

# Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud \*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. ORDENACION JURIDICO-DOGMATICA. 1. La teoría de las formas de actuación como marco de ordenación. *a)* Información oficial sobre el medio ambiente y la salud como actuaciones informales de la Administración. *b)* La información oficial sobre el ámbito del medio ambiente y de la salud en el sistema de las formas de actuación estatales. *c)* Idoneidad de la teoría de las formas de actuación. 2. La teoría de la relación jurídica como marco del ordenamiento. *a)* Los principios de la teoría de la relación jurídica. *b)* La utilidad de la teoría de la relación jurídica para la dogmática jurídico-administrativa. *c)* La información oficial sobre el medio ambiente y la salud enfocada desde el punto de vista de la teoría de la relación jurídica. III. LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA INFORMACION ESTATAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD. 1. La información estatal sobre el medio ambiente y la salud como injerencia en los derechos fundamentales. *a)* La tutela constitucional de la libertad de competencia. *b)* Carácter intervencionista de las recomendaciones y las advertencias estatales. 2. Causas de justificación constitucionales de la intervención en los derechos fundamentales. *a)* Fundamentos de legalidad formal. *b)* Concreción de los límites de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución. IV. RESUMEN.

## I. INTRODUCCION

En el ámbito de la protección medioambiental y de la salud está cobrando cada vez mayor importancia una nueva forma de orientación estatal de comportamiento recogida en recomendaciones, advertencias y llamamientos (como, por ejemplo, las utilizadas en relación a ciertas toallas de lavado intensivo, a los azulejos higiénicos que contienen paraclorobenceno, a las instalaciones de reducción del grado higromé-

---

Artículo traducido por Julia NIETO KÖNIG.

\* Dedicado con mi mayor agradecimiento al Profesor Dr. Norbert Achterberg.

trico del agua, a los vinos que contienen dietilenglicol, a los alimentos con radiactividad, etc.). Aunque tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se tiene ya una mayor conciencia de esta problemática, siguen existiendo, sin embargo, polémicas en torno a su ordenación jurídico-dogmática (II) y a la admisibilidad de la función de información estatal en aspectos medioambientales y de la salud (III), pendientes todavía de una aclaración satisfactoria.

## II. ORDENACION JURIDICO-DOGMATICA

### 1. LA TEORÍA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN COMO MARCO DE ORDENACIÓN

El «sistema de las formas jurídicas de actuación de la Administración» sigue siendo prácticamente el punto de Arquímedes dentro de la dogmática administrativa clásica<sup>1</sup>. Si las necesidades prácticas y las modificaciones en la concepción del Estado y la Administración generan nuevas formas flexibles de actuación administrativa<sup>2</sup>, éstas estarán sometidas siempre a los criterios de la teoría de las formas de actuación. Tradicionalmente ha tenido una importancia especial la posición concedida a posibles formas nuevas de actuación en la teoría de las formas de actuación.

#### a) *Información oficial sobre el medio ambiente y la salud como actuaciones informales de la Administración*

El tipo de recomendaciones, advertencias y llamamientos, mencionados en la introducción, pertenecen a los llamados instrumentos «flexibles» de orientación del comportamiento mediante actuaciones informales de la Administración. Eberhard BOHNE expone, sin embargo, que se trata de actuaciones jurídica y formalmente facultativas, basadas en un principio de intercambio y de traspaso de la decisión sobre el fondo del procedimiento jurídico a un procedimiento resolutorio anterior o paralelo<sup>3</sup>. Como consecuencia, tan sólo el «*bargaining* entre el Estado y el ciudadano», entendido como negociaciones y

<sup>1</sup> Compárese OSSENBUHL, «Die Handlungsformen der Verwaltung», *JuS*, 1979, 681 (682); SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982, p. 27.

<sup>2</sup> Recogen este desarrollo OSSENBUHL, *ibidem*; y HILL, «Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *DÖV*, 1987, 885 (889 y ss.).

