

Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio Ambiente)

A la memoria
de Don Federico de Castro

JUAN ROCA JUAN

SUMARIO: I. Justificación del tema y planteamiento. Dificultad de la concepción del «ambiente» como objeto jurídico. Los «bienes ambientales» y los intereses «difusos» o colectivos.—II. La protección preventiva de la Administración: Valores legales y prioridades. Cosas y acciones «peligrosas». Insuficiencia de las medidas preventivas.—III. Alusión al Derecho extranjero.—IV. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Encuadramiento en las «relaciones de vecindad», y la admisión de medidas judiciales de prevención de la «persistencia» del daño. Preferencia de la jurisdicción civil.—V. Abuso de derecho y la base constitucional: Protección del «interés legítimo»: La «amenaza de daño». La jurisdicción ordinaria y la protección judicial frente al daño previsible.—VI. Dificultades procesales para la ejecución efectiva de la Sentencia condenatoria a la abstención del perturbador.

— I —

Hace años escribía el profesor De Castro, maestro de todos, que «la doctrina moderna no ha sabido destacar la existencia del deber general de respeto a la persona que imponen los principios del Derecho civil; hecho lamentable —añadía— que, a pesar de que la Jurisprudencia ha encontrado remedios a los supuestos más graves, ha dificultado o impedido la justa resolución de muchos casos prácticos». Y más adelante, que «aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona» (1).

Sobre esta base, resulta ciertamente extraño que no aparezcan muy abundantes, en nuestra doctrina civilista, las expresiones de preocupación ante el horizonte que se anunciaba ya, en 1965: «Que la realización técnica llegó a un punto en el que la autoaniquilación del hombre entra en el horizonte de lo posible» (2), ni aparezca en nuestra doctrina mucha participación en esos «esfuerzos intensivos que propenden a

(1) Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, págs. 35, 36 y 38, respectivamente.

(2) Karl JASPERS, *La pregunta acerca del hombre*, Universitas, vol. III, número 3, 1965, págs. 230, 231.

proteger a la persona, en su totalidad, de las repercusiones negativas de la técnica» y, sobre todo, «frente a la falta de consideración y la codicia del hombre» (3), ni siquiera mediante el intento de una nueva reconsideración de las llamadas «relaciones de vecindad», sobre la base constitucional, salvo alguna alusión (4).

Esta especie de apartamiento privatista de tema tan importante contrasta, evidentemente, con el hecho de la general preocupación social ante las continuas agresiones a lo que se ha venido en denominar el «entorno», y con más frecuencia el «ambiente», por la contaminación amenazante, las perturbaciones del descanso y el uso abusivo de los recursos naturales escasos. Casi no pasa día sin que los medios de comunicación nos traigan noticias reveladoras del incremento de la sensibilidad popular, masiva, que demanda en forma más o menos espontánea, pero cada vez con más fuerza, una protección. Movida esta demanda —en abstracto muchas veces— por un sentimiento emocional que se traduce en exigir una actividad jurídica del Estado, preventiva y represiva. A veces, conformándose en movimientos de alcance y significación política, bajo el lema ecologista.

Acaso, la sensación de impotencia ante los hechos que la persona particular experimenta, le mueva a integrarse en las más diversas colectividades, con la fe puesta en la presión masiva que logre poner en movimiento la actividad del Estado omnipotente, y quizá por eso la cuestión se centre con criterios de muy diversa amplitud, aunque en todos subyace, posiblemente, la convicción de la imposibilidad práctica de una defensa individual y privada: Así, la amplísima aspiración a una reforma integral de las concepciones políticas y sociales que pretende, unas veces, instaurar una «ética sin fronteras» (5), y otras, un cambio social sobre la base de «una más activa participación de los ciudadanos en el plano político» (6); o, en fin, con visión más reducida, la que parte de considerar que el objeto sobre el que incide el interés protegible es el bien mismo, el «ambiente», que es común a todos.

Más el «ambiente» resulta ser un bien indefinido, complejo e integrado de muchísimos factores; tantos que, ante el formidable desarrollo industrial y los avances de la técnica, acaso podría comprender cuantos recursos existen en el planeta —y quién sabe si fuera de él— pero que se influyen recíprocamente constituyendo un sistema en equilibrio, cuya alteración puede dañar lo que, en ocasiones, se ha llamado «orden público ecológico» (7), e incluso el «orden público

(3) Hans FISCHEROFF, *Técnica y Jurisprudencia*, Universitas, vol. VIII, 1970, pág. 53.

(4) Debo consignar aquí que encuentro una alusión a los «valores esenciales de la Constitución», que aconsejan inclinarse más por la tranquilidad y salud de la persona que por las exigencias seductoras de la industrialización «a todo precio y riesgo», en el buen trabajo de M. ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, conferencia, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XXIII, pág. 74, nota 79.

(5) Vid. PECCIEI, *Quale futuro?*, Milano, 1974, pág. 75.

(6) Vid. DI GIOVANE-SQUILLANTE, *Ambiente e potere*, Milano, 1975, pág. 100.

(7) M. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, 1978.

de la naturaleza» (8), expresiones que, en realidad, puede que no logren cosa distinta que añadir apellidos a esa noción que ha sido calificada de «ilimitada» e «indefinida en sí misma» (9).

Desde otro punto de vista, no parece fácil una concepción unitaria del «ambiente» como objeto protegible, al menos en sentido jurídico. Porque el «ambiente», en cuanto circunda y condiciona la vida de la persona, comprende intereses variadísimos, que exigen muy dispares formas de protección jurídica. Habría que pensar, acaso, en ese concepto de procedencia germánica, de amplísimo contenido y no poca indeterminación, que son los «bienes de la vida» (*Lebensgüter*), que pienso pueden convertirse en «bienes jurídicos» sólo a través de que los asuma el Ordenamiento, mediante un reconocimiento puramente abstracto; y aún así, sólo se materializan como atribución a un sujeto determinado por medio de las consecuencias de la violación, en un aspecto concreto, del precepto fundamental que los reconoce; o, posiblemente, a través de los llamados «efectos reflejos», porque benefician indirectamente la esfera jurídica de sujetos determinados, pero sin atribuir un verdadero derecho subjetivo.

La dificultad de concebir el ambiente como «objeto jurídico» ha sido también observada desde el campo del Derecho administrativo, para concluir que las normas que quieran disciplinar los problemas del ambiente no pueden ser más que sectoriales (10), e incluso que la planificación territorial, que intenta armonizar y coordinar intereses diversos, no es fuente de protección de bienes jurídicos, si carecen de reconocimiento en otras normas, lo que no hace más que confirmar «la indeterminación del interés ambiental» (11).

Sin embargo, a veces se ha hecho directa alusión al ambiente —más en concreto, al «entorno»— encuadrándolo en fórmulas muy amplias e imprecisas: En Francia, el «environnement» ha sido definido como «conjunto, en un momento dado, de agentes físicos y químicos, biológicos y factores sociales susceptibles de tener un efecto directo o indirecto, inmediato o a término, sobre los seres vivientes y las actividades humanas» (12), lo que al incluir, además, los «factores sociales», puede comprender —y así hay quien lo ha observado, no sé si con cierta ironía— desde las enseñanzas o los transportes, hasta los medios de comunicación, la gastronomía y la sexualidad (13).

(8) M. PRIEUR, *La pollution atmosferique*, en *Droit et economie de l'environnement*, 1975, pág. 5.

(9) D. TALLÓN, *Considérations sur la notion d'ordre public en Droit français et en Droit anglais*, en *Mélanges Savatier*, 1963, pág. 883. Vid., también, FRANCIS CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, páginas 19 y ss.

(10) Así, GIANNINI, «Ambiente»: *Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, en *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1973, I, pág. 22. Vid. sobre este tema, MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, Madrid, 1977.

(11) Así, TORREGROSA, *Profili della tutela dell'ambiente*, en *Riv. Trim. Dir. e Proced. civile*, 1980, pág. 1338.

(12) Conseil international de la langue française. Cit. por TERNISSIEU, *Environnement et nuisances. Précis général des nuisances*, París, 1971.

(13) Así, LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, París, 1973, pág. 15.

Ello justifica que concepto tan amplio trate de reducirse a la sola realidad material y sensible, pero compartimentada en aspectos diferentes: Como equilibrio de elementos naturales, que se entiende beneficioso o indispensable a la salud humana; como conformación que se considera útil a los fines de goce estético, o a la investigación científica o histórica; o como dimensión espacial, sede de la actividad de la persona, comprendiendo las obras destinadas a la utilidad del hombre. Lo que permite hablar de «bienes ambientales», de «bienes culturales» y de «urbanismo» (14).

