
ORDENAMIENTO TERRITORIAL, MEDIO AMBIENTE Y PROPIEDAD PRIVADA: ELEMENTOS DE REFLEXIÓN JURÍDICA SOBRE LA IMPUTABILIDAD DEL COSTO AMBIENTAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

René Hostiou*

El reciente surgimiento de las preocupaciones ecológicas en nuestro derecho nos interroga sobre un tema que no ha sido analizado en su conjunto –aunque se trate de un tema clásico para los administrativistas– el de la combinación entre prescripciones de interés general y derechos de los particulares, obligaciones colectivas de la vida en sociedad y derecho individual de propiedad.

Muchas políticas públicas aparecen en efecto teniendo como consecuencias la limitación a las prerrogativas inherentes al derecho de propiedad privada. Ese derecho ha evolucionado y sufrido, como lo sabemos, limitaciones¹.

– El Consejo Constitucional francés distingue en relación con este tema la molestia soportable –la *gêne supportable*– o sea aquella que no constituye una privación de propiedad en el sentido expresado en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y aquella que sobrepasa las fronteras de lo soportable porque conduce a “vaciar de su contenido el derecho de propiedad o que afecta tanto al bien inmueble como a los ocupantes, constituye un obstáculo al ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos”².

.....

1. P. Bon: *Le statut constitutionnel du droit de propriété*, R.F.D.A. 1989, N° 6, p. 1009.

2. Consejo Constitucional, 13 de diciembre de 1985, Amendement Tour Eiffel, A.J.D.A. 1986, p. 171, nota J. Boulouis.

* Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias políticas de la Universidad de Nantes CRUARAP-URA CNRS 1725.

– El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre hace un análisis que no es fundamentalmente diferente³: opone igualmente la simple reglamentación del uso de los bienes y el menoscabo a la sustancia del derecho de propiedad⁴.

Dos hipótesis pueden ser así distinguidas.

– La primera es clásica. Se trata de las políticas de organización del espacio que se traducen por la realización de una obra pública o por la instauración de una servidumbre administrativa: esas políticas generan daños, limitan las posibilidades de utilización del bien y contribuyen a causar una desvalorización de esa propiedad privada.

– Recientemente apareció un problema nuevo. En beneficio de toda la comunidad, las políticas de protección del medio ambiente pueden contribuir a limitar las posibilidades de utilización de un bien y reducir de esta manera los derechos y prerrogativas inherentes tradicionalmente a la propiedad privada.

Conviene interrogarnos sobre las incidencias de esta nueva aparición del derecho del medio ambiente, examinar si ésta puede matar el derecho de propiedad o revivirlo o si, por último, estos dos derechos pueden convivir armoniosamente.

¿Los propietarios afectados en el ejercicio de su derecho –“inviolable y sagrado”– por la realización, por ejemplo, de una carretera (obra pública) o por la aplicación de una política de protección de ciertas especies raras en vía de desaparición, tendrían derecho a obtener una compensación equitativa por una carga que sufren por el beneficio del interés general?

¿O la multiplicación de esas imposiciones en el interés general debe traducirse ineluctablemente por restricciones definitivas aportadas al derecho individual de propiedad y soportadas entonces exclusivamente por el propietario?

En consecuencia se trata de analizar las incidencias de esas dos políticas públicas en materia de organización del espacio y de protección del medio ambiente sobre la propiedad inmobiliaria, sobre su uso y sobre su valor y, ante todo, sobre la imputabilidad del costo de la aplicación de esas políticas. En otras palabras se trata de saber si la desvalorización consecutiva que afecta la propiedad privada debe incumbir solamente al titular de ese derecho, quien por causa de utilidad general ve

.....

3. Cf. J. F. Struillou: *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, tesis de doctorado, Nantes 1995.

4. C.E.D.H. 23 de septiembre de 1982, Sporrong y Lönnroth c/ Suecia.

de esta forma el valor de su patrimonio disminuirse o, al contrario, si puede ella y sobre qué base jurídica, ser objeto de una repartición más equitativa entre el conjunto de los beneficiarios de esas políticas.

Distinguiremos dos casos.

– El de las políticas de organización del espacio tratando de examinar sus incidencias sobre la propiedad inmobiliaria y la indemnización de molestias ecológicas engendradas por la realización de obras públicas.

