

Bienes naturales públicos como límite del ámbito de protección

Alexander Espinoza

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

El criterio de Murswiek

De acuerdo con el criterio propuesto por Murswiek¹ la afectación del medio ambiente no constituye el ejercicio de los derechos de libertad, sino un derecho a participar de los bienes escasos. En el caso expuesto por el citado autor a manera de ejemplo (la producción de mercancías), tal actividad conduce a la afectación considerable del aire, aguas y suelo, con efectos dañinos sobre animales o plantas, sobre la salud humana y sobre el clima.² Tal actividad supone el uso de bienes que no se encuentran bajo la propiedad de la empresa y que no le han sido asignados jurídicamente de ningún otro modo. Ello es válido tanto para la afectación del suelo ajeno, así como para el aire y las aguas, los cuales constituyen bienes públicos. La afectación de dichos bienes con sustancias tóxicas constituiría por ello un derecho de participación y no simplemente el ejercicio de la libertad.

La libertad de participar de los bienes de terceros o de los bienes de todos se encontraría – según la tesis del autor citado – garantizada constitucionalmente sólo en la medida en que pueda desprenderse de la Constitución una pretensión de tal naturaleza. Si tal pretensión no puede ser deducida de la Constitución, no puede desde un principio encontrarse comprendida dentro del ámbito de protección de la libertad económica. Tal libertad podría encontrarse comprendida en el ámbito de protección del

derecho a la libertad general de actuación, sólo en el sentido técnico de que incluso tales limitaciones a esa libertad sólo son válidas si son asumidas por normas legales y no pueden ser estatuidas por el Ejecutivo sin un fundamento legal.³

La tesis de Murswiek también se refiere a la afectación de los medios agua y aire. El uso de las aguas no podría fundarse en un derecho de libertad, en razón de que las aguas se encuentran sometidas a un régimen jurídico público y estaría por completo excluido del ordenamiento jurídico privado. El aire sería también un bien natural público, el cual no se encuentra bajo propiedad privada y no puede ser privatizado. El uso del aire sería el ejercicio de un derecho de participación en sentido fáctico, más no jurídico. Relaciones jurídicas de participación sólo podrían originarse a partir de casos en que la ley ha establecido facultades exclusivas a favor de un sujeto frente a todos los demás. Tal es el caso, en el cual el bien ha sido colocado bajo propiedad privada, como ocurre con el suelo, o bajo un régimen de uso de derecho público, como es el caso de las aguas.⁴

Críticas

La tesis del uso de bienes naturales es objeto de controversias. Para Steinberg tal criterio conduciría a una transformación fundamental del orden económico.⁵ Otros autores temen una reducción drástica del ámbito de protección de los derechos fundamentales, por lo que sólo parecería aceptable si se excluyen los casos en que la afectación al ambiente no alcanza un nivel relevante, en el sentido de una especie de reserva de bagatelas.⁶ Las críticas en contra de las posibles consecuencias de la tesis expuesta no parecen en principio infundadas. La sola existencia del ser humano afecta de múltiples formas al medio ambiente.⁷

Análisis

El amplísimo alcance de la teoría no deriva de su construcción dogmática, sino más bien de la circunstancia de que en la exposición de Murswiek sólo se utiliza como punto de referencia el efecto que ocasiona la actuación humana sobre el medio ambiente. El uso de las aguas es a tales fines equivalente al daño causado. Si por el contrario, se presenta como elemento relevante para el análisis a la conducta realizada, entonces el

uso de los bienes públicos naturales es sólo una de las posibles formas de conducta que pueden conducir a la afectación del ambiente. De acuerdo con lo arriba expuesto, el uso de los bienes naturales corresponde exclusivamente al ámbito de regulación del derecho de propiedad y es definido por el Legislador al desarrollar los principios de la propiedad. El resto de las conductas del individuo son en principio expresión de sus derechos de libertad.

La prohibición de conductas que sean idóneas para afectar bienes ajenos, cuya finalidad es distinta a la disposición de los mismos, está sujeta a la ponderación con el derecho a la libertad general de actuación o con el derecho especial de libertad aplicable. La justificación de una limitación considerable de tales conductas no se reduce a la constatación de que la cosa que se encuentra en peligro potencial no se encuentra a disposición del perturbador. Más bien es significativo para la justificación de la limitación de la libertad la cuestión de si y en qué medida el objeto de la propiedad se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, una afectación mínima o la simple posibilidad de una afectación grave podrían ser insuficientes para justificar una prohibición del ejercicio de la libertad.⁸ En tal caso debe determinarse a través de la ponderación de los bienes en conflicto si el valor del ejercicio de la libertad es menor al de la propiedad.⁹ La justificación de la limitación de la libertad deriva en tales casos de la obligación del Estado de proteger la propiedad privada y no de „la distinción entre propio y ajeno“ de la garantía institucional de la propiedad. La obligación de protección debe ser asumida en forma proporcional al rango que corresponda al bien jurídico de que se trate, en el seno del orden de valores de la Ley Fundamental.¹⁰

Lo expuesto puede ser apreciado en términos concretos, a la luz de la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes en el régimen jurídico de las aguas.