Así, en estricto sentido, los «bienes ambientales» que integran la primera categoría, se han ido delimitando sobre la base de valorar y tomar en consideración su utilidad, y como consecuencia, al mismo tiempo, crear una exigencia de conservación, para que se mantenga el modo de ser —o, si se quiere, el modo de vida— de los destinatarios del disfrute, como personas humanas. Pero, todavía, el concepto de «ambiente» se va reduciendo a dimensiones espaciales-territoriales en las que se desarrolla la vida asociada del hombre (como son la habitación, el lugar de trabajo, las escuelas...), por lo que la agresión que produce una perturbación del equilibrio de los elementos naturales, originando un perjuicio, o creando peligro de que éste se produzca, envuelve al mismo tiempo y uniformemente a todos aquellos que viven, habitan, trabajan o estudian en su radio de acción: A cada persona, considerada en sí misma y en su vida de relación (15), y por supuesto, las cosas.

La expresa alusión a los «bienes ambientales», que afectan a cuantos desenvuelven su vida de relación en el radio de influencia a que la perturbación alcanza, o sea, a las «colectividades», da lugar a los puntos de vista desde los que se enfoca el problema, y también a los puntos de conexión de intereses contrarios, que parecen explicar, por uno u otro camino, el escepticismo acerca de la eficacia de los medios de protección que el Derecho civil pueda ofrecer para la prevención del daño a las personas o a las cosas, por entender que protege solamente frente al daño *causado ya*, reparable a través de la tutela aquiliana, y ello mediante adaptaciones más o menos convenientes del concepto de la culpa.

En nuestra doctrina se ha escrito que «los bienes ambientales determinan la característica de un lugar», por lo que «el medio ambiente se considera hoy tutelado fundamentalmente por la Administración, en cuyo plano los particulares sólo pueden pedir que la Administración adopte las medidas necesarias», en cuanto interesados, sin perjuicio de que el medio ambiente «objeto de una especial valoración, constituye parte integrante de los bienes de la naturaleza, y por consiguiente, *objeto específico* de los derechos de uso, goce y disfrute». Es decir —parece— que objeto específico de derechos subjetivos sobre cosas, que lleva a la conclusión de que «cada propietario tutelaré su propio medio

(14) GIANNINI, cit. antes, págs. 15 16 23 y ss.

(15) En ese sentido, CORASANITI, *La tutela degli interessi diffusi davanti il giudice ordinario*, Riv. Dir. Civile, 1978, pág. 194 ss.

ambiente», salvo que «si el deterioro se proyecta sobre la zona entera, y procede de una causa externa al bien considerado, estando organizada en una comunidad de intereses, las medidas a adoptar deberán engarzarse en las relaciones internas de tal comunidad», «siempre que el medio ambiente forme parte de las características de la zona» (16).

Con ello, parece apuntarse a que la legitimación individualizada de cada persona para defender «su propio medio ambiente», puede quedar diluida en (o excluida por) esa «comunidad de intereses», en cuyas relaciones internas debe engarzarse. Lo que insinúa el tema de la legitimación para obtener la tutela preventiva y privada de los llamados «intereses difusos», o «colectivos», concepto que todavía no parece completamente delimitado (17). Porque tanto puede referirse a intereses que, por estar ligados, los representa una entidad de Derecho público (regional, municipal o profesional), o una asociación privada, que sustraen la protección al poder dispositivo del sujeto aislado. O colectividades no organizadas, pero que tienen como centro de referencia un bien jurídico que interesa a cada uno de los que integran esa colectividad (por ejemplo, una cierta «Asociación de propietarios perjudicados por los Humos Industriales» que aparece significativamente, como parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980).

En este tema de lo «individual» y lo «colectivo» otros puntos de vista se han utilizado, a propósito de los llamados «derechos del hombre», señalándose como criterios diferenciales, unas veces el *modo de ejercicio*, siendo colectivos los derechos que sólo pueden ejercitarse si varias personas se conciertan para utilizar juntas y en el mismo sentido el derecho que corresponde a cada una de ellas (y se cita como ejemplo el derecho a sindicarse); otras veces, se alude al sujeto pasivo, en cuanto se consideran como derechos que se ejercitan *frente a la colectividad*, que debe garantizar, por ejemplo, el derecho a la salud o al empleo; o por razón de la *titularidad*, según correspondan a cada persona o a las colectividades organizadas en las que se integra (18).

Esto explica, posiblemente, la dificultad que en el ámbito privado encuentra la protección jurisdiccional preventiva del daño por alteraciones ambientales, al no concretarse la necesaria delimitación del objeto, ni ser las pretensiones referibles a un solo sujeto. De manera que dentro del marco ideológico liberal del Código civil, dirigido a la protección de derechos subjetivos, la protección del «medio ambiente» parece encontrar el obstáculo de que no encajan claramente los conceptos de titularidad y legitimación, ni incluso las situaciones tutelables son previamente delimitables sin una clara referencia a un concreto derecho subjetivo lesionado.

(16) Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 1978, página 163.

(17) Vid. CONSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*. Con otros autores, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, y TORREGROSA, loc. cit., págs. 1397 y ss.

(18) Jen RIVERO, *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels*, en *Actes du Colloque de Strasbourg*, 13 et 14 Mars 1980. *Rapport général introductifs*, págs. 17 y ss.

Y no sólo explica, sino que parece justificar también: La exclusiva de la Administración, representando el interés público, para la tutela preventiva de esos «bienes ambientales»; la utilización de la tutela aquiliana, como único medio privado de protección de la persona frente al daño que individualmente haya sufrido ya por las agresiones de otro al «propio medio ambiente», y la referencia a la propiedad de las cosas como concreción de la titularidad sobre un objeto determinado.

Porque el Código civil tiende a la protección de situaciones típicas formalmente individuales, y además, literalmente, sólo alcanza a los derechos absolutos y en situaciones muy concretas («a fin de evitar todo el daño a las heredades y edificios vecinos» —dice el artículo 590 del Código civil—), para proteger frente a toda lesión que pueda causar una ingerencia no justificada por el Ordenamiento, que produzca alteración de las cosas en propiedad, o de los bienes físicos de la persona. Y así la acción de responsabilidad aquiliana completa el cuadro, porque viene a ser el instrumento que protege aquellas situaciones de poder privilegiado, en exclusiva, sobre las cosas, aunque se extienda también a los daños a la persona, físicos y morales, y en una reconsideración de la responsabilidad civil haya llegado a comprender casos en los que se protegen situaciones que no pueden ser consideradas verdaderos derechos subjetivos, y precisamente frente al ejercicio abusivo de verdaderas facultades o derechos subjetivos; lo que mediante una elaboración jurisprudencial progresiva, plasmó en el párrafo segundo del artículo 7.º del Código civil.

De manera que, en definitiva, hoy la lesión de un *bien*, a efectos de la acción indemnizatoria, no ha de coincidir necesariamente con la lesión de un derecho subjetivo, siempre que la acción perjudique un interés legítimo que no goce de «una especial prerrogativa jurídica», según la terminología jurisprudencial. Por otra parte, la Constitución española reconoce expresamente, en el artículo 24, para todos los ciudadanos, el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e *intereses legítimos*.

— II —

La preocupación estatal por la protección preventiva del ambiente se manifiesta en la cada vez más numerosa elaboración de normas administrativas, casi siempre dispersas y de carácter sectorial (19), sin duda en cumplimiento del deber de proteger a los ciudadanos. Acaso,

(19) Ley 22 Diciembre 1972, de «protección del ambiente atmosférico»; D. 6 febrero 1975; Ley 19 noviembre 1975; Ley del Suelo, art. 236, y O. 22 diciembre 1959 —rectificada en 2 febrero 1960— sobre «protección de radiaciones iónicas»; Reglamento de «Actividades molestas, insalubres y peligrosas», D. 30 noviembre y O. marzo 1963. Sobre sanidad Pública, R. D. 12 enero 1904; R. D. 12 octubre 1910, R. O. 3 enero 1923, R. D. 9 febrero 1925..., etc. Sobre instalaciones nucleares y radioactivas, D. 21 junio 1972 y Acuerdo 19 noviembre 1974 con el Organismo Internacional de Energía Atómica —B. O. 2 enero 1975—; sobre «Desechos y residuos sólidos»..., etc.

en principio, frente a los grandes poderes, no siempre controlados, de los grupos industriales y empresas, que imponen sus propios intereses y fines lucrativos, invocando con frecuencia el nombre del Progreso; expresión ésta, también utilizada con la misma o mayor frecuencia, no ya para designar un «ir hacia adelante», como simple fenómeno, sino para expresar juicios de valor sobre las conductas en el plano socio-político. Y el hecho es que entre «Progreso» y «progresismo» en la valoración de intereses, la protección estatal se manifiesta en que la Administración establece limitaciones, concede licencias, etc., de acuerdo con múltiples exigencias y en el marco de los vertiginosos avances de la industria, en función de la protección preventiva de intereses generales.