– El de las políticas de protección del medio ambiente, tratando de examinar la incidencia de las restricciones al uso de los bienes, es decir, las consecuencias de la protección del medio ambiente sobre la propiedad privada.

I. Políticas de ordenamiento territorial y molestias ecológicas: ¿hacia una extensión del principio contaminador-pagador?

Se trata de un problema clásico. La realización de una obra pública, sea ésta una carretera, un aeropuerto, una central eléctrica etc., con un fin de interés general puede ser frecuentemente la causa de diversas molestias para los vecinos. ¿El perjuicio que resulta de esa obra debe ser soportado exclusivamente por estos últimos o al contrario, podemos imaginar, y según qué procedimiento, una repartición colectiva de esta carga?

Tomamos conciencia inmediatamente del carácter explosivo de este planteamiento. ¿El reconocimiento para todos de un derecho subjetivo a un medio ambiente sano, la instauración de mecanismos indemnizatorios destinados a garantizar la efectividad de ese derecho no nos conduciría ineluctablemente a interrogarnos sobre esas políticas de organización del espacio? ¿La indemnización de esas molestias no conduciría a un regreso del "crecimiento cero"?

A esos interrogantes se puede contestar en dos momentos. Primero, a partir del derecho positivo que esencialmente trata este tema bajo el ángulo de la teoría bien conocida de los daños provenientes de la realización de trabajos públicos. Las insuficiencias de esa teoría obligan hoy día a abrir el campo de reflexión sobre nuevas perspectivas⁵.

.....

5. V. T.A. Strasbourg 22 de septiembre de 1997, señor y señora Humbrecht C/ Préfet du Bas-Rhin, R.J.E. 1998, N° 3, p. 349, nota F. Gollard

A. Indemnización de molestias ecológicas en el marco de la teoría de los trabajos públicos

La indemnización de las incidencias ecológicas provenientes de las operaciones de organización del espacio se sitúa en el marco tradicional de la responsabilidad por daños que resultan de los trabajos públicos. Tratándose de daños sufridos por terceros, es una responsabilidad sin culpa, por daño anormal. El daño ecológico sufrido por los vecinos de la obra pública puede solamente dar lugar a una reparación por "ricochet" o indirectamente, es decir, en la medida en que la alteración del medio ambiente se traduce por un menoscabo causado a un bien, que ese perjuicio sea material (depreciación del valor de una propiedad) o "moral" (alteración de las condiciones de existencia del vecino de la obra).

¿De dónde proviene el sentimiento de insatisfacción frente a esa jurisprudencia? Se debe, sin duda alguna, al hecho que frecuentemente las dos componentes del perjuicio consecutivo a la realización de una obra pública están estrechamente ligadas y que la ausencia de reconocimiento del perjuicio ecológico en el mismo traduce ante todo una política jurisprudencial deliberadamente restrictiva. La responsabilidad del Estado es retenida solamente cuando el daño presenta características muy específicas.

1. Anormalidad del perjuicio

El daño debe ser, además de especial, anormal. Eso significa que las personas públicas pueden, sin que sean consideradas responsables, hacer soportar, en nombre del interés general, cargas "normales" a algunos miembros de la colectividad. El punto de anormalidad que marca la apertura del derecho a la reparación depende no solamente de la naturaleza e importancia del daño sino que también de la importancia de la obra, de su impacto sobre la vida social y de cualquier otro elemento que puedan ejercer influencia sobre el juez.

Exigiendo la anormalidad del perjuicio, es decir, fijando un umbral por debajo del cual sólo habría una molestia normal, el juez administrativo hace prevalecer el interés general sobre los intereses particulares. De esta manera, el juez tiende a hacer recaer exclusivamente sobre los vecinos de la obra la carga financiera de la política de la organización del espacio.

2. Imprevisibilidad del perjuicio

En lo que se refiere a su principio, la noción es extremadamente sencilla. Si el demandante podía prever, el día de su llegada, el perjuicio que haya sufrido, el juez

administrativo le reprochará su falta de previsión para limitar o incluso negarle cualquier derecho a obtener una indemnización. Esta teoría, algunas veces ligada a la culpa o a la imprudencia de la víctima encuentra su explicación sobre todo en consideraciones pragmáticas: la admisión de un derecho a obtener la reparación, de cierta forma permanente y abierto a cualquier persona, convertiría el funcionamiento de una obra pública en algo demasiado costoso. Como lo escriben algunos autores, admitir así que la previsibilidad del perjuicio pueda constituir una causa de exoneración de la responsabilidad, conduce finalmente a reconocer en favor del primer ocupante un verdadero derecho de causar una molestia o perjuicio.