Decisión en el caso de la „explotación de cantera de grava en medio húmedo“

En su decisión del 15 de julio de 1981 el Tribunal Constitucional Federal debió pronunciarse sobre si se encontraba ajustado a la Constitución la circunstancia de que la propiedad del fundo no autoriza a un uso de aguas subterráneas, para el cual se

requiera de una autorización administrativa, de acuerdo con la Ley de Aguas. La Ley de Aguas somete las aguas subterráneas a un régimen de uso de derecho público separado de la propiedad privada. En principio no corresponde al propietario del fundo el derecho a acceder a las aguas subterráneas, sino que el mismo se atribuye a todos. Los parágrafos 2 y 3 de la Ley de Aguas hacen depender casi todo uso de las aguas subterráneas a la obtención de una autorización administrativa.

El Tribunal Constitucional Federal analizó en primer término, la cuestión de si el afectado se encontraba en una situación jurídica que fuese susceptible de expropiación. El tribunal negó tal posibilidad, en razón de que las aguas subterráneas no forman parte de la propiedad del suelo.¹¹ Para tal constatación, el Tribunal expuso que la Ley de Aguas excluye en principio el acceso de las aguas subterráneas del contenido del derecho de propiedad del suelo. Para el Tribunal era irrelevante si la afectación del agua tenía por finalidad hacer uso de la misma o si se trataba simplemente de un “efecto secundario molesto” de una conducta que tuviera una finalidad distinta. La propiedad del suelo no comprende la facultad de usar aquellos elementos del suelo, a los cuales sólo puede accederse a través de una actividad que está sujeta a la obtención de una autorización administrativa para el uso del agua. El sometimiento de las aguas subterráneas a un régimen jurídico de derecho público tendría por tanto como consecuencia que la facultad para explotar minerales del suelo que sólo puede realizarse a través del uso de las aguas sometido a autorización administrativa, se encuentra excluido de la propiedad del suelo. La explotación de cantera de grava en medio húmedo no podría estar dividida en una explotación admisible según el derecho privado y una extracción de agua inadmisibles según la Ley de Aguas.¹² La Ley simplemente habría determinado el contenido de la propiedad del suelo a nivel del derecho objetivo hacia el futuro en su relación con el agua subterránea.¹³

Además tenía el Tribunal que examinar si el Legislador había respetado los límites que le han sido impuestos. Los mismos derivan en forma inmediata de la garantía institucional y de permanencia de la norma que garantiza el derecho de propiedad, y del principio de proporcionalidad,¹⁴ así como del principio de tratamiento igualitario del Art. 3 aparte 1 GG.¹⁵ Sobre todo la posibilidad de lesión de la garantía de la propiedad fue

desechada por el Tribunal, en razón de que los bienes jurídicos que quedaban excluidos del régimen de propiedad privada no pertenecían a su contenido elemental, al efecto, a la actividad en el ámbito del derecho patrimonial. Se trataba más bien de un bien vital para la sociedad, que para el aseguramiento de intereses superiores y para la protección frente a riesgos fuera sometido a un régimen jurídico de derecho público..16

En el caso particular, el Tribunal partió de la presunción que, en la medida en que no hubiera sido impedido para ello por disposiciones legales, al propietario le correspondía bajo la protección de la garantía de propiedad, la facultad de llevar a cabo la extracción de piedra.¹⁷ Sin embargo el Legislador puede a través de una regulación transitoria razonable y adecuada , modificar esa posición protegida constitucionalmente, cuando se presentan motivos del bien común que merecen un rango preferente frente a la confianza justificada en la permanencia de esa posición jurídica.¹⁸

Afectación intencional y fáctica de bienes naturales públicos

En el ámbito del régimen de uso público del agua podrían diferenciarse las siguientes constelaciones desde el punto de vista relevante para la doctrina de los derechos fundamentales:

1) Las formas de uso del agua, a que se refiere el párrafo 3 aparte 1 de la Ley de Aguas, se caracterizan por la intencionalidad de la conducta. En ese sentido, las mismas son definidas, como una “forma de conducta intencional, que se encuentra dirigida según su idoneidad hacia un cuerpo de agua y se sirven del mismo, sobre todo como materia prima, para un objetivo determinado”.¹⁹

