusión de este tipo de fuentes no debe hacernos olvidar, sin embargo, la afirmación del Prof. Iglesia, puesta de manifiesto para la prenda contractual, pero igualmente válida para nuestro caso, de una visión "ajustada a la realidad altomedieval" de la institución pasa necesariamente por la confrontación de los datos obtenidos de los documentos de aplicación del Derecho con los obtenidos del examen de los fueros municipales (1).

Admitida esta necesidad de confrontación entre uno y otro tipo de fuentes, podría objetarse que el proceso lógico de la comparación habría de consistir en primer lugar en el examen de la norma y sólo después en el examen de su aplicación práctica. A tal posible objeción ya el Prof. Iglesia adujo razones para obrar en contrario: si se quiere comprender una determinada norma jurídica es preciso comprender primero las situaciones y necesidades concretas y los conflictos que la motivaron y que están en la base de la misma (2).

(1) IGLESIA, Las garantías, p. 11.

(2) IGLESIA, Las garantías, pp. 10-11: "Si tiene razón Boulvvert al afirmar que la regla de Derecho no es más que

Y es evidente que los datos sobre esas situaciones y necesidades primarias y sobre los conflictos en torno a ellas vienen suministrados fundamental, aunque no exclusivamente, por los documentos de aplicación.

Por otra parte, y siguiendo también a Iglesia, existen otra serie de razones que aconsejan distinguir con nitidez el estudio llevado a cabo sobre documentos de aplicación del estudio llevado a cabo sobre los fueros, razones fundamentalmente relacionadas en torno al problema de si estos últimos constituyen o no un reflejo fiel del Derecho tradicional medieval (3).

Por lo que se refiere a los fueros extensos, y en la medida en que estos están ya imbuídos por el fenómeno de la Recepción del Derecho Común, es evidente que su utilización debe ser, en principio, excluida u orillada en aquellos trabajos, como lo es el nuestro, cuyo límite cronológico es precisamente el inicio de la Recepción del Derecho romano justinianeo, orillamiento que no debe llevar, sin más, a una descalificación o declaración de inidoneidad de tales fueros como portadores de la tradición jurídica altomedieval (4).

un punto de equilibrio entre tensiones diversas, metalidades divergentes e intereses en conflictos, debiéndose prestar especial interés a estos últimos, si queremos comprender la norma jurídica inventada para contenerlos, parece obvia la necesidad de atender primero a esto supuestos base para poder así el explicar la solución dada desde el derecho".

(3) IGLESIA, Las garantías, p. 11.

(4) Sobre estos extremos, vid. IGLESIA, Las garantías, pp. 11 y 120, quien parte de la consideración de Otero en

Por lo que se refiere a los fueros breves, su orillamiento viene determinado, no porque recojan el Derecho de la Recepción, sino por ser instrumentos de selección, puesta al día, modificación y supresión de costumbres anteriores, instrumentos, además, que por haber nacido con una finalidad muy concreta y limitada -la reacción a los malos usos- y de menos alcance que aquella de dotar de un amplio conjunto normativo a una determinada comunidad vecinal, ofrecen, como dice Iglesia, una visión unilateral y fragmentaria de la realidad jurídica altomedieval (5).

Si, como hemos advertido, nos hemos cenido en nuestras investigaciones a los documentos de aplicación, debemos ahora advertir también que la determinación de la naturaleza del documento, estrictamente normativa y exponente de actos de creación, o de aplicación del Derecho, no resulta, a veces, tan fácil como pudiera parecer. Este problema se plantea sobre todo con algunos fueros breves y cartas pueblas que, con independencia de su contenido normativo y su intención pobladora, cabe, sin embargo, radicarlos entre la categoría de los documentos de aplicación. En este sentido, debemos señalar que hemos tenido en cuenta y manejado, lo que no quiere decir que siempre hayan sido fructíferos para nuestras investiga-

torno a los fueros extensos como primera Recepción o avanzada de la Recepción (OTERO, El Códice, p. 572), posición que también ha sido aceptada o, al menos, tenida en cuenta, por FONT, La Recepción, p. 100.

(5) IGLESIA, Las garantías, pp. 11 y 119.

ciones, aquellos documentos poblacionales caracterizados por Font que gravitan sobre un elemento real o territorial objeto de transmisión patrimonial por medio de donación o concesión y que generan relaciones jurídico-privadas, razón por la cual cabe englobarlos dentro de la categoría de los documentos de aplicación y su contenido, calificarlo como auténtico negocio jurídico-privado, por más que la presencia en los mismos de alguna intención o elemento normativos y de cláusulas coactivas o autoritarias difuminen, relativicen o ensombrezcan su inicial naturaleza de documentos de aplicación del Derecho (6).

El manejar de forma exclusiva documentos de aplicación nos coloca de lleno frente a los problemas y peligros presentados por la llamada Edad Diplomática. No vamos a ser nosotros quienes pongamos de manifiesto los peligros de la utilización de los documentos altomedievales porque es bien conocida la caracterización de los mismos como "mundo oscuro y turbio de negocios jurídicos indirectos" (7), en el que son frecuentes los casos de simulación y disimulación (8), de forma que más que expresar, escondan la realidad (9). Pero sí

(6) Sobre la naturaleza normativa o de aplicación del Derecho de estos documentos poblacionales, vid. FONT, Cartas I, pp. XXIX-XXXVI y Cartas II, pp. 265-400 y, en especial, para lo que aquí nos interesa, pp. 334-400.

(7) OTERO, El Código, p. 571.

(8) VIOLANTE, Atti, p. 18.

(9) VIOLANTE, Atti, p. 19. Vid. también, en orden a los problemas planteados por la época Diplomática, IGLESIA, Las garantías, pp. 116 ss, quien pone de manifiesto la unilateralidad de la documentación en el sentido de que es de los grupos sociales y económicos más poderosos de donde casi exclu-

vamos a hacer alguna breve observación sobre un problema típico de esta época, cual es el de las falsificaciones documentales y, más concretamente, la medida en que nos afecta en orden a los fines por nosotros perseguidos. En principio, advertimos que desechamos y detestamos cualquier toma de postura en orden a la moralidad de tales falsificaciones (10), pero es evidente que éstas existieron por mucho que se pensase que la escrituración de los hechos y la intervención de un notario acabaría con la distorsión y exposición fraudulenta de los acontecimientos (11). Se falsificó, como dice Sánchez-Albornoz, "siempre por algo y para algo" (12). Pero en todo caso, como ha señalado Ubieto, debe tenerse en cuenta que "los documentos falsos encierran un algo de verdad (13) y es preciso retener esta afirmación si se quiere colocar en sus justos términos el problema de las falsificaciones de documentos. Evidentemente, no es nuestra intención restar ni un ápice de importancia al problema desde el punto de vista estrictamente paleográfico y diplomático, ni

sivamente procede, y GACTO, ALEJANDRE y GARCÍA MARÍN, *El Derecho histórico*, pp. 150-153.

(10) En sentido de reprobación moral y con tono un tanto exagerado se manifiesta FLORIANO II, p. 119: "¡Algo, en efecto, muy habilidoso, y que revela hasta qué grado de sutileza se llegaba para alcanzar el dominio económico-político, con total olvido de los imperativos de la moral!".

(11) Una seguridad, en cierta medida candorosa, en la fidelidad del documento se deja notar en uno de 1120 en que se dice: "Quoniam rerum gestarum series per incuriam vel anti-quitatem sive etiam per querendam veritatem in falsitatem distorquentium fraudulentiam in contrarium solet converti, futurorum presaga prudens antiquitas veritati ac posteritati mandanda litteris notari precepit (LACARRIA, *Irache I*, doc. 102, p. 125).

(12) SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Serie*, p. 306.

(13) UBIETO, *San Juan de la Pena I*, p. 9.

tampoco, desde el punto de vista de la investigación histórica sobre los problemas de fondo planteados por los documentos, suavizar la diferencia entre los que son auténticos y los que están motejados con alguna nota de falsificación. Pero es necesario tener presente, en el campo que a nosotros nos afecta, que no nos interesa tanto el problema de si realmente se efectuó o no un determinado negocio jurídico, como la forma en que éste aparece recogido en el documento. En otras palabras, "inventarse" una donación no tiene mayor transcendencia si, por el cotejo con otros documentos auténticos de la época podemos llegar a la conclusión de que ésa y no otra era la forma en que se realizaban las donaciones en un determinado momento. En este sentido, es preciso reconocer que existen documentos falsos que no sólo son correctos desde el punto de vista paleográfico y diplomático, sino que también se ajustan a los conceptos y formalidades jurídicas de la época. En el campo de la investigación histórico-jurídica, por tanto, el problema de la falsificación documental no es tan grave cuando las falsificaciones no afectan a la "naturaleza de la disciplina adoptada por el documento" (14). El panorama se complica cuando las falsificaciones afectan de modo directo a la estructura del negocio jurídico documentado, introducen algún aditamento extraño a la naturaleza del mismo o añaden alguna terminología jurídica inexistente en ese momento. En estos casos, es preciso andar con precaución para no recoger y datar como soluciones jurídicas concretas o como supuestos

(14) CARAVALE, Ricerche, p. 25 nota 67.

casos de aplicación del Derecho lo que no constituyen otra cosa que manipulaciones con el fin de fundamentar determinadas pretensiones sobre derechos inexistentes.

Para terminar con estas observaciones en torno a los documentos de aplicación objeto de nuestro estudio, haremos una advertencia final. Actualmente, y como consecuencia de la influencia de las corrientes metodológicas provenientes de la historia general, es frecuente encontrar trabajos de historia del Derecho, y sobre todo los que en alguna medida utilizan los documentos de aplicación, en los que, después de un examen estrictamente jurídico o histórico-jurídico, suele someterse a aquéllos a un análisis de tipo cuantitativo en orden a fijar la frecuencia de producción de determinados conflictos, así como la frecuencia del tipo de solución dada a cada uno de éstos. En este sentido, hemos de señalar que hemos renunciado, a la vista de nuestros documentos, a todo intento de examen cuantitativo, a causa de la arbitrariedad o inexactitud a que tal examen conduciría para la materia por nosotros estudiada. Es posible que en principio estas afirmaciones puedan parecer exageradas y aún se podría objetar que no existe realidad alguna que se resiste a ser comprendida matemáticamente, aunque sólo sea mediante la simple evaluación porcentual de ciertos fenómenos de entre los testimoniados en un cierto número de documentos. Un ejemplo, sin embargo, hará comprender nuestra postura y la imposibilidad de saber, con cierto grado de exactitud estadística, cuántos conflictos se han producido y cuál ha sido la solución adop-

tada. Entre 1083 y 1120 se realizó una permuta de tierras cuya única finalidad era la de facilitar el paso a unos molinos propiedad de uno de los permutantes. El documento dice así:

In Dei nomine. Hec est cartam quam ego Fortu
nius, monachus, facio de ipsis terris que
sunt in loco qui dicitur Hectain. Ego namque
supradictus Fortunius cepi edificare unum
molinum et non habui unde transire ut face
re molinum. Et necessitate cogectus, campia
vimus inter me et Tota dona de Ytoiz piezas.
Ego dedi in capite ipsius loci duas piezas.
Et ipsa dedit mihi in fondon unum piezam (15).

Esta es una de las formas, como más adelante hemos de ver con detenimiento, de solucionar los problemas que están en la base de algunas servidumbres: en lugar de acudir a la constitución o establecimiento de un derecho real, se recurre a la transmisión de la propiedad del terreno necesario para el paso, que en el documento que nos ocupa se instrumentaliza mediante una permuta. Ahora bien, para que estos documentos en los que se realiza una enajenación de terreno puedan ser tenidos en cuenta por nosotros, deben expresar que la finalidad del acto es, precisamente, la de dar cobertura a una necesidad de paso, salvo, lógicamente, en los casos en los que se transmite una vía o un camino, en los que el móvil parece evidente. Ocurre, sin embargo, que en la mayoría de las transmisiones de terreno nunca se expresa la finalidad o razón por la que se efectúan, excluyendo las norma

(15) MARTIN DUQUE, Leire, doc. 267, p. 358.

les y estereotipadas frases referentes a la salvación del alma o a la purga de alguna culpa. Con ello queremos poner de manifiesto que, con toda seguridad, muchas de las compraventas, donaciones, permutas, etc., por las que se transmite un terreno estén, en el fondo subviniendo a una necesidad de paso humano o paso de agua, pero que no podemos contabilizar porque el documento no hace alusión a la razón por la que se realizan. La conclusión es obvia: nunca estaremos en condiciones de saber cuántos problemas de paso o de acueducto se solucionaron por medio de la transmisión de la propiedad del terreno necesario para extraer la utilidad y si el medio preferido fue la donación, la compraventa o la transmisión por testamento. En algunos casos, esta finalidad o móvil puede deducirse de la descripción de los límites y linderos de los terrenos enajenados y así, por ejemplo, cuando se vende un fundo que limita por todos o por alguno de los lados con el fundo o fondos del comprador es posible plantearse que la finalidad, principal o adventicia, sea la solución de algunos de los problemas aludidos. Pero evidentemente, estos resultados están simplemente basados en impresiones o en hipótesis que no pueden presentarse como datos firmes.