<sup>3</sup> BOHNE, «Informalität, Gleichheit und Bürokratie», en: *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, ed. en R. Voigt, *JbRSoz*, 9, 202 (204); cfr. también *id.*, «Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes», *Verw. Arch.* (1984), 343 (344).

acuerdos previos<sup>4</sup>, podría atribuirse a la actuación administrativa informal. Si, sin embargo, y de acuerdo al carácter que resulte de sus relaciones frente a terceros, se incluyen en las actuaciones administrativas informales todos los comportamientos, que «no están previstos en el ordenamiento formal del procedimiento resolutorio<sup>5</sup>», entonces se podrán incluir también, junto con la cooperación entre el Estado y los ciudadanos, la información y el asesoramiento oficial en el ámbito del medio ambiente y la salud como una actuación administrativa informal (unilateral)<sup>6</sup>.

b) *La información oficial sobre el ámbito del medio ambiente y de la salud en el sistema de las formas de actuación estatales*

Habrá que definir ahora la localización de la información sobre el medio ambiente y la salud como una actuación administrativa informal (unilateral) en el sistema de las formas de actuación estatales. El punto de partida deberá ser el planteamiento, ya mayoritario aunque todavía objeto de polémica, de que nuestro ordenamiento jurídico no es un «canon cerrado» (o catálogo exhaustivo), sino que está basado en un sistema «abierto» de formas de actuación estatales<sup>7</sup>. Ello permitirá proponer la actuación administrativa informal como una nueva y autónoma forma de este tipo de actuación<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Al respecto especialmente BECKER, «Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung», *DÖV*, 1985, 1003 (1005 y ss.); BOHNE, «Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln» (*op. cit.*, núm. 3), pp. 343 y ss.; EBERLE, «Arrangements im Verwaltungsverfahren», *Die Verwaltung*, 1984, pp. 439 y ss.; JARASS, «Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen», *DVBt*, 1985, 193 y ss.; OEBBECKE, «Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen», *DVBt*, 1986, 793 y ss.; para el Derecho público económico *vid.* especialmente BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrechtsrecht», *VerwArch*, 78 (1987), 241 (246 y ss.); para el Derecho estatal y constitucional *vid.* especialmente SCHULZE-FIELITZ, *Der informale Verwaltungsstaat*, 1984, pp. 46 y ss.

<sup>5</sup> OSSENBUHL, «Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz», *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1987, p. 27 (29); QUARITSCH, «Über formelle und informelle Wege der Entscheidung», en: *Öffentlicher Dienst, FS Carl Hermann Ule*, zum 70. Geburtstag, 1977, S. 135 (152 y ss.); *cfr.* además SCHULZE-FIELITZ, *ibidem*, p. 15.

<sup>6</sup> Expresamente también OSSENBUHL, *ibidem*, p. 27 (29); sobre una relación más amplia que la simple «cooperación entre el Estado y el ciudadano» se expresa BAUER (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (245 cita núm. 22); HILL (*op. cit.*, núm. 2), p. 885 (890 y ss.).

<sup>7</sup> BAUER (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (258); BECKER (*op. cit.*, núm. 4), p. 1003 (1008); BÜLTER, *Raumordnungspläne als hoheitliche Handlungsformen*, 1987, pp. 249 y ss., con una serie de reseñas bibliográficas; OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 681 (682); RANDELZHOFFER/WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*, 1981, p. 84; entendido como un «catálogo exhaustivo» se manifiesta todavía V. MUTIUS, «Rechtsnormen und Verwaltungsakt», en: *Fortschritte des Verwaltungsrechts, FS Hans J. Wolff*, zum. 75. Geburtstag, 1973, p. 167 (170 y ss.); SASSE, «Sind Verkehrszeichen Rechtsvorschriften?», *DÖV*, 1962, p. 321 (322); VOIGT, *Die Rechtsform staatlicher Pläne*, 1979, p. 35.