B. En la búsqueda de otras soluciones

La Ley del 10 de julio de 1976 consagró por la primera vez en derecho francés los estudios de impacto cuyo objeto, como sabemos, consiste en integrar en el proceso donde se toma la decisión las incidencias ecológicas de un proyecto con el fin de suprimir, reducir o compensar esas incidencias.

En el marco del procedimiento de expropiación, el expediente de la encuesta pública debe igualmente, cuando varias posibilidades han sido tenido en cuenta, por ejemplo en el caso de la construcción de una carretera, indicar las razones por las cuales se escogió uno y no otro y, en especial, desde el punto de vista ambiental. Vemos que se busca limitar las incidencias ecológicas de la realización de una obra pública y de prevenir de cierta manera el daño.

Paralelamente a la aplicación de medidas preventivas, el problema de una eventual responsabilidad del Estado surge nuevamente, presentado, algunas veces, de una manera diferente.

1. La indemnización de alteraciones que resultan de la realización de una obra pública. Análisis de algunas proyectos de Ley presentados por parlamentarios

En 1985, el Consejo Constitucional indicó que el principio de igualdad frente a las cargas públicas prohíbe limitar arbitrariamente el derecho a obtener una reparación por perjuicios que resultan de un trabajo u obra pública. Como prolongación de esa decisión varios proyectos de ley de iniciativa parlamentaria, intentan instaurar un sistema de indemnización a favor de los vecinos de una obra pública. Notamos que estos proyectos presentan un punto común, ellos descartan la competencia de la jurisdicción administrativa que tradicionalmente está más pendiente del interés ge-

neral y de la protección del dinero del Estado que de la defensa del derecho de propiedad privada.

Fundándose sobre las insuficiencias de la teoría de los trabajos públicos, estos proyectos de ley buscan instaurar mecanismos de repartición colectiva más equitativa de los riesgos ambientales de las políticas de construcción de carreteras, haciéndole pagar a los usuarios de esas vías las consecuencias de los daños causados al medio ambiente. Ese pago se haría mediante la creación de un Fondo Nacional de indemnización de molestias cuyos recursos provendrían de un porcentaje sobre el dinero recibido por los peajes ubicados sobre las autopistas.

Hasta la fecha, estos proyectos no han sido adoptados pero reflejan preocupaciones que no podemos ignorar. Para garantizar el mantenimiento de numerosas políticas de organización del espacio es conveniente encontrar nuevas fórmulas susceptibles de vencer las reticencias de las personas directamente afectadas por estas políticas. Lo que justificaría nuevos mecanismos de indemnización, diferentes de aquellos del derecho administrativo clásico, fundados sobre el principio de la "mutualización de los riesgos" de la "internalización del daño ecológico" o de responsabilidad automática o quasi-automática. La reciente aparición del principio "contaminador-pagador", invita de nuevo a interrogarse sobre ese tema.

2. El principio "contaminador-pagador"

El legislador francés reconoció (Ley del 2 de febrero de 1995) el principio "contaminador-pagador", principio según el cual el costo de las medidas para la prevención, para la reducción y para la lucha contra la contaminación debe ser soportado por el autor de dicha contaminación.

Este principio ha sido criticado por algunos por su tinte de simple slogan publicitario y por su débil densidad jurídica y, sobre todo por el reconocimiento que implicaría de un derecho a contaminar siempre y cuando pague por ese hecho. Sin embargo, abre perspectivas interesantes cuando se trata de una contaminación irreversible, consustancial al funcionamiento de una obra pública indispensable y causada por la actividad de un agente económico identificable, solvente y que pueda repetir esa carga sobre los usuarios de dicha obra. Más que de una responsabilidad individual, de que muy pronto veríamos sus limitaciones, se trata una vez más de colectivizar los riesgos ambientales, de hacerlos recaer en el conjunto de los beneficiarios directos de las obras públicas y a través del principio de igualdad frente a las cargas públicas, conciliar el derecho de propiedad y de protección del medio ambiente.

