

Cautio damni infecti y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental

POR PAOLA ELISA ZINI HARAMBOURE (*)

Sumario: I. Noción romana de cautio damni infecti. — II. Recepción en las VII Partidas. — III. Recepción en el derecho civil europeo. — IV. Recepción en los códigos civiles latinoamericanos. — V. Legislación argentina: el criterio de Vélez Sarsfield y la reforma del código civil de 1968. — VI. Proyección en el derecho ambiental. — VII. Conclusión. — VIII. Bibliografía. — IX. Legislación consultada.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo tratar el tema de la cautio damni infecti y la prevención del daño, desde sus orígenes en el derecho romano hasta su inclusión en la reforma del Código Civil argentino, explorando su proyección en el derecho ambiental. En principio se desarrolla la noción romana de daño temido, tal como fue expuesta en las fuentes y descrita por los romanistas, entre ellos Bonfante, Iglesias y Arangio Ruiz. A continuación, se analiza la recepción de la medida en las VII Partidas, así como también en el derecho civil europeo y latinoamericano, presentando las variantes que tomó en la legislación de cada país.

Por último, se examina la exclusión de la *cautio damni infecti* en el Código Civil a través de la nota del codificador al art. 1132 y su posterior recepción en la Reforma de dicho Código en el art 2499 in fine. Se detalla asimismo las propuestas surgidas en las XXIII Jornadas de Derecho Civil (Tucumán, 2011) en relación a esta institución. A modo de conclusión, se explora la proyección de esta institución en el derecho ambiental, evaluando la riqueza jurídica del derecho romano para dar solución a problemas actuales.

Palabras clave: Daño temido - Prevención del daño - Derecho romano - Reforma del código civil - Derecho ambiental

Resumé

Cet article a l'objectif de présenter le sujet de la cautio damni infecti et la prévention du dommage, depuis ses origines au droit romain jusqu'au son inclusion dans la réforme du Code Civil argentin, en explorant sa projection dans le droit de l'environnement. Au début on développe la notion romaine du dommage futur, telle qu'on la trouve dans les fontes romaines et décrite par les auteurs, parmi eux Bonfante, Iglesias et Arangio Ruiz. A continuation, on analyse la réception de cette caution dans les VII Partidas, aussi comme dans le droit civil européen et latin américain, en présentant les différences qui s'observent dans la législation de chaque pays. Pour finir, on examine l'exclusion de la cautio damni infecti dans le Code Civil à travers de la note du codificateur à l'article 1132 CC et sa postérieure réception dans la réforme du Code du 1968 dans l'article 2499 in fine. Aussi on détaille les propositions nées aux XXIII Journées Nationales du Droit Civil (Tucumán, 2011) en relation à cette institution.

Comme conclusion, on explore l'influence de cette institution dans le droit de l'environnement, en évaluant la richesse juridique du droit romain pour donner des solutions aux problèmes juridiques de l'actualité.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Mots-clés: Dommage futur - Prévention du dommage - Droit romain - Réforme du code civil - Droit de l'environnement

I. Noción romana de *cautio damni infecti*

La *cautio damni infecti* era una medida pretoriana destinada a la defensa contra los daños temidos en las relaciones de vecindad.

El Digesto le dedica un título a este tema, en el Libro XXXIX, Título II “Del daño que amenaza”. Allí encontramos una definición de daño temido expuesta por Gayo - D.39.2.2 -(García del Corral, 1895:152, t. 3) Comentarios al Edicto Provincial Libro XXVIII - Daño que amenaza es daño aún no hecho, que tememos que sobrevendrá.

García Garrido (2000:94) define el daño temido -*damnum infectum*- como el “*Daño que todavía no se ha causado pero se prevé por el mal estado de una propiedad vecina*”. Este daño temido podía provenir de la ruina de un edificio vecino, o por alguna obra que se realizara en el fundo vecino.

Debido a esto Iglesias (1965:286) define a la *cautio damni infecti* como “*la promesa estipulatoria de resarcir los daños que amenazan a una finca, sea por el mal estado de la finca contigua, sea por obras que el vecino haga en su suelo, o legítimamente -u.gr. como titular de una servidumbre- en el suelo ajeno*”.

Bonfante (1929:309) por su lado nos dice que esta institución consiste en “una estipulación en que se promete reparar eventualmente el daño no acaecido -*infectum* - pero que se teme pueda producirse, o por la ruina de un edificio contiguo -*vitio aedium* - que es el caso típico y más conocido, o por obras que el vecino haga en su fundo, o legítimamente, en el mío -*vitio operis*- que es el caso más importante en las relaciones de vecindad”.

Arangio Ruiz (1945:106) la describe claramente como “*una estipulación que habría de hacerse entre los vecinos y por la cual uno prometía al otro indemnizarle si el derrumbamiento de su edificio le causaba algún daño*”.

A su vez Arias Ramos (1958) afirma que esta caución “*ampara al propietario contra un daño que no se ha verificado aún, pero que es de temer que se produzca; una construcción inmediata que amenaza ruina, una excavación en el fundo vecino hace peligrar la estabilidad de un edificio, etc.*”.

Estas definiciones de distinguidos romanistas coinciden claramente en dos aspectos: el carácter de daño futuro y la causa ligada a relaciones de vecindad.

En esto debemos hacer hincapié en el concepto innovador de “daño temido” lo que origina una medida de contenido netamente preventivo.

Este carácter de daño futuro es reforzado por Ulpiano - D.39.2.7.1 -en otro fragmento del Digesto (García del Corral, 1895:154, t. 3): Comentarios al Edicto, libro LIII - Este Edicto mira al daño aún no causado, en tanto que las demás acciones, como la acción de la ley Aquilia y otras, se refieren al resarcimiento de los daños que sobrevinieron.

En cuanto al origen de esta medida, Bonfante nos indica que habría un antiguo remedio civil, pero que se desconoce como era regulado.

