

La protección del medio ambiente y el derecho de propiedad

Alexander Espinoza

Extracto de la tesis de doctorado. Universidad de Passau. Corresponde al Capítulo IV del libro "Naturschutz und Eigentum". Verlag für Wissenschaft und Forschung. Berlín 2003

1. Desarrollo del Conflicto y objeto de la investigación

A la protección de la naturaleza le corresponde un alto rango en el ordenamiento jurídico. El mismo deriva de la valoración constitucional, en la cual se basa el artículo 20 a GG. En el mismo se encuentran incluidos los intereses de la protección de la naturaleza.ⁱ En su relación con los derechos fundamentales se encuentra la protección del medio ambiente, en principio, en una posición de igual rango. Esto significa el rechazo de una eventual posición de absoluta prioridad de la protección del medio ambiente.ⁱⁱ En la doctrinaⁱⁱⁱ y en la jurisprudencia se admite pacíficamente que el art. 20a GG puede servir para legitimar la afectación del ámbito de protección de los derechos fundamentales en beneficio de la protección del medio ambiente. Se trata de una forma de delimitación del derecho fundamental en razón de su colisión con una norma de rango constitucional,^{iv} lo cual en definitiva deriva del principio de unidad de la Constitución y de la concepción del ser humano de la Ley Fundamental.

En el caso de derechos fundamentales que adolecen de una reserva de limitación a favor de la ley, estima *Bamberger* que debe ser rechazada toda posibilidad de limitación que se fundamente en derecho constitucional objetivo. Únicamente sería admisible una delimitación (inmanente) del ámbito de protección del derecho en razón de la colisión con derechos fundamentales de terceros, según los criterios de una „reserva de reciprocidad“.^{vi} Sin embargo, tal criterio sólo podría estar referido a limitaciones „inmediatas“^{vii} que se base en el art. 20 a GG, mientras que una afectación de derechos fundamentales a través de una Ley formal, sería perfectamente legítima.^{viii}

El art. 20 a GG no establece en caso de que la protección de la naturaleza entre en

conflicto con intereses privados una regulación especial. Más bien se hace alusión en el art. 20a GG a la vinculación de los órganos del Estado a la Ley y el derecho.^{ix} De allí que no existan dudas acerca de la aplicabilidad en ese caso de la dogmática de los derechos fundamentales. La misma tiene como punto de partida la más amplia libertad del individuo, tal como resulta de los derechos fundamentales especiales y, subsidiariamente, del art. 2, primer aparte GG.^x Con ello resulta protegida toda forma de actuación del individuo, sin que deba tomarse en consideración, cuál sea la importancia que se le atribuya al ejercicio del desarrollo de la personalidad.^{xi} En la medida en que ello no se encuentra expresamente prohibido por el Estado, corresponde al individuo la libertad de hacer o dejar de hacer según su libre voluntad.^{xii} En ese nivel de la argumentación es irrelevante si de allí derivan eventuales perjuicios al medio ambiente o a terceros.

En base a esa argumentación se ha afirmado que incluso una conducta que cause daños al medio ambiente pertenece a la esfera constitucionalmente protegida de la libertad del individuo. En la misma estarían comprendidos actos como la emisión de sustancias nocivas, la transformación del paisaje o la explotación de recursos naturales.^{xiii} De tal forma el derecho a la libertad general de actuación del art. 2 aparte. 1 GG también comprendería una libertad general de contaminación del ambiente.^{xiv} A la libertad de ejercicio de la profesión del art. 12 aparte 1 GG pertenecería también la libertad, en el ámbito del ejercicio de la misma, de emisión de sustancias contaminantes.^{xv} Sobre todo el derecho a la propiedad privada es considerado tácitamente como un derecho a contaminar al medio ambiente, puesto que el uso de la propiedad no se reduce a priori a un uso de bajo impacto ambiental.^{xvi} Los intereses de terceros y el interés general (en el cual está comprendida la protección del ambiente) son concebidos como potenciales limitaciones a los derechos fundamentales, las cuales sólo pueden ser impuestas bajo cumplimiento de ciertas garantías, sobre todo del principio de proporcionalidad.