2) Delimitación cronológica.

Como hemos advertido ya, el límite cronológico de nuestro trabajo está determinado por los inicios de la Recepción en los distintos territorios peninsulares estudiados. En la medida en que la fijación de ese momento tiene que resultar

necesariamente imprecisa y arbitraria, nos hemos remitido aquí a la acotación temporal hecha por Iglesia en su estudio sobre la prenda y a las salvedades en torno a dicha acotación por él manifestadas. Por tanto, de forma breve, señalemos que hemos interrumpido la lectura de documentos en el comienzo del reinado de Alfonso X, para Castilla; En Cataluña, con los inicios del reinado de Jaime I; en 1247, con la promulgación de los Fueros de Aragón, para este reino; y en 1234, para Navarra (16).

CAPÍTULO II. El examen de los documentos.

A) Las fórmulas genéricas de pertenencia en conexión con el problema de las servidumbres prediales.

Antes de comenzar el estudio de las distintas soluciones dadas a las necesidades que están en la base de las servidumbres prediales, es necesario hacer algunas precisiones en torno a las fórmulas documentales de transmisión y enajenación de inmuebles.

Cualquiera que haya manejado la documentación medieval se habrá dado cuenta de que son abundantísimos los casos en los que el fundo se transmite con "entradas y salidas" -"in-troitus et exitus", "exio et regressio", "ingressus et egres-

(16) Vid. IGLESIA, Las garantías, pp. 251-252.

sus", "accessu et recessu", etc.- o se transmite con alusión a las aguas y acueductos -"aquis", "aquis aquarumve ductibus", "aquis productilibus", "aquas cum ductibus", "vieductibus et reductibus", etc.- y, en la documentación catalana, además, se hace alusión a los distintos canales de riego que componen la estructura del molino hidráulico, bien sea en documentos que recogen la transmisión del molino mismo, o bien sea en los que recogen la transmisión de un fundo con el molino incluido entre las pertenencias -"caput aquis", "regio et subtus regio", etc.- Del mismo modo, es frecuente encontrar documentada la transmisión de inmuebles "cum parietibus" y/o "cum guttas et stillicidiis" y/o "cum cloacis" (17).

Todas estas alusiones mencionadas aparecen normalmente en los elencos de pertenencias del fundo transmitido o, en pocas ocasiones, de forma aislada, y su frecuencia, como la de otras menciones documentales, se debe a la utilización por los redactores de unos mismo formularios (18). Ello produce la impresión de que la documentación está hecha a base de "clichés" redaccionales, incluyendo menciones que en muchas oca-

(17) Sería inútil y ocioso recargar la exposición con notas en las se expresasen las distintas variantes de estas alusiones y los documentos en los que aparecen. Por lo que hace a las "entradas y salidas" y a las referencias a aguas y acueductos habría que traer a colación aquí prácticamente toda la documentación consultada, ya que es raro el documento que no contiene alguna de ellas. Por ello ofrecemos en un apéndice una selección de documentos, que no pretende ni puede ser agotadora, pues de lo contrario sería interminable, en los que aparecen las alusiones a "entradas y salidas", aguas y acueductos, canales, paredes, cloacas "guttas et stillicidiis", con las variantes que presentan.

(18) En este sentido, BONO, Historia del Derecho Notarial I, p. 154.

siones no corresponden a la realidad del fundo transmitido, pero que se insertan, como dice Rasi, sólo porque el formulario las contenía (19). Este es un dato que debe tenerse presente si se quiere valorar justamente la documentación y no se quiere incurrir en el error de sobrevalorar algo que sólo obedece a puras fórmulas de estilo, afirmación esta última que quizá deba ser minimizada para aquellos casos en que la mención documental es tardía, menos abundante o circunscrita a algún territorio concreto.

Pero a nosotros lo que nos interesa ahora es determinar si esas alusiones a "entradas y salidas", aguas, fuentes y acueductos significan que el fundo se transmite con una servidumbre de paso o de aguas a su favor o si esas alusiones a las "parietes" o a "guttas et stillicidiis" y a "cloacis" implican la existencia de servidumbres de apoyo y desagüe. Por lo que se refiere a las aguas y a los accesos, ya hemos manifestado nuestras dudas de que ello sea así cuando hemos hablado de las Fórmulas Visigodas y de la donación del Diácono Vicente. Trataremos ahora, tal como apuntábamos, de profundizar más en el verdadero sentido de estas alusiones.

Por lo que respecta a las "entradas y salidas", en sus distintas variantes, no faltan autores que piensan que las

(19) RASI, *Le pertinenze*, pp. 148-149.

mismas aluden a verdaderas servidumbres de paso (20). Así, por ejemplo, Lalinde, quien afirma categóricamente que "desde la Alta Edad Media casi todas las heredades son transmitidas con salidas y entradas (cum exitibus et ingressibus) lo que implica la adquisición de la propiedad con servidumbre de paso sobre las heredades vecinas" (21). Incluso investigadores no pertenecientes precisamente al campo de la Historia del Derecho, han llegado a conclusiones similares. Por ejemplo, Gonzáles García, quien afirma, quizá en un prurito de erudicción, pero con total falta de información desde el punto de vista de la Historia del Derecho, que "estas determinaciones del derecho romano -se refiere al "iter" y al "aquaeductus"- encuentran continuación en la constitución de

(20) Prescindimos aquí de la afirmación de CARVALE, *Ricerca*, p. 157 y notas 65,66,67, ajena, por lo demás, a nuestra documentación, según el cual Schupfer, Leicht y Rasi sostienen que con la fórmula "cum introitu et exitu" se está aludiendo a la existencia de una servidumbre de paso en favor de la tierra transmitida. En realidad, a excepción de Schupfer, cuya obra no hemos podido consultar, nos parece que ni Leicht ni Rasi tocan el fondo de esta cuestión. Por lo que respecta al primero (LEICHT, *Il Diritto*, p. 163 nota 2), por que no se está refiriendo a las fórmulas estereotipadas a que nosotros aludimos. Leicht no cita la fórmula "cum introitibus et exitibus" sin más adjetivaciones, sino el caso de un fundo vendido "cum introitibus et exitibus per cortem maiorem communem a via publica", donde, en primer lugar, el adjetivo "communem" nos coloca fuera del campo de los derechos sobre cosa ajena y, en segundo lugar, cabría discutir la naturaleza jurídica del derecho de paso contemplado, ya que no todo derecho de paso se configura técnicamente como una servidumbre. Nuestro problema discutido es otro: el de los fundos transmitidos "cum introitibus et exitibus" sin que el documento especifique por donde discurren esas entradas y salidas. En cuanto a RASI, *Le pertinenze*, pp. 109-110 y 134, sólo tangencialmente toca el tema y no da una explicación convincente sobre que la fórmula en cuestión aluda a una servidumbre de paso.

(21) LALINDE, *Iniciación*, epígrafe 953, p. 765.

villas, cuya existencia y elementos nos han conservado las escrituras de este monasterio"(Sahagún), trayendo incluso a colación, citando a Scharr, el elenco de servidumbres rústicas de D. 8.3.1, cita especialmente inapropiada sobre todo si, acto seguido, intenta sustentar su postura nada menos que con la enumeración de las pertenencias de un documento del año 904 (22).

Pues bien, nosotros pensamos que estas alusiones estereotipadas a "entradas y salidas" no aluden a ninguna servidumbre de paso en favor de la finca transmitida. Es difícil aceptar que prácticamente todos los fundos transmitidos tengan a su favor una derecho de paso si se tiene en cuenta el reducido número de documentos que hablan de los conflictos relacionados con necesidades de paso. Pensar afirmativamente sobre esta cuestión supondría admitir un número ingente de fincas gravadas, lo que no concuerda con el escaso número de actos constitutivos que pueden encontrarse en la documentación. Por otra parte, la fórmula "con entradas y salidas", de ser alusoria a una servidumbre de paso, sólo se referiría a las fincas gravadas con una servidumbre a su favor, pero nunca a las fincas que se transmiten gravadas con un derecho real de servidumbre, es decir, sólo se contemplarían las servidumbres activas, pero no las pasivas (23).

(22) GONZÁLEZ GARCÍA, Algunos aspectos, p. 269 (21 del artículo) y notas 46 y 47.

(23) CARAVALE, Ricerche, p. 159.

A nuestro entender, la fórmula "cum exitibus et introitibus" (y todas sus variantes) es una fórmula genérica y estereotipada que se inserta en casi todos los documentos de transmisión de inmuebles, pero sin efectiva conexión con la realidad del fundo transmitido, cuya única misión, con independencia de lo que digamos más adelante, es dar a entender que la finca enajenada está bien comunicada y que goza de todos sus accesos (24). Tiene, como dice Caravale, una función de "descripción del fundo" sobre aquellas partes del mismo destinadas a entrar y salir (25). quiere ello decir que el derecho que se ejercita sobre esas entradas y salidas no es un derecho real de servidumbre, sino el mismo derecho de propiedad plena que se ejercita sobre las demás partes del fundo (26).

El mismo sentido debe atribuirse a aquellas fórmulas de pertenencia alusiones a una transmisión "cum aquis", "cum aquis aquarum", "cum aquaeductus", "cum caput aquis, regos et subtus regos" y otras similares, en ningún modo significativas, en principio, de derechos sobre aprovechamientos y conducciones de agua distintos de los derechos ejercitados

(24) De aquí, quizá, el hecho de que cuando tal circunstancia es palpable porque las fincas son colindantes con vías públicas se suprime toda alusión a entradas y salidas (Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Castañeda, doc. 67, p. 291, a. 1177).

(25) CARAVALE, Ricerche, pp. 159-160. Esta finalidad de describir las partes destinadas a entrar y salir puede detectarse en un doc. de 1164 en el que se da una heredad "cum egredientium et regredientium et suo exitu in illa corredoira que pergit ad portam Sancti Michaelis (RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Castañeda, doc. 52, p. 274), aunque aquí habría que determinar la clase de "corredoira" de que se trata, que puede ser pública o privada.

(26) CARAVALE, Ricerche, p. 161.

sobre las demás pertenencias del fundo (27). A lo sumo, podría pensarse, y no de todas las fórmulas, en un derecho de riego sobre aguas de utilización colectiva cuando el fundo transmitido es ribereño de cauces, canales o ríos comunes, derecho que, evidentemente, no se configura como una servidumbre. A nuestro juicio, las aguas, acueductos y canales de agua mencionados de forma estereotipada y genérica, mientras no se senale dónde se encuentran las primeras y por dónde discurren los segundos, son partes del fundo, elencadas entre las pertenencias, sobre las cuales se ejerce el mismo derecho que el que se ejerce sobre la tierra que se transmite, y mientras el documento no lo indique, no aluden a la existencia de servidumbres de toma o conducción (28).

Y finalmente, nos referiremos a las alusiones de transmisiones "cum parietibus", "cum guttas et stillicidiis" y "cum cloacis". También en estos casos, y mientras el documento no especifique otra cosa, estamos ante alusiones a partes o instrumentos del fundo, no derechos, que se transmiten con aquél: son los muros ("parietes"), las cloacas ("cloacis") y los canales por donde recoger las aguas pluviales en el propio fundo ("guttas et stillicidiis") y arrojarlas al exterior, que de ningún modo implican el derecho a verter aguas sobre el predio vecino ni la obligación de éste de recogerlas.

(27) Vid., en sentido contrario GONZÁLEZ GARCÍA, supra nota 22, quien establece erróneamente una relación entre las servidumbres romanas de agua con las menciones documentales a "aquaeductus" y "productilibus aquis aquarum".

(28) En el mismo sentido y sobre estas fórmulas relativas a aguas, CARVALE, Ricerche, pp. 162-170.