En Gayo - encontramos una referencia a este remedio civil, que nos confirma que haya existido, pero no nos brinda detalles sobre su aplicación (Traducción de Di Pietro, 1967:224)

Solamente en dos casos se ha permitido proceder por una *legis actio*: en caso de *damnum infectum* (daño eventual) y en caso de que el juicio deba ser decidido ante los centunviro. Resulta razonable que antes de ir a los centunviro se realice la *legis actio per sacramentum* ante el pretor urbano o el peregrino; en cambio en lo que se refiere al caso de *damnum infectum*, nadie quiere accionar por una *legis actio*, se prefiere obligar a su adversario por la *stipulatio* propuesta en el edicto, el cual es un procedimiento más práctico y más completo.

Este fragmento nos permitiría inferir que se conocía una *legis actio damni infecti*, aún vigente en época clásica, que luego fue reemplazada por la estipulación pretoriana, por ser esta última más práctica y conveniente.

La caución de daño temido fue luego concebida como una medida de protección pretoriana, ya que como expresaba Mojer (siguiendo a su maestro Ambrosioni) “*en el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección, el pretor recurrió a su imperium para compeler a estipular en los casos en que no había posibilidad de proteger una situación por otra vía*” (Mojer, 2004:5)

Históricamente desarrollada a la par del procedimiento formulario, la caución de daño temido consistía en una serie de pasos detalladamente descriptos en las fuentes, pasos que también guardan relación con las innovaciones del pretor, como ser las llamadas estipulaciones pretorianas o la *missio in possessionem*.

En principio, aquel que temía el daño de un fundo o edificio vecino, acudía ante el pretor para que el mismo le ordenara al propietario del fundo en cuestión que prestara caución por el daño temido.

Esta caución se prestaba a través de una *stipulatio* pretoriana, en la cual el propietario del bien que amenazaba ruina prometía indemnizar con una suma de dinero el daño eventual, en caso de que efectivamente se produjera.

Aquel que demandaba la caución tenía que jurar que no lo hacía por causa de calumnia, es decir, con la intención de perjudicar o difamar a su vecino, tal cual se expresa en este fragmento de Ulpiano - D.39.2.13.3 (García del Corral, 1895:156, t. 3): Comentarios al Edicto, Libro LIII - “El que pide que se de caución por daño que amenaza, debe jurar antes de calumnia. Así, pues, el que hubiera jurado de calumnia es admitido a la estipulación; y no se investigará si tiene o no interés, si tiene o no casa vecina; pero todo esto, respecto a quien se le haya de dar caución, y a quien no, se ha de sujetar a la jurisdicción del Pretor.”

La estipulación debía fijar un plazo dentro del cual el estipulante se haría cargo del resarcimiento si sobreviniera algún daño, porque tampoco correspondía que quedara obligado a perpetuidad. Una vez que se cumplía este plazo, si todavía existía amenaza de daño, se debía dar nuevamente caución a arbitrio del Pretor (García del Corral, 1895:158 t. 3)

D.39.2.13.15 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - En esta estipulación debe estar incluido el término dentro del cual tiene lugar la caución, si sobreviniere algún daño; porque no debe estar obligado a perpetuidad por esta caución. Así, pues, el Pretor dará término para esta estipulación, hecha estimación de la causa y del daño que se espera que sobrevenga. - D.39.2.15.pr ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - Si hubiera transcurrido el término fijado en la caución, se habrá de dar caución de nuevo a arbitrio del Pretor.

Una vez realizada esta promesa ante el pretor, se convertía en una verdadera *stipulatio*, por lo cual si el daño se llegaba a producir dentro del plazo establecido en la caución, el afectado podía solicitar el pago de la indemnización a través de la *actio ex stipulatu*.

Si el propietario se negaba a prestar esta caución, el pretor le otorgaba al interesado la puesta en posesión del fundo o edificio (*missio in possessionem ex primo decreto*)

Esto se refleja en el Digesto en el siguiente fragmento de Ulpiano - D.39.2.4.1 (García del Corral, 1895:152, t. 3) Comentarios al Edicto, Libro I - Si no se diera la caución dentro del término establecido por el Pretor, ha de ser uno puesto en posesión de la cosa.

La mayoría de los autores (Bonfante, Iglesias, Volterra, Petit) sostienen que esta *missio* implicaba en realidad una tenencia del fundo o edificio, a fines de inspeccionarlo y de coaccionar al propietario para que preste caución.

Si luego de un año, el obligado a prestar caución persistía en su negativa, el pretor concedía al interesado la posesión definitiva del fundo a través de una *missio in possessionem ex secundo decreto* (García del Corral, 1895:152-159, t. 3).

D 39.2.4.4 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro I - Si acaso se persistiese en no dar caución, habrán de permitir no los duunviro sino el Pretor, que sea lícito poseer; lo que se suele hacer con conocimiento de causa.

D 39.2.15.16 ULPIANO, Comentarios al Edicto, Libro LIII - Escribe Juliano, que el que es puesto en posesión a título de daño que amenaza, no comienza a adquirir el dominio por el transcurso de largo tiempo antes que con segundo decreto sea constituido dueño por el Pretor.

De acuerdo a Iglesias (1965: 287) “*el missus es ahora possessor*” y tendrá justa causa para adquirir la propiedad del bien por *usucapio*, pudiendo protegerla en ese lapso mediante la acción Publiciana.

Según este mismo autor, en un principio sólo el propietario de la cosa amenazada podía pedir la caución, pero luego esta facultad se extendió a todos aquellos que tuvieran un derecho real sobre la misma o incluso un derecho personal.

La fórmula de esta caución de daño temido se expone también en el Digesto D.39.2.7.pr Ulpiano (García del Corral, 1895:154, t. 3):

Comentarios al Edicto, libro LIII - Dice el Pretor : “En el día en que yo determinare con conocimiento de causa, mandaré que se prometa en propio nombre por el daño que amenaza, y que en nombre de otro se de fianza, al que hubiere jurado que esto no lo pide por causa de calumnia, o que no lo habría de haber pedido aquel en cuyo nombre ejercita la acción. Si hubiere controversia sobre si es o no dueño el que diere la caución, mandaré que se de fianza bajo excepción. Por la obra que se hiciera en río público o en su ribera, mandaré que se de fianza por 10 años. Mandaré que aquel a quien no se le diere de este modo caución entre en posesión de la cosa por razón de la que se pidiere que se de caución y cuando pareciera que hay justa causa, mandaré también que se posea.