Nos quedaría faltando examinar un segundo punto del problema, el de las incidencias de las políticas de protección del medio ambiente sobre la propiedad privada.

II. Políticas ambientales y limitaciones a la propiedad privada: hacia la aparición de un principio "protector-pagador"

El problema de las limitaciones, impuestas por el Estado y otras entidades territoriales, a la propiedad privada es frecuentemente abordado desde un punto de vista clásico, el del principio de la no indemnización de las servidumbres de urbanismo (artículo L-160-5 del Código del Urbanismo).

Bajo la reserva de algunas excepciones taxativamente fijadas, las servidumbres de urbanismo (por ejemplo la prohibición o la limitación al derecho de construir), por definición edictadas por razones de interés general, no abren ningún derecho a indemnización al propietario afectado. En consecuencia, en la medida en que la protección del medio ambiente se inscribe en el marco de esas servidumbres, la carga financiera de las limitaciones aportadas por éstas al ejercicio del derecho de propiedad sigue siendo imputable al propietario de manera exclusiva. El costo de la protección del medio ambiente recae de esta manera en lo esencial sobre el propietario, directamente afectado en el ejercicio de sus derechos y en la consistencia de su patrimonio y esto en beneficio exclusivo de toda la colectividad, sin que la víctima tenga alguna posibilidad de trasladar esta carga sobre un tercero.

En derecho francés, el principio de la no indemnización de servidumbres de urbanismo reposa ampliamente sobre la idea que la reglamentación de urbanismo es por definición coyuntural, evolutiva, ella es constantemente susceptible de ser objeto de modificaciones y que, en consecuencia, la pérdida de valor que implican esas servidumbres no es nunca definitiva.

Tratándose de "servidumbres ambientales", la diferencia es que éstas presentan frecuentemente un carácter definitivo. Un terreno situado en una zona inundable o que contenga una especie animal o vegetal rara está destinado a conservar esta característica. En estas condiciones, se puede comprender que el propietario quien a corto plazo no puede esperar que haya una modificación de la reglamentación, busca en consecuencia hacer tomar a cargo por la colectividad la desvalorización sufrida por su bien en nombre del interés general.

Paralelamente al principio "contaminador-pagador", se puede imaginar un principio "protector-pagador", principio según el cual los poderes públicos, autor de las medidas de protección del medio ambiente, están obligados a tomar a su cargo el costo relacionado con esas medidas y de esta manera evitar que el propietario no sea incitado a hacer desaparecer el motivo de la desvalorización que afecta su patrimonio.

Dos técnicas pueden ser analizadas en ese sentido, diferentes tanto en su esencia como en su resultado. La primera se traduce por la adquisición de parte del

Estado de un bien. La segunda, por la indemnización de las consecuencias de una política pública de protección del medio ambiente.

A. La adquisición por el Estado de un bien privado con fines ambientales

No trataremos aquí los mecanismos de adquisición amigable sino únicamente los que se caracterizan por contener prerrogativas de poder público y particularmente de la expropiación por causa de utilidad pública.

La protección del medio ambiente constituye un motivo de utilidad pública que legitima el hecho que se pueda expropiar. En derecho francés, desde 1971, la legalidad de la declaración de utilidad pública (que siempre es un acto administrativo) no depende únicamente de su objeto sino que está condicionada por su balance (controlado por el juez administrativo). En ese caso, el balance consiste en colocar de manera paralela las ventajas de la adquisición pública (en este caso, la protección del medio ambiente) y los inconvenientes de esta operación (para el caso concreto, tanto su costo financiero para la colectividad pública como el daño causado al derecho de propiedad privada).

En el marco del balance, costos, ventajas, la pregunta que se puede hacer es la de determinar cuál es el peso respectivo de la protección del medio ambiente y de la protección de la propiedad privada. En filigrana, encontramos aquí el problema constante de la imputabilidad del costo de las políticas públicas que se puede, sea dejar a la carga exclusiva del propietario, limitado en sus derechos y eventualmente tentado de obtener el levantamiento de esas obligaciones, sea, al contrario, asumido por el Estado obligado en ese caso a vencer las reticencias del propietario y de indemnizarlo.

Un pleito reciente, ilustra este conflicto. Se trata de la expropiación de una isleta de parte de una institución pública encargada de la compra de bienes con el fin de proteger el litoral (*Conservatoire du littoral*).