En conclusión, por tanto, ninguna de las menciones documentales analizadas alude a la existencia de una supuesta servidumbre. Podría objetarse que en algunos casos la terminología coincide con la denominación dada a algunas servidumbres, por ejemplo, "aquaeductus" o "stillicidii", que ya recibían esos nombres en el Derecho romano. Pero ahora esa terminología ha quedado privada de su antiguo sentido técnico y jurídico, por lo que es imposible mantener, sólo por coincidencias formales relativas al lenguaje, la persistencia de la institución romana de las servidumbres prediales en los documentos medievales de aplicación del Derecho, máxime cuando, al menos en el período por nosotros estudiado, sólo tardíamente y por influjo de la Recepción del Derecho romano Justiniano, comienza a aparecer en la documentación el vocablo "servitus" para designar la sujeción de un fundo a otro. Ello hace difícil mantener la hipótesis de que la Alta Edad Media conozca singulares tipos de servidumbres por su antigua denominación romana cuando no conoce la designación de la categoría general, pues, según veremos, sobre los documentos, la práctica comercial no utiliza el vocablo "servitus" para designar un "ius in re aliena" de esa clase*(29).

Con parecernos correctas las anteriores afirmaciones, el

(29) Debemos aquí dejar constancia de los problemas planteados por dos documentos riojanos de 1075 y 1094-1108 respectivamente. En el primero de ellos, que conocemos gracias a una copia o traslado de 1267, Sancho de Penalén da al Monasterio de Albelda la villa de Yangua a cambio de un lugar denominado Bagibel; la villa se transmite "cum suis terminis, terris, vineis, pratis, pascuis, paludibus, introitis et re-

hecho, sin embargo, de que tales fórmulas no aludan a distintos tipos de servidumbres, no las hace del todo inútiles a la hora de desentrañar el problema que a nosotros nos interesa. La impresión de que esto sea así, y decimos "impresión" porque la falta de datos concretos nos hace movernos en el terreno de la conjetura, se basa en dos hechos que sí pueden

gresis, vel cum omni servitute que ad eam pertinet" (UBIETO, Albelda, doc. 59, p. 138; SAINZ RIPA, Albelda y Logrono, doc. 9, p. 30). En el segundo, fechado por datos internos entre 1094 y 1108, se hace un inventario de los bienes del Monasterio de Albelda y, entre otras cosas, se hace alusión al cambio de 1075: "Sancius rex cum uxore sua regina Placentia dedit beato Martino villam que dicitur lanua...cum suis terminis, terris, vineis, pratis, pascuis, paludibus, introitibus et exitibus et cum omni servitute que ad eam pertinet" (UBIETO, Albelda, doc. 66, p. 156; SAINZ RIPA, Albelda y Logrono, doc. 10, p. 33) ¿Debemos entender que para estas fechas se conoce la institución de las servidumbres prediales? A nuestro modo de ver, la respuesta no puede ser afirmativa por la sencilla razón de que no existen trazas de la misma en los documentos. A excepción de un documento zamorano de 1208, que ya analizaremos en su momento, en que se habla de una "servitute aque" aplicada a una relación que en realidad no es una servidumbre, y a excepción de la locución "ad monasticam servitute" (vid., por ejem., SERRANO Y SANZ, Noticias y Documentos, doc. 1, p. 466, a. 946 y doc. III, p. 419, a. 1018), el vocablo "servitus", en aquellos documentos que podrían afectar a la materia objeto de nuestro estudio, nunca es empleado de forma positiva -"cum servitutibus"-, como en los citados de 1075 y 1094-1108, sino en sentido negativo -"sine ulla servitute"- y para designar la ausencia de servidumbres personales, exacciones, prestaciones personales y la ausencia de lo que podríamos llamar cargas reales y gravámenes en sentido genérico, pero nunca para mencionar la inexistencia de un estado objetivo de servicio de un fundo respecto de otro (Vid. MARCA, ap. CXCV, col. 1035, a. 1022; MARCA, ap. CCLXXXIV, col. 1164, a. 1075; MARTIN DUQUE, Uncastillo, do. 1. p. 664, a. 1099; GONZALEZ, Alfonso VIII, II, doc. 387, p. 671, a. 1182; UDINA, Llibre Blanch, doc. 356, p. 355, a. 1192; PONS, Poblet, doc. 237, p. 144, a. 1195; PONS, Poblet, doc. 155, p. 90, a. 1199; PONS, Poblet, doc. 168, p. 100, a. 1200; PONS, Poblet, doc. 348, p. 213, a. 1207; MONSALVATJE, Besalú, XII, doc. DCCCXV, p. 152, a. 1245). Los documentos de 1075 y 1094-1108, si es que realmente se refieren a una servidumbre predial, son evidentemente testimonios aislados sobre los que es imposible sustentar una opinión. En último término, como señalaremos en otro momento, una cosa es que el término

considerarse como datos objetivos. En primer lugar, cuando un fundo es transmitido con entradas y salidas, aguas y conducciones, etc., no cabe duda de que, potencialmente, se está haciendo alusión a cosas que pueden ser objeto del disfrute proporcionado por un derecho real, por una servidumbre, aunque la mentalidad medieval no conciba tales situaciones de disfrute o goce como servidumbres prediales. En segundo lugar, el dato, extraído de los documentos y que oportunamente tendremos ocasión de comprobar, consistente en que cuando se está solucionando un problema de los que dan lugar, si se conociesen, a una servidumbre, se alude precisamente, aunque no siempre, a la terminología de las fórmulas genéricas, es decir, se alude, por ejemplo, a "introitus et exitus" cuando se está solventando un problema de paso; se alude a un "aquaeductus" o a un "rivus" cuando se está intentando dar cauce a un problema relacionado con la conducción de aguas por fundo ajeno, o se alude, en fin, a las "cloacis" si el problema planteado en el documento se refiere al desagüe de un edificio sobre otro. Siendo esto así, es difícil sustraerse a relacionar estos datos con la permanente necesidad documental de dejar constancia de la entradas y salidas,

"servitus" sea, por alguna razón o por algún erudito, conocido, y otra muy distinta que la práctica comercial acuda al expediente de las servidumbres para regular las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario.

Por lo que se refiere a la coincidencia formal de lenguaje con algunas terminologías romanas y, en concreto, para las "guttas et stillicidiis", vid. IGLESIA, El Cartulario, pp. 146-147. Desde luego, si "guttas et stillicidiis", fórmula que por el número y la fecha en que aparece (vid. apéndice) quizá no sea sólo una cláusula de estilo, alude a un recuerdo de la antigua servidumbre, ésta no está configurada técnicamente con anterioridad a la Recepción.

de la existencia de aguas y conducciones para las mismas o de la posibilidad de desagüe, cada vez que se transmite un fundo o se cede un uso sobre el mismo. Por ello, trataremos ahora de enumerar los caracteres que creemos convienen a ta les fórmulas documentales y atribuirles el papel que en cuanto a las situaciones de hecho que están en la base de las ser vidumbres les corresponden.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta, aunque ya lo he mos insinuado, que sobre las entradas y salidas, aguas y acue ductos, paredes, canalones, etc., elencados en los documentos se ejerce el mismo derecho de propiedad que ejercía el enaje nante o el mismo derecho que disfrutaba el cedente, según se trate de negocios con transmisión patrimonial o de cualquier otro negocio dispositivo. Los objetos que se mencionan en los elencos son, por tanto, entidades materiales que vienen con sideradas como pertenencias, "utensilia domui" o partes del fundo, no derechos. Pongamos algunos ejemplos:

30 dic. 1047: Quantum inter istas afrontaciones includunt sic vendimus vobis ipsum mulino cum ipso molinare cum exiis et regressiis et illorum suprapositis et sua pavimenta et sua ferramenta et cum suis cursibus et decursibus et cum suis capud aquis ab intecrum (30).

Las entradas y salidas, el suelo donde se asienta el mo lino, los cursos de agua son elementos del mismo, con inde-

(30) BARAUT, Documents, 1036-1050, doc. 610, p. 135.

pendencia del lugar donde se encuentren o por donde discurren: las fórmulas genéricas nunca valoran este dato.

7 en.1174: Sicut ab istis terminis includi tur et terminantur iam dictas domos sic eas integriter donamus vobis et vestris et omni proenit vestre atque posteritate, cum ingressibus et egressibus suis, cum solis, parietibus et tectis, hostis, ianuis, et cloacis cum guttis et stillicidiis et cum omnibus lignis a fundamento usque ad sumum. Tali vero pacto ut donetis nobis et nostris annuatim per censum unum morabetinum (31).

Como puede verse, el entregarse la casa con entradas y salidas, suelos, paredes, techos, puertas, cloacas y canales de desagüe no significa otra cosa que entregarla con todos los elementos indispensables que la componen siguiendo una disposición vertical que hace que el elenco pueda contraerse en el omnicompreensivo "a fundamento usque ad sumum" (32). La fórmula documental, como se ve, tampoco entra a valorar si las salidas y entradas lo son por otro fundo; si las paredes están adosadas a otra casa; o si las cloacas de desagüe implican la posibilidad de verter aguas sobre un edificio colindante.

La consideración de tales elencos no puede ser otra que la de enumeraciones de entidades corporales, pertenencias, instrumentos del fundo, y de ahí que siempre se enumeren de

(31) UDINA, Llibre Blanch, doc. 178, p. 180.

(32) En otros documentos la fórmula es "ab abissu usque ad (in) celum".

forma positiva y con relación exclusiva al fundo transmitido o sobre el cual se cede un uso.

Demos un paso más. Aunque genéricamente las entradas y salidas, conducciones de agua, cloacas, etc. vienen concebidas como pertenencias o "utensilia", la forma en que se ejerce la propiedad o cualquier otro derecho sobre el fundo, o la forma en que se goza de dichas pertenencias, puede producir inmisiones en fundo ajeno y, en tal caso, nos colocamos de lleno ante los supuestos de hecho que están en la base de las servidumbres prediales. Citemos algunos ejemplos, con independencia de que los textos que aduzcamos sean analizados más pormenorizadamente en otro momento.

En 1043 se realiza un acuerdo entre una tal Quixol y Santa María de la Seu en virtud del cual se dice:

"...ut habeat iam dicta Wixol...caputrem in
alaudem Sancte Marie de Erolas unde ducat
aqua ad suos molinos." (33).

Es decir, uno de los "utensilis" o "usuvilia" como gusta decir la documentación catalana, tan importante para el funcionamiento del molino como el "caput regum" es aquí utilizado en o por fundo ajeno.

(33) BARAUT, Documents 1036-1050, doc. 569, p. 99.

Lo mismo podría decirse del juicio divisorio celebrado en 1159 en que se establece que

"ipse Iohannes colligat suas guttas in sua hereditate et pre cloacam suam defluat aqua predicti Bernardi"(34)

lo que viene a significar que la cloaca, uno de los elementos que frecuentemente se mencionan como pertenencias de la casa, se ve aquí, por así decir, gravada con el hecho de que por la misma discurra el agua del predio colindante. Sin em bargo, como ya sabemos, cuando una casa se enajena o se cede "cum cloacis", nunca se dice si éstas discurren por fundo ajeno o si han de recoger, además de las aguas propias, las del vecino.

Finalmente, en territorio aragonés se dona un huerto en 1222

"cum introitibus et exitibus, quos habeas per faxam nostram" (35),

es decir, los lugares destinados a entrar y salir y que normalmente no implican inmisiones en fundo ajeno a tenor de la forma en que son mencionados en las fórmulas de pertenencias, aquí se especifica que se tendrán por el fundo del donante.

(34) UDINA, Llibre Blanch, doc. 39, p. 47.

(35) UBIETO, Sigena I, doc. 97, p. 149.