Por último, resulta interesante mencionar un fragmento de Gayo (D 39.2.19) donde se destaca el sello pretoriano de esta institución preventiva, ya que se debe apreciar “*conforme a lo bueno y equitativo*” (García del Corral, 1895:164, t. 3)

Comentarios al Edicto del Pretor Urbano, título del daño que amenaza - En la estipulación del daño que amenaza no se menoscaba al derecho de los que están ausentes de buena fe, si a los que volvieron se les da facultad para prestar caución, conforme a lo bueno y equitativo, ya sean dueños, ya tengan algún derecho sobre aquella cosa, como sería el acreedor, el usufructuario y el superficiario

En el mismo fragmento, párrafo siguiente este mismo jurista subraya la finalidad y la amplitud de casos en los que resulta aplicable la caución de daño temido (García del Corral, 1895:164, t.3): D 39.2.19.1 Gayo Comentarios al Edicto del Pretor Urbano, título del daño que amenaza - Ya si por vicio de la casa, ya si por el de la obra que se hiciera en la casa, o en lugar urbano o rústico, privado o público, hubiera de sobrevenir algún daño, el Pretor cuida de que se le de caución al que tiene el daño

A mi criterio, este fragmento resume el espíritu de la *cautio damni infecti* en el derecho romano, es decir, la finalidad tuitiva del pretor ante el daño futuro.

II. Recepción en las VII partidas

Las Partidas contemplan esta caución de daño temido en la Partida Tercera Título XXXII Ley 10, en el título destinado a las obras nuevas y viejas, manifestando que:

Cómo las labores nuevas et antiguas quando se quieren a caer, las deben reparar ó derribar.

“Abrense á las veces las labores nuevas, porque se fienden los cimientos, ó porque fueron fechos falsamente ó por flaqueza de la labor; et otrosi los edificios antiguos et quièrense derribar por vejez; et los vecinos que estan acerca dellos rémense de rescebir ende daño.

Sobre tal razon como esta decimos quel judgador del logar puede et debe mandar á los señores de aquellos edificios que los enderecen ó que los derriben. Et porque mejor se pueda facer esto debe él mesmo tomar buenos maestros et sabidores deste menester et ir al logar do estan aquellos edificios

de que se temen los vecinos; et si él viere et entendiere por lo quel dixieren los maestros que estan tan mal parados que non se pueden adobar, ó non lo quieren facer aquellos cuyos son, et que ligeramente pueden caer et facer daño, entonces debe luego mandarlos derribar; et si por aventura no estudiesen tan mal parados, débelos apremiar que los enderecen ó que den buenos fiadores á los vecinos que no les venga ende daño; e si tal fiadura como esta non quisiere facer, o fuesse rebelle non los queriendo reparar, deben los vecinos que se querellaban ser metido en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer et dârgelos por suyos si el dueño del edificio durare en su rebellia fasta aquel tiempo que ellos los hayan à adobar ò a derribar por mandado del judgador”.

Como se observa, esta ley de las Partidas tiene varios elementos en común con la solución romana: el daño temido (*los vecinos que estan acerca dellos rémense de reseibir ende daño*) la ruina del edificio vecino (*et otrosi los edificios antiguos et quièrense derribar por vejez*) la caución preventiva (*que den buenos fiadores á los vecinos que no les venga ende daño*) e incluso la puesta en posesión del bien que amenaza ruina por parte del vecino ante la falta de caución del dueño del edificio (*deben los vecinos que se querellaban ser metido en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer*).

Esta recepción en las Partidas resulta de relevancia ya que luego se aplicó como legislación en las Indias, transmitiéndose inclusive a la legislación nacional.

En el caso argentino, por ejemplo, se reflejó en el interdicto de obra vieja de la Ley 50 (1863), de procedimiento civil ante la justicia federal. El contenido de esta ley resultó aplicable hasta la entrada en vigencia del Código Civil en 1871, en razón de la prohibición dispuesta en el art. 1132 CC.

En el caso chileno, la recepción se evidencia tanto en el proyecto de Bello como en el Código Civil, al punto de tomar la expresión “*querella por ruina de edificio vecino*”.

III. Recepción en el derecho civil europeo

Para evaluar la recepción de esta medida en el derecho civil europeo, tomamos los casos del código civil francés, italiano, español y alemán.

En el antiguo derecho francés, de acuerdo a Domat (1703:193), se conocía una acción preventiva similar a la *cautio damni infecti* del derecho romano, aplicable al daño que podía provenir de la ruina de un edificio. Esta acción se encuentra detallada en la conocida obra de este autor “*Las Leyes Civiles en su orden natural*” en el Libro I, Título VIII, Sección III “*Del daño que puede derivar de la ruina de un edificio o de alguna obra nueva*”.

Como explica Domat, si un edificio estuviese en peligro de ruina, el propietario del edificio vecino podía intimar al propietario del edificio ruinoso para que proceda a la demolición o lo repare, de manera que haga cesar el peligro.

Si realizada la intimación o demanda judicial, el propietario del edificio ruinoso no brindaba ninguna solución, aquel que se encontraba en peligro por la ruina podía solicitar que le sea permitido hacer él mismo lo que los expertos estimaran necesario para prevenir la caída del edificio, sea apoyarlo o demolerlo, y podía reclamar al propietario del edificio ruinoso por los gastos realizados.

Como observamos, a diferencia del derecho romano, no se practicaba la puesta en posesión del edificio ante la negativa del propietario a repararlo, si bien se le daba al propietario vecino un “permiso” para repararlo por él mismo.

Sin embargo, esta institución preventiva fue excluida del Código Napoleón, donde sólo se menciona en el art. 1386 el caso de ruina de edificio con un daño ya constatado: “El dueño de un edificio es responsable del daño que cause su ruina, cuando ha tenido lugar como consecuencia de falta de cuidado o por vicio en su construcción.” (1)

(1) CCF, 1804 - Article 1386 - Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite de défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Las razones de esta exclusión las encontramos en los trabajos preparatorios del Código Napoleón, en el informe presentado por Bertrand De Greuille el 6 de febrero de 1803, citado en la obra de Locré (1828: 32-44)

Luego de describir la medida romana, De Greuille expresa:

“Así la sola percepción del mal generaba la acción y podía aplicarse la desposesión: el proyecto, al contrario, quiere ante todo que el mal sea constatado. Es así sólo el hecho del derrumbe que puede legitimar la queja y la demanda del afectado, y determinar una condena a su favor. Es luego del derrumbe que está permitido examinar el daño y establecer su importancia, y es entonces finalmente cuando el juez pronuncia la reparación” (2).

