

La propiedad ajena como límite de los derechos de libertad

Alexander Espinoza

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

- 1 Introducción
- 1.1 Caso N° 1. Libertad de expresión del inquilino mediante una pancarta en el edificio
- 1.2 Consideraciones preliminares
- 1.3 Caso N° 2. La decisión „graffiti"
- 1.4 Caso N° 3: Decisión „derecho a cabalgar en los Bosques"
- 1.5 Observaciones previas
- 2 Libertad y Propiedad
- 2.1 Reserva de configuración del derecho de propiedad
- 2.2 Propiedad y otros derechos de libertad
- 2.3 El derecho de propiedad y la protección de terceros
- 2.4 Equilibrio de Intereses a partir de la función social de la propiedad
- 2.5 Facultad de exclusión
 - a) Facultad de exclusión y propiedad
 - b) Facultad de exclusión de la propiedad y la libertad
 - c) Contenido de los derechos de libertad
 - d) Consecuencias de las diferentes estructuras
- 3 Conclusiones previas
- 3.1 La pancarta política del inquilino
- 3.2 El Sprayer de Zürich
- 3.3 El caso „cabalgar en el bosque"

Introducción

Hemos constatado en anteriores oportunidades que las llamadas limitaciones inmanentes, de no perturbar a los demás, no pueden constituir criterios ajenos a la ponderación de los bienes en conflicto. Si bien pueden establecerse fórmulas aparentemente libres de ponderación, las mismas no son otra cosa que expresión de evidentes relaciones de supremacía entre la norma fundamental y el motivo de la limitación. Sin embargo, en razón de ese grado de abstracción, pueden producirse con frecuencia casos dudosos. En tales casos, como afirma Alexy, la ponderación de los bienes en conflicto establece nuevamente cuál de ellos debe prevalecer y en qué medida.

Por otra parte, aunque resulte contradictorio con lo anterior debe reconocerse que el razonamiento expuesto por Murswiek es correcto, en el sentido de que sería un error entrar a considerar en un caso concreto si la prohibición impuesta por la ley a todo tercero, de utilizar una cosa de propiedad ajena es o no proporcional. La explicación dogmática que Murswiek nos ofrece es que el instituto jurídico de la propiedad crea la diferencia entre lo propio y lo ajeno. La prohibición de realizar una construcción sobre un fundo ajeno se encuentra de por sí justificada, simplemente por el hecho de que ese fundo es ajeno. En este punto del presente trabajo sólo puede resaltarse que la explicación ofrecida por el autor indicado no se refiere a la obligación del Estado de proteger el derecho de propiedad frente a las injerencias de terceros, sino más bien a la función inmediata de la propiedad, esto es, al contenido de las facultades del propietario. Una consideración más cercana será realizada luego del planteamiento de ejemplos prácticos sacados de la jurisprudencia alemana.

1. Exposición del tema a través de casos prácticos

Caso Nº 1. Libertad de expresión del inquilino mediante una pancarta en el edificio

El candidato al Parlamento, señor "C" es arrendatario de un apartamento en Hamburgo. Antes de las elecciones, el arrendatario colocó dos pancartas bajo las ventanas de su vivienda, las cuales contenían propaganda política. El propietario del inmueble, señor "P", demandó el retiro de las pancartas. Corresponde al Tribunal Federal Constitucional pronunciarse sobre el recurso constitucional ejercido por "C", en contra de las decisiones judiciales que otorgaban a "P" su pretensión de retiro de las pancartas. El argumento del recurso se refiere a la presunta violación del derecho a la libre expresión del pensamiento.

Consideraciones preliminares

Los criterios expuestos en la sentencia han sido resumidos por Rűfner en una fórmula general, según la cual, no pertenece al derecho a la libre expresión utilizar la propiedad de otro como medio de expresión del pensamiento. Indica que quien desea expresar su opinión en forma escrita no está facultado para robar el material necesario. Sin embargo, en el caso antes expuesto, el Tribunal no se contentó con hacer uso de una cláusula abstracta de limitación, como fundamento de su decisión. Por el contrario, el Tribunal debió valerse de una argumentación muy compleja, para llevar a cabo la ponderación de los bienes en conflicto:

1) El Tribunal constató en primer lugar que a la libertad de expresión corresponde un significado importante. Sin embargo de allí no deriva una situación de supremacía general frente al derecho de propiedad. En consecuencia, el Tribunal realizó una

ponderación de intereses.

2) Como condiciones de supremacía reconoció el Tribunal que el daño material a la propiedad era irrelevante, pero la perturbación derivaba de mostrar la pancarta. Tal fundamentación resulta sin embargo cuestionable, en razón de que una eventual libertad negativa de expresión, en el sentido de no ser obligado a confrontar la opinión de otro, no guarda relación alguna con el derecho de propiedad.