Mas con ello, el Estado crea lo que podríamos llamar «valores legales», de prevención genérica, que no siempre cubren las situaciones colectivas, ni menos las individuales. Y es que si la prevención del daño a las personas y a las cosas y la represión de las actividades dañosas se proyecta al «ambiente», como *objeto* de la protección, en cuanto bien colectivo exclusivamente (aunque sea en función de la persona), parece lógico concluir que prevención y represión no incumben al Derecho civil, por ser materia pública, administrativa y penal.

Planteamiento distinto, pero compatible y complementario, puede ser, a mi juicio, apuntar directamente a la protección *de la persona*, lo que supone una visión del problema de la tutela preventiva del daño al sujeto individual desde un ángulo diferente, cual es la posición actual del sujeto individualizado respecto a esos «bienes ambientales», cuyo equilibrio —natural o artificialmente logrado— si se rompe por la acción humana (polución del agua, del aire, ruidos, abuso de la publicidad estentórea, incluso lo que alguien denominó en Francia, muy expresivamente, «matraquage musical», etc.), produciendo un daño inmediatamente valorable, dará lugar a la acción de reparación, pero también debe procurar la protección del interés legítimo en la prevención del daño previsible. Punto éste que exige, con toda evidencia, establecer la delicada, pero imprescindible, conexión entre la acción humana y la previsibilidad del daño resultante a las personas o a las cosas. Previsión derivada en la opinión social, de la alteración que la acción produce en el medio físico, natural o artificial en el que el sujeto desarrolla su personalidad (aunque se tenga muy en cuenta que no toda alteración del medio ha de ser dañosa, necesariamente).

Sucede así que si la acción humana, alterando el medio, crea la probabilidad de un daño resultante y previsible (por ejemplo, si no nos deja descansar, o infecta nuestros pulmones) es, en sí misma, una «actividad peligrosa» (o «nociva», o «molesta»), categorías que aún teniendo un reconocimiento en la Ley («peligrosas» y «nocivas» son expresiones que empleaba ya el artículo 590 del Código civil) y, por tanto, un significado jurídico, no son más que nociones relativas, cuyo contenido no puede definirse sino en relación a una conducta humana, activa u omisiva, tomando en consideración todas las circunstancias del

(20) Jean RIVERO; loc. cit.

caso concreto. Lo que no impide, sin embargo, que en la conciencia social exista una especie de noción apriorística de «cosas y acciones peligrosas»: Acaso, aquellas que aún empleadas de acuerdo a su propio fin, o si se quiere de modo normal, se piensa que pueden crear para terceras personas peligros más posibles y probables, según la experiencia, que los que, también normalmente y según la experiencia, pueden esperarse de otras cosas o acciones de distinta naturaleza. Lo que, respecto a las cosas, puede derivar de sus específicas cualidades, de su particular estructura, de su situación, y de la liberación de las energías que acumulen, cuya descarga puede ser provocada y regulada por el hombre.

Esta posibilidad de regulación por el hombre conduce —pienso— a dos resultados: Uno es que la distinción entre una «acción humana peligrosa» y una «cosa peligrosa», en orden a la prevención del daño, puede no ser esencial si todo habrá de reducirse a la posibilidad de control por aquel que las utiliza, y a las medidas suficientes o insuficientes que adopte, en relación a las que puedan y deban adoptarse en cada caso. Con lo que se llega por ese camino, si el daño se produce, a una valoración de la conducta humana utilizando el instrumento jurídico de la culpa. El otro resultado al que antes me refería es de pura observación de la realidad, pues no parece dudoso que las medidas preventivas exigidas administrativamente, sobre bases técnicas, pero en abstracto y genéricamente, aún siendo absolutamente necesarias para el interés público, pueden dejar sin protección, en muchos casos concretos, legítimos intereses privados que están expresamente reconocidos a la persona (protección de la salud, conservación de la naturaleza para su disfrute adecuado...), aunque su protección se confíe, en principio, a los poderes públicos.

La posible y real insuficiencia de las prevenciones adoptadas por la Administración puede proceder, posiblemente, de que en las limitaciones y condicionamientos que impone valora los intereses de la colectividad organizada; pero hay el otro plano, que se proyecta en el ámbito particular y privado, por ser una exigencia vital que tenemos todos, y que en cada uno engendra, sin embargo, una posición jurídica diferenciada, aunque pueda referirse del mismo modo a un número más o menos concreto y generalizado de personas.

Por otra parte, es cierto que cada día con mayor intensidad se amplía la actuación sectorial de la Administración por medio de Reglamentos que, tendiendo a proteger a la colectividad, protegen también el interés individual. Pero no parece menos cierto —y hay quien lo ha observado agudamente— que su protección está afectada por un «coeficiente de relatividad», ya que las normas reglamentarias se determinan en función de los medios y de las prioridades, que dan la medida en la cual entiende —o se entiende— por la Administración que pueden ser satisfechos esos intereses.

Se crean así prioridades que resultan de la valoración de intereses «objetivamente antagonistas» (21) y confluyentes, que obligan a de-

(21) Así РОДОТА, *Introduzione, a La responsabilità dell'impresa per i danni*

finir los límites de preeminencia del interés del sujeto privado respecto al interés general de las actividades productivas.

Esta realidad aflora claramente en el Código civil italiano de 1942 (fecha significativa), cuando en materia de inmisiones de humos, ruidos, olores, etc., además de fijar el límite de la *tolerabilidad*, manda a los jueces contemperar las razones de la propiedad con las exigencias de la producción, pudiendo tener en cuenta las prioridades de un determinado uso (art. 844). Y, con una elasticidad y ambigüedad casi indescriptibles, en nuestro Reglamento de 30 de noviembre de 1961 se manda —art. 5— que para hacer la calificación de una industria como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, «aun sin merma de la comodidad de los vecinos, *no se pongan excesivas trabas* al ejercicio de las industrias...». Lo que da margen, posiblemente, para que observadas las *trabas*, o límites (por cierto, no excesivas) impuestas por la Administración, se esté produciendo una concreta amenaza de daño, materialmente injusto, a terceros, tras el parapeto de la licitud del acto que lo causa, según las normas administrativas. (Cabe recordar las licencias municipales de ocupación de la vía pública por establecimientos de bar o cafeterías, con sus terrazas, que acumulando centenares de personas hasta altas horas de la madrugada, hacen imposible el descanso nocturno a los vecinos, creando a veces verdaderos estados de tensión ante la imposibilidad del reposo indispensable).

Y así cabe preguntarse si las disposiciones administrativas, que se dirigen a la prevención y control de las actividades contaminantes y perturbadoras de los núcleos sociales excluyen, o no, la defensa individualizada del sujeto en vía preventiva ante la jurisdicción civil ordinaria, cuando la actividad se mantiene dentro de los límites o baremos fijados por la Administración, pues de ser así quedan a la persona dos posibilidades: Excitar la actividad administrativa (que no tendrá resultado mientras no haya infracción del reglamento vigente u ordenanza en vigor) o presionarla en forma masiva o de grupo, que es fenómeno de todos los días (y basta recordar la actuación de las asociaciones de vecinos). En cualquier caso, podemos preguntarnos si la jurisdicción ordinaria queda vinculada por las limitaciones que la Administración haya fijado al perturbador, al decidir unilateralmente sobre lo que es «tolerable», sin duda, considerando esas prioridades sobre los intereses en conflicto.