De acuerdo a esta explicación, se evalúa la situación una vez que se ha producido el daño y es recién en ese momento que se le da intervención al juez, priorizando sin duda el carácter absoluto del derecho de propiedad frente a la necesidad de prevenir un daño.

Analizaremos a continuación la recepción de la *cautio damni infecti* en el derecho civil italiano.

Esta medida preventiva se reflejó en el Código Civil Italiano de 1865, en el art. 699: “Quien tenga razonablemente motivo para temer que, de cualquier edificio, árbol, o de otro objeto amenace un peligro de daño grave y próximo a un fundo que él posee, tiene derecho a denunciar el hecho al juez, y a obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro o se ordene al vecino a dar caución por los daños posibles”. (3)

Este artículo tomó como fuente el Libro XXXIX del Digesto, tanto el Título I dedicado a la denuncia de obra nueva como el Título II referente al daño temido.

De acuerdo a Cattaneo (1865:516), de este título II se menciona expresamente como fuentes los fragmentos 6, 7, 24, 40. También se indica como fuente el Código Civil Sardo.

En la reforma del Código Civil Italiano de 1942 se contempla la denuncia de daño temido en el art. 1172:

El propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor que tenga razón para temer que de cualquier edificio, árbol o de otra cosa se produzca un peligro de daño grave y próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea el caso, ordenará garantías idóneas para los daños eventuales (4).

De la comparación de los textos, se observa que el daño temido es definido de igual manera en ambos: “*peligro de daño grave y próximo*” y que ambos coinciden en la conducta del interesado que debe “*denunciar*” este daño al juez.

(2) DE GREUILLE, citado por LOCRÉ, op. cit., págs. 43-44, n°16: Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action, et pouvait opérer la dépossession: le projet, au contraire, veut avant tout que le mal soit constatant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé, et déterminer une condamnation à son profit. C'est après cet écroulement qu'il est permis d'examiner le dommage, de fixer son importance; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation.

(3) CCI, 1865 - Articolo 699 - Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edificio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da mi posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze che si provveda al pericolo, o s'ingiunge al vicino l'obbligo di dare cauzione pei dan possibiliti.

(4) CCI, 1942 - Art. 1172 Denuncia di danno temuto - Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto all'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo. L'autorità giudiziaria, qualora ne sia il caso, dispone idonea garanzia per i danni eventuali

Sin embargo, se podría decir que el art. 1172 mejora dos aspectos, relativos al objeto que puede sufrir el daño y a las medidas que está facultado a tomar el juez.

En relación al primer aspecto, en el CC de 1865 se habla de “*fundo*” mientras que en el de 1942 se habla de “*objeto de su derecho o de su posesión*” lo cual obviamente amplía el campo de aplicación.

En referencia al segundo, ya no se plantea en forma disyuntiva que “*se provea para obviar el peligro*” o se “*ordene dar caución*” sino que el juez puede dictar ambas medidas en un mismo caso cuando lo considere pertinente.

En relación al derecho civil español, analizaremos para comenzar la recepción de esta medida romana en el proyecto de García Goyena de 1851 (García Goyena, 1862:460-461).

Artículo 535 - De la obligación de prevenir un daño que amenaza.

Si un edificio o pared amenazare ruina, podrá el propietario ser obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine.

Si no cumpliere el propietario, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa de aquel.

Lo mismo se observará cuando algún árbol corpulento amenazare caerse.

En el comentario a este artículo, García Goyena transcribe como fuente el art. 667 del Código de Luisiana, como también las VII Partidas, en la Partida III, Título 32, Ley 10, destacando sin embargo que “la segunda parte de la ley 10, sobre poner a los vecinos en posesión del edificio ruinoso, nunca ha estado en práctica”.

A continuación el autor menciona que el precepto de las Partidas se basa en el Digesto Libro 39 Título 2 “*De damno infecto*”.

Respecto a la Autoridad, García Goyena expresa que actuaba a instancia de los vecinos que temían el daño o de oficio “*por denuncia de los arquitectos del ayuntamiento*”.

El Código Civil Español, sancionado en 1889, se refiere a la obra ruinoso en el art. 389, en términos muy similares al proyecto de García Goyena: “Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazare ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída”.

“Si no lo verificare el propietario de la obra ruinoso, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo”.

En comparación al derecho civil italiano, observamos que no se hace referencia alguna a la expresión “*caución*” o “*garantía*”.

Otro ejemplo que resulta interesante de analizar, por su relevancia y difusión, es el del Código Civil Alemán, o BGB- Bürgerliches Gesetzbuch.

Este Código incluye un concepto similar en el art. 908:

Si una finca se ve amenazada por el peligro de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra instalación que está unida a la finca adyacente o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario puede exigir de la persona, que en virtud del 836 o de los 837 y 838 sería responsable por los daños causados, que realice las previsiones necesarias para evitar el daño. (5)

(5) BGB - 908 Drohender Gebäudeeinsturz - Droht einem Grundstück die Gefahr, dass es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft.

En el caso del BGB, lo interesante es como vincula las previsiones necesarias para evitar el daño a la responsabilidad civil por el mismo, al mencionar los arts. 836-838. Por otro lado notamos, al igual que en el caso español, que no se hace ninguna mención al término “caución” o “garantía”

De acuerdo a Saux, esta acción de daño temido fue reflejada en el código suizo, el holandés y el portugués, además de los ya mencionados (Saux, 1994:13)

IV. Recepción en los códigos civiles latinoamericanos

En el proyecto de Código Civil Chileno de 1853, elaborado por Andrés Bello, se incluían en el art. 1092 la “querrela por ruina del edificio vecino”, tomando como fuente expresamente mencionada por Bello el precepto ya mencionado ut-supra de las VII Partidas (Partida III, Título 32, Ley 10).

Posteriormente, cuando se sancionó el Código Civil Chileno se tomó este art. 1092 del Proyecto de Bello y se reprodujo en el actual art. 932 CC.