De allí que algunos autores rechacen la posibilidad de una cierta legitimación constitucional de la afectación del ambiente y se pronuncien por una revisión de la tradicional subordinación de la protección del ambiente dentro del sistema de los derechos fundamentales.

De igual forma ha sido objeto de críticas un desarrollo en sentido contrario en el ámbito

de la protección de la naturaleza. En tal sentido ha constatado *Leisner* que ciertas normas que determinan el contenido del derecho de propiedad no ponderan los intereses de la protección de la naturaleza en forma equivalente a los intereses a los intereses privados. En su criterio la ponderación es realizada en perjuicio de la propiedad privada.^{xvii} Con respecto a la nueva regulación de la protección de la naturaleza ha sido puesto en duda, que el Legislador tenga la potestad de excluir la consideración de los intereses privados.^{xviii} En tal sentido, han sido dictadas normas – inicialmente en el derecho comunitario europeo y luego dentro de las leyes alemanas sobre la protección de la naturaleza, las cuales a pesar de que afectan el ámbito de protección de los derechos fundamentales, sólo admiten una facultad de ponderación de intereses en el caso concreto cuando existen motivos graves de interés general. Tratándose de la estricta protección de especies y de hábitats, las decisiones esenciales sobre elección del objeto de la protección, intensidad y excepciones son asumidas sin que puedan ser sometidas a ponderación con respecto a intereses privados.^{xix}

Según el párrafo 19 aparte 3 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza (BNatSchG) sólo es admisible la afectación de la Naturaleza o del paisaje, que amenacen destruir hábitats que no pueden ser sustituidos para los animales y plantas silvestres que allí viven, cuando ello resulta justificado por motivos graves y obligatorios del interés general.

Una regulación de afectación igualmente agravada se encuentra en el párrafo 30 BNatSchG para los llamados hábitats protegidos directamente por la Ley y, según el párrafo 34 aparte 3 y 4 BNatSchG para áreas de importancia para la Unión Europea y para las Areas Europeas de Protección a las Aves. En la fase de elección de las áreas protegidas, según la Directriz Flora-Fauna-Hábitat de la Unión Europea sólo son admisibles criterios científicos.^{xx} Eventuales intereses de desarrollo económico o de infraestructura no pueden ser tomados en consideración.^{xxi}

Las consideraciones indicadas dan lugar a que en el presente estudio sea analizada la cuestión acerca de la relación que existe entre los derechos fundamentales y el deber del Estado de Proteger el medio ambiente, específicamente la protección de especies y hábitats. A tal efecto, serán objeto de análisis las alternativas que un sector de la doctrina alemana ha propuesto a la aplicación tradicional de la doctrina de los derechos

fundamentales. La cuestión fundamental es la de si la protección de la naturaleza constituye una limitación „desde afuera“ de los derechos fundamentales o si constituye una materia que se encuentra en principio excluida del ámbito de protección de los derechos fundamentales. Un sector de la doctrina considera que la cuestión relativa al uso de los recursos naturales debe ser observada desde la perspectiva de los derechos de participación.

2. Teorías sobre la solución del conflicto

El punto de coincidencia entre las teorías que se han propuesto como una alternativa a la tradicional posición de limitación de la protección del ambiente en su relación con los derechos fundamentales lo constituye el argumento, según el cual la consideración de los intereses de la naturaleza debe ser considerado como una limitación constitucional inmanente^{xii} a nivel de sus elementos constitutivos. Los autores que apoyan la tesis de la limitación inmanente procuran que determinadas conductas lesivas del ambiente no sean protegidas por los derechos fundamentales, sobre la base de una interpretación correctora de los elementos constitutivos del derecho fundamental. Tales argumentos forman parte de una corriente que rechaza la posibilidad de la protección constitucional a una eventual „Libertad de lesionar los derechos fundamentales de los demás“ y se afirman en forma análoga en contra de un eventual „derecho a la contaminación del ambiente“.