<sup>8</sup> En este sentido, BECKER (*op. cit.*, núm. 4), p. 1003 (1005 y ss.); *id.*, «Handlungsformen der Verwaltung gegenüber der Wirtschaft», *JA*, 1986, 359 (363); BOHNE, «Informales Verwal-

Si todas las formas de actuación soberanas son creaciones finales<sup>9</sup> que deben originar una sistematización y una mayor disciplina en la actuación estatal, entonces, toda propuesta de concederle autonomía a una nueva forma de actuación deberá valorar especialmente el concepto de su sistematización. El sistema de formas estatales de actuación tiene —bajo aspectos de dogmática jurídica— una función racionalizadora, a saber, evitar que «tengan que plantearse y resolverse en cada actividad administrativa individual, las cuestiones fundamentales relativas a los hechos y sus valoraciones»<sup>10</sup>. Los defensores de una figura autónoma no han logrado demostrar hasta la fecha las posibles estructuras específicas mediante las cuales una actuación administrativa informal se distinguiría por su modo de proceder, su función y sus consecuencias jurídicas<sup>11</sup>, independientemente de su contenido concreto. Pero, teniendo en cuenta la heterogeneidad de la actuación administrativa informal (convenios, negociaciones previas, recomendaciones y advertencias), parece dudoso que ello pueda llegar a demostrarse.

En relación a las recomendaciones, advertencias y llamamientos que aquí nos conciernen, hay que anotar que éstas se pueden incluir, desde el punto de vista de la dogmática jurídico-administrativa tradicional, como las así llamadas «actuaciones administrativas ordinarias»<sup>12</sup>, en el sistema de formas de actuación estatales<sup>13</sup>. Adaptándose a la definición de «actuaciones administrativas ordinarias», son unos comportamientos que están esencialmente orientados a originar un éxito real<sup>14</sup>, es decir, una modificación del comportamiento del consumidor y no a la causación final de una consecuencia jurídica determinada.

### c) *Idoneidad de la teoría de las formas de actuación*

Independientemente de que los representantes de la dogmática administrativa clásica clasifiquen la actuación administrativa informal, en general, y las recomendaciones y advertencias oficiales, en especial, como «actuación administrativa ordinaria», parece, sin embargo, más

tungsund Regierungshandeln» (*op. cit.*, núm. 3), p. 343 (345); *id.*, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, p. 28, 42; además BAUER (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (258, cita núm. 100).

<sup>9</sup> MAURER, «Rechtsschutz gegen Rechtsnormen», en *Tübinger FS Eduard Kern*, 1968, p. 275 (285); OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 681 (682); además V. MUTIUS (*op. cit.*, núm. 7), p. 167 (184).

<sup>10</sup> OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 681.

<sup>11</sup> KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, p. 14.

<sup>12</sup> Además recientemente ROBBERS, «Schlichtes Verwaltungshandeln», *DÖV*, 1987, 272 y ss., con mayores reseñas bibliográficas.

<sup>13</sup> Así, p. ej., ERICHSEN/MARTENS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1986, p. 326; explícitamente en este sentido se expresa EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1981, pp. 481 y ss.

<sup>14</sup> EHLERS, *ibidem*, p. 491.

que dudoso que la teoría de las formas de actuación sea realmente el marco adecuado para analizar los distintos comportamientos de la Administración. Muestra de ello es la inclusión en algunos casos «a la fuerza» de las nuevas formas estatales de actuación en el sistema de las formas de actuación<sup>15</sup>, así como el hecho de que en numerosos ámbitos es exclusivamente la casuística la que rige la ordenación de los actos soberanos<sup>16</sup>.

Son varias las críticas que se pueden hacer a la teoría de las formas de actuación, especialmente desde tres puntos de vista, como ya ha indicado acertadamente EHLERS: en primer lugar, las formas de actuación de la Administración tan sólo tienen un carácter puntal y momentáneo, de manera que no pueden abarcar la dimensión procedimental de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el Estado<sup>17</sup>. En segundo lugar, la teoría de las formas de actuación no logra explicar dogmáticamente las actuaciones participativas del ciudadano, lo que es aplicable especialmente a la Administración prestacional que se basa casi exclusivamente en la orientación del comportamiento del ciudadano<sup>18</sup>. Y, en tercer lugar, la teoría de las formas de actuación fracasa a la hora de abarcar las relaciones jurídicas plurales<sup>19</sup>. Al igual que en la relación de prestaciones sociales aparecen, además de los prestadores de servicio y los perceptores de prestaciones, toda una serie de mediadores junto al prestador de servicio, se crea en el marco del asesoramiento sobre el medio ambiente estatal una relación compleja, en la que no sólo entra en juego la autoridad, el consumidor y el productor, sino también los comerciantes de los productos conflictivos en cuestión.