2) Al lado de la intencionalidad se ha servido el Legislador en la Ley de Aguas del potencial de afectación²⁰ de la conducta como criterio diferenciador (§ 3 aparte 2). De acuerdo con esto una conducta también es considerada como uso, sin tener en cuenta la intencionalidad, cuando la misma es idónea para producir determinados efectos contaminantes.²¹ Para ello debe tenerse en cuenta la gravedad de la afectación. Ejemplos del supuesto amplio previsto en esta norma, son el almacenamiento de sustancias disolventes en un foso de tratamiento de aguas; instalaciones de desechos domésticos; el almacenamiento y tratamiento de partes de vehículos en terrenos no

pavimentados ni impermeables para el aceite; la piscicultura intensiva en aguas superficiales; el riego en grandes superficies desde el aire con sustancias pesticidas e incluso medidas de abono especialmente peligrosas.²²

3) En tercer lugar pueden mencionarse las constelaciones restantes, en la cuales se produce una afectación del agua como producto de una conducta que no se encontraba destinada a tal objetivo y que en principio no era idónea para producir una afectación relevante. Se trata en tal caso de una afectación fáctica y mediata en el agua que simplemente se diferencia del supuesto anterior en su potencial dañino.

La afirmación del Tribunal Constitucional Federal, según la cual ninguna de estas conductas se encuentra constitucionalmente protegida, debe ser revisada. En definitiva es posible que al individuo no corresponda el derecho a realizar tales conductas, pero a los fines del análisis jurídico, tales conductas no son excluidas de la esfera subjetiva en forma idéntica, al efecto: La conducta definida bajo el número 1), esto es, el uso en sentido estricto e intencional de bienes naturales públicos no se encuentra comprendido entre los parámetros del derecho de propiedad sobre la tierra. En efecto, el agua de la superficie o bajo el fundo no pertenece al ámbito de protección de la propiedad, en el sentido de la norma que garantiza constitucionalmente tal derecho.²³ Por el contrario, pertenecen – por lo menos prima facie – las actuaciones descritas bajo los números 2) y 3) al ámbito de protección de un derecho fundamental, bien como uso del fundo del cual se es propietario,²⁴ o como una conducta protegida por otro derecho de libertad.²⁵ Con respecto a tales conductas, la disposición del párrafo 1a aparte 3 frase 1 de la Ley de Aguas²⁶ debe ser considerado como una forma de limitación de un derecho fundamental.²⁷ Tal afirmación coincide con el hecho que la prohibición legal de tales conductas se encuentran sujetas a una reserva de irrelevancia, según la cual sólo son objeto de la misma aquellas conductas capaces de producir daños de cierta gravedad. La limitación del derecho constitucional puede considerarse en principio justificada proporcionalmente según la gravedad de la afectación en las aguas objeto de protección.

La explotación de cantera de grava en medio húmedo

La decisión del Tribunal Constitucional Federal antes descrita fue producto de una cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la Corte Federal. Este alto tribunal dejó en su propuesta sin resolver la cuestión de si la extracción de grava que pretendía llevar a cabo el recurrente constituía un uso del agua subterránea, en el sentido del párrafo 3 aparte 1 Nr. 6 de la Ley de Aguas (es decir, de una afectación intencional), o si se encontraba dirigida a la „extracción de aguas superficiales“, en razón de que la posición jurídica del propietario del fundo resultaría igualmente afectada en ambos casos.²⁸ En criterio de la Corte Federal la importante función social que ostenta el agua subterránea podría justificar que se excluya al propietario de la tierra el acceso a tales aguas, „siempre que sólo se trate de su uso en el sentido de la utilización y consumo.“²⁹

Según la Corte Federal la explotación de cantera de grava en medio húmedo sólo puede ser realizada a través del uso del agua: „Sin embargo en los casos, en los cuales por motivos naturales no es posible el ejercicio de las facultades que son propias de la propiedad de la tierra, sin que al mismo tiempo se ‘utilice’ el agua subterránea (como en el caso de la explotación de cantera de grava en medio húmedo), se estaría entregando a la evaluación del Legislador, al cual se dirige a la protección del bien común, la determinación del contenido del derecho de propiedad sobre el fundo.“³⁰

Mientras que la constatación de la Corte Federal, según la cual el uso (intencional) del agua puede quedar excluido de las facultades del propietario, sin contrariar la garantía constitucional de la propiedad, resulta acorde con la tesis que aquí se propone, sin embargo, las restantes observaciones del Tribunal deben ser analizadas en detalle.

Ahora bien, en los términos en que ha sido expuesta la explotación de cantera de grava en medio húmedo, la misma también podría ser observada desde el punto de vista de la situación jurídica de los vecinos. El propietario del fundo ostenta una obligación de abstención, al efecto, la no-utilización del agua. En principio sus facultades como propietario no resultan afectadas, en razón de que el agua subterránea no se encuentra comprendida por el derecho de la propiedad de la tierra. Pero también podría considerarse el caso en el cual el propietario dependa necesariamente de una cosa ajena (aguas subterráneas) para hacer uso del objeto de su propiedad (extracción de grava). En tal caso no puede alegarse una violación inmediata del derecho de

propiedad. Sobre todo, a partir del principio, según el cual sus intereses deben ser tomados en consideración por el Legislador que determina el contenido del derecho de propiedad, no derivan en forma inmediata derechos subjetivos, que le faculten a hacer uso del agua subterránea.