Ahora bien, en el momento de las transmisiones patrimoniales, la forma en que el fundo ha de ser disfrutado y, por tanto, la configuración de las pertenencias, vendrían determinadas no sólo por la voluntad de las partes expresada en tal sentido, sino también, y quizá de modo fundamental, por el uso, por la forma en que a lo largo del tiempo se ha ido conformando el derecho sobre el fundo o por la forma en que en el momento de la transmisión lo tenía su propietario o su cedente. Éste, probablemente, sea el sentido que deba darse a las alusiones a la antigüedad de los límites de los predios enajenados, a la antigüedad de los acueductos, a la antigüedad de los usos verificados por los más viejos del lugar o a la forma en que el fundo fue disfrutado por anteriores poseedores, que suelen rematar las fórmulas genéricas de pertenencias (36). Y quizá, la misma función determinante

(36) Vid., por ejemplo, RISCO, ES, 40, ap. XII, p.366, 5 de jun. 760: cum aquis aquarum et ductibus...exitus egrediendi vel regrediendi per suis terminis et locis antiquis; FLORIANO II, doc. 181, p. 327, 30 nov. 905: cum suis antiquis productibus aquis; SERRANO, Cardena, doc. CCCXXII, 25 oct. 913: cum suis productilibus aquis antiquis; SERRANO, San Millán, doc. 59, p. 64,14 de jul. 972: cum omnibus ingressibus et regressibus...cum omnibus que ad ea pertinuerit vel pertinere noscuntur et que a veteris fuerint testificata senibus; SERRANO Y SANZ, Noticias y documentos, doc. III, p. 454, 11 ag. 981: cum...egressibus et regressibus sicut ab antiquis est terminatum; LOPERRÁEZ, Osma III, doc. III, p. 5, 7 de dic. 989: cum uso antiquo a senibus testificato; SERRANO, Cardena, doc. XLIV, p.52, 31 ag. 1050: cum suis antiquis productibus aquis sicut determinatum fuit ab antiquis possessoribus; ALAMO, Oña I, doc. 40, p. 72, 31 ag. 1056: cum suis introitibus atque exitibus sicut fuit determinatum ab antiquis possessoribus; ALAMO, Oña I, doc. 147, p.183, 19 may. 1118: cum suis introitibus atque exitibus...sicut fuit determinatum ab antiquis possessoribus; GONZÁLEZ, Alfonso IX, doc. 191, p. 267, 29 oct. 1204: aquas et piscarias sicut illos habuit ab antiquo.

tendrían la forma en que el enajenante o cedente disfrutaban el fundo en el momento de la transmisión o la forma en que, a su vez, recibieron el fundo (37).

Pues bien, teniendo en cuenta estas consideraciones, es posible explicarse no sólo la existencia de entradas y salidas, acueductos, etc. por fundo ajeno, sino también la permanencia de tales situaciones independientemente de las vicisitudes por las que el fundo pase. De otra forma dicho, si la voluntad de las partes, manifestada a través de uno de los mecanismos jurídicos que más tarde estudiaremos y moldeada después por el uso, el transcurso del tiempo y la cos-

(37) Vid. LOSCERTALES, Sobrado 1, doc. 72, p. 103, 21 abr. 858: *omnem nostram portionem que nos competit... tam de parietibus quam de comparatione, cum parietibus, cum accessu vel recessu, aquas, fontes... vobis donamus atque concedimus*; GUALLART, Algunos documentos, doc. IV, p. 173, 23 en. 924 *aquis aquarum cum ductibus earum... cesu et regressu, secundum iuri meo tenui eam*; MIQUEL, LFM 1, doc. 191, p. 202, 17 sept. 932: *cum suo caput aquis et suo rego... et omnia sua assuvilia que nobis advenit de comparaciones*; SERRANO, Covarrubias, doc. VII, p. 21, 24 de nov. 978: *suos aquaductiles quomodo pertinent ad ipsas villas*; YÁNEZ, Santiago de León, doc. 36, p. 172 6 mar. 987: *aquas cursiles et incursiles, accessum et regressum... secundum illum obinuit ipso cognomento Amore*; VIGNAU, Es-lonza, doc. CCXV, p. 355, 26 oct. 1049: *cum ductibus earum, secundum eas obtinuerunt ab ios et parentes meos*; FLORIANO, San Vicente, doc. LVII, p. 117, 17 mar. 1057: *cum aquaductibus et exitibus suis, sicut ipse pater meus quietum possedit*; GONZÁLEZ MIRANDA, La condesa doña Sancha, doc. 4, p. 201, 4 de abr. 1096: *cum cursibus aquarum sicut ego hodie eum possideo*; RIUS, San Cugat III, doc. 1051, p. 217, 21 de jun. 1164: *cum ingressibus et regressibus suis, et sicut eas habemus et tenemus... tradimus... cum parietibus guttis et stillicidiis*; DURÁN, Huesca 1, doc. 299, p. 298, dic. 1173: *cum exitu atque regressu... aquis, sicut ego ibi illa predicta hereditate habeo*; GARCÍA LARRAGUETA, El Gran priorado, doc. 152, p. 155, jun. 1214: *cum introitu et eorum exitu... sicut nos iure et integre possidemus*.

tumbre, determina que las entradas y salidas discurren por fundo ajeno, o que dos propietarios vecinos apoyen sus respectivas construcciones en un muro común, etc., cuando los fundos sean enajenados o cedidos "cum introitibus et exitibus" o "cum parietibus", el nuevo propietario o el cesionario los recibirán tal y como hasta ahora venían siendo poseídos y utilizados, asegurándose así la permanencia de una situación que de otra forma, y desconocida la noción de servidumbre como derecho inherente al fundo, tendría que pasar por una nueva contratación cada vez que los predios cambiasen de titular.

Naturalmente, cualquier relación de este tipo establecida entre dos propietarios, bien sea consolidada a través de su duración en el tiempo, bien sea creada "ex novo" por manifestación expresa de voluntades, puede, a su vez, ser modificada por los propietarios afectados. Así, de la misma forma que existen, como veremos, acuerdos convencionales dirigidos a crear situaciones de goce en fundo ajeno y, por tanto, a posibilitar el ejercicio por parte de un propietario de ciertas inmisiones en el predio vecino, también los hay que tienden a evitar que tales situaciones nazcan o a producir el cese de las ya nacidas. Por ejemplo, en 1191, el Obispo de Calahorra y un tal Pascasio Cabeza de Bolo realizan un "cambio" en virtud del cual éste no utilizará más el "introitum" que le servía de entrada a su huerto y, en compensación, el Obispo cede a Pascasio la parte de peral

"cum introitum et exitum" que tenía en el huerto de aquél(38). Y a evitar que nazcan situaciones de inmisión de un propietario respecto de otro va dirigido el acuerdo que en 1200 realizan el Monasterio de las Huelgas y Pedro Pérez al permutar unas tierras y en el que se advierte "tali pacto ut vos habeatis riguo per vestros valladares ubi vos volueritis et non per nostrum" (39). Como puede verse, pues, tanto en un caso como en otro, se trata de acuerdos que normativizan el ejercicio del derecho de propiedad y el uso de todo cuanto está comprendido en ese derecho de propiedad: en un caso, las entradas y salidas; en otro, las aguas y sus conducciones.

En conclusión, para terminar con este apartado dedicado a las fórmulas documentales de pertenencias y su significado en orden al problema que a nosotros nos interesa, diremos que, dentro del concepto amplio y nebuloso de propiedad medieval, los fundos son poseídos, utilizando el término poseer de una forma aséptica, disfrutados y, en su caso enajenados o cedidos, entre otras cosas, con entradas y salidas, aguas y sus conducciones, paredes, puertas, ventanas y canales de desagüe, como pertenencias o "utensilia domui". En la medida en que el ejercicio del derecho de propiedad o el de cualquier otro derecho discurriese por cauces pacíficos, ejercicio que vendría normativizado por un uso anterior, por la forma en que a lo largo del tiempo el fundo ha sido poseído

(38) RODRÍGUEZ DE LAMA, Rioja III, doc. 314, p. 95.

(39) LIZOAIN, Las Huelgas, doc. 53, p. 95.

por anteriores titulares o por la voluntad de los interesados, y en la medida en que estuviesen plenamente satisfechas las necesidades del fundo, no se plantearían problemas de inmi-
siones de un predio con respecto de otro. Pero cuando se plan-
tearon, se recurrió a una serie de mecanismos para dar cauce a una serie de situaciones de hecho, que son justamente las que están en la base de las servidumbres prediales. Al estudio de estos mecanismos van dedicadas las siguientes pá-
ginas.

B) La configuración jurídica de las relaciones entre
fondos vecinos pertenecientes a distinto propieta-
rio.

1) Planteamientos.

Desechada la posibilidad de que las alusiones genéricas a entradas y salidas, aguas y acueductos, canales y cloacas hagan referencia a la existencia de derechos reales de servi-
dumbre a favor o a cargo de los fondos transmitidos, pero afirmado, en cambio, el hecho de que el ejercicio del dere-
cho de propiedad u otro derecho cualquiera sobre esas enti-
dades concretas pueden plantear los problemas que están en la base de la institución, nos ocuparemos ahora del estudio de las formas jurídicas a través de las cuales se dio cauce a toda una serie de necesidades que, si bien no tenían una expresión jurídico-institucional concreta, sin embargo, están presentes en la documentación a lo largo del período históri-

co por nosotros estudiado. Estas necesidades no son otras que aquellas que generan los distintos tipos de servidumbre: necesidad de agua para riego y para ganado, necesidad de paso por fundo ajeno, necesidad de apoyo y desagüe sobre la edificación colindante, etc. Nuestra hipótesis, que en realidad es nuestra tesis, ya la hemos apuntado en lugares anteriores: durante la Alta Edad Media y mientras no se recibe el Derecho romano justinianeo, la configuración jurídica de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario no se efectúa acudiendo a la institución de las servidumbres prediales, desaparecida, por lo que respecta a nuestra historia jurídica, desde el Liber Iudiciorum, que ya no la contempla, sino que se instrumenta acudiendo a otros mecanismos como por ejemplo el ya mencionado de la atribución de la propiedad del terreno necesario para el paso, cuando se trata de este tipo de necesidades, o la transmisión de la propiedad del agua o del terreno para conducirla, cuando se trata de necesidades de agua. Este mecanismo consiste en la realización de un negocio jurídico de atribución patrimonial, gratuito u oneroso, y concuerda perfectamente con la concepción en términos de pertenencia del Derecho romano arcaico, antes de que la época clásica acuñase el concepto técnico de servidumbre. En este sentido, no conviene olvidar aquellas primeras páginas dedicadas al Derecho romano arcaico porque, como veremos, muchas de las soluciones altomedievales coinciden con las arbitradas por aquél, coincidencia que debe entenderse teniendo en cuenta el carácter primitivo de ambos derechos y la similitud de las situaciones, pero

no como una influencia o continuación del derecho romano arcaico en época medieval.

Otro de los mecanismos a los que se acude y del que queremos hacer algunas precisiones con independencia de que más adelante lo expliquemos sobre los documentos de aplicación es el consistente, de modo amplio, en la contracción de un vínculo en virtud del cual una de las partes intervinientes se obliga a permitir y consentir una cierta utilización del fondo: paso, toma de agua, etc., mecanismo que, si utilizásemos un planteamiento dogmático, habría que entender como "obligatorio", concibiendo las obligaciones en su sentido técnico. Lo característico de este tipo de relaciones será, como hemos de ver en la documentación, que la utilidad económica conseguida coincide con la que se conseguiría mediante el establecimiento de una servidumbre, respecto de la cual, sin embargo, existirían diferencias desde el punto de vista de la naturaleza jurídica si concibiésemos, repetimos, el término obligación en su sentido técnico. Así, en primer lugar, de seguir este planteamiento que, avanzamos, no es el que adoptaremos, al configurarse la relación como obligatoria, el derecho a la utilización del fondo y consiguiente extracción de una ventaja económica por una de las partes sería un derecho personal que sólo tendría efectos entre las partes que interviniesen en el contrato y sus respectivos herederos. En segundo lugar, al carecer la relación de eficacia real, el derecho se vería afectado por los cambios de titularidad de los respectivos fondos, cosa que no ocurre cuando se cons

tituye una servidumbre. En virtud de la oponibilidad "erga omnes" de los derechos reales, tal como los concibieron los romanos o como los concibe la dogmática actual, si A constituye una servidumbre de paso sobre su fundo en favor del fundo de B y después A enajena su finca a un tercero, C, éste viene obligado a seguir consintiendo el paso de B, quien para la actuación de su derecho tendrá que dirigirse contra C y no contra su primitivo constituyente, A. Inversamente, y en virtud de la inseparabilidad de la servidumbre al fundo, si B enajena su fundo a un tercero, D, éste gozará del mismo derecho de paso de que gozaba B sobre el fundo de A. Pues bien, nada de esto ocurre cuando el derecho de paso se configura como un derecho personal nacido como consecuencia de un vínculo obligatorio, entendido éste en su sentido técnico, en virtud del cual A se obliga a consentir por su fundo el paso de B. En este caso, aunque A enajenase el fundo a un tercero, tendría que seguir respondiendo de su obligación de permitir el paso a B; pero a la inversa, si B enajena el fundo para el cual ha conseguido el paso, A ya no está obligado frente a cualquier propietario. En tercer lugar, si aceptamos este planteamiento dogmático, tendríamos necesariamente que prescindir de muchos documentos en los que nunca se hace alusión a un estado de sujeción o sometimiento de un fundo a otro, sino que tan sólo se toman en consideración los respectivos derechos y obligaciones de las partes que intervienen en la constitución del vínculo (40). En último lugar, si pa-