El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querrellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querrellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Respecto a este art. 932, es interesante señalar tanto la expresión “querrela” clara herencia de lo manifestado en las Partidas, así como la explícita mención a la “caución de resarcir todo perjuicio” sobreviviente, lo que nos haría recordar a las fuentes romanas.

Respecto al derecho civil brasileño, el Código Civil de 2002 contempla el daño temido en los arts. 1280 y 1281, en el Libro III Del Derecho de las Cosas, Título III De la Propiedad, Capítulo V destinado a los Derechos de vecindad, Sección I relativa al Uso Anormal de la Propiedad.

Art. 1280: El propietario o el poseedor tienen derecho a exigir del dueño del predio vecino la demolición o reparación del mismo, cuando amenace ruina, así también como que le preste caución por el daño inminente. (6)

Art. 1281: El propietario o poseedor de un predio, en que alguien tenga derecho de hacer obras, puede, en caso de daño inminente, exigir del autor de las mismas las necesarias garantías contra el perjuicio eventual. (7)

El art. 1280 toma exactamente lo expresado en el art. 555 del Código Civil de 1916 y la expresión que se utiliza en este caso es la de “caución por el daño inminente” cuando el edificio vecino amenace ruina.

Como expresa Saux (1944:13), esta institución fue contemplada también en los códigos civiles de Uruguay, Perú, Paraguay, entre otros.

V. Legislación argentina: el criterio de Vélez Sarsfield y la reforma del código civil de 1968

La primera recepción de la caución de daño temido en el derecho argentino la podemos encontrar en el interdicto de obra vieja de la Ley 50, ley de procedimiento civil ante tribunales nacionales, dictada en 1863.

Este interdicto de obra vieja era detallado en el Título XXIX de la Ley 50, arts. 343 a 351:

(6) Art. 1280 - O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente

(7) Art. 1281 - O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual

Art. 343 - El interdicto de obra vieja puede tener dos objetos:

1° La adopción de medidas urgentes para evitar riesgos que el mal estado de cualquier construcción pueda ofrecer.

2° Obtener su demolición.

Art. 344 - Solo podrán intentarlo:

1° Los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina.

2° Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenazare ruina.

Art. 345 - Si el interdicto tuviere por objeto medidas urgentes de precaución, el Juez, previa inspección que hará por sí de la obra, acompañado de un perito que nombrará al efecto, dictará las medidas oportunas para procurar provisional e interinamente la debida seguridad.

A la ejecución de estas medidas, serán compelidos el dueño, su administrador o apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres; y en defecto de todos, se ejecutará a costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen.

Art. 346 - El Juez podrá denegar las medidas de precaución solicitadas, si de la inspección que haga el perito no resultara la urgencia.

Ni esta providencia, ni la que dictara acordándolas son apelables.

Art. 347 - Si el interdicto tuviere por objeto la demolición de algún edificio, deducida que sea la demanda, el juez convocará a ambas partes a juicio verbal.

Art. 348 - Si por el resultado del juicio, el Juez lo creyere necesario, podrá practicar una inspección de la obra, acompañado de perito que él nombre, o las partes por su mandato, y de las mismas partes o sus defensores si lo solicitaren, extendiéndose acta de la diligencia que suscribirán los que hubieran concurrido.

Art. 349 - Dentro de los tres días siguientes al en que hubiere terminado el juicio verbal, o practicándose la diligencia de inspección, el Juez dictará sentencia.

Art. 350 - Cualquiera que esta sea, es apelable en relación y en ambos efectos.

Art. 351 - En caso de ordenarse la demolición y de resultar del juicio o de la diligencia de inspección la urgencia de ella, el Juez antes que se remitan los autos a la Corte, decretará y hará que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, en la forma que queda indicado en el 2° inciso del artículo 345.

De acuerdo a Mariani de Vidal (1971:140) este interdicto de obra vieja tomaba literalmente el articulado del mismo interdicto de la ley de enjuiciamiento española de 1855 (arts. 748 a 758) que a su vez se basaba en los preceptos de las VII Partidas (Partida III, Título 32, Ley 10)

De este interdicto resulta interesante la evidente intención preventiva, como se expresa en el objeto "*la adopción de medidas urgentes para evitar riesgos*" así como la legitimación activa, que incluye también a aquellos que tuvieran la necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción en ruina.

El interdicto de obra vieja previsto por la Ley 50 resultó aplicable hasta 1871, año en que comenzó a regir el Código Civil argentino.

El codificador, Vélez Sarsfield decide expresamente excluir a la *cautio damni infecti* de dicho Código, lo cual se evidencia en el art. 1132 con su respectiva nota:

Art. 1132: El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio.

Nota: 1132. La caución “*damni infecti*”, del Derecho romano (L. 6. Dig. “De *damni inf.*”) cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Como se observa, Vélez Sarsfield, creía que este tipo de medida conducía juicios arbitrarios y que por otro lado los intereses de los vecinos estaban garantizados por los poderes y controles administrativos.

Si bien el codificador no lo menciona expresamente la doctrina (Mariani de Vidal, Lafaille, Salvat) considera que para este artículo 1132 se tomó como fuente el art. 3695 (8) del Esbozo de Freitas y lo expresado por Aubry y Rau.

Este artículo 1132 CC se complementaba con los arts 2616 (obligación de conservar los edificios en buen estado) y con el 1134 CC (indemnización por el daño causado por ruina de edificio, posteriormente derogado por la ley 17.711).

En general esta decisión de suprimir la *cautio damni infecti* en nuestro derecho positivo fue criticada por la doctrina, incluso por Díaz Biale (1952:126) en sus comentarios a los manuscritos del codificador:

“Este artículo también sigue una solución contraria al Derecho Romano (...) Creemos acertada la solución romana: no debe permitirse la amenaza de un daño, y el propietario debe hacer cesar la grave y permanente inquietud de la posible víctima de su indiferencia. Creemos poco feliz la solución del artículo, que espera el daño para reparar; mejor es prevenirle, ya que para liberarse de la caución el propietario vecino pondrá en condiciones el edificio”.