Tal como se señalara anteriormente, la función social de la propiedad también 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.“³¹ Para ello 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.“³²

La cuestión de si la Ley de Aguas consagra un derecho subjetivo del no-propietario, será objeto de posterior análisis.³³

El uso de los bienes naturales públicos en la economía del medio ambiente

Para la tesis de Murswiek es fundamental la equiparación de los términos “uso” y “perjuicio” de los bienes naturales. Esto se corresponde con el sentido amplio de la terminología que se emplea en la economía del medio ambiente. En sentido económico los bienes naturales son en su mayoría bienes públicos.³⁴ Al contrario de los bienes privados, los bienes públicos no pueden ser distribuidos ni vendidos, ni puede realizarse una exclusión de determinados individuos de su disfrute. Ya que en base al carácter de bien colectivo del medio ambiente, en principio, puede ser disfrutado sin costo alguno, los perjuicios que se originan deben ser soportados por la sociedad.³⁵

Siebert se refiere a las funciones que el medio ambiente ostenta para el sistema económico en los términos siguientes: En primer lugar, el medio ambiente pone a disposición de la economía bienes de consumo, y al efecto, desde los más elementales, como aire para respirar y agua de tomar, hasta la belleza del paisaje y la función de esparcimiento de la naturaleza.³⁶ En segundo lugar, la naturaleza ofrece al sistema económico la materia prima que es utilizada como input en las actividades de producción. Los bienes elaborados con ayuda de los recursos naturales son

introducidos al consumo. En tercer lugar, son expulsados al medio ambiente los productos que ya no pueden ser utilizados en la producción y el consumo. El uso del medio ambiente como un medio receptor de emisiones podría ser interpretado como un factor de producción.³⁷ En cuarto lugar, el medio ambiente pone el suelo a disposición del sistema económico. En tal caso, se trata del suelo que sirve de ubicación para la industria, de lugar de siembra para la agricultura, de vivienda para el ámbito del consumo, para la infraestructura, etc.³⁸

Las funciones del medio ambiente antes descritas compiten entre sí, en caso de que la demanda de “servicios del medio ambiente” no puede ser satisfecha.

Uso e injerencia en el derecho civil

El parágrafo 903 BGB determina las facultades del propietario, tanto en sentido positivo: „disponer a voluntad de la cosa“, como también en sentido negativo: „excluir a otros de cualquier injerencia sobre la cosa“. En el parágrafo 100 BGB se define el uso como „los frutos de una cosa o de un derecho, así como las ventajas, que derivan de la utilización de una cosa o del ejercicio de un derecho“. De acuerdo con el parágrafo 99 BGB son frutos „los productos de una cosa y demás beneficios que se obtienen de una cosa según el fin a que está destinada“ (aparte 1); „los beneficios que el derecho produce, de acuerdo con su finalidad, sobre todo en caso de derechos a la explotación de recursos del suelo “ (aparte 2) así como „los beneficios que produce una cosa o un derecho, en razón de su situación jurídica“ (aparte 3). Las ventajas que derivan de la utilización de la cosa pueden ser determinadas generalmente de acuerdo con su naturaleza.³⁹

Este llamado efecto positivo entra frecuentemente en conflicto con la facultad de exclusión de otros propietarios, como en el caso de los fundos colindantes. La circunstancia de que las facultades del propietario sólo se encuentran garantizadas, en la medida en que armonicen con los derechos de los demás, tal como indica el parágrafo 903 BGB, es considerada como una limitación jurídica de la propiedad,⁴⁰ o más bien, como una determinación del contenido de la propiedad.⁴¹ En materia de emisiones, el parágrafo 906 BGB persigue el equilibrio de los intereses de los vecinos que incurren en conflicto, en el sentido de que sólo deben ser toleradas las emisiones

que puedan ser consideradas irrelevantes. Con ello el parágrafo 906 BGB fija los límites de las facultades de exclusión del propietario frente a determinadas injerencias, que emanan de otro fundo colindante.⁴²

Esta exposición muestra que en derecho se parte de una más estrecha noción de “uso” que en la economía. El Legislador distingue en forma clara entre el uso, como elemento constitutivo del derecho de propiedad, y las demás formas de injerencia sobre una cosa. Con ello da cuenta el Legislador del hecho de que el uso de un fundo también se encuentra protegido constitucionalmente cuando como consecuencia de ello, el fundo colindante debe sufrir emisiones. La tarea del Legislador es encontrar una solución materialmente justa al conflicto.⁴³