En este sentido, se puede retener ya aquí que la teoría de las formas de actuación resulta inadecuada como marco de ordenación para la actuación administrativa informal<sup>20</sup>. Lo que no implica, en ningún momento, la minoración del papel impulsor que desempeñan las formas de actuación, a través de las cuales se configuran las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos<sup>21</sup>. Las formas de actuación estatales deberán «completarse en algunos aspectos»<sup>22</sup>, y a ello podría contribuir la teoría de la relación jurídica.

<sup>15</sup> WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht* I, 9.ª ed., 1974, artículo 47 IX a, p. 389.

<sup>16</sup> RENCK, «Verwaltungsrecht und Feststellungsklage - BVerwGE 26, 161», *JuS*, 1970, 113 (118).

<sup>17</sup> EHLERS, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», *DVBt*, 1986, 912 (914).

<sup>18</sup> Id. *ibidem*.

<sup>19</sup> Id. *ibidem*, 912 (915).

<sup>20</sup> Asimismo, BAUER (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (258 y ss.).

<sup>21</sup> Asimismo, EHLERS (*op. cit.*, núm. 17), p. 912 (915).

<sup>22</sup> SCHNAPP, «Sozialrecht und Verwaltungsrecht», *SGb*, 1979, 200 (205 y ss.).

## 2. LA TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA COMO MARCO DEL ORDENAMIENTO

### a) *Los principios de la teoría de la relación jurídica*

La teoría de la relación jurídica se basa en que la totalidad del ordenamiento jurídico se compone de toda una serie de relaciones jurídicas<sup>23</sup>. Como relación jurídica se podrían definir todas aquellas relaciones entre dos o más sujetos que hayan sido constituidas por normas jurídicas<sup>24</sup>, debiendo distinguirse al respecto, las bipolares y las multipolares<sup>25</sup>.

Asimismo, se puede diferenciar entre las relaciones jurídicas generales<sup>26</sup> y especiales<sup>27</sup>. La relación jurídica general es una «relación básica teórico-abstracta» que une a los miembros de una colectividad de orden jurídico, vincula a los ciudadanos con el Estado y los integra, al mismo tiempo, en la comunidad jurídica. Sin embargo, la relación jurídica general no permite la deducción de derechos y obligaciones concretas<sup>28</sup>. Esta labor es competencia de las relaciones jurídicas especiales, como unos derechos relativos entre sujetos jurídicos determinados, que tienen un origen legal, contractual o basados en hechos reales<sup>29</sup>.

### b) *La utilidad de la teoría de la relación jurídica para la dogmática jurídico-administrativa*

Al plantearse la utilidad que pueda tener la teoría de la relación jurídica para la dogmática administrativa hay que evitar una sobrevaloración tal de ella que pudiera suponer diseñar y configurar un sistema

<sup>23</sup> ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1986, artículo 20, número marginal 1, con mayores referencias bibliográficas.

<sup>24</sup> Id. *ibidem*, artículo 20, número marginal 14; id., «Die rechtsverhältnistheoretische Deutung absoluter Rechte», en: *Recht und Rechtsbesinnung, Gedächtnisschrift Günther Küchenhoff*, 1987, p. 13 (15).

<sup>25</sup> Id. *ibidem*, p. 13 (15 y ss. con referencias bibliográficas); en referencia a las relaciones jurídicas multipolares, véase en la jurisprudencia especialmente la siguiente sentencia: BVerwG, 17 de julio de 1980 —7 C 101/78—, NJW, 1981, 359 (360); con respecto a las relaciones jurídicas en general: BVerwG, sentencia de 12 de marzo de 1985 —7 C 48.82—, BVerwGE, 71, 85 (89); BVerwG, sentencia de 18 de octubre de 1985 —4 C 21.80—, NJW, 1986, 1826 (1828).

<sup>26</sup> En relación a las relaciones jurídicas constitucionales y administrativas generales *vid.* GRÖSCHNER, «Wirtschaftsüberwachung in gewebepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Wandel», en: *Aktuelle Fragen der Finanzordnung im internationalen und nationalen Recht, Vom Gewerbepolizeirecht zum Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1986, p. 177 (202, cita núm. 51).