La duda aparece con la lectura de las propias disposiciones administrativas: Sin ir más lejos, en el artículo 236 de la Ley del Suelo, se legitima exclusivamente a «los propietarios y titulares de derechos reales...», y sólo para exigir ante los tribunales ordinarios la «demolición de pozos, cisternas o fosas...» que vulneren lo estatuido sobre distancias en las construcciones, y «para exigir la aplicación de las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres y peligrosos»; en el artículo 2 de la Ley de 22 de abril de 1972, sobre «protección del am-

all'ambiente e ai consumatori, Milano, 1978, págs. 19-20: Afirma que las exigencias de la tutela del derecho a la salud deben medirse con las razones de un interés «objetivamente antagónico», cual es el del empresario.

biente atmosférico», parece dejarse exclusivamente en manos de la Administración las medidas preventivas que «fijan niveles de inmisión», y sin que puedan ser denegadas las licencias o autorizaciones por razones de protección del ambiente atmosférico «cuando se respeten los niveles de inmisión establecidos, y los de emisión que les sean aplicables» (arts. 3 y 4). Ciertamente que, a cambio, se establecen sanciones para los infractores, sin perjuicio de las responsabilidades civiles (y penales) «en su caso» —art. 12—, pero partiendo de la infracción sancionada previamente por la Administración, que pueden —como sabemos— haber sido puestos «sin excesivas trabas» para el ejercicio de las industrias.

De aquí que la prevención del daño a las personas o a las cosas, por las alteraciones del ambiente aparezca, de hecho, como «desprivatizada». La situación, a mi juicio, no se explica solamente por la frecuente tendencia —ya en retroceso en las modernas corrientes del pensamiento— (22) a sustituir el fenómeno de «interpenetración» necesaria de la esfera pública y la privada, por el de absorción de la esfera privada de la persona en el área de intervención del Estado, sino también porque el Código civil dedica, en el Título de las Servidumbres, y bajo la rúbrica «De las distancias y obras intermedias para algunas construcciones y plantaciones», un solo precepto, el del artículo 590, que crea limitaciones dirigidas a prevenir conflictos que podían surgir, en su época, entre propietarios. Ciertamente que no podían prever los legisladores de 1889 las incomodidades y perturbaciones creadas hoy por el desarrollo industrial; pero cierto también que en su redacción se da margen para una interpretación más flexible y práctica de lo que a primera vista pueda parecer, y que ha iniciado ya nuestra Jurisprudencia.

Por otra parte, la parquedad de tal regulación del Código contrasta con el hecho de que el fenómeno de la defensa del ambiente, desde el punto de vista del interés general, no es sólo un problema de interés público nacional, sino que los problemas suelen ser los mismos en todas las naciones, y en la mayor parte de los casos «la contaminación no reconoce fronteras», hecho que justifica el que la Comunidad Europea haya fijado objetivos para ayudar «a hacer de Europa un continente en el que resulte más sano y agradable vivir» (23), siendo forzosa una reacción conjunta (24), ante lo que el sujeto individual es inoperante.

(22) Vid. COTTA, *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, en *Riv. Dir. Civile*, marzo-aprile, 1980, págs. 121 y ss.

(23) *La Comunidad Europea hoy*, monografía, junio 1982, pág. 20, Comisión de las Comunidades Europeas.

(24) Guido GONELLA, vicepresidente del Parlamento Europeo, en *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, Note introduttiva (Ricerca diretta dal Prof. Gustavo VIGNOCCHI) en *Arch. Giurid. F. Serafini*, 1982, págs. 249 y ss. Y en el mismo lugar, GORDINI, *La tutela dell'ambiente nella Comunità Europea. Aspetti giuridici*, págs. 209 y ss., y S. ERCMAN, *L'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine du Droit d'environnement*, loc. cit., pág. 673. También ANGULO RODRÍGUEZ, *El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, págs. 921 y ss.

Más desde nuestro punto de vista, mucho más limitado (que es la prevención del daño, mediante la petición de medidas judiciales en la jurisdicción ordinaria, frente a la actividad perturbadora amenazante), la cuestión se reduce, en el plano teórico-práctico inmediato, a una concreta localización, con la posibilidad de utilización de los medios que las normas civiles ofrecen para defender el «propio medio ambiente», sin perjuicio de que las normas de prevención en interés público hayan sido confiadas a la autoridad administrativa, pues estas normas pueden desconocer, y de hecho desconocen, el interés individual y privado, como parece derivarse de algunas de ellas: Así el artículo 15 de la Ley de Protección del ambiente atmosférico, que reserva la determinación de las medidas de corrección que se hayan de imponer a cualquiera de los focos emisores, a la exclusiva competencia de la Administración, y sólo revisables en la jurisdicción contencioso-administrativa, contemplando los problemas de la prevención del daño amenazante desde el solo ángulo visual del interés público.

— III —

Una brevísima alusión al Derecho extranjero nos dará acerca del planteamiento del problema, el siguiente resultado:

En la República Federal de Alemania, el punto de partida estaba en el § 906 del BGB, en el que se dispone que el propietario de un fundo no puede prohibir las inmisiones de gas, vapores, olores, humos, calor, sacudidas, etc., provenientes de otro fundo, si no provocan daños, provocan un daño no importante, o son usuales en el lugar donde se verifican. Lo que a partir de 1960 (Ley de 22 de diciembre de 1959, en vigor en 1 de junio de 1960) se modificó en el sentido de considerar tolerables sólo las inmisiones no evitables adoptando las medidas adecuadas, y en todo caso estableciendo el derecho a indemnización cuando las perturbaciones impidan la utilización normal del fundo o reduzcan su productividad (§ 906-II). Más tarde, partiendo de que la conservación del ambiente es presupuesto necesario para el desarrollo de la personalidad, la doctrina entendió que las alteraciones dañosas del ambiente suponen la violación de un derecho de la personalidad, que en cuanto tiene un carácter absoluto, le es aplicable el § 1.004 del BGB, protección preventiva o inhibitoria, que aunque el precepto la refiere literalmente al derecho de propiedad, puede también aplicarse a los derechos de la personalidad (25).

Pero la Ley Federal de 1 de abril de 1974, sobre protección del ambiente, señaló como bienes protegibles, frente a «importantes daños y molestias», a las personas, animales, plantas y «otras cosas», con lo que se planteó el problema de hasta qué punto, al entrar la protección en su sentido más amplio, en el ámbito del Derecho público, podía aplicarse ya el artículo 906 del BGB, ya que éste se refiere a la pro-

(25) Así, FORKEL, *Inmissionsschutz und Persönlichkeitsrechte*, Köln-Berlin-Bonn. München, 1968.

tección de derechos individuales frente a las inmisiones, ofreciendo variadas dificultades prácticas. Mas la doctrina reciente considera que la Jurisprudencia, a través del § 906 ha penetrado en el Código civil, que la defensa individual es siempre posible, y que del conjunto de soluciones a los casos individuales puede, en determinadas circunstancias, lograrse una efectiva protección del medio ambiente, en interés general. Por último que, aún pudiendo apoyarse la demanda de medidas para excluir la inmisión en otros preceptos del código (singularmente en los artículos 862 y 1.004), el más amplio círculo de bienes jurídicos afectados por las perturbaciones del medio ambiente sigue siendo perfectamente defendible en el marco del Derecho privado, de acuerdo con el artículo 906 (26).

En Francia, se ha destacado el gran número de disposiciones administrativas que tienden a la protección del ambiente, legislación cuyas características han sido fijadas, incluso, señalando tres rasgos principales: Su *proliferación*, su *sedimentación* y su *parcelación* (27), lo que en materia de entorno o ambiente, ha revestido un carácter tan acentuado en cuanto a *proliferación*, que algún autor ha hablado de verdadera «pollution réglementaire» (28), singularmente a partir del año 1975.

Sin embargo, los daños por alteraciones del ambiente ha encontrado su campo de natural desarrollo en el área de las llamadas «relaciones de vecindad», basadas en el principio de «no dañarse y soportarse», según expresión de Carbonnier (29), cuya ordenación evoluciona, desde concebirse en un sentido estricto, como relaciones *entre fundos*, a una concepción más amplia, como relaciones entre personas, independientemente de su condición de propietarios (30), lo que conduce los problemas al área de la responsabilidad civil por perturbaciones de vecindad. Así, se encajan los daños por perturbaciones ambientales, sobre la base de una elaboración jurisprudencial amplia y progresiva, que abandonó el concepto de «vecindad», referido a propietarios de fincas «contiguas», para centrarlo en cualquier situación estable de la persona que la exponga a los daños. De manera que la cualidad de vecino, en la práctica, se reduce a una situación de puro hecho, sin una necesaria conexión con la cualidad de propietario. Dato que resulta deducido de la construcción jurisprudencial, que la doctrina ha señalado (31).