Probablemente por esta razón en cada proyecto de reforma al Código se incluía la acción de daño temido, ya sea en el Anteproyecto de Bibiloni, o en los proyectos de 1936 y 1954.

De hecho, uno de los críticos de esta decisión del codificador fue el referente del siguiente proyecto de reforma, ya que en palabras de Borda (1971:395): “El acierto del codificador parece más que dudoso. No es justo que el vecino deba permanecer impasible ante la ruina inminente de un edificio, que puede provocarle ingentes daños materiales y aún personales; y tampoco es posible librarlo todo a la diligencia de las autoridades policiales o municipales, que, ya se sabe, no siempre cumplen con su deber.”

Finalmente, en la reforma al Código Civil de 1968 a través de la Ley 17.711, se le da recepción a esta acción en el art. 2499 in fine:

“Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.”

(8) Esbozo de Freitas - Art. 3695: No será tomado en consideración el que solicitare en juicio caución del daño que teme a causa de derrumbamiento de edificios o construcciones en ruina o por otro peligro. El que quisiere evitarlo podrá únicamente solicitar medidas policiales para la demolición o reparación, mo para el fin que le conviniere según la naturaleza de los casos. Aunque no las solicite, aunque no formule protesta alguna, no queda inhibido de exigir la indemnización del daño que llegara a sufrir.

“Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.”

Este nuevo párrafo, según lo sostenido por distintos autores, se toma del art. 1172 del Código Civil Italiano de 1942.

De la lectura de ambos artículos se desprende que ambos coinciden en la denuncia del particular al juez cuando se teme un daño, ya sea de un edificio o de otra cosa, a fin de que se “*provea para evitar el peligro*” (CC italiano) o que se “*adopten las oportunas medidas cautelares*” (CC argentino).

Sin embargo, en el derecho italiano se menciona expresamente la palabra “*garantías*” lo cual se acerca más a la noción romana de “*caución*”.

Dicho esto, si recordamos que el art. 1172 del CC italiano de 1942 se basó en el art. 699 del CC italiano de 1865; y que éste a su vez tomaba como fuente el Libro XXXIX del Digesto, resulta clara la recepción indirecta de la solución romana en nuestro derecho civil, aún considerando variantes y limitaciones.

Una de estas limitaciones es que no se derogó el art. 1132 CC en la reforma de 1968, por lo cual se plantea una evidente contradicción entre ambos preceptos.

Mariani de Vidal (1991:189) nos recuerda que en el Anteproyecto de Biliboni se reformaba también el art. 1132 a fines de lograr una solución armónica, y que es lamentable que en la ley 17.711 se “haya incurrido en *“semillante defecto de técnica legislativa”*”.

Al respecto, Borda explica que del cotejo de ambos textos se desprende que se mantiene la prohibición para el vecino de pedir garantías contra el daño eventual derivado de la ruina de un edificio, pero se deroga el segundo párrafo que negaba la acción para pedir reparación o demolición del edificio.

En comparación con la institución romana, se niega la caución, pero se admite la existencia de un daño temido y la necesidad de tomar precauciones contra el mismo.

De acuerdo a Mariani de Vidal (1991:189) la finalidad de la acción, tal cual se legisló en el art. 2499 in fine, es “*hacer saber al juez -denunciar- la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adopten las medidas necesarias para conjurarlo*”.

La legitimación activa es amplísima, como detalla Borda (1971:396) “no sólo tiene la acción el propietario vecino, sino toda persona que teme pueda resultarle un daño a sus bienes: el poseedor, sea de buena fe o mala fe, el simple tenedor, el que ostenta un simple derecho personal como el locatario, el comodatario, depositario, etc.”

La legitimación pasiva correspondería a todos aquellos que, en caso de producirse el daño, serían responsables de repararlo de acuerdo a los arts. 1113 y 1135 CC.

Debido a la redacción del art. 2499 in fine, esta acción es muy vasta en su faz cautelar, ya que el daño temido puede provenir de la ruina de un edificio o de cualquier otro evento y a su vez tiende a proteger los “*bienes*” en sentido genérico, lo que permitiría incluir todo tipo de bienes patrimoniales en el extenso alcance del art. 2312 CC.

Respecto al procedimiento aplicable a esta acción de daño temido, cabe recordar que el art. 2501 CC dispone que las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales.

Si bien se discute el carácter de la acción de daño temido como acción posesoria, al punto que muchos autores la consideran una medida autónoma eminentemente preventiva, su finalidad cautelar requiere que sea tratada en la forma procesal más expeditiva posible, es decir, a través del juicio sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCCN).

La Ley 22.434 que reformó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación estableció en el art 623 bis: - Denuncia de Daño Temido - Medidas de Seguridad:

“Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo.

Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido.”

“La intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente.”

“Las resoluciones que se dicten serán inapelables.”

“En su caso, podrán imponerse sanciones conminatorias.”

Una vez recibida la denuncia y comprobado el riesgo, el juez puede disponer todo tipo de medidas: ordenar reparaciones en edificios, trabajos de apuntalamiento, traslado de cosas muebles, suspensión de obras o actividades, etc.

Si la medida a tomar fuera la demolición de un edificio, el juez deberá escuchar previamente al propietario del mismo, a fines de respetar la garantía constitucional de la propiedad (art. 17 CN).

La vigencia de esta institución en el ámbito del derecho civil quedó evidenciada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) donde se trató la acción de daño temido en las Conclusiones de la Comisión 5 de Derechos Reales destacando su finalidad preventiva:

9.- Art. 2499 segundo párrafo CC. Se ratifica la declaración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) en el sentido que: “La acción del 2º párrafo del Art. 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión”. Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño. Las normas procesales que desplazan la intervención jurisdiccional ante la actuación de la autoridad administrativa son inconstitucionales (Arts. 43 y 75 inciso 12 CN).

10.- Contradicción entre los arts. 1132 y 2499 segundo párrafo del Código Civil.

Frente a la contradicción existente entre el artículo 1132 y el 2499 segundo párrafo del Código Civil prevalece este último.

Esto se complementó a su vez con el tema de la Comisión 3 de Derecho de Daños que se trató de “Principios de Prevención y de Precaución”. Entre las conclusiones de esta Comisión se subrayó que:

El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños.

El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención.

El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento.