3) El Tribunal pareciera haber hecho uso de la tesis de la conducta no específica, esto es, una conducta que a pesar de guardar relación con el ejercicio del derecho, sin embargo no se encontraría en sí misma protegida por aquél. El interés del inquilino „en esa forma de publicación de su opinión política" era para el Tribunal de menor significado que el derecho del propietario a defender su inmueble.

Sobre todo llama la atención que frente a la fórmula abstracta propuesta por Rűfner, la cual si fue utilizada por el Tribunal Constitucional Federal en su decisión „Graffiti", sólo pudo ser sustituida en ese caso por una compleja y difícil ponderación de intereses. A pesar de que en forma intuitiva la prevalencia de la propiedad podría ser considerada como evidente, sin embargo los argumentos dogmáticos se pronuncian en sentido contrario. En el caso concreto el daño a la propiedad fue irrelevante, por lo que el interés del propietario sólo hubiera podido considerarse de mayor importancia si la libertad del inquilino por sí misma fuese de menor jerarquía. Pero incluso cuando la libertad de expresión hubiese sido de gran importancia no era de esperar otro resultado en la decisión adoptada por el Tribunal.

Caso N° 2. La decisión „graffiti"

El „Sprayer de Zürich" fue condenado en ausencia por un tribunal superior en Zürich, a cumplir una pena privativa de libertad y al pago de reparación de daños y perjuicios, en razón de haber encontrado culpable de dibujar figuras en edificios públicos y privados en más de 100 casos y de haber incurrido con ello en el delito de daño a la propiedad.

El Tribunal Constitucional Federal debía pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la extradición del ciudadano suizo a su país de origen. El recurso constitucional ejercido por el artista no fue admitido, por carecer de posibilidades de éxito.

El Tribunal Constitucional Federal expresó como fundamento de su decisión que el alcance de la libertad de arte „no se extiende desde un principio a pretender hacer uso o dañar la propiedad ajena con el objeto del desenvolvimiento artístico (bien sea en el ámbito de la obra o de su exposición).” De todas formas, el Tribunal Constitucional Federal complementó tal constatación con la consideración, que el derecho de propiedad no tiene menor valor que la libertad artística. Las leyes que sancionan el daño a la propiedad con penas no coliden con el sentido de esa libertad.

En el presente análisis no puede establecerse con claridad, sobre todo en razón de la parquedad de la exposición inherente a la naturaleza de la decisión, si esas consideraciones, estrechamente vinculadas a los valores de la Ley Fundamental son o no un indicio de una ponderación de los bienes en conflicto. Sin embargo, del contenido de la exposición puede desprenderse que la lesión de la propiedad ajena puede conducir al debilitamiento de la protección de la libertad de arte, a través de una interpretación teleológica, según la cual ese resultado no es conforme con el objeto y finalidad de la libertad de arte. Para brindar protección al derecho de propiedad hubiese sido incuestionable la limitación de la libertad de arte. Sobre todo la indicación del Tribunal, según la cual, „en la República Federal de Alemania, así como en Suiza, el arte puede desenvolverse sin necesidad de dañar la propiedad privada”, podría llevar a la conclusión de que la libertad de arte no fue afectada en su contenido esencial. En cualquier caso, puede afirmarse que el razonamiento del Tribunal excede una simple interpretación del ámbito de protección del derecho constitucional. A ello se suma que, en caso de desechar la posibilidad de que se encuentren dados los elementos constitutivos de la libertad de arte, el Tribunal ha debido pronunciarse acerca de sí, en forma subsidiaria, se estaba en presencia de la violación del derecho a la libertad general de actuación.

Caso N° 3: Decisión „derecho a cabalgar en los Bosques"

A pesar de que la cuestión central de la conocida decisión „derecho a cabalgar en los Bosques" del Tribunal Constitucional Federal no se encontraba referida a la colisión entre un tercero (recurrente) y el propietario, sin embargo fueron decididos en el examen de la admisibilidad del recurso, aspectos esenciales sobre ese conflicto, en los términos que se narran seguidamente.

La situación planteada en el recurso constitucional en contra de las normas estatales sobre cabalgatas en los bosques de Nordrhein-Westfalen (LG 1980/1985) fue la siguiente: El recurrente es propietario de varios caballos de paso, jinete aficionado y presidente de una asociación de jinetes. En ambas instancias anteriores había recurrido en contra de dos actos administrativos, en los cuales había sido autorizado el propietario del bosque a cerrar el paso para el tráfico de caballos, de conformidad con el párrafo 38 aparte 1 frase 2 LG 1975. El Tribunal Administrativo había declarado sin lugar ambas pretensiones, en razón de que el jinete no habría podido hacer valer la lesión de un derecho subjetivo por parte de los mencionados actos administrativos. La autorización para cabalgar, que le fuera otorgada, de conformidad con el párrafo § 36 LG 1975 no concedía al beneficiario una situación jurídica protegida, en el sentido que el mismo pudiera defenderse en contra de su revocatoria. Tanto la apelación como la revisión del fallo fueron infructuosas. El recurrente dirigió su recurso constitucional en contra de las decisiones judiciales, así como, en forma indirecta, en contra de los párrafos 50 y 51 LG 1980/1985, en la medida en que, según tales disposiciones, cabalgar en los bosques sólo puede ser permitido en los caminos señalados para ello, según las normas del tránsito terrestre; caminerías y rutas deportivas e instructivas no pueden ser señaladas como vías de cabalgata y al caballo debe serle colocada una placa. El recurrente alegó fundamentalmente la violación de su derecho a la libertad general de actuación. Adicionalmente alegó el recurrente la violación del derecho de propiedad, en razón de que en su criterio, la función social de la propiedad garantiza al jinete el derecho a cabalgar en los bosques sin limitación alguna.