(26) Hay amplia indicación bibliográfica y jurisprudencial sobre el tema en el comentario de SÄCKER (Franz Jürgen) al § 96 del BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Sachenrecht* (§§ 854-1296), págs. 484 y ss. En cuanto a lo demás, que aquí se recoge, págs. 448-5 y 6.

(27) CABALLERO, Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, 1981, pág. 25.

(28) CHARBONNEAU-S., *L'Etat et le droit de l'environnement*, en *Revue Esprit*, Octubre 1976 (tomo la citada literalmente de CABALLERO, nota anterior).

(29) CARBONNIER, *Les biens*, 8.º edit., 1975, núm. 58: «Ne pas nuire et se supporter».

(30) BLAISE, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports du voisinage*, en *Revue Trim. Droit Civil*, 1965, 261, núm. 43.

(31) Entre otros, SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, t. I, núm. 70, MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil. Les obligations*, t. II, núm. 462.

La independencia de la cualidad de vecino respecto a la de propietario se refiere, tanto al perturbador, como al que sufre el daño: El arrendatario, el poseedor, el usufructuario... pueden estar, sin ser propietarios de inmuebles, en tales situaciones. Y como hoy son enormes las posibilidades de propagación de humos, ruidos, olores, etc., en extensiones muy grandes, tal y como señala un autor francés (32), el «trouble de voisinage», en sentido estricto, se ha convertido en «trouble d'environnement».

En Italia, se manifiesta claramente la tendencia, cada vez más acentuada, ante la realidad de la insuficiencia de las medidas preventivas de la Administración, a la utilización de instrumentos puramente privatísticos, además de influir la exigencia teórico-práctica de colocar a cada sujeto en una posición autónoma en el área del sistema de protección, ofreciéndole la posibilidad de utilizar los medios de defensa para la conservación de un bien que afecta en todo momento a su existencia y al desenvolvimiento de su personalidad, agregando que de ello puede derivar una eficaz tutela para los intereses de la colectividad (33).

En general, la doctrina parece discurrir sobre el análisis del artículo 844 del Codice, mediante una interpretación amplia, adaptando las normas sobre responsabilidad civil y prescindiendo de la atribución de verdaderos derechos subjetivos al ambiente. A veces, en relación con el «derecho a la salud», reconocido constitucionalmente, y mediante un examen minucioso de una muy abundante jurisprudencia, se invocan los preceptos constitucionales, no como *fuerza*, sino como *fundamento* de la protección. La conclusión práctica a la que parece llegar la doctrina más reciente es la de que es posible la utilización de la acción de cesación, o inhibitoria, e incluso de las acciones de tutela provisional, o interdictales (34).

En USA, el problema se ha planteado desde el punto de vista de las agrupaciones de interesados, con una técnica procesal que, prescindiendo de una verdadera organización del grupo, se basa únicamente en una multiplicidad de interesados. Es la técnica de las «class actions», instrumento procesal que ofrece a la parte la posibilidad de hacer valer en juicio, cuando concurren determinados presupuestos, no sólo el derecho propio, sino también el de otros muchos sujetos, sin que sean parte en el juicio de un modo formal, aunque la eficacia de la sentencia se extiende a todos los interesados. La dificultad práctica que se señala está en las limitaciones impuestas, dada la cuantía mínima que

(32) NICOLAS, *La protection du voisinage*, en *Rev. Trim. Droit Civil*, 1976.

(33) Así, PATTI, S., *Ambiente (Tutela civilistica)* en *Dizionario del Diritto privato IRTI*, 1980.

(34) Además del anteriormente citado, vid. TORREGROSA, ob. cit.; DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, CEDAM, 1982; CUTRUPA, *Responsabilità civile da inquinamento dell'ambiente e copertura del rischio relativo*, Relazione al terzo Congreso Internacional de la Asociación de juristas Italia-USA, svoltosi a Trieste e a Grado l'8 e il 9 maggio 1981, en *Giustizia Civile*, II, 1982, págs. 95 a 106; VISINTINI, *Il divieto de immissioni e il diritto a la salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, en *Riv. Dir. Civile*, II, 1980, págs. 249 y ss.; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970.

se exige, y la frecuente dificultad de que se dé una pluralidad de daños individuales análogos (35).

Se observa que, partiendo del criterio jurisprudencial de aplicar los principios del «common law», parece que el control de las actividades contaminantes por medio de instrumentos de derecho privado tiene un papel marginal en el ámbito de los programas de protección del ambiente, pero se señala también la tendencia, que cada vez tiene mayor predicamento, de los que consideran que las reglas de Derecho privado son un útil instrumento de defensa de los valores ecológicos (36)

— IV —

Con estos antecedentes, es preciso aludir ya a la posición adoptada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando ha tenido que enfrentarse con el tema de los daños producidos a las personas o a las cosas por alteraciones del medio ambiental. De modo general, nuestro Tribunal Supremo ha acudido al instrumento de la responsabilidad civil aquiliana, sobre la base de una progresiva interpretación de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, y a una adaptación del concepto de la culpa que va, desde un estricto concepto subjetivo, hasta hacer valoraciones de «culpa objetiva», y de «creación del riesgo», en concretos supuestos de daños por inmisiones. Con ello se trata de hacer posible la aplicabilidad de los apartados 2.º y 4.º del artículo 1.908 que tratan, como es sabido, de la responsabilidad de los propietarios «por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», y por «las emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren». Aunque en alguna sentencia aparenta sostener un criterio literal y restrictivo (como en la sentencia de 28 de junio de 1979, Considerando 2.º), en realidad la *ratio decidendi* fue la falta de prueba de la relación de causalidad, y en otras adopta claramente el criterio de una interpretación extensiva del artículo 1.908 (caso de la Sentencia de 14 de julio de 1982).

De un breve repaso a los criterios jurisprudenciales, creo que pueden extraerse algunas conclusiones: La primera es la afirmación de que no es prueba de la diligencia que exonera de responsabilidad el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias (Sentencias de 25 de marzo de 1954, 30 de junio de 1959 y 11 de mayo de 1971); la segunda consiste en que tales disposiciones no bastan para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando su ineficacia respecto al fin perseguido (Sentencias de 5 de abril de 1963 y 2 de febrero de 1976).

(35) ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nord-americana*, en *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*, Milano, 1976, páginas 248 y ss., y en *Riv. Dir. Civile*, 1976, págs. 227 y ss.

(36) Sobre el tema, vid. ALPA-BESONE, en *Riv. Dir. Commerciale*, 1974, Parte Prima, págs. 248 y ss. Y en *Riv. Diritto Civile*, 1976, págs. 227 y ss.

Tales criterios encierran importancia, porque revelan la conciencia de los juzgadores respecto a la insuficiencia que pueden tener, y tienen de hecho, las previsiones técnico-administrativas dirigidas a lograr una protección preventiva, genérica y abstracta, de las alteraciones del ambiente para evitar el daño a las personas o a las cosas.

Cierto que hay casos en los que invoca la falta de licencia administrativa como indudable negligencia del autor de daños en el ejercicio de una industria, pero lo hace porque tuvo «repercusión directa en el siniestro» (Sentencia de 8 de julio de 1982); o que exonera de responsabilidad aludiendo a que en la instalación de un cable de alta tensión no hubo infracción de los preceptos reglamentarios que eran aplicables, pero la razón en que la Sentencia se apoya para exonerar de responsabilidad a la empresa demandada no fue esa, sino «la conducta imprudente de los siniestrados».

Parece, por tanto, que nadie puede parapetarse tras las licencias administrativas y condicionamientos reglamentarios para causar daños o molestias sin responsabilidad, porque el resultado dañoso revela la insuficiencia de las medidas administrativas adoptadas.

Mas los anteriores criterios se han expresado en supuestos de daños «ya causados» por inmisiones, en aplicación del instrumento de la responsabilidad civil que, en ocasiones, se ha encontrado con el hecho de que ha sido puesta en duda la competencia de la jurisdicción ordinaria para ordenar medidas preventivas, cuando las disposiciones de la Administración no han sido suficientes para prevenir el daño *causado ya*, y evitar que el daño *se siga produciendo*.