Lo expuesto por ambas Comisiones permite delinear claramente la orientación actual en el derecho civil, priorizando la prevención del daño más allá de la obligación de reparar y retomando por ende en forma tácita aquella noción romana manifestada en el Digesto.

Esta orientación sobre la función preventiva del daño se refleja asimismo en el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial, presentado en marzo 2012:

Artículo 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Más adelante se define en este Proyecto el deber de prevención del daño y se caracteriza a la “acción preventiva”:

Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.-

Artículo 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé.

VI. Proyección en el derecho ambiental

A la espera de las repercusiones sobre la “acción preventiva” presentada en el Proyecto de Código Civil y Comercial, cabe explorar la proyección de la acción de daño temido en el ámbito del derecho ambiental.

Como se mencionó anteriormente, el agregado del art. 2499 in fine posibilitó una medida cautelar, de legitimación activa muy amplia, sin limitación sobre la cosa que hace temer el daño (“*de un edificio o de otra cosa*”).

Sin que reproduzca en todos sus aspectos la caución de daño temido propia del derecho romano, hay una coincidencia innegable: ser una medida de carácter preventivo ante un daño futuro.

Y es en este enfoque preventivo donde la acción de daño temido se proyecta en el derecho ambiental, tal como sostienen diversos autores.

En efecto, al decir de Luna (2007:62-63), el daño ambiental reúne ciertos caracteres consensuados en la doctrina: recae sobre bienes de una comunidad, es de lenta exteriorización, son daños de gran magnitud, afectan amplias superficies -lo que justifica su tratamiento a nivel supranacional- la prueba de relación causal entre el daño y la actividad contaminante es muy complicada y por último plantea la dificultad o imposibilidad en ciertos casos de recomposición. Por ello expresa Esaín que en derecho ambiental “*será fundamental actuar antes del daño*” ya que nunca se podrá lograr la reparación o recomposición -entendida como el estado anterior al evento contaminante- “*la que por regla biológica es imposible, por la dinámica de los ecosistemas*”.

Todos estos caracteres motivan, como sostiene Andorno (2001:3) que el principio de prevención sea “uno de los principios fundamentales que orientan la llamada tutela del medio ambiente”.

Cafferata (2004:5) define al principio de prevención como aquel que “*tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable*” definición que podemos asociar claramente a aquella de “*damnum infectum*” expuesta por Gayo en el Libro 39 Título 2 del Digesto.

En cuanto a la finalidad de este principio, Esaín (2004:3) explica que requiere “*actuar jurídicamente, procurando impedir, dentro de los límites racionales, todo aquello que lleve en sí mismo peligro de generar un perjuicio ambiental, debiéndose utilizar los medios más adecuados para frustrar la amenaza de daño de todo factor degradante, el que se proyectará sobre la idea de daño futuro*”.

En el plano normativo, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró este principio de prevención en el artículo 41, en el primer párrafo:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer

las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Este art. 41 se complementa con el art. 43 CN primer y segundo párrafo, donde se establece el amparo como una vía de protección de los intereses colectivos, entre ellos, de los relativos al medio ambiente. (9)

Posteriormente, en la Ley 25.675, Ley General de Ambiente, sancionada en el 2002, se contempló el principio de prevención en el art. 4 tercer párrafo: Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Esta misma ley definió al daño ambiental en el art. 27 in fine donde dice: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos”.

Tomando entonces la prevención como uno de los pilares fundamentales del derecho ambiental, se comprende fácilmente que el concepto de “daño temido” de la solución romana resulte especialmente interesante y aplicable para la tutela civil del medio ambiente, complementando incluso las normas de derecho público.

Bustamante Alsina (1995: 147-148) sostenía que se podía interponer esta acción de daño temido ante la instalación de una industria contaminante, por parte del vecino o no que se encontrara expuesto a sufrir el perjuicio, para que el juez dispusiera las oportunas medidas cautelares “*ya sea suspensión de las obras o de la actividad, hasta comprobar pericialmente que se ha instalado un sistema de antipolución que garantice en los hechos la incontaminación del ambiente*”.

Para ejemplificar este caso, este autor citaba un fallo inédito de la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, de fecha 19/5/1994, en los autos “Veintiocho de Agosto S.A. v. Mastellone Hnos. s/denuncia de daño temido” donde se admitía “*la medida de no innovar peticionada por la actora ordenando a la demandada abstenerse de volcar efluentes industriales en las lagunas de estabilización indicadas en la demanda*” (Bustamante Alsina, 1994:8).

Andorno (2001:7) a su vez contempla la “acción de daño temido” del art 2499 in fine como “*otra vía preventiva para la defensa del medio ambiente*” y en el mismo sentido la han calificado otros autores tales como Saux, Luna, por citar algunos.

(9) Art. 43 CN - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Besalú Parkinson (1997:6-8) destaca en principio que “*en lo referido al perjuicio ambiental, si el derecho privado está llamado a desempeñar algún papel, el mismo ha de ser a nivel preventivo*” y así considera la acción de daño temido como “*procedente para la defensa del medio ambiente*” ya que el peligro puede derivar “*de cualquier evento, sin limitación alguna*” y el juez puede dictar un variado rango de medidas cautelares.

Por su lado Cossari (2007:71) distingue que si bien esta acción proviene de los derechos reales “*desborda esta materia transformándose en un verdadero instituto preventivo de daños*” entre ellos el daño ambiental.

En cuanto a la complementación con el derecho público, concluimos con lo expresado por Garrido Cordobera (2007:11), que manifiesta que este art. 2499 in fine juega armónicamente con las normas recientes mencionadas ut-supra, expresamente destinadas a la protección ambiental, como ser el art. 41 y 43 CN y la Ley 25.675 de 2002 (Ley del Ambiente) al punto que se podría tomar esta acción de daño temido como “*una suerte de acción popular en pro del ambiente para obtener medidas cautelares y así evitar un daño*”.

VII. Conclusión

Habiendo explorado la proyección en el derecho ambiental, cabría rescatar la importancia de esta acción de daño temido en las relaciones de vecindad.

Quizás debido al crecimiento urbano que vivió Roma, la variedad de soluciones desarrolladas para las relaciones de vecindad resulta realmente destacable.