En el recurso constitucional planteado hizo su pronunciamiento el Gobierno del Estado Nordrhein-Westfalen. Alegó que la admisibilidad del recurso era cuestionable. Al recurrente le falta un interés en la protección jurídica, porque el mismo no podría alcanzar su objeto, a través del recurso propuesto. Aún en caso de que fuesen anuladas las decisiones recurridas y declarada la nulidad del párrafo 50 aparte 2 frase 1 LG 1980, el propietario del bosque podría impedirle el acceso a los caminos que no han sido afectados expresamente para el uso público, según los párrafos 903 y 1004 del Código Civil alemán.

El Tribunal Constitucional Federal sólo admitió parcialmente el recurso. Señaló que el argumento relativo a la violación del derecho de propiedad del recurrente era inadmisibile. El mismo no podría hacer valer el derecho de propiedad como fundamento de una facultad constitucionalmente protegida para cabalgar en caminos privados. Los terceros que se benefician de la función social de la propiedad no serían, según el fallo, titulares de un derecho constitucional correspondiente. La configuración del orden jurídico de la propiedad le habría sido confiada al Legislador (Art. 14 aparte 1 frase 2 Ley Fundamental), quien ostenta un amplio ámbito evaluación. Posiciones jurídicas subjetivas sólo pueden nacer en los términos de las disposiciones que el Legislador ha dictado en base al mandato del artículo 14 aparte 2 de la Ley Fundamental.

El argumento del Gobierno Estatal, según el cual, el recurso carece de la necesidad de protección jurídica, en la medida en que, en caso de tener éxito, no se produciría un aumento en el ámbito de libertad del recurrente, en razón de la subsistencia de los derechos del propietario del Bosque, resulta en criterio del Tribunal infundado. En la medida en que el recurrente estuviese facultado por una norma - bien sea en forma inmediata en razón de su derecho a la libertad general de actuación o en base a una disposición de derecho ordinario nacional, que según el artículo 31 de la Ley Fundamental tuviera preferencia sobre el derecho de los Estados y derogara la disposición del párrafo 50 aparte 2 frase 1 LG 1980 - a cabalgar sobre caminos privados, podría al mismo tiempo a través de tales normas encontrarse limitada en esa medida la posición jurídica del propietario. De acuerdo con el artículo 14 aparte 1 frase 2 de la Ley Fundamental es al ordenamiento jurídico ordinario a quien corresponde la

configuración del contenido de la propiedad sobre las tierras (incluso en su componente de rechazo frente a terceros). Según el Tribunal Constitucional Federal la propiedad no constituiría, en el sentido del „derecho de los demás" a que alude el artículo 2 aparte 1 de la Ley Fundamental, un objeto de alcance invariable. La propiedad no podría ser vista como un límite inmanente del derecho a la libertad general de actuación, en el sentido que a través de su contenido se encontrara desde un principio constitucionalmente excluido un ámbito predeterminado de la esfera de libertad de todos los restantes titulares de derechos.

Observaciones previas

El caso expuesto puede ser evaluado en los términos de una colisión potencial de derechos fundamentales. De tal forma, es de preguntarse si dos normas que consagran derechos fundamentales, aplicadas en forma independiente, nos conducen a dos resultados incompatibles, es decir, a dos imperativos jurídicos concretos del deber ser, que se contradicen entre sí. Justamente esta cuestión inicial es resuelta por el Tribunal Constitucional Federal con el argumento que - en la medida en que el recurrente estuviese facultado a cabalgar sobre caminos privados, en base a una norma jurídica - al mismo tiempo podría encontrarse limitada la posición jurídica del propietario en una medida equivalente. Esta argumentación indica hacia los presupuestos teóricos de una ponderación de bienes. De acuerdo con ello, la colisión normativa se plantea entre el derecho a la libertad general de actuación y el derecho de propiedad. Ello se basa en la consideración de que el derecho a la libertad de actuación podría facultar al recurrente a cabalgar sobre un fundo privado. La circunstancia de que en el caso concreto la limitación de la libertad general de actuación del recurrente no hubiera sido dilucidada a través de una ponderación de bienes frente al derecho del propietario, no obedeció a un motivo dogmático, sino práctico, puesto que la limitación de utilizar los caminos para el paso de caballos no se encontraba justificada por la protección de los intereses del propietario, sino más bien en base a la protección de los intereses de otros terceros que