En este punto es significativa, pero sobre todo esclarecedora, la Sentencia de 12 de diciembre de 1980, que en un supuesto de indemnización de perjuicios en la vegetación de una zona por humos industriales, polvo y gases, procedentes de una empresa eléctrica, que los expulsaba por sus chimeneas, tuvo ocasión de sentar criterios importantes. Mas lo que importa es que el Tribunal Supremo enmarcó el supuesto en el área de las «relaciones de vecindad», y consideró que, aún no conteniendo nuestro Código normas semejantes a la del artículo 844 del Código civil italiano y 1.346 del portugués, que acuden a los principios de *normalidad* y *tolerabilidad* de las molestias, se pueden, sin embargo, inducir de «una *adecuada* interpretación del artículo 1.902, y de la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento, según los dictados de la buena fe, que se obtienen por *generalización analógica de los artículos 590 y 1.908*». Esta Sentencia introduce dos elementos ideológicos de importancia, cuales son la «adecuada» interpretación de los preceptos reguladores de la culpa aquiliana, y el de la «generalización analógica» de las normas limitativas del artículo 590, que la doctrina ya había sugerido. Además, la expresa referencia que hace al Reglamento de Actividades molestas y a la Ley sobre Desechos y Residuos sólidos como «simples pautas orientadoras».

Pero aún más importante me parece la afirmación que hace esta Sentencia de que «no obstante su interés para la economía nacional, el ejercicio de una industria debe desenvolverse en su funcionamiento

guardando el debido respeto a la propiedad ajena, pues no le autoriza para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares». Lo que supone, a mi juicio, la corrección posible, por parte de la jurisdicción ordinaria, de la valoración de intereses que la Administración haya hecho al fijar baremos y conceder licencias y autorizaciones. Lo que reafirma más adelante, con toda claridad, cuando afirma que el interés público no excluye la obligación de *evitar los daños, además de la indemnización*, «prescindiendo de toda idea de culpa, por tratarse de responsabilidad *con nota de objetiva*».

Todavía, esta importante Sentencia del Tribunal Supremo contiene otro elemento no menos significativo del esfuerzo de adaptación de las normas del Código civil a las necesidades actuales impuestas por el desarrollo industrial, pues declara también que el perjudicado puede reaccionar frente el deterioro *«instando la cesación de la actividad lesiva»*, a fin de evitar la prosecución del menoscabo patrimonial, pues la necesidad de poner término a la actividad dañosa ha de ser calificada efecto jurídico del agravio»; y singularmente que la protección de los derechos *«no se contrae exclusivamente* a la reparación de los perjuicios originados ya, sino que también ha de extenderse a las *medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales»*.

El Considerando 6.º de esta resolución de nuestro Tribunal Supremo adquiere también un valor singular, pues rechaza la alegación de que la Sentencia que imponía determinadas medidas técnicas de prevención invadía la jurisdicción correspondiente a la Administración pública, infringiendo la competencia positiva de ésta, atribuida por los artículos 15 y 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1972, y también lo dispuesto sobre competencia de la jurisdicción ordinaria en los artículos 51 y 53-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia rechaza tal alegación sobre la base de que la Ley citada atribuye a la Administración exclusiva competencia para determinar las medidas correctoras que se hayan de imponer a los focos emisores (lo que reiteran los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de 6 de febrero de 1973), porque tales disposiciones aluden en locuciones de gran amplitud, a la defensa contra la contaminación atmosférica, pero refiriéndose en su preámbulo a «los estados generales de perturbación del medio ambiente, de clara referencia a intereses públicos, no equiparables a las lesiones que demandan, no sólo indemnización, sino también el remedio a la actividad que ocasiona el menoscabo». El Considerando concluye estableciendo que «una cosa es el permiso de instalación de una industria y la indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cometido propio de la Administración, y otra bien distinta que, cuando por no cumplir los requisitos ordenados, o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produzca un daño a la propiedad de terceros y se siga un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil; citando, por último, la propia Jurisprudencia de la Sala (Sentencias de 1 de febrero de 1966, 8 de julio de 1968 y 5 de junio de 1976) en las que establece la doctrina de que la jurisdicción ordinaria es fuente o

raíz de todas las demás, y por ello tiene vis atractiva en los casos dudosos.

Sin embargo, la Sentencia sigue la dirección consistente en adoptar los criterios de normalidad y tolerabilidad de las molestias —como hemos visto— invocando preceptos del Derecho extranjero (lo que no ha dejado de fatigar la mente de los juristas en cuanto a la determinación de tales límites, y también en España en cuanto al uso «normal» de los derechos), pero en nuestro Código no existen en materia de relaciones de vecindad preceptos semejantes en los que apoyar esos criterios, y la Sentencia acude a otros, aún más evanescentes, como son los de «correcta vecindad» y «comportamiento conforme a los dictados de la buena fe», «aunque prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse —dice— de responsabilidad con nota de objetiva», parece que a fin de hacer viable la aplicabilidad de los artículos 590 y 1.908, mediante una «generalización analógica».

Y es que hay que reconocer que el precepto del artículo 590 establece solamente limitaciones de la propiedad referidas a un elenco abierto de cosas y actividades, pero cuya relación con la amenaza de daño por perturbaciones ambientales (humos, polvo, ruidos, etc.) es manifiesta, siendo su fin evitar la *nocividad o peligrosidad*, con lo que liga así los conflictos de vecindad por inmisiones con la prevención frente a las perturbaciones ambientales, aunque literalmente se dirija el precepto «a evitar» todo daño a las heredades o edificios vecinos». Y como el artículo 1.908 atribuye responsabilidad a los propietarios de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, sustancias explosivas, humos excesivos «nocivos a las *personas* o a las propiedades», el proceso interpretativo por «vía de generalización analógica» —según dice la Sentencia— conduce rápidamente, aunque por tortuosa vía, a entender que vecindad no es necesariamente contigüidad de *propiedades*, ya que como la responsabilidad se extiende por cuanto resulte nocivo «a las personas y a las propiedades», el evitar esos daños a «propiedades y heredades» —según la literalidad del artículo 590—, no puede dejar de extenderse a *evitar* también el daño a las personas.

Cierto que el propio artículo 590 exige para toda actividad que pueda ser perturbadora que «se ejecuten las obras de resguardo necesarias con sujeción a los reglamentos y en las condiciones que los mismos reglamentos prescriban», pero también dice que «a falta de reglamento se tomarán las precauciones necesarias, previo dictamen pericial», a fin de evitar el daño. Y parece que cuando las prevenciones reglamentarias adolezcan de *insuficiencia*, es que *faltan reglamentos para el caso concreto*, y produciéndose un conflicto entre particulares, el conocimiento compete a la jurisdicción civil, como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, porque la observancia del reglamento es, como también ha declarado, simple «pauta orientadora» para el juzgador.

En resumen, la doctrina jurisprudencial expuesta supone, evidentemente, un esfuerzo de adaptación muy estimable; pero cabe observar —quizá por el carácter del caso planteado y resuelto— que la respon-

sabilidad civil se considera con referencia a un concreto derecho subjetivo absoluto, cual es el derecho de propiedad, y que las medidas de prevención se adoptan para excluir *la persistencia de un daño causado ya*; para evitar que se siga produciendo, lo que deja en pie el tema de la adopción de medidas que eviten la de otro modo inevitable producción (y no «reproducción») de los efectos dañosos, y también cuando la amenaza de daño se proyecte, no a un concreto derecho subjetivo, sino a la situación jurídica de la persona, a la esfera de sus intereses legítimos.

— V —

Un primer apoyo para la protección del interés privado, en vía preventiva y ante la jurisdicción civil, frente a las agresiones del ambiente realizadas tras el parapeto reglamentario, podíamos encontrarlo en la aplicación del límite del abuso del derecho, pero hoy lo encontramos también en los preceptos constitucionales, que mandan la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales de los *intereses legítimos de toda persona*, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo que en abstracto reconoce expresamente el artículo 24-1 de la Constitución, pero que puede referirse en concreto al derecho a «la protección de la salud», que también reconoce expresamente el artículo 43-1, separadamente de la atribución a los poderes públicos de la competencia para «organizar y tutelar la salud pública», que hace el apartado 2 del propio artículo 43. También el artículo 45-1 atribuye «a todos» el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; lo que —como en el precepto referido a la salud— no excluye que, en precepto aparte (párrafo 2) se atribuya a los poderes públicos, con base en la indispensable solidaridad colectiva, velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, dejando previstas sanciones administrativas y penales para los infractores, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado (apartado 3).