(40) Sólo en este sentido, y en la medida en que no he-

ra los mecanismos consistentes en la atribución de la propiedad del agua o del terreno necesario para el paso no surgen problemas de indentificación de la naturaleza jurídica de los derechos nacidos, si pueden plantearse cuando la relación se configura como técnicamente obligatoria. Cuando A dona o vende a B una determinada cantidad de agua o un trozo de tierra en su fundo para el paso, o está transmitiendo la propiedad del agua o del terreno o, si pensamos con categorías actuales, se obliga a entregarlos, pero en este último caso el mecanismo es tendente a que B se convierta en propietario, bien del agua, bien del trozo de tierra de donde piensa extraer la utilidad, lo que nos coloca fuera del campo de los "iura in re aliena" y lo que nos permite afirmar sin temor a errar que una de las soluciones arbitradas por la sociedad medieval para atender a los problemas derivados de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario fue la atribución de la propiedad de la parte o elementos del fundo de donde se va a extraer la ventaja económica concreta, dentro, lógicamente, de los esquemas conceptuales ambiguos en los que se mueve la propiedad altomedieval. Esta claridad no se observa cuando el negocio sólo consiste en que un propietario se obliga frente a otro a consentirle una determina

mos prescindido de tales documentos, ya que se refieren a las situaciones de hecho base de las servidumbres prediales, hablaremos alguna vez de derechos personales y de obligaciones al único objeto de significar, despojando a tales términos de su carácter técnico, el hecho de que determinada relación aparente e inicialmente sólo toma en consideración los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, sin hacer alusión a una situación objetiva de servicio entre dos fundos.

da utilización del fundo. En estos casos, saber hasta qué punto las partes están constituyendo un gravamen permanente entre dos fundos, esto es, una servidumbre, o simplemente una obligación consistente, por ejemplo, en que una de ellas consienta el paso de la otra por su fundo, es un problema que muchas veces excede de la propia dicción de los documentos. Aún hoy, constituye un problema de interpretación de la voluntad de las partes (41). Hacemos estas advertencias porque en muchos de los documentos que hemos manejado, aunque no se habla de sujeción entre fundos y sólo parece tomarse en consideración los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el acuerdo, podría plantearse la duda, duda dogmática evidentemente, sobre si la naturaleza jurídica de los derechos nacidos es real o puramente obligatoria. Ello, en todo caso, sería un índice más de la falta de configuración técnica de las servidumbres prediales en época medieval, pero no explicaría el modo en que se resolvían los problemas que están en la base de aquéllas antes de que adquirieran la faz con la que hoy las conocemos.

Pues bien, todos estos problemas antes mencionados no se plantean si, en lugar de partir de una concepción dogmática y preguntarnos por la eficacia real u obligatoria de las relaciones, partimos de la realidad factual expresada y contenida en la documentación. Se trata de fijarse en la realidad fenomenológica de la relación del hombre con la cosa, re

(41) BIONDI, Las servidumbres, p. 471.

lación que, como dice Grossi (42), se resuelve en el esquema de las "situaciones reales", esto es, un cúmulo de situaciones que, teniendo como denominador común su radicación en la cosa, se aglutinan en torno a la propiedad y, modeladas por el uso y por la costumbre, tienden a ser esquemas negociales traslativos de un "ius in re", es decir, esquemas negociales con tendencia a "realizarse", a adquirir carácter y eficacia reales en cualquier momento (43).

Teniendo en cuenta estas consideraciones y lo que hemos dicho cuando hablábamos de las fórmulas genéricas de pertenencia a propósito de la antigüedad, del uso y de la forma en que el fundo es o ha sido poseído, no debe extrañar que en alguna ocasión hablemos de derecho personal o de obligación para caracterizar cierta relación si se tiene en cuenta, a la vez, que cuando utilicemos dicha terminología únicamente queremos significar que la relación sólo toma en consideración los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en un determinado negocio, sin alusión a un estado

(42) GROSSI, *Le situazioni*, p. 63.

(43) GROSSI, *Le situazioni*, pp. 104-105 y 112. Algunos de estos planteamientos ya habían sido expuestos por Grossi en su *Problematica strutturale dei contratti agrari*, pp. 487-529. Por lo demás, el carácter real deducido de la radicación en la cosa, ya había sido puesto de manifiesto entre nosotros por Gibert, precisamente también en tema de contratos agrarios, al decir, refiriéndose a la "complantatio": "de advertirse el carácter preferentemente real que adopta la institución: entregar la tierra para labrar, o bien directamente labrar la tierra tiene más relieve que el acuerdo de voluntades (GIBERT, *La "complantatio"*, p. 471.).

objetivo entre dos fundos, relación que, dado el importante papel del uso y del transcurso del tiempo, puede ir conformando el estatuto del fundo o, como dice Caravale, convertirse en "consuetudo fundi" (44), es decir, independizarse de la voluntad de las partes y perpetuar un "status quo" que, si entendiésemos la terminología "derecho personal" y "obligación" en su sentido técnico, tendría que ser objeto de un nuevo contrato cada vez que los fundos cambiasen de propietario.

Sólo de esta forma pueden salvarse los problemas planteados por la falta de adecuación entre la realidad jurídica altomedieval y las categorías dogmáticas procedentes del Derecho romano y de la civilística actual. De igual forma, sólo abandonando los dogmas puede comprenderse la dificultad existente para someter a esquemas y conceptos la realidad jurídica medieval referente a propiedad y derechos reales, realidad que se resiste a la calificación dogmática porque, como en toda mentalidad poco desarrollada y poco técnica, prima el hecho sobre el derecho. De otra forma dicho, y ello tendremos ocasión de comprobarlo más adelante, para la Edad Media, al igual que señalábamos para el Derecho romano vulgar, lo importante es el disfrute de un determinado bien, con independencia del mecanismo jurídico a través del cual ese disfrute sea posible. Ello conduce inmediatamente a una flexibilidad de las relaciones jurídico-reales que es la que deter

(44) CARAVALE, Ricerche, pp. 53 y 79.

mina la resistencia de la realidad jurídica medieval al, como dice Font, "encasillamiento" y la calificación. En este sentido, debemos advertir que sólo con la finalidad de "entendernos" hemos calificado utilizando conceptos dogmáticos.

El acudir al esquema de la "situación real" nos permite comprender esa flexibilidad de las relaciones jurídicas a que antes aludíamos y nos exime de manejar conceptos tales "eficacia real" o "eficacia obligatoria", cuya distinción, como sabemos es problemática desde el Bajo Imperio. También, para el caso de las servidumbres, el esquema de la situación real, nos evita tener que hablar de conceptos tales como "inherencia predial", "eficacia erga omnes", etc., todos ellos relativos al problema de la permanencia de la relación y al de la tutela jurídica fuera del ámbito de las partes que dan vida a una determinada situación, ya que estos problemas, como hemos indicado, se resuelven si se tiene en cuenta el papel del uso, la larga duración, la participación o relación del sujeto con la cosa sobre la que radica el goce y, en fin, la noción, precipitado de los anteriores elementos, de "consuetudo fundi" o estatuto del fundo.

Sin embargo, el esquema de la "situación real", deja irresuelto, para aquellos mecanismos que no consisten en la transmisión de la propiedad o que no son reconducibles a la idea de propiedad, el problema de la configuración exacta de los derechos nacidos. Algo de esto hemos dicho antes, pero insistiremos ahora para finalizar con este ya largo prelude

referente a los problemas conceptuales. En el documento de Leire, anteriormente transcrito, pongamos por caso, la necesidad de paso se soluciona mediante la adquisición del terreno para el mismo. El derecho que nace, por tanto, es un derecho de propiedad. Lo mismo ocurriría si alguien compra o consigue por donación una franja de terreno por donde conducir agua. Pero en aquellos mecanismos que no consisten en la transmisión de la propiedad o que no son reconducibles a esta noción, el problema es más grave. Pongamos dos ejemplos. En 1122, como veremos, un tal Arnaldo Guillermo concede a San Cugat "ut accipiant ipsam aquam...in meo alaudio...et ducant per meum alaudium ipsam aquam"; y en 1179 se dice en favor de Santas Creus "concedimus vobis viam sicut terminavimus eam vobis". Como puede verse, no se está transmitiendo la propiedad, ni del agua, ni del terreno para conducirla, ni del terreno para pasar. Sólo se está permitiendo-sea o no a cambio de contraprestación- la toma y conducción y el paso. Pues bien, el esquema de la "situación real" nos sirve para explicarnos la existencia de la propia situación de goce, radicarla en la cosa (el agua o el terreno para pasar) y, puesto que hemos rechazado el esquema de la relación obligatoria en sentido técnico, para explicarnos que ocurriría con la permanencia de estas relaciones si se enajenasen los fundos, y, de esta forma, no tener que hacer depender, como hemos dicho y repetiremos más veces, la situación de goce de una nueva contratación o concesión cada vez que los fundos cambien de titular. Pero, ¿qué derecho, en última instancia, es el que goza San Cugat y Santas Creus en los documentos,

teniendo en cuenta que no existe ni la disciplina ni la terminología de las servidumbres? Esta pregunta puede plantearse de todos y cada uno de los casos que no consisten en la transmisión de la propiedad o no son reconducibles a ella. El que no lo hagamos en cada documento se debe únicamente a que, para no repetir, ya la dejamos planteada aquí.

Dicho esto, sólo nos resta señalar que hemos dividido nuestro trabajo en cuatro grandes apartados, correspondientes a las cuatro zonas geográficas objeto de nuestra atención. Dentro de cada uno de estos apartados, hemos agrupado los distintos mecanismos jurídicos atendiendo a las necesidades concretas o a los conflictos a los que tratan de dar cauce, necesidades y conflictos que en cada caso generarían un tipo concreto de servidumbre real.

2) Los mecanismos jurídicos atestiguados por la documentación en los diferentes reinos.

a) Castilla.

1. Situaciones relacionadas con el disfrute del agua (servidumbres de acueducto, toma de agua y otras).

El mecanismo más antiguo que tenemos documentado y a través del cual se satisfacen las necesidades referentes a las servidumbres de agua consiste en la transmisión de la propiedad del agua o del terreno necesario para conducir la

la misma. En general, como iremos mostrando en los documentos, esta transmisión puede hacerse mediante cualquier acto de carácter dispositivo y suele revestir dos formas: o bien el adquirente disfruta a título de único propietario, o bien existe concurrencia de titulares, generándose entonces situaciones cercanas a la copropiedad.

El primer testimonio que hemos encontrado útil a nuestras investigaciones es una venta realizada en 21 de mayo de 897 por un tal Nunilo y su hijo:

In Dei nomine. Ego Nunnilo, una pariter cum filio meo Bonello, qui sum filia Iuliani, tibi Apazi in Domino Deo eternam salutem. Placuit nobis adque convenit nullis coque egentis imperium neque suadentis articulo set propria nobis accessit voluntas, ut vinderemus tibi iam supradicto Apazi terra in territorio legionense, ad Castrum de Rege, super ripam fluminis Turio ad vado qui discurrit de ipso castro et de monte de Valle apeliars ad civitate de termino de Lupi us que in riu et de alia parte est Orga. Vendimus tibi ipsa terra et aqua quam abemus ad presa de matre usque ubi cadet in matre et aditu pro mulinos facere vendimus tibi iam supradicto Apazi ipsa terra et aqua ex integro quam abui hereditatem de patre meo Iuliano et ea tibi vendimus et concedimus et preendimus de te in comoderato et aderato pretjo quantum nobis vene complacuit solidos V. et de ipso pretjo nicil aput te remansit set homnia nobis conplisti ita ut ab odierna die et tempore abeas, adeas, teneas, possideas, vindices adque defendas...(45).

El documento nos da noticia de uno de los móviles fundamentales que durante la Edad Media justificaron la realiza-

(45) FLORIANO, II, doc. 155, pp. 224-225.

ción de negocios jurídicos cuyo objeto era el agua: la instalación o construcción y alimentación de molinos hidráulicos, en la medida en que dichas instalaciones no sólo implican el que se disponga del terreno necesario sobre el que asentar la edificación del molino, sino que también exigen el que se disponga del agua necesaria, que constituye su fuerza motriz, y del terreno para conducirla (46).

Por lo que a nosotros nos interesa, hemos de señalar que la alusión al agua en el documento transcrito no se trata de una simple fórmula genérica de pertenencia ("cum aquis) del tipo de las ya analizadas en otro lugar, lo que no indicaría más que una existencia potencial y eventual utilización del agua por el comprador de la tierra. El documento pone de manifiesto que objeto de la venta lo es el agua, expresando la finalidad para la que se precisa -construcción de molinos-, cosa que no suele ocurrir cuando las aguas o los acueductos son mencionados como simples elementos del fundo mediante las fórmulas genéricas que ya conocemos.