también reclamaban su derecho al esparcimiento en lugares cercanos a la naturaleza. En caso contrario, hubiese tenido el Tribunal Constitucional Federal que examinar, a través de la ponderación de los bienes en conflicto, si el interés del jinete era o no de mayor peso que el interés del propietario. En todo caso hubiese tenido el Tribunal la obligación de tomar en consideración la amplia facultad de configuración del Legislador, en base a la reserva en su favor, a que alude el artículo 14 aparte 1 frase 2 de la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal expresó en el fallo bajo estudio que el contenido de la propiedad, de acuerdo con el artículo 14 aparte 1 frase 2 de la Ley Fundamental es configurado en detalle a través del ordenamiento jurídico ordinario. Según el Tribunal la propiedad no constituye, en el sentido del „derecho de los demás" a que alude el artículo 2 aparte 1 de la Ley Fundamental, un objeto de alcance invariable. La propiedad no podría ser vista como un límite inmanente del derecho a la libertad general de actuación, en el sentido que, a través de su contenido se encontrara desde un principio constitucionalmente excluido un ámbito predeterminado de la esfera de libertad de todos los restantes titulares de derechos.

Ahora bien, el análisis de la decisión del Tribunal Constitucional Federal tiene por finalidad establecer si es posible la existencia de colisiones entre los derechos de libertad y las facultades del propietario y si las mismas pueden ser resueltas a través del método tradicional. También podría pensarse que el derecho de propiedad contiene características especiales que conlleven a un resultado distinto.

En casos como el presente, las posiciones subjetivas de terceros sobre bienes sujetos a propiedad privada, nacen a través de las disposiciones que dicta el Legislador. Por su parte, las decisiones del Legislador son dictadas en base a los parámetros establecidos por la norma que garantiza constitucionalmente el derecho de propiedad y reciben el efecto irradiante de los derechos fundamentales de los terceros. Sin embargo, tal afirmación estaría en contradicción con el señalamiento del Tribunal Constitucional Federal en la decisión del caso „cabalgar en el bosque", según la cual el derecho a la libertad general de actuación pudiera por sí sólo dar lugar a un derecho de paso del

jinete.

Libertad y Propiedad

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los altos Tribunales alemanes se ha establecido como punto de partida las estrechas relaciones existentes entre la propiedad y la libertad. La propiedad debe ser de utilidad al propietario como fundamento de su iniciativa privada en interés y responsabilidad propias y goza de una protección especial, en la medida en que se trate del aseguramiento de la libertad del individuo. A la garantía de la propiedad le corresponde la tarea de asegurar al titular del derecho un ámbito de libertad en el área del derecho patrimonial y de hacer posible que el mismo desarrolle su vida en responsabilidad propia.

Sin embargo, la cuestión en sentido contrario, de en qué forma la garantía de la propiedad limita la libertad de los demás, no es del todo clara. Debe ser investigado, si los caracteres especiales de la garantía de la propiedad privada justifican un tratamiento distinto del que normalmente se aplica en caso de una colisión de derechos fundamentales.

Reserva de configuración del derecho de propiedad

Uno de los caracteres especiales a que se alude es la circunstancia de que, tal como lo expresó el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso „Cabalgan en Bosques”, el ordenamiento jurídico de la propiedad se encuentra bajo una reserva de configuración en favor del Legislador ordinario, el cual ostenta para ello un amplio ámbito de decisión. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado los límites del Legislador en la determinación del contenido y límites de la

propiedad.

En tal sentido, ha señalado el Tribunal que los elementos de la utilidad privada, el aseguramiento de la libertad del individuo y el esfuerzo realizado, asumen una posición determinante, como fundamentos especiales de la protección de la posición del propietario. Por el contrario, la facultad del Legislador para determinar el contenido y límites de la propiedad resultaría más amplia, en la medida en que el objeto de la propiedad se encuentre en un contexto social y asuma una función social. Los parámetros para ello están dados por la consideración, que utilidad y disposición no se agotan dentro de la esfera del propietario, sino que pueden afectar los intereses de otros individuos que dependen del uso del objeto de la propiedad. Bajo tales condiciones, el principio constitucional de una propiedad, orientada hacia el bien común, abarca el principio, según el cual debe tomarse en consideración al tercero no propietario, quien también requiere del uso del bien objeto de la propiedad para asegurar su libertad y desarrollo responsable de su vida.

Propiedad y otros derechos de libertad

Son múltiples las relaciones que pueden establecerse entre el derecho de propiedad y los restantes derechos de propiedad. En el caso de las cosas muebles la norma que consagra una libertad específica o, en su defecto, la norma que consagra la libertad general de actuación, será de aplicación preferente frente al derecho de propiedad. El criterio utilizado para establecer la norma aplicable lo constituye generalmente la „función social" de la actuación.