Controvertida por el propietario, esta expropiación fue anulada ante el juez administrativo de primera instancia: se consideró que ese espacio ya estaba suficientemente protegido en razón de la existencia de varias servidumbres de urbanismo y en consecuencia, que la adquisición del dicho bien no se justificaba.

En segunda instancia, el Consejo de Estado hizo una interpretación contraria: estimó que el balance de esta operación que oponía, por una parte, la protección del medio ambiente y por otro lado, un derecho de propiedad reducido a casi nada en razón de las limitaciones que afectaban ese derecho, presentaba un carácter positivo.

Esta decisión muestra claramente, hoy día, los límites del derecho de propiedad frente a la protección del medio ambiente.

En todo caso, es necesario notar que el recurso a la expropiación abre al propietario expropiado un derecho a ser indemnizado. Contrariamente a lo que sucede con las servidumbres de urbanismo, la expropiación puede así, paradójicamente, presentarse como si protegiera el derecho de propiedad, y en realidad lo que pasa es que se retiene lo menos malo.

A pesar de su simplicidad extrema, el principio "protector-pagador", que implica, recordémoslo, que se tome a cargo de la colectividad pública el costo de protección del medio ambiente, presenta dificultades importantes ligadas, en lo esencial, a su costo para la utilidad pública. Cualquiera que sean esas dificultades, retenemos ante todo que ese principio reposa sobre un presupuesto cuya legitimidad no es controvertida, que consiste en hacer que toda la colectividad asuma la carga de una política edictada en el interés general.

Los interrogantes que pone evidencia la jurisprudencia reciente sobre las consecuencias de algunas disposiciones de la Ley del 10 de julio de 1976 tienen una misma naturaleza.

B. Protección de algunas especies e indemnización de las consecuencias de la política ambiental

En este caso se trata del problema de la indemnización del perjuicio sufrido por los particulares por el hecho de la acción del legislador en el interés general. Ese problema es tradicionalmente resuelto dentro del marco de la responsabilidad sin culpa del Estado cuyas grandes líneas son bien conocidas. Inspiradas del principio de igualdad frente a las cargas públicas, esta jurisprudencia implica que una carga creada por el legislador en el interés general debe ser soportada por la colectividad cuando nada en el texto de la ley o en las circunstancias propias del caso nos permita pensar que el legislador quiso hacer soportar al interesado una carga que normalmente no le incumbe.

La Ley del 10 de julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza, y muy particularmente, el artículo 3º, relativo a la preservación de las especies animales salvajes constituye un campo de experimentación privilegiado del rigor jurisprudencial en ese dominio.

En efecto, se observa que esa política de protección del medio ambiente puede ser la causa de un desarrollo inconsiderado de alguna especie, lo que origina perjuicios graves a los agricultores o a los piscicultores. En ese caso, ¿estos últimos podrán reclamar al Estado la indemnización de esos perjuicios o, al contrario, deben

asumir las consecuencias negativas de esta política de protección del medio ambiente?

¿Debemos estimar que en consideración del objetivo de la ley, manifiestamente de interés general, el legislador ha implícitamente querido rechazar cualquier indemnización?

En ese dominio las decisiones han sido escasas. Sin embargo, su análisis muestra una actitud puramente restrictiva, sea que el juez rechaza reconocer la existencia de un vínculo de causalidad entre el daño y la ley, sea que estime, de manera un poco más brutal, que teniendo en cuenta el objetivo de interés general de esa ley, el legislador ha solamente querido excluir la responsabilidad del Estado en razón de las consecuencias de esa ley sobre los cultivos (C. E. 21 janvier 1998. Min Envr contra Plan).

Esa última decisión muestra que la responsabilidad del Estado legislador no es una solución definitiva al problema puesto en evidencia, el de las relaciones entre protección del medio ambiente y derecho de propiedad. Sobre todo muestra que paralelamente al principio "contaminador-pagador" conviene destacar la existencia de otro principio infinitamente mucho más difícil de aplicar, más conforme a la concepción tradicional del papel del poder público, mejor adaptado a garantizar una repartición más equitativa de las cargas ambientales y a contribuir con la efectividad de un derecho del medio ambiente frágil, el principio "protector-pagador". □