2.1 Teoría de la reserva general del derecho fundamental

Bosselmann construye su tesis sobre los derechos fundamentales ecológicos, sobre todo, en base a consideraciones éticas. A partir la responsabilidad del ser humano frente a la naturaleza y a partir del valor propio de la naturaleza se afirma la obligación de tomar en consideración en todo caso la pretensión de nuestro medio ambiente a ser protegido. Los llamados „derechos fundamentales ecológicos“ constituyen una forma de analogía con la denominada „obligación social“ de los derechos fundamentales. En este caso tendrían por finalidad evitar que las libertades individuales tengan un mayor peso en la ponderación frente al interés de la protección de la naturaleza.^{xxiii} El reconocimiento de una reserva general de los derechos fundamentales haría posible – en criterio del mencionado autor – que el ejercicio de un derecho fundamental sólo pueda realizarse bajo el respeto del valor propio de la naturaleza. El respeto por la

naturaleza constituiría – en términos similares al respeto a los derechos de los demás – una limitación inmanente de los derechos fundamentales y un requisito para todo ejercicio del derecho.xxiv

De acuerdo con su concepción tradicional los principios y prohibiciones del derecho ambiental administrativo son considerados como una afectación del ámbito de protección del derecho fundamental. Únicamente se estiman excluidos desde un principio del ámbito de protección de los derechos fundamentales las materias de la administración de las aguas y el uso pacífico de la energía nuclear. Según tal criterio, existiría similitud con respecto a situaciones de derecho penal, en las cuales se admitiría que no existe protección constitucional para hechos punibles especialmente nocivos para la sociedad.xxv

Las consideraciones de *Bosselmann* no se reducen a una limitación inmanente de los derechos fundamentales, sino que además aluden a la necesidad de ampliar las disposiciones relativas a reservas de limitación a favor de la Ley.xxvi De tal forma, la disposición que consagra la dignidad humana debería aludir al respeto frente a la naturaleza. Al lado del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad debería establecerse el derecho a la existencia de la naturaleza. La libertad de ciencia, investigación y docencia, así como el derecho de propiedad deberían tomar en consideración el respeto a la naturaleza.

2.2 Reserva por interés social, según Reiner Schmidt

El autor indicado opone al llamado „derecho a la contaminación“ un aspecto de la doctrina de las limitaciones inmanentes. Se trata de la consideración de que „una conducta que a través de la contaminación pone en peligro la existencia de la comunidad humana no forma parte del ámbito de protección de los derechos de libertad.“xxvii En criterio de *Reiner Schmidt*, el ámbito de protección de los derechos fundamentales se encuentra sometido a una obligación general ecológica y están limitados por una reserva por interés social, el cual sería inmanente a todos los derechos de libertad. No podría ser el sentido y objeto de los derechos fundamentales la protección de conductas lesivas a la comunidad. Desde el punto de vista del método se trataría de una reducción teleológica de los elementos constitutivos de los derechos