Ahora bien, el presente trabajo parte de la diferenciación entre el uso y la injerencia sobre la cosa, en el sentido del daño. Si bien, ambos elementos configuran junto a otros el derecho de propiedad, sin embargo, en el uso se presentan en un primer plano con mayor fuerza el sentido y objeto de la propiedad privada. Por una parte, contiene la propiedad elementos de la libertad de actuación del propietario y con ello, de su libertad de hacer y dejar de hacer a voluntad. Por otra parte, el derecho del propietario debe encontrarse justificado en la medida en que del mismo derivan obligaciones de abstención de terceros. Para ello, puede partirse de la consideración de que al derecho de propiedad corresponde la tarea de asegurar al su titular un ámbito de libertad en el área patrimonial y con ello hacer posible que el mismo configure su vida en responsabilidad propia.⁴⁴ La propiedad debe ser útil al propietario como fundamento de su iniciativa privada en interés propio y, en tal medida, goza de una protección especial.⁴⁵ Estos elementos teleológicos determinan, como se señaló anteriormente, el contenido de las facultades de exclusión de la propiedad.

Por lo que atañe a las injerencias de terceros sobre la cosa, las pretensiones de defensa del propietario no llenan estos requisitos. Tales pretensiones derivan más bien de la obligación constitucional del Estado de proteger la propiedad privada. Este proceso no se encuentra libre de colisiones de normas y de derechos fundamentales. A través de la ponderación de derechos constitucionales debe decidirse, en qué medida debe ser tolerada la injerencia, o si la conducta que es idónea para dañar la cosa debe

o no ser prohibida.

Ámbito de evaluación en el § 6 WHG

En el marco de las consideraciones anteriores, puede entrar a analizarse la decisión del legislador, en el área del uso del agua, de colocar el ejercicio de la propiedad bajo una reserva represiva. Según la doctrina dominante, la norma indicada no consagra una pretensión a exigir el otorgamiento del permiso.⁴⁶ De allí que se infiera que la existencia de una facultad de evaluación en el § 6 WHG para la negativa de la autorización sea un indicio de que la injerencia en el agua subterránea se encuentra excluida del contenido del derecho a propiedad sobre el fundo, cuando la misma es simplemente un “efecto secundario molesto” de una conducta que tiene una finalidad distinta. Quienes sostienen tal criterio señalan que la propiedad sobre un fundo no comprende la facultad de usar los elementos de la tierra, cuando ello sólo puede ser realizado en el ámbito de un uso del agua subterránea que requiere de autorización.⁴⁷ Según lo expuesto por el Tribunal Constitucional Federal en su fallo sobre la „extracción húmeda de piedras“, al analizar la presunta infracción del principio de proporcionalidad, no estaban dadas los presupuestos de un control preventivo de la Administración, con la posibilidad de una prohibición, en razón de que tal grado de injerencia sólo persigue la constatación del ejercicio regular del derecho fundamental y el acceso del propietario del fundo a las aguas subterráneas habían sido excluidas por una ley en forma conforme a la Constitución.⁴⁸

Ahora bien, los argumentos de König,⁴⁹ con respecto al uso del suelo con fines agrarios, se desarrollan en la misma línea que las afirmaciones arriba indicadas. Según la autora citada, corresponde al Legislador determinar el contenido y límites de la propiedad. En su criterio, ello trae como consecuencia que desde un principio no pertenecen a la propiedad aquellos usos agrarios que el Legislador hubiera excluido de su ámbito. La separación de un uso determinado del contenido de la propiedad sería clara cuando la Ley limita o prohíbe el mismo, sin posibilidades de autorización. Sin embargo, con frecuencia, a solicitud de parte pueden ser autorizados usos, que en principio se encuentran prohibidos.⁵⁰ El elemento relevante sería – en su criterio – fundamentalmente la configuración de la disposición de autorización como una decisión

vinculante o que se encuentre en el ámbito de evaluación (discrecionalidad) de la Administración. Las limitaciones de uso pueden ser configuradas como prohibiciones preventivas con una reserva de autorización, las cuales sean levantadas luego de que se active la función de control del órgano administrativo, siempre que no existan fundados motivos para denegar la solicitud. Por el contrario, una prohibición represiva con reserva de liberación significaría que el uso se encuentra excluido del ámbito protegido por el derecho de propiedad.⁵¹

Esta exposición puede en definitiva resultar incuestionable, sin embargo, el método aplicado debe ser rechazado. De tal forma debe indicarse que una posibilidad de uso del suelo en realidad sólo puede ser limitada, más no “excluida” de la propiedad privada.. Es cuestionable que como criterio para asumir la existencia de una posición protegida constitucionalmente se plantee la circunstancia de si la decisión de autorización está regulada por una norma que prevé una facultad reglada o de evaluación (discrecional) de la Administración. A tal afirmación debe oponerse que, para la determinación de si estamos en presencia de una afectación del ámbito protegido por un derecho constitucional, no es relevante la existencia de una facultad de evaluación del órgano que otorga la autorización o la liberación.⁵² Se considera como un criterio superado el de que deba ser necesaria la existencia de una norma obligatoria para poder reconocer que se está en presencia de un derecho subjetivo de derecho público.⁵³ Más bien, es la sujeción al derecho de la Administración en la aplicación de una norma que le atribuye un margen de evaluación, lo que da lugar a que en principio pueda reconocerse un derecho subjetivo.⁵⁴