<sup>27</sup> BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, pp. 167 y ss.; HENKE, «Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts», DÖV, 1980, 621 (624).

<sup>28</sup> BAUER, *ibidem*, p. 169.

<sup>29</sup> HENKE (*op. cit.*, núm. 27), p. 621 (624).

completamente nuevo del Derecho administrativo<sup>30</sup>. Se deberán reordenar, más bien, los elementos estructurales preexistentes (como el acto administrativo, el contrato, el acto real, etc.) ateniéndose para ello a aspectos globales y paradigmáticos. La relación jurídica tiene —a diferencia de la teoría de las formas de actuación— la ventaja de ofrecer una unidad sistemática que facilita la integración de diferentes cuestiones dogmáticas y que es lo suficientemente flexible ante nuevas tendencias, como para atender adecuadamente al cambio y la dinámica de la creación del Derecho<sup>31</sup>. Además, respeta el carácter procedimental de las relaciones jurídicas entre la Administración y el ciudadano. Por otra parte, la teoría de la relación jurídica no se limita a una relación bipolar entre el Estado y el ciudadano, sino que, al reconocer las relaciones jurídicas plurales, crea la condición previa, para poder abarcar adecuadamente las estructuras sociales de alta complejidad y de diferentes relaciones de intereses y conflictos<sup>32</sup>.

c) *La información oficial sobre el medio ambiente y la salud enfocada desde el punto de vista de la teoría de la relación jurídica*

Un ejemplo sacado del ámbito de la información estatal sobre el medio ambiente y la salud puede mostrar la utilidad de la relación jurídica como idea central del ordenamiento. Desde el punto de vista de la teoría de la relación jurídica, «la actividad administrativa ordinaria», ya sea en forma de medidas de previsión de la información y asesoramiento de consumidores (p. ej.: la solicitud de información frente a los productores) o, como recomendaciones o advertencias estatales, resulta ser una característica de la formación de una relación jurídica concreta que va más allá de una relación jurídica general<sup>33</sup>.

Como se desprende del siguiente ejemplo, las consecuencias de esta postura son incluso de tipo procedimental: si la Secretaría Federal del Medio Ambiente examina un grupo determinado de productos, a fin de poder advertir ante posibles perjuicios medioambientales, entonces se crea un contacto especial<sup>34</sup> con los productores afectados, que difiere de los requisitos estrictos del artículo 9 *Verwaltungsverfahrensgesetz*

<sup>30</sup> Asimismo, HILL, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», *NJW*, 1986, 2602 (2603); SCHNAPP, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», *DÖV*, 1986, 811 (812 y mayores referencias bibliográficas).

<sup>31</sup> HILL, *ibidem*, con una serie de referencias bibliográficas.

<sup>32</sup> ACHTERBERG (*op. cit.*, núm. 23), artículo 20, número marginal 16 a. E.; BAUER (*op. cit.*, núm. 27), p. 176; *íd.* (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (266 y ss.).

<sup>33</sup> HILL (*op. cit.*, núm. 30), p. 2602 (2605); compárese también ERICHSEN/MARTENS (*op. cit.*, núm. 13), p. 140.

<sup>34</sup> *Vid.* también especialmente BEYERLIN, «Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens?», *NJW*, 1987, 2713 (2718).

setz (en adelante: VwVfG) (Ley de Procedimiento Administrativo) y que origina una relación jurídica antepuesta al procedimiento administrativo, con consecuencias procedimentales significativas. Ello genera unas obligaciones de protección y participación para la Secretaría Federal del Medio Ambiente<sup>35</sup> —anteriores a la prestación de recomendaciones y advertencias que, en su caso, podrían tener resultados económicos irreversibles— que no pueden ser negadas, ya que de lo contrario el productor afectado perdería su condición de sujeto, para convertirse en el mero destinatario de recomendaciones o advertencias, lo que contravendría la idea del Estado de Derecho. Es innecesario insistir en este lugar que un mentís posterior no lograría borrar nunca del todo los efectos de la información errónea prestada.