Por otra parte, sobre todo en el ámbito de la propiedad intelectual, el Tribunal Constitucional Federal ha constatado la especialidad del derecho de propiedad frente a otros derechos de libertad, para proteger determinadas conductas en esa materia. El Tribunal ha dejado claro que la constitucionalidad de los derechos del autor deben ser examinados de acuerdo con los parámetros que establece la norma que consagra el

derecho de propiedad. Las demás normas que consagran derechos de libertad (tales como la libertad artística) no son aplicables como parámetro de la constitucionalidad. Ello es explicable en razón de que la garantía de la propiedad se encuentra en una especie de relación interna con la libertad del individuo. A la garantía de la propiedad le corresponde en primer lugar la tarea de garantizar al titular del derecho un espacio de libertad en el ámbito patrimonial, a través del „otorgamiento y aseguramiento de derechos de dominio, uso y disposición" y con ello darle la posibilidad de desenvolverse y configurar su vida en responsabilidad propia.

De igual forma, en materia de derecho de alquileres el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido la especialidad de la norma que garantiza constitucionalmente el derecho de propiedad, rechazando la aplicabilidad del derecho a la libertad general de actuación, en concordancia con el derecho a la dignidad humana, en razón de que la garantía constitucional de la propiedad contiene elementos de la libertad general de actuación así como del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad.

De acuerdo a lo anterior, siempre que se trata de conductas que se realizan a través de pretensiones de dominio, uso o disposición sobre una cosa, se produce la aplicación preferente del derecho de propiedad como *lex specialis*. En tales casos debe descartarse la posibilidad de una colisión de normas, entre aquella que consagra el derecho de propiedad y los restantes derechos de libertad, en razón de que estas últimas no son aplicables en forma inmediata en ese ámbito de actuación. Estas normas adquieren únicamente una especie vigencia mediata de efectos internos, a través de la interpretación de la función social de la propiedad. Las mismas deben ser tomadas en consideración a través del principio de ponderación entre el derecho de propiedad y su función social.

El derecho de propiedad y la protección de terceros

La cuestión, si a partir del principio, según el cual, los derechos de libertad de terceros

deben ser tomados en consideración en la ponderación entre el derecho de propiedad y su función social, pueden derivar posiciones jurídicas subjetivas de rango constitucional no es el objeto directo de la presente investigación. Sin embargo, puede considerarse como pacíficamente admitido que dicha cuestión debe ser resuelta en sentido negativo.

En efecto, la relación de la norma protectora, que puede servir de fundamento a la posibilidad de que el derecho de un tercero hubiera sido afectado, únicamente puede ser establecido a través de una norma de inferior rango. Incluso la antigua jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, según la cual el derecho de propiedad de un vecino podría encontrarse afectado cuando una autorización o su utilización modifica la situación anterior de su propiedad y perjudica al vecino en forma grave e insoportable, se considera un criterio „prácticamente superado“.

Lo anterior sólo significa un rechazo a un efecto inmediato de protección a terceros de la norma que consagra el derecho de propiedad y debe ser diferenciado del llamado efecto interno de los derechos fundamentales, en el sentido de que los derechos de libertad de los demás también deben ser tomados en consideración durante el proceso de interpretación y aplicación de las normas de inferior rango que determinan el contenido del derecho de propiedad. En los términos expuestos puede descartarse la posibilidad de una lesión inmediata de los derechos fundamentales de los demás, a través de la ley que determina el contenido de la garantía de la propiedad. Sin embargo, debe considerarse la posibilidad de una afectación mediata de los derechos fundamentales, cuando la misma pueda ser calificada como grave e insoportable. Una lesión grave de la libertad del no-propietario no fue constatada en los casos prácticos que han sido expuestos a manera de ejemplo.

Por estas razones, el recurrente del último de los casos prácticos expuestos no hubiera podido ser autorizado en forma inmediata por su derecho a la libertad general de actuación a cabalgar en bosques de propiedad privada. Una norma de rango legal que autoriza a un tercero el uso de una cosa que se encuentra bajo propiedad privada no es otra cosa que una determinación del contenido de la propiedad. A ese mismo resultado había llegado en una instancia inferior, el Tribunal Administrativo Federal en el mismo caso, sobre la pretensión a cabalgar en los bosques: „La autorización para usar calles o

caminos privados con fines de libre esparcimiento constituye una determinación del contenido de la propiedad privada, en los términos del Art. 14 aparte 1 frase 2 GG. A tales fines debe el Legislador tomar en consideración intereses distintos y en parte contrarios." La lesión de otros derechos de libertad debe descartarse debido a la especialidad y aplicación preferente de la norma que consagra el derecho de propiedad: „El parágrafo 50 aparte 2 frase 1 LG 1980 no es violatorio del Art. 2 aparte 1 GG... Sólo es relevante en qué forma ha impuesto el Legislador regional al propietario de calles y caminos privados una obligación de tolerar el uso de su propiedad a favor de la cabalgata u otras formas de uso. La constitucionalidad se encuentra en tal medida determinada únicamente según el Art. 14 aparte 1 frase 2 en concordancia con el aparte 2 GG."