Aunque el texto del contrato no es lo suficientemente claro, cabe incluso pensar que la tierra enajenada ha servido para efectuar el canal o acequia por donde conducir el agua comprada, ya que tenemos noticias, por un documento posterior, estrechamente relacionado con el que hemos transcrito, de que el comprador Apazi "rivum cum suis operaris ape-

(46) GAUTIER DALCHÉ, Moulin à eau, pp. 337 y 347-348.

ruit". Como puede verse, por tanto, el disfrute del agua se ha conseguido no por la vía de lo que denominaríamos un "ius in re aliena" ni por la de la constitución de una servidumbre, sino mediante la adquisición de la propiedad del agua o de la tierra que la lleva.

Pues bien, ocho años después (en 22 de abril de abril de 905), un tal Lázaro dona al Monasterio de San Cosme y San ^{que} Damián lo había recibido como consecuencia de una profilia-
ción de Apazi o Habaz, el comprador del documento anterior:

Ego Lazarus, presbiter, tibi Cixiliani presbiteri et fratribus Sanctorum Cosme et Damiani. Notum est et multis manet cognitum eo quo Habaz quondam judeos postea vero christianis et monachus profiliavit me in omnem facultatem suam quam dinoscitur habere, si-
ve et terram vel aquam cum adito suo pro mo-
linos facere, quam comparavit de Nunnilo. Tradidit eciam et se ipsum mihi quam ob rem previdi et decrevi. Ego Lazarus offerre et donare illud ecclesie Sanctorum Cosme et Damiani que est monasterio dedicata, ut tam supradictus Cixila cum fratribus suis quam eciam qui loco eius successerit, abeant ip-
sam terram et aquam cum aditis suis et ri-
vum quam ipse Nabaz cum suis operaris aperuit (47).

Este segundo documento no nos informa sobre si los molinos, causa por la que Apazi o Habaz había comprado el agua a Nunnilo, fueron hechos o no, pero sí deja claramente ver que

(47) SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Serie, doc. XIV, pp. 346-347; FLORIANO II, doc. 179, pp. 322-323; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, La judería, doc. 1, p. 165.

objeto de esta segunda transmisión ha sido no sólo la tierra y el agua, sino también los canales construídos por Habaz para conducirla. Se habla, pues, de un disfrute del agua con carácter pleno y no limitado, disfrute que recae sobre entidades materiales concretas ("aqua", "rivus") que han sido objeto de transmisión patrimonial.

El mismo carácter de atribución de la propiedad del agua puede verse en la donación que Alfonso IV hace el 11 de abril de 929 al Monasterio de Abellar, en la que, además de tierras, se añade:

...illa aqua pro ad ipsa villa ab omni integritate cum omnibus utilitatibus et prestationibus suis, de ipsos molinos de Domnos Sanctos, qui fuerunt de domno Melic, usque ubi cadet in flumine Estula, absque alio herede vobis eam donamus atque concedimus (48).

En qué condiciones se producirá en el futuro el aprovechamiento del agua y cómo se soluciona el problema concreto de su conducción, es algo que el documento no dice, limitándose a la genérica indicación de que el agua es transmitida "cum omnibus utilitatibus et prestationibus", expresión en la que quizá vayan incluídas las facultades normales para su utilización.

A un disfrute no exclusivo, sino parcial, pero en todo

(48) GUALIART, Algunos documentos, doc. V, p. 175.

caso a título de copropietario, hace alusión la siguiente donación de un cuarto del agua que alimenta un molino, realizada en 28 de mayo de 932:

...tradimus atque concedimus in hac cenobio aqua in flumen Aslançoni quarta pars aqua de molino et orto cum suis pomiferos, sic tradimus ypsum qui resonat quam et nos metypsos...(49).

o la venta de siete octavos del riego de un molino realizada en 3 de diciembre de 954 al Monasterio de Ardón:

Placuit nobis atque convenit...ut faceremus vobis scripturam vendicionis, sicuti et facimus de recum de molino qui fuit de parentes nostros in villa de Santo, iusta termino ante vestra corte ubi vos abitatis, id est, de termino de Nioti usque perget in pruno et cadet in orta ubi ipsum molinum fuit constructum, et si quomodo est cum suo accessu et suo exitu de molino de amborum partibus vendimus vobis ab integro... exceptis racionem de tio meo Aumar, octava porcionem (50).

Testimonios más claros de la atribución de la propiedad del agua y de los canales de agua y, por consiguiente, del nacimiento de derechos que en nada se parecen a una servidumbre, los tenemos en la venta que en 23 de agosto de 955 realiza Diego Obecoz al monasterio de San Martín del Río y en la confirmación de la misma:

(49) SERRANO, Cardena, doc. XLI, p. 49.
(50) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ardón, p. 234.

Ego Didaco Obecoz nullus que gentis imperio nec suadentis articulo set propria et spontanea mici accessit voluntas ut venderem tibi Enneco abba et Mantius presbiter vesociorum (sic) vestrorum simulque et ad regula Sancti Martyni...aqua in Aslanzon in rivulo antiquo in termino Castrello, que parentibus meis in locum eremum prendere vel scadare aut scaldare potuerunt, sicut antiqua gens dereliquerunt, ita enim vendo vobis ipsa aqua de litus ab alio litus super termino Sancti Martyni, ut dominetis illa aqua per ipsa sua via qui discurret ad ipso Monasterio Sancti Martyni, et faciatis de illa quicquid volueritis ad integrum, sive autem molendina seu ortularia, liberam potestatem abeat. Et ego accepi ex vobis precium quantum mici bene complacuit, id est, kavallo per colore bayo et pelle anninia et XX. solidos de argento, et ex ipso precio aput vos nicil remansit debitum nec mici Didaco in ypsa aqua distraendi vel possidendi, sed tu abba cum omnibus fratribus tuis abeas per secula, amen (51).

Que objeto de la venta es no sólo el agua, sino también el mismo canal por donde discurre lo demuestra la confirmación que aparece en el mismo documento de venta:

Et ad roborandum carta de ipsa aqua in presentia domna Sancia, filia Sancio Sarraçiniz, et aliorum bonorum omnium simulque et Recesindus abba et Ariulfus confessor et Sevuldus iudex et Oveco Munioz et Vermudo Gudistioz, sic auctorifico ego Didaco Ovecoz ista cartula vel ista venditione que volui facere ad fratres de Sancti Martyni de ipso rivulo vel ipsa aqua de Aslanzone, et ipsa via ubi se fingit ad monasterio Sancti Martyni ab omni integritate, sicut superius in ista carta resonat, in facie de meos sobri nos vel meos heredes; et secundum auctorifico ita et rovero secunda roveratione et confirmatione facta est notum die VI. Idus Augustas...(52)

(51) SERRANO, Cardena, doc. XXXVII, p. 44.

(52) SERRANO, Cardena, doc. XXXVII, p. 45. Debemos ad-

La lectura conjunta de ambos textos pone de manifiesto los siguientes hechos:

a) el derecho del Monasterio de San Martín se extiende tanto al agua como al canal que la conduce hasta el mismo.

b) tanto el agua como el canal de agua discurren por fundos que no pertenecen al Monasterio.

c) sin embargo, como consecuencia de la venta, el derecho que se ejerce no es un derecho sobre cosa ajena, sino un derecho de propiedad, lo que quiere decir que la minoración económica que Didaco Obecoz experimenta en su fundo se produce, no como consecuencia de la concesión de un disfrute limitado -que sería, en este caso, una servidumbre de acueducto-, sino como consecuencia de la atribución al monasterio de un derecho de carácter absoluto que excluye no sólo a terceros, sino también al propio vendedor, quien no conserva sobre el agua vendida ninguna facultad ("nec michi Didaco in ipsa aqua distraendi vel possidendi, sed tu abba cum omnibus fratribus abeas per secula").

Un mecanismo distinto a los anteriormente vistos parece detectarse en el siguiente acuerdo celebrado entre el Monas-

vertir que el escribano ha debido cometer un error en el momento de la datación de la venta y su confirmación: la primera lleva fecha X. Kalendas septembris, era DCCCC^aLXXXIII^a, es decir, 23 de agosto de 955; la segunda aparece bajo la data VI. Idus Augustas, que equivale al 8 de agosto, con lo que parece un tanto extraño que la confirmación lleve fecha anterior a la de la escritura confirmada.

terio de San Martín del Río y los hombres de Villaváscones
el 23 de agosto de 956:

Ego Enneco abba et Mancius presbyter vel
aliorum sociorum nostrorum, nobiscum adhe-
rentium in atrio Sancti Martyni episcopi,
facimus hec series testamenti inter nos et
inter viros nominatos (siguen los nombres)
vel omni concilio Villa Vascones, ut de illa
aqua que ego Enneco abba una cum fratribus
mei comparavi ut donem vobis ex ea aqua per
ad vestros ortos et per ad vestras necessa
rias, admetita quantum exierit per forato
de mola molinaria, id est, manu serrata,
sic et vos dates mici testamentum de Javo-
rare pro aqua, que mundetis calicem totum
de illa pressa maior unde prendemus illa
aqua, usque mittatis illa in suas canales
de iusso. Si autem vos viros nominatos cum
omni concilio Villa Vascones si nolueritis
illo calice mundare, qualiter ego Enneco
abba non donem vobis illa aqua per ad vestra
necessaria adimplere; et si illa aqua ego
Enneco abba nolucro vobis donare, qualiter
mundetis illo calice et accipiatis super
meam voluntatem; et si illa aqua voluerit
quispiam demandare per foro et non mundave-
rit calicem totum, qualiter ypsa aqua re-
ddat in duplo et ad regiam partem exsolvat
tres libras aureas in cauto (53).

Para comprender este documento es preciso advertir que
por lo que respecta a lo que podríamos llamar aguas y cau-
ces de agua de aprovechamiento colectivo o comunal -"aqua a
forata", en los documentos-, debía existir la costumbre de
que los propietarios de predios ribereños a estos cauces
determinasen la medida de su aprovechamiento utilizando el
criterio de la cantidad de agua que podría salir por un agu-
jero practicado en una muela de molino del tamaño de un
un puño: tal sería el volumen de agua de que cada propieta-

rio dispondría "per foro" (54). Pues bien, en nuestro documento, lo que se hace es extender esta disciplina a las aguas

(54) Así lo demuestra un documento judicial anterior al que estamos analizando, de 1 de mayo de 952, que nos informa sobre una disputa entre el abad de San Torcuato y otros individuos; cuyo objeto era el "aqua de illo calice per mola forannata manu clausa, quomodo erat foro unde discurrisset ad Sancti Torquati", y que acabó con la decisión de que si "aliquis homo derompisset illa aqua, quomodo de plano pectasset LX. solidos de argento, et ad dominus terre in cautis centum solidos argenti (SERRANO, Cardena, doc. CC, p. 215). Posteriormente, en 15 de febrero de 1014, cuando Fernando I confirma parte de las propiedades del Monasterio de Cardena, entre ellas San Torcuato con sus pertenencias -parece que San Torcuato era dependencia de Cardena desde mediados del siglo X (Vid. MORETA VELAYOS, El Monasterio de San Pedro de Cardena, pp. 48 y 145)-, lo hace también con alusión al "aqua aforada de illo calice, qui vadit de Castaniarres per molam unum foramem apertum in medio molae quantum punus possit capere ad rigandum ortos (BERGANZA, Antigüedades II, escr. CXV, p. 428). A aguas aforadas alude, por último, un documento de 8 de agosto de 1073 que se refiere a una disputa entre los habitantes de Olmos del Pisuerga y Vermudo Sendiniz. Los primeros pretendían "per foro" una determinada cantidad de agua en la presa de Santa María de Rezmondo. El conflicto se solucionó fallando que las aguas pertenecían "ab integrum" al Monasterio de Santa María de Rezmondo y que por lo tanto no podían darse "per foro nec pro hereditate" (SERRANO, Cardena, doc. CCXXVIII, pp. 244-245)