La configuración jurídico-material de las relaciones jurídicas creadas por este contacto especial entre la Administración y el ciudadano se rige por las normas correspondientes del Derecho escrito y no escrito. Teniendo en cuenta el carácter procedimental de las relaciones jurídicas, sólo serán generalizables en parte las declaraciones sobre los derechos y obligaciones individuales<sup>36</sup>. Pero, como se acaba de indicar, la relación jurídica es el punto de partida dogmático para el desarrollo de obligaciones de cuidado, protección y demás de carácter accesorio. Pero, además, los derechos fundamentales y principios de estructura estatal recogidos en la Constitución ofrecen unas pautas importantes y, aun necesitando una cierta concreción, son también ellas mismas capaces por sí solas de configurar el contenido de las relaciones jurídicas<sup>37</sup>.

Una vez establecida esta relación, pasamos a exponer los límites constitucionales de una información estatal sobre el medio ambiente y la salud.

### III. LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA INFORMACION ESTATAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD

La labor de información sobre el medio ambiente y la salud está atribuida de forma expresa a una autoridad estatal en la ley o de forma tácita. Una atribución expresa se encuentra en el artículo 2, párrafo 1, número 2, de la Ley sobre la creación de la Secretaría Federal del Medio Ambiente, en el que se recoge su función de informar a la opi-

<sup>35</sup> Id., *ibidem*, coincidiendo en el resultado, pero sin referencias a la idea de la relación jurídica OSSENBÜHL, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986, pp. 68 y ss.

<sup>36</sup> BAUER (*op. cit.*, núm. 4), p. 241 (246 y ss.); cfr. además SCHNAPP (*op. cit.*, núm. 30), p. 811 (819).

<sup>37</sup> HILL (*op. cit.*, núm. 30), p. 2602 (2608).



nión pública sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente<sup>38</sup>. De no existir tal atribución informativa regulada específicamente, ésta se podría deducir del deber genérico de ofrecer una actividad estatal transparente<sup>39</sup>, así como de la conexión material del cumplimiento de las funciones asignadas<sup>40</sup>.

Sin embargo, la atribución genérica de la competencia informativa estatal no excluye, sin más, toda duda referente a la constitucionalidad del asesoramiento estatal sobre el medio ambiente y la salud. Esto es aplicable especialmente a las recomendaciones y advertencias que afectan a productos lícitos e ino cuos. Por lo que habrá que tener especialmente en consideración los derechos fundamentales de los productores afectados por esta información sobre los productos.

#### 1. LA INFORMACIÓN ESTATAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y LA SALUD COMO INJERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Además de los ejemplos expuestos de información estatal sobre el medio ambiente y la salud, las listas de transparencia de medicamentos elaboradas por la comisión de transparencia del Ministro Federal de Sanidad, así como las recomendaciones de la comisión de materias plásticas del Ministerio Federal de Sanidad, tuvieron hace unos años una relevancia especial sobre los derechos fundamentales. En un futuro, ello incluso podría ser aplicable a algunas medidas del catálogo de reformas del Gobierno Federal sobre la asistencia médica. Si llegase a aprobarse este catálogo de medidas, entonces habrá que tener en cuenta especialmente las listas comparativas de precios de los hospitales. Los médicos estarían consecuentemente obligados a ingresar a sus pacientes en el hospital con la oferta económica más ventajosa que se ajustase a las exigencias médicas y clínicas.

---

<sup>38</sup> El VG Berlin ha deducido la ordenación expresa de la competencia oficial de información del artículo 2, letra a), de la Ley de la creación de la Secretaría Federal del Medio Ambiente (BGBI, 1952, I, 121), argumentando que la tarea de llevar a cabo investigaciones incluye, entre otras, tanto la posibilidad como la obligación de publicar la información, VG Berlin, resolución de 3 de marzo de 1986 —14 A 22.86—, p. 3.

<sup>39</sup> VG Berlin, *ibidem*; LÜBBE-WOLFF, «Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung», NJW, 1987, 2705 (2707).

<sup>40</sup> OVG NW, resolución de 19 de noviembre de 1985 —13 B 2140/85—, NJW, 1986, 2783; LÜBBE-WOLFF, *ibidem*.

a) *La tutela constitucional de la libertad de competencia*

Generalmente se entiende que en estos casos se afecta temáticamente la libertad de competencia de los productores. Pero existe una polémica en torno a cuáles son los derechos fundamentales que garantizan dogmáticamente la tutela constitucional de la libertad de competencia.