Equilibrio de Intereses a partir de la función social de la propiedad

De acuerdo con las consideraciones anteriores, no existe la posibilidad de que el derecho de propiedad incurra en una colisión normativa con otros derechos fundamentales o con el derecho de propiedad de terceros, quienes se encuentran interesados en el uso de la cosa, en razón de que los derechos de terceros sobre el objeto de la propiedad ajena sólo pueden tener su origen a través de una norma legal que determine el contenido de la propiedad. Esta constatación se encuentra en armonía con la circunstancia de que en la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes sobre la determinación del contenido de la propiedad no se habla en términos de „ponderación de derechos fundamentales" o „ponderación de bienes", sino del „equilibrio entre los intereses afectados". Tal como quedó expuesto arriba, la función social de la propiedad también abarca „el principio de la consideración del no-propietario, quien por su parte necesita el uso del objeto de la propiedad para el aseguramiento de su libertad y configurar su vida en forma responsable." A tales fines el Legislador se encuentra „obligado sobre todo a llevar los intereses de los participantes a un equilibrio justo y a una situación ponderada. El beneficio o perjuicio

unilateral no se encuentra en armonía con el ideal constitucional de una propiedad privada sujeta a su función social."

Facultad de exclusión

Los resultados obtenidos hasta este punto se basan predominantemente en las características formales de la propiedad. Por ello, debe realizarse el intento de establecer los elementos jurídico-materiales que puedan justificar un tratamiento especial del derecho de propiedad dentro de la teoría de los derechos fundamentales.

Facultad de exclusión y propiedad

Existe amplio consenso de que la protección constitucional de la propiedad también puede abarcar el derecho de excluir a terceros de la posesión y uso de la cosa. Esta facultad se encuentra en una relación indisoluble con la utilidad privada y la facultad de disposición del propietario sobre la cosa. Estos factores son parte de „la libertad de actuación en el ámbito del ordenamiento de la propiedad". En criterio de Leisner, la propiedad sólo puede ser asumida, como un ámbito del derecho que se encuentra protegido, de tal forma, que el propietario pueda excluir toda intervención de cualquier tercero, incluyendo al Estado. Si la problemática de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales no ha jugado ningún papel para el derecho de propiedad, ello se debe - en criterio de Leisner - a que la legislación ordinaria regula en forma exhaustiva las relaciones privadas subjetivas, incluso a través de cláusulas generales (tales como el § 1004 Código Civil alemán).

No hay un consenso acerca de si la propiedad puede ser concebida como una relación jurídica con una cosa o si únicamente puede ser concebida en la medida en que

existen obligaciones de terceros de abstención y de tolerancia, a partir de cuya lesión pueden producirse pretensiones jurídicas concretas. Esta interrogante se encuentra estrechamente vinculada a la relación entre las facultades positivas del propietario (disponer a voluntad de la cosa) y las negativas (excluir cualquier injerencia de terceros sobre la cosa). Podría considerarse una relación de coexistencia sin distinción de rango entre ambas facultades (tal como la definición contenida en el § 903 BGB), así como una relación de supremacía de una facultad (principal) sobre la otra (facultad accesoria).

Facultad de exclusión de la propiedad y la libertad

La interrogante acerca de la relación entre las facultades positivas y negativas del propietario es de importancia para el presente trabajo, en razón de que de a partir de allí puede esclarecerse la relación que existe entre la propiedad y la libertad. En criterio de Bucher y de Aicher la diferencia que existe entre ambas facultades se encuentra en el punto de vista que se adopte. El poder de disposición sobre la cosa es la finalidad de los derechos reales. Si se considera que el interés en dominar la cosa es el elemento esencial, entonces se ha partido de un punto de vista teleológico. Pero sólo la posibilidad del titular del derecho de excluir a todos los demás individuos de la cosa constituye el elemento normativo. Dado que todo ordenamiento jurídico se encuentra construido sobre la base de una presunción de libertad, una autorización de disponer de una cosa no puede ser elevada desde un punto de vista normativo como un elemento esencial de los derechos reales o absolutos. La facultad sobre una cosa no es en realidad el resultado de una disposición normativa, sino simplemente la „consecuencia fáctica" de la circunstancia negativa de que ninguna norma prohíbe al titular del derecho el uso de la cosa; tal facultad es „simplemente el motivo" de la regulación jurídica. Una norma jurídica que autorice a hacer o dejar de hacer a voluntad no puede constituir un elemento normativo del derecho subjetivo. Tal autorización simplemente constituiría la negación de una orden o de una prohibición, por lo que la misma carece de significado

jurídico, es innecesaria.