En este sentido, es reconocido por la literatura que en la ponderación entre los intereses de la protección de las aguas y los intereses del propietario del fundo, debe tenerse en consideración el interés del propietario en el uso más rentable posible de su propiedad..⁵⁵ El principio de consideración de los intereses del propietario viene a apoyar la tesis de que al propietario corresponde una pretensión a que la decisión sea asumida libre de errores de evaluación, la cual en determinados casos incluso puede llegar a constituir una pretensión a que sea concedida la autorización.⁵⁶ En criterio de Papier tales disposiciones deben ser objeto de una interpretación conforme a la

Constitución. Si los motivos de negativa no se encuentran dados, entonces existiría una obligación de otorgar la autorización al propietario para hacer uso de las aguas.⁵⁷

También podría tomarse en consideración la posibilidad de una afectación mediata, pero grave e insoportable, de la propiedad sobre el fundo. Si bien es cierto que la Corte Federal señaló, en el caso de la extracción húmeda de piedras, que la regulación del uso contenida en la Ley de Aguas no tomaba en consideración la posibilidad de una afectación mediata del derecho de propiedad,⁵⁸ sin embargo, la Corte no constató por sí misma si en el caso concreto se producía una afectación de tal categoría.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal realizó un análisis detallado de la problemática del agua y sobre todo, de la colisión de intereses que se plantea entre la extracción de explotación de cantera de grava en medio húmedo y la protección de las aguas.⁵⁹ De tal forma fue establecido en términos convincentes que el principio de la proporcionalidad no fue transgredido. El Tribunal constató que no existía la obligación constitucional de reconocer la pretensión al otorgamiento de la autorización en el procedimiento respectivo, en razón de que el acceso al agua subterránea no formaba parte del derecho de propiedad. Tal grado mínimo de protección del agua hubiera sido insuficiente.⁶⁰

A pesar de que el resultado al cual arribó el Tribunal Constitucional Federal es acertado, sin embargo no puede compartirse la no-diferenciación entre el verdadero uso y la afectación mediata del agua, a los fines de su tratamiento constitucional.⁶¹



1 Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, en: JZ 1988, 992; idem: Nutzen und Gemeinwohl, en: DVBl. 1994, 77 ff.; idem: Die Ressourcennutzungsgebühr, en: NuR 1994, 170 ff.; idem: Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht, en: NVwZ 1996, 417 ff. idem: Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, en: HStR V, 112 Rdnr. 83; coincidente: Lorenz, Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes, en: NVwZ 1989, 813 (818); Kuhlmann, Der Umweltschutz im gesamtdeutschen Grundgesetz, en: NuR 1995, 1 (8); coincidente en parte: Kluth, Rechtliche Rahmenbedingungen der Ressourcenbewirtschaftung, en: NuR 1997, 105 (107)

2 Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, en: DVBl. 1994, 77 (81)

3 Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, en: DVBl. 1994, 77 (81)

4 Murswiek, Nutzen und Gemeinwohl, en: DVBl. 1994, 77 (81)

5 Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 125

6 Comparable a Schmidt, Umweltschutz durch

Grundrechtsdogmatik, en: Ruland (Editor) Festschrift für Zacher, 947, 954; kritisch auch Hofmann, Umweltstaat, in: Badura/Dreier (Editor) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 884; ferner: Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: VVDStRL 1992, 211 (221): „Ein zweidimensionales ‘luftleeres’ Grundeigentum wäre für jedermann funktionslos und würde de facto einer Abschaffung des Privateigentums an Grund und Boden nahekommen.“

7 So Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, in: JZ 1988, 984

8 BVerfGE 67, 213 (228); m.w.N. für die Kunstfreiheit Würkner, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 147

9 So im oben genannten Fall eines Wahlplakates am Hause des Vermieters, BVerfGE 7, 230 (237)

10 Vgl. anlässlich des Lebensschutzes BVerfGE 39, 1 (42)

11 BVerfGE 58, 300 (332); dazu: Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz: Kommentar, 62; Säcker, in: MünchKomm,§ 905 Rdnr. 5

12 BVerfGE 58, 300 (337)

13 BVerfGE 58, 300 (337)

14 BVerfGE 58, 300 (348)

15 BVerfGE 58, 300 (345)

16 BVerfGE 58, 300 (339)

17 BVerfGE 58, 300 (349); vgl. auch
m.w.N. v. Mutius/Lünenbürger,
Verfassungsrechtliche Aspekte einer
umfassenden ökologischen
Ressourcenwirtschaft, in: NVwZ 1996,
1064 f