Otra forma de aprovechamiento colectivo de aguas comunes consiste en la asignación a cada propietario de días concretos de la semana en los que puede hacer uso del agua. Las concesiones vienen hechas normalmente por el señor de las tierras o por el mismo monarca. Advertimos que no nos hemos ocupado de estos derechos de riego, ya que sus disciplina no se refiere a las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario, sino a la utilización de aguas comunales. Ciertamente, estos derechos se transmiten muchas veces con las tierras enajenadas, pero no representan una situación de servidumbre al no poder individualizarse lo que llamaríamos fundo sirviente. En otras palabras, no existe situación de gravamen de un fundo ni a favor ni a cargo de otro. La disciplina de estos derechos puede, sin embargo, verse, en los siguientes documentos: SERRANO, San Millán, doc. 72, p. 81 (a.1006); SERRANO, San Millán, doc. 103, p. 117 (a.1031); SERRANO, San Millán, doc. 179, p. 189 (a. 1063); SERRANO, San Millán, doc. 194, p. 202 (a. 1068); ALAMO, Ona I, doc. 146, p. 177 (a. 1118); SAINZ RIPA, Albelda y Logroño, doc. 11, p. 34 (a. 1138); RODRÍGUEZ DE LAMA, Rioja II, doc. 151, p. 224, (a.1149); LIZOAIN, Las Huelgas, doc. 40, p. 75 (a. 1196).

privadas, probablemente a las aguas que el Abad Inigo había comprado a Diego Obeco en 955, según hemos visto en otro documento. Por lo que a nuestra materia se refiere, debemos señalar que se trata de del establecimiento de un acuerdo en virtud del cual ambas partes contraen sendas obligaciones: el Monasterio de San Martín, por medio de su abad, se obliga a permitir que los hombres de Villaváscones utilicen el agua para regar o para lo que estimen necesario en la medida determinada del modo anteriormente descrito; a cambio, los segundos deben mondar o limpiar la acequia por donde discurre el agua que utilizan los monjes de San Martín, estableciéndose que en caso de incumplimiento de tal obligación, el monasterio podrá negarse a permitir la utilización del agua, debiéndose pagar el duplo de la misma y tres libras a las arcas regias si, sin haber mondado el cauce, se intenta accionar judicialmente contra el Monasterio como si se tratase de "aguas aforadas", condición que no les corresponde puesto que, como se señala en el documento, se trata de aguas privadas adquiridas en virtud de compraventa. Estamos, por tanto, ante el establecimiento de una relación cuyo resultado práctico final viene a ser el aprovechamiento conjunto del agua por las partes intervinientes en el acuerdo: el Monasterio, al título de propietario; los hombres de Villaváscones, en virtud de la concesión de la cantidad de agua que saiga por

Pese a lo dicho, será precisamente en tema de disfrute de aguas comunes cuando más tardíamente aparezca, como veremos, por primera vez utilizada en la documentación castellana, la expresión "servitute aque".

el agujero de una muela de molino y en la medida en que pres-
ten los servicios de limpieza a que antes hemos aludido. Es-
ta última idea es fundamental. No se trata, sin más, de la
transmisión de la propiedad del agua o de una concesión ge-
nérica para poder utilizarla, sino que la permanencia de la
relación y, por tanto, también la posibilidad de tutela ju-
rídica para las partes, están condicionadas a la realización
de una conducta determinada (mondar las acequis). Sólo en la
medida en que es actuada esa conducta, persiste la situación
de goce y disfrute del agua; pero a la inversa, el cumpli-
miento efectivo de los términos del acuerdo da derecho al go-
ce de la misma por encima, incluso, de la voluntad del con-
cedente ("...si illa aqua ego Enneco abba noluerō vobis do-
nare, qualiter mundetis illo calice et accipiatis super meam
voluntatem"). He aquí, cómo, por una parte la relación efec-
tiva con la cosa, en este caso el agua, y por otra, el tra-
bajo sobre la misma ("lavorare pro aqua", mondar las ace-
quis) dan lugar a una situación real de goce.

A un resultado análogo conduce, no sólo por la situación
final creada, sino también porque la participación en la co-
sa se hace depender igualmente de la realización de un tra-
bajo, la "cartulam donacionis vel edemcionis" de 5 de febre-
ro de 975, en la que el Monasterio de Sahagún concede al de
San Cosme y San Danián el aprovechamiento de parte de su agua
en los siguientes términos:

Placuit nobis atque convenit nemine cogentis

imperio neque suadentis articulo set propria
voluntas nobis accessit sano animo integroque
consilio ut faceremus vobis sicuti et faci-
mus cartulam donacionis vel edencionis de
aqua nostra propria aum in nostra degania
quam vocant Sancti Salvatoris et exit ipsa
aqua de rivulo quem vocant Poma ut iam su-
pradicti fratres de Dominis Sanctis tenemus
illam aquam primitus ad meos molendinos et
ad nostra stipendia quantum habuerimus nec-
cesaria ad opus nostri monasteri et ipsa que
remanserit subtus nostros molendinos damus
vobis illam secundum quod primitus tenuis-
tis eam de domino Meliqui prebitero per
illum alterum aqueductum; damus atque conce-
dimus eam ut firmiter habeatis vobis tali
condicione ut faciatis nobiscum illam presam
in rivulo Maiore per medium (55).

Es decir, el Monasterio de Sahagún concede agua al de
San Cosme en la medida en que aquél la haya utilizado en pri-
mer lugar y en la medida en que después de tal aprovechamien-
to quede sobrante "subtus molendinos", a cambio de que San
Cosme contribuya por mitad a la construcción de una presa
con el Monasterio de Sahagún. Al margen de esta modalidad de
ejercicio, que queda clara, el documento, sin embargo, plan-
tea algunas dudas de interpretación en orden a otras cues-
tiones.

Según el Monasterio de Sahagún, éste está concediendo
"aqua nostra propria", esto es, aguas de su propiedad; pero,
por otra parte, declara que concede el agua "secundum quod
primitus tenuistis eam de domino Meliqui presbitero per illum

(55) MINGUEZ, Sahagún, doc. 280, p. 336.

alterum aqueductum" (56). No parece lógico pensar que un derecho preexistente se vea condicionado en su ejercicio a la realización de una prestación -la construcción de la presa "per medium"- al parecer no prevista anteriormente, a menos que pensemos en una renovación del derecho que lleva aparejada un cambio en la estructura del esquema negocial. Por ello, a nuestro juicio, el derecho nacido a raíz de la concesión del Monasterio de Sahagún es un derecho distinto al anteriormente disfrutado por San Cosme, cuya diferencia radica en el lugar de ejercicio y en el bien concedido: mientras con anterioridad al 975, fecha del documento, el Monasterio de San Cosme disfrutaba de cierta agua "per illum alterum aqueductum" y por concesión de Melic, con posterioridad a dicho momento, disfruta no de ese agua, sino de la que sobre bajo los molinos de Sahagún y a cambio de que contribuya con éste a la construcción de una presa por mitad. Por tanto, si han sido modificados lo que podríamos llamar el "locus" y la modalidad de ejercicio, dando lugar a un derecho distinto, desde el punto de vista objetivo, sin embargo,

(56) El problema de la alusión en el documento a una anterior concesión por parte de Melic al Monasterio de S. Cosme, de la que no tenemos otra constancia documental, podría desaparecer si vemos en la palabra "tenuístis" el fruto de un error de copia, consistente en cambiar la primera persona del plural por la segunda, con lo que el documento habría que entenderlo en el sentido de que el Monasterio de Sahagún concedió de el agua sobrante de sus molinos, agua que antes le había sido concedida por Melic, cosa que además encuentra cierta relación con el testamento que en 1 de dic. de 959 había realizado Melic en favor de Sahagún y en el que se transmitía "in rivulo de Porma presa integra usque nostra inveneritis aqua" (MINGUEZ, Sahagún, doc. 168, p. 210; deben tenerse en cuenta, sin embargo, las dudas de Mínguez sobre la autenticidad de dicho testamento en p. 183.

se ha asegurado el goce del agua mediante un acuerdo cuyo resultado práctico viene a desembocar en un aprovechamiento conjunto con el Monasterio de Sahagún, aprovechamiento condicionado a la realización por mitad de una presa. En último término, cabe incluso pensar que las aguas sobrantes de los molinos de Sahagún pasen, con el tiempo, a ser propiedad del Monasterio de San Cosme, con lo que dejamos entonces de movernos con las situaciones relacionadas con los "iura in re aliena".

A una necesidad de agua atiende también la siguiente "regula vel pactum traditionis" o "regula testamenti" que en 12 de agosto de 1106 realiza Salvador Juan en favor de la Iglesia de Santa Juliana:

...et IIII terminum de Monio Asseriz que istos terminos includent tam scaldatum quomodo per scaldare concedo ad regula Sancte Juliana Virginis ab omni integritate et a cultoribus qui ibidem serviunt et qui ibidem abitaverint do et concedo vias per meas terras adaurire aqua et pascuis in exitus vel regresitus usque in litore maris (57).

Se trata de la concesión de un derecho equivalente, en cuanto al contenido, al "iter ad hauriendum", esto es, de un derecho de paso para sacar agua. Evidentemente, del documento no se extrae que la obligación de dejar el paso para sacar agua se configure técnicamente como un gravamen sobre el fundo, pero si tenemos en cuenta la finalidad para la que

(57) JUSUÉ, Libro de Regla, doc. LXIII, pp. 82-83.

se concede el derecho, presumiblemente el cultivo de tierras y el riego de éstas, y si tenemos en cuenta también la indeterminación subjetiva de los beneficiarios del mismo ("a cultoribus qui ibidem serviunt et qui ibidem abitaverint"), es evidente que el derecho puede transpasar, mediante su ejercicio continuado, los límites del puro permiso o licencia para convertirse en una ventaja objetiva del fundo.

Una curiosa concesión de lo que podría ser una servidumbre de acueducto es la que en 1191 (1 de abril) hace Alfonso VIII al Monasterio de Trianos:

Concedo etiam vobis ut faciatis alia molendina nova inter molendina de Penalva et molendina de Penella, quorum molendinorum alveuum sive aqueductum vel calcem faciatis in via publica, ego enim quantum vos de via acceperitis in longitudine et amplitudinem restituo de serna mea ad usum vie, in serna mea que est in margine vie; et in istis molendinis ego nullam portionem habeam, nec percipiam (58).

El monarca autoriza a construir unos molinos cuyos canales y acueductos discurrirán por la vía pública, razón por la cual se compromete a restituir con tierras de su propiedad la parte de vía pública que el monasterio utilice para efectuar sus conducciones, a fin de asegurar el "usum vie". Si no fuese porque sería una incorrección hablar en esta época de bienes de dominio público, muy bien podríamos caracter

(58) GONZÁLEZ, Alfonso VIII, III, doc. 566, p. 12.

rizar la autorización como una concesión cuyo contenido sería precisamente la utilización privada y ocupación de bienes demaniales como lo son las vías públicas destinadas al tránsito público. Para evitar esta incorrecta caracterización, es preciso ver aquí al monarca actuando sobre unos bienes, que aunque calificaríamos de dominio público, son bienes sobre los cuales puede disponer como si se tratase de cosas de su propiedad. Su actuación, por tanto, no se diferencia de la de cualquier particular haciendo un acto de disposición de sus derechos. De esta forma, lo que hoy calificaríamos como una concesión administrativa, deviene, por parte del Monasterio de Trianos, en auténtica apropiación, es decir, en propiedad, del terreno necesario para conducir el agua, y de ahí la necesidad perentoria de la restitución por el monarca de la parte destinada al tránsito público con tierras de su propiedad.

Del mismo año de 1191 (mayo) data la venta de un huerto por Pedro Lorenzo en favor de su hermano y en la que se establece:

Hunc ortum sic determinatum vendo vobis pro XII morabetis et medio quos mihi dedistis de quibus ad persolvendum apud vos nichil remansit salva tamen directura mea scilicet introitu et regressu et aqua mea que debet discurrere per ipsum ortum ad meum et in roborationem huius karte tantum mihi dedisti quantum mihi et vobis bene complacuit (59).

(59) VIGNAU, Eslonza, doc. CXII, p. 179.

El documento recoge la forma de constitución que podría mos denominar deducción o reserva de servidumbre en un acto de enajenación de un fundo. En nuestro caso, Pedro Lorenzo vende un huerto a su hermano estableciéndose que por el mismo fundo vendido el comprador deberá consentir el paso del agua del vendedor hacia otro de sus huertos. El supuesto de hecho, pues, coincide perfectamente con el de una servidumbre de acueducto a cargo del fundo enajenado y a favor de otro cuya propiedad retiene el enajenante (60). Sin embargo, afirmada la facultad del comprador para disponer del huerto comprado, como corresponde a su derecho de propiedad ("habeatis licentiam vendendi donandi faciendique de eo quicquid vobis placuerit in vita et in morte vestra") (61), no es fácil saber, a la vista del documento, y fuera del caso de que se trate de una reserva de la propiedad del terreno necesario para el paso del agua, en cuyo supuesto no existirían dudas sobre la configuración del derecho, si el tal Pedro Lorenzo conservará su facultad frente a cualquier propietario futuro del fundo y si, recíprocamente, su hermano deberá permitir el ejercicio del derecho aunque el presunto fundo dominante sea enajenado. Ello es algo que sólo podría saberse si pudiésemos seguir la pista de las sucesivas enajenaciones de los fundos. En cualquier caso debemos señalar un dato:

(60) El "introitu et regressu" hay que entenderlo como una facultad independiente de paso o como una exigencia del hecho de que el agua discorra por el fundo enajenado, esto es, como una facultad para entrar y salir a fin de mantener en buen estado las conducciones.