La interrogante, a la cual una investigación normológica debe dar respuesta, es en criterio de Aicher, la de cómo el poder hacer del titular del derecho en relación a una cosa se encuentra protegida frente a los demás individuos. Para ello distingue Aicher entre obligaciones de comportamiento absolutas y relativas: „El derecho subjetivo del propietario lo constituye en sentido formal la obligación de todos los demás individuos, de abstenerse de ingerir sobre la cosa que corresponde al ámbito del propietario... Sólo cuando un tercero, sin encontrarse facultado para ello, lesiona el ámbito de dominio del propietario o amenaza con hacerlo, y viola con ello su obligación de abstenerse, se concretan de tal modo la perturbación y el perturbador, que el derecho subjetivo del propietario recibe una determinada dirección relativa. El derecho subjetivo se convierte de tal modo en una (concreta) pretensión."

Schapp ha confrontado en forma crítica las posiciones de Bucher y Aicher. Entre otras cosas, se opone a la concepción de la teoría imperativa, según la cual la facultad de exclusión sería equivalente a las prohibiciones de perturbar la propiedad. En su criterio, las pretensiones individuales derivadas del derecho de propiedad no sólo son distintas en su consecuencia jurídica sino que las situaciones de conflicto no son comparables entre sí. La fórmula general de prohibición de perturbar - y con ello la definición de la propiedad contenida en el § 903 BGB - sólo constituye una abstracción inaccesible, tanto de las situaciones de conflicto como de las decisiones legislativas asumidas para aquéllas.

De acuerdo con lo expuesto, para determinar en forma precisa el contenido de las facultades de exclusión del propietario es ineludible acudir al objeto y finalidad de las mismas. En tal medida debe asumirse, como lo hace Larenz, que existe una dependencia recíproca entre ambos lados de la propiedad. La facultad de exclusión es sólo la contrapartida de la facultad del propietario de conducirse con respecto a la cosa a su voluntad, utilizarla para sus fines, consumirla o modificarla.

Para una evaluación, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en el marco de la presente investigación, serán confrontados dos conceptos. El uso de la

cosa, como expresión de la facultad del propietario de conducirse con respecto a la cosa a voluntad y las injerencias mediatas por parte de terceros. El uso se encuentra regulado exclusivamente por la norma que consagra constitucionalmente el derecho de propiedad. Por el contrario, las injerencias mediatas de terceros serán presentadas en forma de un conflicto normativo entre libertad y propiedad.

Contenido de los derechos de libertad

Por su parte, la cuestión relativa al contenido de la pretensión de rechazo de los derechos fundamentales tampoco se encuentra libre de controversias. Para Jellinek los derechos fundamentales deben entenderse en un sentido histórico como „negaciones de limitaciones hasta ese momento vigentes". El status negativus estaría de tal forma protegido, que el individuo tiene una pretensión a su reconocimiento y que a „los órganos de la Administración pública" les está prohibido toda perturbación del mismo, es decir, la imposición de una orden u obligación no fundada en la ley. Según el citado autor, el status negativus es frente a „todos los órganos de la Administración pública" el equivalente a la pretensión del titular de un derecho real en contra de los demás a la no perturbación. Tal sería un „status absoluto que vincula a todos los órganos de la Administración Pública ".

La definición de los derechos de libertad que presentan los autores Wolff/Bachof recurre a los llamados derechos de dominio, con lo que pareciera apartarse de la concepción antes expuesta. Los derechos de libertad serían la facultad que existe „frente a todos" de excluir y rechazar perturbaciones de su ejercicio. Los derechos de dominio otorgan a su titular el dominio sobre determinados objetos, dado que le asignan la facultad de injerir sobre los mismos dentro de los límites impuestos por el derecho objetivo y de excluir injerencias perturbadoras. Con ello se pretende expresar el contenido jurídico relevante de los derechos subjetivos y el tipo de protección que los mismos brindan en el seno de la doctrina del contenido de rechazo de los derechos fundamentales. Debe dejarse claro, que con tal definición no se pone en duda que el status negativus sólo se

encuentra dirigido frente al Estado (y no frente a los particulares) en forma inmediata.

Consecuencias de las diferentes estructuras

La diferencia fundamental que separa al derecho de propiedad de los restantes derechos de libertad se encuentra en la facultad de exclusión que tiene el propietario. En la estructura de los restantes derechos de libertad no existe tal pretensión de rechazo frente a perturbaciones, por lo menos a nivel constitucional. Tal pretensión es otorgada por el ordenamiento jurídico como forma de protección de los derechos fundamentales.