2.3 El derecho de los demás como una limitación inmanente a los derechos fundamentales

Similares consideraciones sirven de base a la tesis de *Murswiek*. El autor citado indica que, en la teoría de los derechos fundamentales, incluso la prohibición de dañar la propiedad privada de terceros puede ser entendida como una limitación de la libertad. La función de esa garantía general de la libertad consistiría en limitar toda forma de limitación de la libertad, la cual requeriría de una justificación material y no podría afectar el contenido esencial del derecho. En su criterio decaen la necesidad de justificación^{xxix} y la garantía del contenido esencial en los casos en que la Ley sólo configura el orden jurídico de la sociedad en el sentido de hacer compatible la libertad con la libertad de los demás y de convertir el estado natural en el sentido de la filosofía constitucional^{xxx} en un estado de derecho. El contenido esencial de la libertad no podría ser afectado en tales casos. Tal limitación de la libertad se encontraría justificada en sí misma y no podría ser relativada por el principio de la proporcionalidad. Por tal motivo – en criterio del autor citado – no podría cuestionarse con respecto a la prohibición de dañar la propiedad privada de un tercero, si la misma es contraria al principio de la proporcionalidad en el caso concreto. La prohibición de llevar a cabo una edificación en un fundo ajeno estaría desde un principio justificada, porque ese fundo es ajeno. El instituto jurídico de la propiedad, en el cual se funda la diferencia entre lo propio y lo ajeno es un instituto constitucionalmente garantizado.^{xxxi} Por ello, no sólo la completa enajenación, sino también el uso o el daño a la propiedad ajena constituiría una pretensión de participación.^{xxxii}

i --BVerfG, in: NJW 1998, 367 (369); BVerwGE 104, 68 (79)

ii --BVerwG in: UPR 1995, 309 (310); Uhle, Das Staatsziel „Umweltschutz“ und das Verwaltungsgericht, in: UPR 1996, 55 (56); Berg, Über den Umweltstaat, in: Burmeister (Hrsg.) Festschrift für Stern, 433 ff.

iii --Murswiek, in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Art. 20a, Rdnr. 72; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20a Rdnr. 10. Dazu auch Hofmann, Umweltstaat, in: Badura/Dreier (Hrsg.) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 876 ff.; Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken in: Badura/Dreier (Hrsg.) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 16. Kritisch im Bereich des Tierschutzes, Spranger, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung `Tierschutz` auf die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit ZRP 2000, 285 (288), der die Möglichkeit einer Einschränkung der Forschungsfreiheit durch Art. 20a GG schon deshalb verneint, weil wissenschaftlich begründete Tierversuche zum Kernbereich dieser gehören und ein verhältnismäßiger Ausgleich nicht in Betracht komme. Dazu die Kritik von Obergfell, Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz, in: ZRP 2001, 193 (197)

iv --Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 45 ff.

v --Dazu Schnapp, Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, 729 (734); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 312; m.w.N., insbesondere für sog. vorbehaltloser Grundrechte Terwiesche, Die Begrenzung der Grundrechte durch objektives Verfassungsrecht, 65 ff. A.A. Müller, Juristische Methodik, 71: „Das Ganze der Verfassung als solches ist weder von normativer Kontur noch von normativer Qualität... Fehlende positivrechtliche Ansatzpunkte für Grundrechtseingriffe sind durch verfassungstheoretische Überlegungen nicht ersetzbar.“

vi --Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 147

vii --Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die grundrechtsbeschränkende Anwendung der Sozialstaatsklausel: „Dem Sozialstaatsprinzip kann Bedeutung für die Auslegung von Grundrechten sowie für die Auslegung und verfassungsrechtliche Beurteilung von – nach Maßgabe eines Gesetzesvorbehalts – grundrechtseinschränkenden Gesetzen zukommen. Es ist jedoch nicht geeignet, Grundrechte ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber, also unmittelbar, zu beschränken.“ Vgl. BVerfGE 59, 231 (263); Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 117 f.: „Mit Art. 20a GG bringt die Verfassung zum Ausdruck, daß alle Staatsgewalten an der Verwirklichung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen mitwirken müssen. Damit wird den vorbehaltlosen Grundrechten jedoch

keine verfassungsunmittelbare Schranke gezogen. Der fehlende Schrankenvorbehalt kann nicht durch einen oberflächigen Rückgriff auf Art. 20 a GG ertzt werden.“

viii --Vgl. BVerwG, in: NJW 1995, 2648 (2648) = UPR 1995, 309 (310): Eingrenzung der Kunstfreiheit im Bereich des Bauplanungsrechts auf Grund des Schutzes der Landschaft; Bethge, Gewissensfreiheit in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR VI, § 137 Rdnr. 29; Merten, Über Staatsziele, in: DÖV 1993, 368 (371); Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein u.a., Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20a, Rdnr. 15