(61) VIGNAU, Eslonza, doc. CXII, p. 179.

tanto el "introitum et regressum" como el hecho de que el agua del vendedor deba discurrir por el fundo vendido se configuran, según el documento, como "directura", más exactamente como "directura mea", esto es, como derechos del vendedor. No sabemos si tras esta expresión hay que encontrar ya, técnicamente, derechos del fundo, pero como hipótesis, y repetimos, fuera del caso de una reserva de propiedad, hay que pensar que cuando Pedro Lorenzo enajene o ceda su fundo "cum aquis", habrá que entender tal enajenación o cesión en la forma en que actualmente disfruta el fundo, lo que implica su adquisición con los mismos "directura" de que disfrutaba el enajenante o cedente. A la inversa, si el hermano de Pedro Lorenzo enajena su fundo, por el que discurren las aguas de aquél, habrá que entender que la forma en que actualmente el fundo es poseído determina también la forma en que un tercero lo adquirirá. De no ser así, y desconocido el concepto de servidumbre o no siendo reconducibles a la noción de propiedad, habría que pensar que los derechos contemplados en el documento se verían afectados por las vicisitudes patrimoniales por las que pasasen los fundos.

La utilización de los mecanismos anteriormente descritos no acaba, sin embargo, con el otro medio arbitrado para la solución de los problemas relacionados con el disfrute del agua: la atribución de su propiedad. Así lo demuestra la siguiente donación, del año 1200, hecha en favor del monasterio de Bugedo de Juarros:

...damos eaotorgamos el agua que decende por Sancta Maria de Palatiolos avos don Es palon abbat de Bussedo etot el convent ibi dem Deo servientibus, iure hereditario, in perpetuum, ental taiamento que el conceiño de Palatiolos regando loque obos ovieren, la otra vaia al convento de Bussedo eque digun nola destaihen (62).

Se trata de la transmisión de la propiedad de cierta cantidad de agua sobrante después de que los donantes hayan utilizado el agua propia. Aunque pudiese objetarse que no se contempla una transmisión de propiedad (63), la relación tampoco se configuraría como una servidumbre, ya que, en todo caso, el resultado final consiste en un aprovechamiento conjunto que no representa gravamen ni respectiva dominación, toda vez que los concesionarios sólo disfrutaban del agua en la medida en que los concedentes la hayan utilizado en primer lugar.

También como transmisión de algo tangible, en este caso un canal de agua, y, por consiguiente, lejos del esquema de las servidumbres, debe entenderse la siguiente declaración de Alfonso VIII, de 10 de Junio de 1201, en favor de su ballestero García Núñez:

...dono itaque vobis et concedo, cum volun

(62) MEÑÉNDEZ PIDAL, Docs. Ling., doc. 155, p.204.
(63) De no verse aquí una transmisión de la propiedad, estaríamos ante una concesión de la que nacen derechos de difícil configuración y nomenclatura. La opinión de GARCÍA-GALLO, Bienes propios, pp. 380-383, de que "iure hereditario" sea la denominación que a partir del siglo XII adquiere el

tate et beneplacito totius concilii Mageri
tensis, illud canale quod est in rivo Xa-
rame prope pontem de Ribas, aldea de Mageri
to, cum sua presa et cum suo rivo, sicuti
quondam habebat et possidebat illud donna
Maria de Almanar (64).

En el documento se especifica que el canal de agua y otras heredades se transmiten "ad faciendum inde quicquid volueritis, dando, vendendo, impignorando, concambiando vel quidlibet haciendo" (65), facultades que nos ponen en relación con un poder disponibilidad entendido en sentido amplio y que inidica que el canal de agua, como entidad material independiente, puede ser objeto de futuros traspasos patrimoniales. De otra forma dicho, no es el derecho a utilizar el agua lo que se transmite o concede, sino el mismo canal de donde se extrae la ventaja para el fundo. Pero, además, el documento pone de manifiesto algo que ya hemos señalado anterioremente y que a nuestro juicio explica el que, sin conocerse la noción de servidumbre como derecho inherente al fundo, ciertas situaciones reales de goce permanezcan en el tiempo o, aun creadas nuevamente, tengan en cuenta la situación anterior del fundo. Este dato al que nos referimos y que el documento deja perfectamente en evidencia es que el contenido y normativización del derecho de propiedad o de

derecho de propiedad pleno sobre las cosas, puede valer para ciertos negocios, pero no para todos, ya que no todas las concesiones "iure hereditario" son significativas de esa clase de derecho.

(64) GONZÁLEZ, Alfonso VIII, III, doc. 703, p.248.

(65) GONZÁLEZ, Alfonso VIII, III, doc. 703, p. 248.

cualquier otro derecho sobre una cosa viene determinados por un uso anterior o por la forma en que los antiguos propietarios o cesionarios habían establecido su relación con la cosa.

Vamos ahora a analizar un documento en el que si bien aparece la terminología "servitute aque", veremos cómo los supuestos de hecho no coinciden exactamente con los que están en la base de la institución, señal, una vez más, de que las servidumbres prediales no están configuradas como tales, utilizándose su denominación para una relación que no les conviene. Se trata de un acuerdo entre el monasterio de Carrizo y el concejo de Astorga sobre la utilización del agua para regar, celebrado en septiembre de 1208 y cuyos términos son los siguientes:

In Dei nomine. Notum sit tam presentibus quam futuris, quod discordia que erat inter abbatissa domnam Theresia Oarez et conventum de Carrizo, ex una parte, et concilium de Astorica, ex alia, super servitute cuiusdam aque, quam nitebatur monasterium de Carrizo vindicare per totum annum quando cumque sibi opus esset, a sabbato statim post vespervas Sancte Marie usque ad diem lune, missis matutinalibus celebratis ad rigandum hereditatem predicti monasterii que fuit comitis domni Ramiri mediantibus bonis viris taliter ad pacem et concordiam est reducta. Videlicet, quod predictum Monasterium habeat illam partem aque, quam a longe tempore consuevit habere, a sabbato post vespervas, statim cum sole occuberit, usque diem lune, mane cum primo sol oriri ceperit et hoc a septimo X kalendas iunii usque ad kalendas septembris tantummodo ad predictam suam hereditatem rigandam et quicumque illam aquam suo hortui abstulerit vel alveum

per quem fluxerit infra spatium temporis
pretaxati teneatur LX^a solidos persolvere
monasterio antedicto. Per totum vero aliud
spatium anni iam dictum monasterium habeat
suam partem in aqua, si opus fuerit, sicut
quilibet alius vicinus Astorica. Quod autem
superius dictum est quod Monasterium de Ca
rrizo debet habere aquam ad rigandum suam
hereditatem ex debito servitutis, quod ha
bere ^{dicatur?} in ea pro ut est superius
comprehensum de illa solummodo hereditate
est accipiendum que fuit senrra comitis dom
ni Ramiri non de alia siquam habet vel de
cetero adquisierit in Astorica, quia ad
huiusmodi hereditatem rigandam non debet
plus iuris habere in aqua quam quilibet vi
cinus de Astorica (66).

Podemos resumir el documento del siguiente modo: el mo
nasterio de Carrizo pretende la utilización de cierta agua
de sábado a lunes durante todo el año. Se decide que el monas
terio ^{disfrute} durante esos días, pero sólo desde el 16 de mayo al 1
de septiembre, pudiendo disfrutar el resto del año de la par
te de agua que corresponde a cualquier vecino de Astorga. Se
establece también que el agua disfrutada en esos cuatro meses
y medio debe ser destinada solamente para el riego de una
heredad determinada, puesto que no debe disfrutarse más de
lo que puede hacerlo cualquier vecino. La pena que se fija
en caso de perturbación del derecho del monasterio es de se
senta sueldos.

Pues bien, del hecho de que el monasterio de Carrizo
sólo disfrute de la parte de agua que corresponde a cualquier
vecino y de las referencias documentales : a que tal goce no

(66). CASADO, Carrizo I, doc. 83, pp. 95-96.

debe exceder de la cantidad que a aquéllos corresponde, se deduce que estamos no ante aguas privadas, sino ante aguas comunes de utilización colectiva. Lo que en el documento se califica como "servitute" y "debito sertutis" no es sino una utilización intensiva de las aguas cuyo aprovechamiento corresponde a una comunidad, en el sentido de que, además de la parte de agua perteneciente al monasterio durante todo el año como a cualquier vecino, aquél disfruta de su utilización de sábado a lunes durante cuatro meses y medio. No existe, por tanto, un fundo dominante y otro sirviente, salvo que pensemos que gravado es todo el concejo de Astorga y sus vecinos, ni relación entre dos fundos pertenecientes a distinto propietario. Sólo se trata de la regulación de los derechos de riego de los propietarios de predios ribereños a las aguas comunes, cuya utilización especial e intensiva es calificada aquí como "servitus", y en este sentido, recordemos que ya en el Bajo Imperio, como tuvimos ocasión de hacer notar, se utilizaba la terminología "servitus aquarum" para referirse al aprovechamiento público del agua.

Si la aparición del término "servitus" puede expresar algún modo o grado de conocimiento de la institución, es evidente que dicha terminología se utiliza para relaciones y supuestos de hecho distintos de los que están en la base de las servidumbres, señal, como hemos advertido, de que éstas no están totalmente configuradas en la práctica negocial. Con todo, fijémonos, en último término, en el papel que el transcurso del tiempo y la antigüedad del uso tienen como funda-

mentadores de los derechos sobre las cosas y notemos cómo en el documento se hace alusión a que esa utilización intensiva de sábado a lunes que viene calificada como servidumbre lo es sobre una parte de agua que "a longo tempore consuevit habere". Transcurso del tiempo y costumbre, por tanto, han determinado la existencia de un derecho y su consiguiente tutela jurídica.

Sigamos ahora con nuestros documentos y veamos una concesión otorgada en 24 de febrero de 1209 por Alfonso IX al obispo de Mondoñedo:

...concedo Deo et sedi Mindunuensi et vobis domno Pelagio eiusdem ecclesie reverendo episcopo, estrisque successoribus, in perpetuum, iure hereditario possidenda omnia molendina que edificanda fuerint in villa de Ripa Euves vel in cauto, ita quod aque iucantur per expensas vestras ad iam dicata loca, ita quod liceat Arie Pelagii ibidem edificare unum tantummodo molendino. Do vobis etiam libertatem traducendi aquas per quascumque terras volueritis a quibuscumque possideatur (67).

Se trata de una concesión en virtud de la cual el obispo de Mondoñedo puede conducir a sus expensas el agua para sus molinos por cualquier heredad, con independencia de quien sea su propietario, circunstancia esta última que, tomando al pie de la letra la "libertas traducendi" "per quascumque terras...a quibuscumque possideatur", nos hace pensar en al-

(67) GONZÁLEZ, Alfonso IX, II, doc. 242, p. 331.

go parecido al acueducto forzoso o coactivo, al tiempo que nos obliga a preguntarnos, retóricamente, porque del documento no obtenemos respuesta, por los problemas de armonización entre el interés del cesionario -la sede mindunense- y el interés de los propietarios a través de cuyas tierras se pretenda conducir agua, haciendo uso de la amplia concesión real.

Distinto problemas plantea la concesión que un año más tarde, en 12 de septiembre de 1210, hace Alfonso VIII de Castilla a determinados vecinos de Nájera. En esa fecha, el monarca da una viña a los mencionados vecinos para que la cultiven, repartiéndose los frutos por mitad, y añade:

Do etiam vobis aquam ad rigandum vineam su
pradictam ut habeatis illam ad rigandum quo
modo et quando illam habere debetis (68).

La concesión de agua hay que entenderla como exigencia del tipo de contrato realizado: cesión de tierras para su cultivo. Obsérvese, sin embargo, que la concesión soluciona en abstracto el problema de la toma de agua para el riego, pero no, al menos de forma expresa, el problema de su conducción hasta la viña. Sólo la frase "quomodo et quando illam habere debetis" parece poner de manifiesto que existiría una especie de "uso debido" o práctica usual que determinaría la forma específica de hacer efectiva la concesión regia. El "quo-

(68) GONZÁLEZ, Alfonso VIII, III, doc. 872, p. 527.