De manera que, junto a la tutela confiada a los poderes públicos, que deberá proteger los intereses de la colectividad organizada, se reconoce también expresamente el plano en el que la protección se proyecta en el ámbito particular y privado, ya que «todos tenemos derecho a «disfrutar», y a «la protección de la salud», que al ser cosa de todos, engendra en cada uno una posición jurídica diferenciada en su esfera personal, aunque pueda referirse del mismo modo a un número inconcreto de personas. Ciertamente que es lícito pensar que no siendo la «salud» y el «medio ambiente» conceptos absolutos e inamovibles, sino relativos y variables, no hay en esos preceptos constitucionales la atribución de un verdadero derecho subjetivo específicamente determinado a cada persona, pero sí un interés legítimo, expresamente reconocido, a que se respete su individualidad, y que debe protegerse por Jueces y Tribunales, ya que la protección alcanza, no sólo a los derechos, sino —diferenciadamente— a los legítimos intereses (art. 24).

Distinción no intrascendente, porque mientras la reparación del daño *causado ya* a las personas o a las cosas, se refiere a un concreto derecho subjetivo a la indemnización correspondiente, la «prevención del daño» está en el área del interés legítimo de la persona en que el daño *no llegue a producirse*, en su persona, en sus cosas o en sus actividades.

La utilización por la doctrina civilística del concepto «intereses legítimos» (surgido en la doctrina administrativa), ha llevado a una reconsideración de la tutela aquiliana, evolucionando el concepto de «daño»: Desde la concepción antigua, que lo entendió como alteración de las cosas en propiedad y de los bienes físicos de la persona, que el Ordenamiento protege en su concreta individualidad, identificando así el daño con la lesión de un derecho subjetivo (que es poder concreto y privilegiado), se llega a que no toda perturbación del derecho subjetivo constituye un daño resarcible (caso, por ejemplo, de una oposición a la titularidad, o la creación de un peligro de daño todavía no producido); y al contrario, a que la alteración de un *bien* no coincide tampoco, necesariamente, con la lesión de un verdadero derecho subjetivo, como sucede en el caso de los intereses legítimos de la persona, contenido de su esfera personal como situación protegida. El «interés legítimo» puede así utilizarse —pienso— para referirse a que toda atribución de poder concreto, que conlleva la posibilidad de un ejercicio discrecional, impone implícitamente una genérica restricción: La de no lesionar a otro en su esfera individual.

Ciertamente que la palabra «interés» tiene un significado múltiple, por lo que el jurista puede considerar interés —como dice Maroi (37)— «todo aquello que importa o conviene a la justa utilidad de cada uno»: lo que sucede es que la protección del interés, en cuanto legítimo, es específica y directa en el derecho subjetivo, pero también es legítimo el que forma parte de las situaciones que la Ley reconoce sin una concreta atribución de poder, y que es igualmente digno de protección. El concepto se utiliza en materia de responsabilidad por lesión de tales intereses legítimos, que no gozan de especial protección, y probablemente por dos motivos: Para extender la discrecionalidad de los jueces, necesaria para colmar las lagunas que deja una concepción excesivamente rígida del derecho subjetivo, y porque no es fácil encerrar en categorías herméticas toda una realidad social y económica, que cambia constantemente y crea el clima propicio para aprovecharlo con fines particulares en perjuicio de la esfera personal de terceros.

El concepto está ampliamente recogido en nuestra jurisprudencia, a propósito del ejercicio abusivo de los derechos: El daño a «*un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica*», o a «*intereses que carecen de otra protección jurídica*», o «*la utilización de un derecho de modo contrario a la convivencia*», son conceptos explícitamente contenidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944; 6 de febrero de 1959 y 10 de junio de 1963, respectivamente. En cuanto a que el abuso puede referirse, tanto a daños producidos

(37) MAROI, *Interesse*, en *Enciclopedia italiana*.

«con carácter reparatorio, como a los futuros y previsibles», lo admitieron Sentencias, como la de 9 de marzo de 1961, 4 de mayo de 1967 y 30 de junio de 1969 (38).

Hoy, con mayor motivo, porque al estar expresamente reconocido en la Constitución, a «todos», y por tanto a cada uno, el interés legítimo en la conservación del ambiente y en la protección de la propia salud, no parece que se encuentre obstáculo para la protección preventiva por los Tribunales ordinarios, ya que los preceptos de la Constitución que los reconocen sirven —a mi parecer— como una concreta «garantía constitucional», básica, para la interpretación extensiva e integradora de los preceptos del Código, máxime cuando la directa alegación ante los Tribunales está expresamente reconocida por la propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (39).

Hemos visto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo admite que la jurisdicción ordinaria pueda adoptar medidas de prevención del daño previsible, pero sobre la base de un daño producido ya, en vía de responsabilidad civil, y para evitar que el daño se *siga produciendo*; lo que implica una acción «post damnum». Sin embargo, la prevención puede no partir de un hecho dañoso ya producido en el que fundar la acción: Puede que el hecho en que se funde consista en una infracción de las limitaciones impuestas por la Administración, y en consecuencia, si el daño no se ha producido —o individualizado— en primer lugar la Administración podrá sancionar, a instancia de los interesados, o de oficio, las infracciones. Pero cuando no se ha producido ninguna infracción de las limitaciones impuestas administrativamente, la acción de prevención ante la jurisdicción ordinaria, dirigida a que se adopten medidas que eviten un daño previsible, no queda excluida, a mi parecer, porque ha de fundarse también, necesariamente, en un hecho concreto: La situación premonitoria de un daño. Si se admite la adopción judicial de medidas preventivas, partiendo del hecho de que el daño ya se ha producido, no se ve inconveniente en admitir también que el temor fundado en circunstancias objetivas de que el daño se produzca, justifique tales medidas preventivas, pues tanto da que el daño *se siga produciendo*, que evitar que el daño *llegue a producirse*.

Por otra parte, la adopción de medidas de prevención ante el daño previsible, está expresamente contemplada en nuestro Ordenamiento, restringiendo la libertad de acción de los particulares antes de que se

(38) Vid. mi trabajo sobre el Abuso del derecho, en el Comentario al artículo 7-2.º del Código civil, en el que se recoge sistemáticamente la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Con otros autores, vol. I, págs. 271 y ss., Tecnos, 1977.

(39) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1982, en la que afirma: «... la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro Ordenamiento... Por ello es *indudable* que sus preceptos son alegables ante los Tribunales». Y la de 23 abril 1982 sólo admite como excepciones aquellos casos «en que así lo imponga la propia Constitución, o en que la naturaleza de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable».

produzca el daño al interés protegible (función de los interdictos de obra ruinosa).

La situación premonitoria del daño es el *peligro*, lo que resulta más determinado que el simple riesgo. Acaso, la diferencia entre el peligro y el daño no esté solamente en la manera de reaccionar el Ordenamiento (medidas de prevención, en un caso; indemnización en el otro), sino en el objeto sobre el que recae o se proyecta el interés que es la causa de la acción protectora: Si el objeto es el bien mismo, la consecuencia es que el interés protegible se concreta solamente en el daño, mientras que si el objeto del interés lo constituyen *las condiciones necesarias o favorables a la existencia y conservación del bien, o la posición actual del bien respecto al sujeto*, el perjuicio aparece cualificado como peligro, entendido éste como *fundada probabilidad* de un evento lesivo, y no como simple *posibilidad* de un daño, porque la simple posibilidad puede darse aún en las acciones más corrientes y ordinarias de la vida.

Claro que el peligro, como probabilidad de daño futuro, constituye una amenaza, que en sí es, ya, una infracción del deber general de respeto a la persona, además del futuro daño que se prevé. De manera que quizá pueda concluirse: 1.º Que la de prevención es acción que ha de fundarse en *hechos actuales* que son anunciadores de un daño, mientras que el daño es en sí, todavía, un hecho futuro y eventual (amenaza de daño). 2.º Que la acción de prevención no se dirige solamente a borrar o a hacer desaparecer los hechos amenazantes, sino a paralizar el proceso que irremediablemente habría de conducir al sacrificio del bien que se quiere proteger, o a ponerlo en evidente peligro de ser sacrificado. Y 3.º La acción de prevención se justifica *antes* de que el daño se produzca, pero siempre *después* de que se produzcan los hechos sintomáticos o premonitores de la peligrosidad, y para hacer cesar la «amenaza de daño».