La libertad de competencia económica se incluye parcialmente en el artículo 12.1 Grundgesetz (Constitución o Ley Fundamental de la RFA), argumentando que la competencia económica ejercida por el empresario sería parte de su actividad empresarial y, por tanto, de su trabajo<sup>41</sup>. A ello se le podría oponer en parte el artículo 2, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental, puesto que en el desarrollo libre de la personalidad ya se incluye la pretensión fundamental de no ser sometido por el Estado a desventajas de competencia que no estén ancladas en la Constitución<sup>42</sup>. Si se entiende que la finalidad de la libertad del ejercicio de una profesión es la protección de la creación y el mantenimiento de una actividad para la subsistencia<sup>43</sup>, entonces también influiría en ésta una actividad libre y empresarial con fines de lucro. Si, sin embargo, el ámbito de protección del artículo 12.1 citado, ya tipificase la libertad de competencia económica, consecuentemente y, por razones de especialidad<sup>44</sup>, ya no quedaría ningún margen para hacer uso del derecho fundamental genérico del artículo 2, párrafo 1.º, de la Constitución<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> BVerfG, resolución de 8 de febrero de 1982 —1 BvR 170/71—, BVerfGE, 32, 311 (317); BVerwG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, DVBl, 1985, 857; OVG Berlin, sentencia de 11 de enero de 1984 —OVG 7 B 3.83—, p. 42; PINGER, «Öffentliches Recht: Die Aufrufe des Umweltbundesamtes», JuS, 1988, 53 (54); SCHWERTFEGGER, «Verbrauchslenkung durch Information», en FS 125 jähriges Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, p. 715 (721).

<sup>42</sup> BVerwG, sentencia de 19 de diciembre de 1963 —BVerwG I C 77.60—, BVerwGE, 17, 306 (309); BVerwG, sentencia de 30 de agosto de 1968 —BVerwG VII C 122.66—, BVerwGE, 30, 191 (198); BVerwG, sentencia de 22 de mayo de 1980 —BVerwG 3 C 2.80—, BVerwGE, 60, 154 (159); BVerwG, sentencia de 23 de marzo de 1982 —BVerwG I C 157.79—, BVerwGE, 65, 167 (174); HessStGH, resolución de 24 de noviembre de 1982 —P.St. 907—, NVwZ, 1983, 542 y ss.; VG Berlin, sentencia de 25 de mayo de 1981 —14 A 356.79—, Pharma-Recht, 1981, 169 (174); STOBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, 5.ª ed., 1987, número marginal 267, con una serie de referencias bibliográficas.

<sup>43</sup> BVerfG, sentencia de 11 de junio de 1958 —1 BvR 596/56—, BVerfGE, 7, 377 (397); BVerfG, resolución de 28 de julio de 1971 —1 BvR 40, 47, 175, 155, 159/69—, BVerfGE, 32, 1 (32 y ss.); SCHOLZ, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, actualización de enero de 1987, artículo 12, números marginales 18 y 19.

<sup>44</sup> V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, artículo 2 I, números marginales 34 y ss.

<sup>45</sup> BVerfG, resolución de 16 de marzo de 1971 —1 BvR 52, 665, 667, 754/66—, BVerfGE, 30, 292 (335 y ss.); DÜRIG, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, actualización de enero de 1987, artículo 2 I, números marginales 6 y ss.; V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *ibidem*, artículo 2 I, número marginal 34; ROBBERS, *Sicherbelt als Menschenrecht*, 1987, pp. 195 y ss.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia ofrecen una respuesta unitaria ante la posible aplicación del artículo 14, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental además del artículo 12, párrafo 1.º, para la protección de competencia<sup>46</sup>. En este debate ha sido decisiva la fórmula delimitativa elaborada por el Bundesverfassungsgericht (BVerfG) (Tribunal Constitucional Federal) ante la libertad profesional y de propiedad. A saber, según éste, el artículo 14, párrafo 1.º, protegería lo adquirido, el resultado de la actividad y, en contraposición, el artículo 12, párrafo 1.º, protegería la actividad en sí misma<sup>47</sup>. Se da aquí una cierta coincidencia con el ámbito de protección del artículo 14, párrafo 1.º. Esta se entiende referida a la aptitud de las informaciones estatales, desempeñadas en el marco de las informaciones de asesoramiento estatal sobre el medio ambiente y la salud, a intervenir en la clientela, entendidas éstas como parte esencial del establecimiento y gestión comercial, así como en los productos ya existentes y devaluados<sup>48</sup>.