Como se indicó anteriormente, la problemática del llamado efecto inmediato frente a terceros de los derechos fundamentales no ha jugado un papel relevante en materia del derecho de propiedad. Sin embargo, la reserva de perturbación determina, en la relación entre la norma que consagra el derecho de propiedad y los restantes derechos fundamentales, la aplicabilidad exclusiva de la primera. El ordenamiento de la propiedad tiene la tarea de imponer una prohibición general a todos los no-propietarios, pero al mismo tiempo, mantener tal prohibición en una relación equilibrada con las libertades de los demás. En este supuesto debe desecharse la posibilidad de una colisión normativa. De allí que no se hable en este caso de ponderación de derechos fundamentales, sino más bien de ponderación de intereses.

Conclusiones previas

Aún resta por exponer, de qué forma los resultados obtenidos pueden ser aplicados en los casos prácticos narrados anteriormente, acerca de una presunta „colisión" frente al derecho de propiedad. En todos los casos expuestos partiremos del supuesto que es

claro el objeto de las posiciones que se encontraban en conflicto con la propiedad. De tal forma tanto la conducta del Sprayer de Zürich, como la del inquilino en campaña política y del jinete en el bosque puede ser considerada como el uso de una cosa ajena. Esta consideración se asume en razón de que la voluntad del no-propietario tiene por objeto la disposición de la cosa.

La pancarta política del inquilino

En el caso de la fijación de la pancarta política el deterioro físico del inmueble fue prácticamente irrelevante. Tal circunstancia dificultaba aún más la realización de la ponderación. Si el Tribunal hubiese asumido su decisión únicamente desde el punto de vista del uso de la cosa, hubiese sido suficiente con dilucidar a quién correspondía tal facultad. Allí no se presenta una colisión de derechos fundamentales. Para resolver la cuestión planteada hubiese jugado un papel importante la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, mediante la cual ha sido reconocida la protección constitucional del inquilino, a partir de la misma norma que consagra el derecho de propiedad. En ese caso, a pesar de que concurren dos titulares de la facultad de exclusión protegida por el Art. 14 GG sobre la misma cosa, sin embargo el contenido de tales facultades no es idéntico. Sólo al inquilino le corresponde la facultad inmediata de usar el bien arrendado. Por tal motivo era decisivo si la conducta constituía un uso idóneo o si excedía tales parámetros. Sin embargo, en una decisión más reciente (pretensión del inquilino de instalar una antena parabólica) el Tribunal Constitucional Federal no acudió al derecho constitucional del inquilino que deriva del Art. 14 GG. Por el contrario el Tribunal hizo una interpretación de las disposiciones del contrato de arrendamiento, a la luz del derecho a la información (Art. 5 I GG). Además es cuestionable que en el mencionado fallo el efecto irradiante de los derechos fundamentales en el derecho privado no sólo se realiza a través de la interpretación de la norma inferior, sino incluso mediante la ponderación de los intereses en conflicto.

El Sprayer de Zürich

Como quedo expuesto, el Tribunal Constitucional Federal indicó como fundamento de su decisión que el alcance jurídico de la libertad de arte „no se extiende desde un principio a pretender hacer uso o dañar la propiedad ajena con el objeto del desenvolvimiento artístico (bien sea en el ámbito de la obra o de su exposición)."

Esta fórmula aparentemente „libre de ponderación" equipara el uso de una cosa al daño infringido sobre la misma. Disentimos de tal criterio. El derecho de uso sólo comprende una injerencia intencional sobre la cosa. Sólo en esa medida se plantea una exclusión frente a todos los terceros (incluyendo al „Sprayer de Zürich"). Por el contrario, una conducta que tenga como consecuencia el daño no intencional de una cosa bajo propiedad privada no se encuentra fuera de la protección que en principio deriva de los derechos fundamentales. Si tal conducta, en razón de la peligrosidad que la misma implica por el posible daño a la propiedad, es objeto de prohibición, tal prohibición debe ser considerada como una limitación de la libertad y en todo caso debe encontrarse justificada, a través de la ponderación con respecto a la importancia del bien que pretende ser protegido. En tal supuesto es posible que se encuentre planteada una colisión de derechos fundamentales.

El caso „cabalgar en el bosque"

Como se señalara anteriormente, el recurrente no podía encontrarse facultado en forma inmediata por su derecho a la libertad general de actuación, sino sólo por una norma de inferior rango, a cabalgar sobre caminos de propiedad privada. Tal norma legal, por la cual se autoriza a un tercero a usar una cosa que se encuentra bajo propiedad privada, no es otra cosa que una disposición que determina el contenido del derecho de

propiedad.

Como conclusión puede afirmarse que la tesis de Murswiek ha sido confirmada, en el sentido que la libertad de un tercero no le faculta en forma inmediata al uso de una cosa bajo propiedad de otro. Si el uso de la propiedad, de acuerdo con una ley que determina el contenido del derecho, corresponde al propietario de la cosa, no existe la posibilidad de realizar una ponderación con respecto a la posición de otros sujetos titulares de derechos fundamentales. En todo caso, la norma legal a que se alude debe ser conforme a la función social de la propiedad.