18 BVerfGE 58, 300 (351)

19 Vgl. Czychowski,
Wasserhaushaltgesetz: Kommentar, §
3, Rdnr. 5.

20 Dieselbe Elemente konstituieren
auch der Begriff zentraler der
schädlichen Umwelteinwirkung nach §
3 BImSchG.

21 Vgl. Czychowski,
Wasserhaushaltgesetz: Kommentar, §
3, Rdnr. 60.

22 Beispiele bei Czychowski,
Wasserhaushaltgesetz: Kommentar, §
3 Rdnr. 73 ff.

23 Vgl. Czychowski,
Wasserhaushaltgesetz: Kommentar,
Einl. VIII 1

24 So hat der Bundesgerichtshof die Ausführungen des BVerfG wie folgend dahin ausgelegt: „Daraus folgt aber nicht, daß die Kiesbestandteile des Grundstücks aus dem Schutzbereich des Art. 14 GG ‘ausgliedert’ worden wären. ...Vielmehr besagt das nur, daß der Grundeigentümer so lange nicht befugt ist, das in seinem Eigentum stehende Kiesvorkommen auszubeuten (es auf diese Weise zu nutzen), als das wegen einer Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung unstatthaft ist. Stehen indessen einer Kiesausbeute wasserwirtschaftliche Gründe (§ 6 WassHG) nicht entgegen und wäre deshalb dem Grundeigentümer eine beantragte Erlaubnis oder Bewilligung zu erteilen, dann kann diese Nutzungsmöglichkeit gegenüber einem Zugriff aus nicht wasserwirtschaftlichen Gründen von Schutzbereich des Art. 14 GG umfaßt sein. Daß das Wasserhaushaltsgesetz dem Eigentümer keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung gewährt, nötigt nicht zu einer anderen Beurteilung.“ BGH, in: NVwZ 1982, 644 (645 ff.); vgl. Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 34;

ähnlich. Bryde, in: v. Münch/Kunig
(Editor) GGK, Art. 14, Rdnr. 15 f.

25 Zahlreiche Beispiele aus der
Rechtsprechung zur Beschränkung
sonstiger Grundrechte auf Grund des
Gewässerschutzes, wie etwa das in
Art. 141 III 1 BayVerf normierten
Grundrecht auf Erholung in freier Natur,
bietet Salzwedel, Neuere Tendenzen
des Wasserrechts, in: NVwZ 1982,
596 (602)

26 Diese Norm lautet: „Das
Grundeigentum berechtigt nicht 1. zu
einer Gewässerbenutzung, die nach
diesem Gesetz oder nach den
Landeswassergesetzen einer Erlaubnis
oder Bewilligung bedarf.“

27 Vgl. etwa Nüßgens/Boujong,
Eigentum, Sozialbindung, Enteignung,
34: „Dieses Gesetz (WHG) beschränkt
lediglich die Befugnisse des
Grundeigentümers, das Vorkommen
auszubeuten, wenn durch ein solches
Vorhaben die nicht ganz entfernte
Möglichkeit einer Einwirkung auf das im
Untergrund vorhandene Wasser
geschaffen wird.“ (Klammern nicht im
Original) A.A. Seifert, Sozialbindung
des Eigentums und Enteignung bei der
Festsetzung von
Wasserschutzgebieten, 147: „Denn
nach dem Wasserrechtssystem des
WHG ist die Naßauskiesung nicht

etwas, was schon von vornherein aus der Betätigung eigentümerischer Handlungsfreiheit hervorgeht, sondern ist rechtens erst nach der 'Zuteilung von Wassernutzungsprivilegien' möglich, die gerade nicht aus dem Grundeigentum fließen.“

28 BGH, in: NJW 1978, 2290 (2291)

29 Das übersieht Breuer, Die Verfassungsmäßigkeit der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung, in: ZfW 1979, 78 (81): „Die Thesen des BGH lassen sich auf einen knappen Nenner bringen: Das Grundeigentum umfasse von Verfassungswegen die Benutzung des Grundwassers.“

30 BGH, in: NJW 1978, 2290 (2292)

31 BVerfGE 50, 290 (341): Mitbestimmungsurteil

32 BVerfGE 104, 1 (11); BVerfGE 101, 239(259); stRspr

33 Siehe in diesem Kapitel, 2.5

34 Dieser Begriff sollte nicht mit dem juristischen Begriff der öffentlichen Sache verwechselt werden; vgl. Kloepfer/Reinert, Die Umweltfragen als Verteilungsproblem in rechtlicher Sicht, in: Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 3, 95 (273, 284)

35 Vgl. Wicke, Umweltökonomie, 41; Siebert, Ökonomische Theorie der Umwelt, 9. Spezifisch auf dem Naturschutz angewendet: Blöchliger, Der Preis des Bewahrens, 76 ff.; Jaeger, Natur und Wirtschaft, 27 ff.