Basta leer los fragmentos del Digesto en el Libro XXXIX para apreciar la riqueza jurídica de las medidas propuestas, con la descripción de casos puntuales que se podrían aplicar perfectamente a los conflictos urbanos actuales.

Por ejemplo, en referencia a un daño temido por obra lindera, se señala en el fragmento D 39.2.24.12 in fine: Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro LXXXI - “*Más si cavare tan profundamente en lo mío, que no pudiera sostenerse tu pared, se incurrirá en la estipulación del daño que amenaza.*”

Esto nos permite apreciar, sin duda alguna, lo útil de las soluciones romanas para responder a cuestiones tan modernas como ser los conflictos de “vecindad” en grandes centros urbanos o, como vimos ut-supra, la necesidad de protección ambiental para prevenir futuros daños.

Por todo lo expuesto, se confirma una vez más la pervivencia del derecho romano en las problemáticas legales de la actualidad, demostrando que si algunos la toman como una mera disciplina o materia histórica, es porque probablemente jamás se hayan interiorizado en la riqueza de su creación jurídica.

VIII. Bibliografía

ALEMANIA. Código civil. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb> [Consulta: 29 de marzo 2011].

ALFONSO EL SABIO. Las siete partidas. Madrid: Imprenta Real, 1807. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 29 de marzo 2011].

AMBROSIONI, Carlos. “El proceso romano”, EN: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 1963-22, 7-130.

ANDORNO, Luis O. “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 2001-I, 1068. Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar> Lexis N°0003/008040 [Consulta: 21 de abril 2011].

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de derecho romano. Buenos Aires: Depalma, 1973.

— Las acciones en el derecho privado romano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

ARGENTINA. Código civil. Buenos Aires: Zavalía, 2011.

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONNET, Juan A. Derecho romano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, EN: Revista chilena de derecho privado. Santiago de Chile, 2008-10, 173-182.

BESALÚ PARKINSON, Aurora. “Prevención en derecho ambiental: Soluciones en derecho privado”, EN: Jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1997-I, 781. Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Lexis/Nº0003/001125> [Consulta: 21 abril 2011].

BONFANTE, Pietro. Instituciones de derecho romano. Madrid: Reus, 1929.

BORDA, Guillermo. La reforma de 1968 al código civil. Buenos Aires: Perrot, 1971.

— Tratado de derecho civil: Derechos reales. Buenos Aires: Perrot, 1973, t.1.

BRASIL. Código civil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm [Consulta: 29 marzo 2011]

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Derecho ambiental. Fundamentación normativa. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

— “Responsabilidad civil por daño ambiental”, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1994-C, 1052. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

CAFFERATA, Néstor A. “Principio precautorio y derecho ambiental”, EN: Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 2004-A, 1202. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

CATTANEO, Vincenzo. Il Codice Civile Annotato. Torino: Societa L'Unione Tipografico-Editrice, 1865. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

CHILE. Código civil Disponible en: http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm [Consulta: 29 marzo 2011].

COSSARI, Nelson A. G. “Responsabilidad civil en la Ley General del Ambiente 25675”, EN: Nelson G. Cossari y otros. Cuestiones actuales de derecho ambiental Buenos Aires: El Derecho, 2007, 67-101.

CUENCA, Humberto. Proceso civil romano. Buenos Aires: Ejea, 1957.

DÍAZ BIALET, Agustín. El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1952, v. III.

DI PIETRO, Alfredo. Derecho privado romano. Buenos Aires: Depalma, 1999.

DOMAT, Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel. La Haya: Moetjens, 1703, t. I. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

ESAÍN, José. “Derecho ambiental: el principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675”, EN: Jurisprudencia argentina, 2004-III, 1296. Disponible en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Lexis/Nº0003/010781> [Consulta: 21 de abril 2011].

ESPAÑA. Código civil. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T2.htm> [Consulta: 29 marzo 2011].

FRANCIA. Código Civil. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr> [Consulta: 29 de marzo 2011].

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona: Molinas, 1895.

GARCÍA GARRIDO, Manuel J. Diccionario de jurisprudencia romana. Madrid: Dykinson, 2000.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, t. I Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

GARRIDO CORDOBERA, Lidia. “Daño ambiental colectivo e individual”, EN: *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2007-C. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar> [Consulta: 21 de abril 2011].

GAYO. *Institutas*. Texto y notas de Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 1.

IGLESIAS, Juan. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Ariel, 1965.

ITALIA. *Código civil*. Disponible en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm [Consulta: 29 de marzo 2011].

LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1950, t. VII, v. 2.

LOCRÉ, Jean Guillaume. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des Codes français*. Paris: Treutel et Würtz, 1828, t. 13. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].

LUNA, Daniel G. “Acción de daño temido en la prevención del daño ambiental”, EN: Nelson G Cosarí y otros. *Cuestiones actuales de derecho ambiental*. Buenos Aires: El Derecho, 2007, 43-65.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*. Buenos Aires: Zavalía, 1991, t.1.

— *Interdicto de adquirir y otros aspectos de la defensa posesoria*. Buenos Aires: Zavalía, 1971.

MOJER, Mario. *La acción de daño temido*. La Plata: UNLP, 2006.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. *Derechos reales*. Buenos Aires: TEA 1973, t. 1.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. y ARGÜELLO, Luis R. *Derecho romano*. Buenos Aires: TEA, 1966, t. 2.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Universidad, 1994.

SALVAT, R. M. y ACUÑA ANZORENA, A. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. Buenos Aires: TEA, 1958, t. 4.

SAUX, Edgardo I. “La acción del daño temido como mecanismo preventivo del perjuicio todavía no causado”, EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1994-III. Disponible en: <http://www.lexis-nexis.com.ar> Lexis N°0003/002103 [Consulta: 21 de abril 2011]

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Civitas, 1986.

IX. Legislación consultada

Ley n° 25675. Política ambiental nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar> [Consulta: 29 de marzo 2011].

Ley n° 50. Procedimientos de los tribunales nacionales. Buenos Aires, 25 de agosto de 1863, EN: *Colección de leyes y decretos sobre justicia nacional*. Buenos Aires: Imprenta del Comercio del Plata, 1865. Disponible en: <http://books.google.com> [Consulta: 5 de julio 2011].