Estas consideraciones no estaban ausente, sino muy expresadas, en el Proyecto de Código civil de 1851, cuya Sección 8.ª, Capítulo II, Título V, ostentaba la rúbrica «De la obligación de prevenir un daño que amenaza», y desde antiguo, aún con referencia al interdicto de obra ruinosa, se vio la confluencia de las dos zonas de intereses en la prevención del daño amenazante: El público y general y el del particular directamente amenazado, al que se legitima, por eso, para interponer el interdicto de obra ruinosa (arts. 1.676-1.685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero también se facultó a la autoridad administrativa para adoptar resoluciones preventivas, y ya en la Novísima Recopilación aparece (40). De manera que el carácter complementario de las dos vías de protección preventiva frente a la amenaza, sin que la actuación pública y administrativa excluya a la jurisdicción ordinaria, está desde hace mucho tiempo reconocido.

El punto concerniente a la legitimación de los particulares para exigir ante la jurisdicción ordinaria medidas de protección, se solucionó

(40) Vid. Nov. Recop. Libro VII, Tít. 32, 1 y 2. Además, R. D. 5 marzo 1897.

por la vía de apreciar judicialmente la directa e inmediata amenaza que se derive de la particular situación de la persona (transeúnte que tenga necesidad de pasar por las inmediaciones, o los que tengan alguna propiedad contigua —artículo 1.677 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—), lo que le permite pedir la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos de daño a las personas y a las cosas (art. 1.676 de la citada Ley procesal). Así que, en definitiva, no se circunscribe la legitimación a quien sea titular de un derecho subjetivo absoluto, sino también a los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones, entendiéndose por tal necesidad la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, o sin que se le siga *conocido perjuicio en sus intereses o grave molestia*, a juicio del juez (art. 1.678 de la misma Ley).

Con todos estos antecedentes, en el área estrictamente civil la cuestión viene a reducirse, en orden a las medidas de prevención del daño, a las situaciones en las que un sujeto produce una alteración de las condiciones naturales o artificiales, que origine un daño a las personas o a las cosas, o amenace producirlo si persiste, a quien o quienes por razón de habitar, o de trabajo o por cualquiera otro motivo de localización, se encuentran dentro del radio de acción a que alcanza el daño, el peligro de daño o la grave molestia de la actividad perturbadora: lo que justifica la pretensión de aquel cuyo derecho va a ser lesionado, está siendo lesionado, o en peligro de que la lesión se produzca en el futuro, de obtener, en protección de su interés legítimo, una sentencia del juez ordinario que condene al perturbador a hacer cesar el estado de peligro o el comportamiento lesivo.

Claro es que debe ser considerado, sin embargo, que no toda alteración ambiental debe ser impedida siempre, sino sólo cuando el resultado de la experiencia, según la opinión social, provea al juzgador de elementos de previsibilidad suficientes acerca de que una determinada actividad, o conducta omisiva, constituye una amenaza cierta para la situación de la persona, que el Ordenamiento protege, independientemente de que se observen, o no, los condicionamientos administrativos, simple «pauta orientadora» para el juzgador, según palabras de nuestra Jurisprudencia. Y creo que el punto de equilibrio puede estar en desechar simultáneamente la idea de que toda ventaja inmediata, derivada de una valoración más o menos circunstancial del interés público, justifica cualquiera alteración, y la contraria: que se excluya cualquier mejora de la calidad de vida, a pretexto de que toda modificación de las condiciones naturales constituya, en sí misma, un fenómeno lesivo.

— VII —

Y dejo, con lo hasta ahora expuesto, parado el tema. Pero tengo consciencia de que ha quedado sin aludir un aspecto práctico importante que, aunque sale de mi competencia, no quiero dejar de mencionarlo aquí, enunciándolo con palabras del clásico Vicente y Caravan-

tes (41): Que el resultado verdadero y eficaz de una reclamación judicial no consiste sólo en el reconocimiento o declaración que hace públicamente el Juez del derecho que se reclama ante él, sino en la realización efectiva de lo que constituye y sobre lo que versa este derecho... Y lo cierto es que nuestra Ley procesal no parece dar muchas facilidades para la realización efectiva de ciertas condenas.

La prevención del resultado dañoso, probable y previsible, sólo puede resolverse mediante la condena a hacer algo (por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que el resultado no llegue a producirse) o dejar de hacer algo, lo que se resuelve en el efectivo cumplimiento de obligaciones de hacer, o de no hacer (dejar de hacer en nuestro caso), que derivan de la ejecutoria dictada contra el perturbador.

Conforme a las reglas del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el condenado a tomar las medidas necesarias para que cese la perturbación no hace lo que se le ordene (por ejemplo, medidas técnicas de insonorización, de depuración de humos..., etc.), se hará a su costa, si no lo hace por sí mismo dentro del plazo que el Juez le señale, ya que el hacer a que se le condena no es personalísimo.

Pero si la condena consiste en que cese la actividad, que «deje de hacer», la norma del artículo 925 de la Ley de procedimientos abre una inmensa puerta para eludir la efectividad de la condena, ya que, si quebrantare la Sentencia, el precepto le concede esa extraña facultad de optar (entender que opta) por el resarcimiento de perjuicios, precisamente en materia de prevención, o sea, cuando éstos no se han producido todavía, pero quieren evitarse, que es la finalidad de la condena. La mera, inconcreta alusión a las «medidas que según las circunstancias fueren necesarias para la efectividad de la condena», de que habla el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento, nada resuelven, si en la ejecución hay que atenerse al contenido del artículo 925, puesto que tales medidas no se concretan en este caso, ni a mí me resulta claro que las medidas cautelares, o de aseguramiento, puedan aplicarse en la ejecución.

Cierto que es opinión compartida —parece— que la laguna del artículo 925 de la Ley procesal, queda llena por la aplicabilidad del artículo 1.099 del Código civil que, como se sabe, manda deshacer lo hecho a costa del deudor, lo que puede solucionar el problema cuando la perturbación proceda de la instalación de máquinas o elementos industriales que la Sentencia haya prohibido. Pero cuando la condena consista en cesar en una actividad perturbadora, o en limitar esa actividad (por ejemplo, a ciertas horas), en las que no hay nada que deshacer al consistir en una abstención, el precepto de la Ley de Enjuiciamiento deja realmente a la voluntad del deudor el cumplimiento de la condena, pues le basta con no cumplirla para que se presuma que opta por pagar indemnización (pero ésto, sólo cuando se hayan producido ya los perjuicios), con lo que para ese resultado, acaso no valía la pena haber seguido el procedimiento y esperar pacientemente

(41) VICENTE Y CARAVANTES, *Procedimientos judiciales*, T. III, 1856, páginas 656-657.

a que las plantas se mueran, el insomnio nos produzca una enfermedad nerviosa, disminuya nuestra capacidad auditiva o la polución haya destrozado nuestros pulmones, y reclamar entonces por los perjuicios sufridos...

En materia interdictal, el artículo 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la Sentencia condenatoria contenga el requerimiento al perturbador «para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos», u «otros que manifiesten el mismo propósito», haciéndolo bajo el apercibimiento que «corresponda con arreglo a Derecho», con lo que aquí no se tropieza con esa presumida facultad de optar por la indemnización que reconoce el artículo 925. Pero no dice el precepto qué apercibimiento corresponde con arreglo a Derecho, y como no puede referirse a constricciones de índole procesal civil, una muy autorizada opinión (42) entiende que el efecto de la desobediencia ha de ser punitivo, debiendo considerarla incluida en el Código penal.

La deficiencia ha sido corregida en otros Ordenamientos, mediante la aplicación de «astreintes», que obligan al deudor de una obligación de hacer personalísimo, o de no hacer, al pago de una cantidad por cada día de retraso en el cumplimiento de la condena, penas pecuniarias, o condenas penales a toda infracción del deber de respetar a la autoridad judicial, caso del «contemp of Court» del Derecho inglés.

En España, se ha llevado a cabo la llamada reforma «urgente» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley de 6 de agosto de 1984. Acaso, una reforma más amplia dé ocasión para evitar las dificultades que ofrece la efectividad de esta clase de condenas, teniendo en cuenta que, ya en 1982, la autorizada opinión del profesor Prieto Castro (43) se expresaba así: Si se quiere que el Derecho referido a estas condenas sea útil, sería preciso establecer astringencias y constricciones, que no cree que sean anticonstitucionales teniendo en cuenta el artículo 118 de la Constitución.

Acaso, sería posible hoy añadir algo más, utilizando palabras del propio Tribunal Constitucional, en reciente Sentencia de 16 de mayo de 1984: Que el artículo 24 de la Constitución, además de proclamar la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos «*comprende* el derecho a que la Sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que si fuera de otro modo el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

(42) PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Segunda parte, 1965, pág. 116.

(43) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1982, págs. 844.