36 Siebert, Ökonomische Theorie der Umwelt, 8 ff.

37 Siebert, Ökonomische Theorie der Umwelt, 11

38 Siebert, Ökonomische Theorie der Umwelt, 12

39 Zum Beispiel der Vorteil des Wohnens aus dem Gebrauch eines Wohnhauses; vgl. Holch, in: MünchKomm, § 100 Rdnr. 2

40 Vgl. Müller, Sachenrecht, 1997, Rdnr. 323 ff.; Säcker, in: MünchKomm, § 906 Rdnr. 1. Daran ändert nichts, wenn man diese Verhältnis aus anderen Sichtweise betrachtet, wie etwa Ladeur, Staatliche Kontrolle von Pflanzenschutzmitteln und Chemikalien, in: NuR 1994, 8 (9): „Die situative Angewiesenheit auf einen übergreifenden Zusammenhang der Nutzungsmöglichkeiten zwingt dazu, dem Eigentum auch ein wechselseitiges Recht auf ‚Mitbenutzung‘ des Nachbargrundstücks, etwa für die

‘ortsübliche’ Zufuhr von
grenzüberschreitenden Emissionen,
...zuzuordnen.“

41 Stichelbrock, Angleichung
zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher
Haftungsmaßstäbe beim Störerbegriff
des § 1004 BGB, in: AcP 1997, 456
(460 f.)

42 Säcker, in: MünchKomm, § 906
Rdnr. 27; Palandt, Bürgerliches
Gesetzbuch § 906 Rdnr. 1

43 Unter Hinweis auf BVerwGE 81,
329 (343), Schmidt-Preuß,
Kollidierende Privatinteressen im
Verwaltungsrecht, 37

44 BVerfGE 102, 1 (15) stRspr.

45 BVerfGE 102, 1 (15) stRspr.

46 BVerfGE 93, 319 (339);
Czychowski, Wasserhaushaltgesetz:
Kommentar, § 6 Rdnr. 2.

47 Vgl. BVerfGE 58, 300 (337)

48 Vgl. BVerfGE 58, 300 (347)

49 König, Landwirtschaftliche
Bodennutzung zwischen
Eigentumsgarantie und Umweltschutz,
21 ff.

50 König, Landwirtschaftliche
Bodennutzung zwischen
Eigentumsgarantie und Umweltschutz,
26

51 König, Landwirtschaftliche
Bodennutzung zwischen
Eigentumsgarantie und Umweltschutz,
27

52 Vgl. Kimminich, Eigentum und
private Naturgüternutzung, in: NuR
1983, 1 (2): „Daraus darf nicht der
falsche Schluß gezogen werden, daß
ein wertsteigerndes Eigentumsrecht
erst durch die öffentlichrechtliche
Genehmigung entsteht.
Öffentlichrechtliche Genehmigungen
und Erlaubnisse schaffen kein
Grundstückseigentum. Sie ergehen im
Vollzug von Gesetzen, die ihrerseits
nur dann verfassungsmäßig sind, wenn
sie vor Art. 14 GG Bestand haben.“

53 Vgl. Henke, Das subjektive
öffentliche Recht, 2; ders.: System und
Institute des öffentlichen Rechts der
Wirtschaft, in: DVBl. 1983, 982 (986)

54 Vgl. Schmidt-Aßmann, in:
Maunz/Dürig u.a., Komm. z. GG, Art.
19 Abs. IV, Rdnr. 135; Preu,
Subjektivrechtliche Grundlagen des
öffentlichrechtlichen Drittschutzes, 151;
Rupp, Grundfragen der heutigen
Verwaltungslehre, 206; ähnlich, im

Bezug auf der subjektiv-rechtliche Qualität objektiver Grundrechtsgehalte: Jarass, Die Grundrechte, in: Badura/Dreier (Editor) Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 49: „Der Umstand, daß der Verpflichtete weite Spielräume besitzt, spricht nicht gegen ein subjektives Recht. Richtig ist nur, daß das subjektive Recht regelmäßig nicht auf ein bestimmtes, präzise umschreibbares Staatsverhalten gerichtet ist.“

55 Vgl. Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 33

56 Vgl. Sandler, Nochmals: Wassernutzung und Eigentum, in: ZfW 1979, 65 (67), der aus der Möglichkeit einer Ermessensreduzierung auf Null die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verneint: „Dies zeigt übrigens, daß der Graben zwischen einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt, wie er hier vorliegt, und einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zwar nach wie vor bedeutsam ist,...daß dieser Graben aber auch nicht so tief ist...“; Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: VVDStRL 1992, 211 (220)

57 Papier, in: Maunz/Dürig u.a., Komm. z. GG, Art. 14 Rdnr. 431

58 BGH, in: NJW 1978, 2290 (2294)

59 BVerfGE 58, 300 (339-344)

60 BVerfGE 58, 300 (346 f.) A. A.
Papier, in: Maunz/Dürig u.a., Komm. z.
GG, Art. 14 Rdnr. 431

61 Dazu oben, in diesem Kapitel, 2.3
und 2.4