ix --Zu dieser „Angstklausele“ m. w. N. Hofmann, Umweltstaat, in: Badura/Dreier (Hrsg.) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 874

x --Vgl. BVerfGE 6, 32 (36 ff.) – Elfes; BVerfGE 80, 137 (152 ff.) – Reiten im Walde; Kunig, in: v. Munch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rdnr. 12; Bleckmann, Die Grundrechte, 397

xi --BVerfGE 54, 143 (146) – Taubenfüttern; BVerfGE 80, 137 (152) – Reiten im Walde

xii1--Dazu Bethge, Der Grundrechtseingriff, in: VVDStL 1998, 20

xiii --Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 116

xiv --Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, in: DVBl. 1994, 77 (79); Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: Ruland (Hrsg.) Festschrift für Zacher, 947, 949

xv --Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: Ruland (Hrsg.) Festschrift für Zacher, 947, 949 m. w. N.

xvi --Isensee, Die Ambivalenz des Eigentumsgrundrechts, in: Ossenbühl (Hrsg.) Symposion zu Ehren von Salzwedel, 4 m. w. N.

xvii --Leisner, Eigentumsschutz – im Naturschutzrecht eine Ausnahme?, in: Isensee (Hrsg.) Eigentum, 449 ff.

xviii --Vgl. Brink/Krichbaum, Feindliche Konformitäten, in: DÖV 2000, 973 (passim)

xix --Vgl. BVerwG 20. Februar 2002. Az: 4 B 12/02

xx --Schlußanträge des Generalanwalts Philippe Léger vom 3. Mai 2001, Rechtssachen C-67/99 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Irland, C-71/99 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland und C-220/99 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik Rand Nr. 59

xxi --BVerwGE 110, 302 (320); EuGH, in: NuR 1997, 36 – Lappel Bank

xxii --Im einzelnen Bleckmann, Die Grundrechte, 403 ff. Kritisch im Bereich des Umweltschutzes Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 118 ff.; Hofmann, Umweltstaat, in: Badura/Dreier (Hrsg.) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 884. Zur uneinheitlichen Terminologie Schnapp, Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, 729 (733)

xxiii --Bosselmann, Ökologische Grundrechte, 40 ff.

xxiv --Bosselmann, Ökologische Grundrechte, 62

xxv --Bosselmann, Ökologische Grundrechte, 63

xxvi --Bosselmann, Ökologische Grundrechte, 80 ff.; ders., Eigene Rechte der Natur?, in: KJ 1986, 1 (20); Ähnlich: Fücks, Eröffnung, 14

xxvii --Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: Ruland (Hrsg.) Festschrift für Zacher, 953

xxviii --Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: Ruland (Hrsg.) Festschrift für Zacher, 953

xxix --Ähnlich Bamberger, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 53: „Dieser Ausgleich widerstreitender grundrechtlicher Positionen ist keine Frage des rechtfertigungsbedürftigen Eingriffs in eine Grundrechtsposition –auch wenn der Staat den Eingriff vermittelt –, sondern eine Frage des grundrechtlich Geschützten“

xxx Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, in: DVBl. 1994, 77 (80). Auf einen Naturzustand bezogen, wo jeder alles tun dürfe, was er will und was er kann. Das Gesetz transformiere die „natürliche Freiheit“ in rechtlich geordnete Freiheit, in dem es diese so weit beschränke, wie dies zum Schutz der Rechtsgüter Dritter nötig ist; vgl. ders., Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, in: JZ 1988, 986

xxxi Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, in: DVBl. 1994, 80. Ähnlich im Bezug auf den Vertrauensschutz ausgeübter Nutzungen etwa Leisner, Eigentum in engen Rechtsschranken des Umweltschutzes, in: Isensee (Hrsg.) Eigentum, 433 ff: „Das Eigentum gibt nie das Recht, durch seine Nutzung andere zu schädigen.“

xxxii Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, in: DVBl. 1994, 81