Sin querer poner en tela de juicio este resultado habrá que diferenciar y relativizar esta fórmula delimitativa un tanto simplista del BVerfG, sobre la protección de la libertad de adquisición y de lo ya adquirido. Por un lado, hay que tener en cuenta la relación funcional existente entre la libertad profesional y de propiedad<sup>49</sup>, ya que, de lo contrario, se podría llegar a una reducción inadmisibles de la protección de los derechos fundamentales. Además, tan sólo existen en parte «diferencias tipificadas en la protección de la adquisición y lo ya adquirido...; a menudo se reduce a fases temporales diferentes del proceso de desarrollo de la libertad, es decir, no se trata, por tanto, de una diferencia jurídica cualitativa»<sup>50</sup>. Se entenderá así generalmente la intromisión estatal en la actividad comercial como una intervención en el derecho al establecimiento y gestión de un comercio que, a su vez, forma parte de la garantía constitucional de la propiedad. El establecimiento de un comercio y su gestión posterior se influyen mu-

<sup>46</sup> En este sentido, p. ej., OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 35), pp. 42 y ss., y una serie de reseñas; SODAN, *Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem*, 1987, pp. 178 y ss., con mayores reseñas bibliográficas; compárese en esta problemática además OVG Berlín, sentencia de 11 de enero de 1984 —OVG 7 B 3.83—, pp. 36 y ss., 42; VG Berlín, resolución de 5 de diciembre de 1986 —VG 1 A 244.86—, pp. 5 y ss.; PINGER (*op. cit.*, núm. 41), 53 (56 con unas reseñas bibliográficas).

<sup>47</sup> BVerfG, resolución de 16 de marzo de 1971 —1 BvR 52, 665, 667, 754/66—, BVerfGE, 30, 292/334, siguiendo a WITTIG, «Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz», *NJW*, 1967, 2185 (2188); para mayor reseña sobre la jurisprudencia y la doctrina *vid.* SODAN, *ibidem*, p. 485, nota núm. 678, 679.

<sup>48</sup> OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 35), p. 48.

<sup>49</sup> Sobre la relación funcional entre la libertad del desempeño de una profesión y la propiedad SCHOLZ (*op. cit.*, núm. 43), artículo 12, números marginales 139 y ss.; WENDT, *Eigentum und Gesetzgebung*, 1985, pp. 264 y ss., 266, incluye unas referencias bibliográficas.

<sup>50</sup> SCHOLZ, *ibidem*, números marginales 140 y ss.

tuamente y se encuentran en una relación funcional, por lo que también deben estar jurídicamente relacionados.

En consecuencia, la libertad de competencia económica queda garantizada constitucionalmente mediante la combinación de la libertad del ejercicio de la profesión y de la propiedad (arts. 12, párrafo 1.º, y 14, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental)<sup>51</sup>.

b) *Carácter intervencionista de las recomendaciones y las advertencias estatales*

Una vez recogido que la información estatal sobre el medio ambiente y la salud conciernen al ámbito de protección de la libertad de competencia regulados en los artículos 12, párrafo 1.º, y 14, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental, la dogmática tradicional de los derechos fundamentales se ha planteado el problema de la definición del carácter intervencionista de estas recomendaciones y advertencias.

Desde el punto de vista de la dogmática de la relación jurídica, ello significa que el reconocimiento de una lesión de derechos fundamentales no justificada constitucionalmente, conllevaría una pretensión de omisión por parte del ciudadano o, en el supuesto de existir perjuicios, una pretensión de eliminación del agravio. Si no se da una lesión de los derechos fundamentales, entonces el ciudadano tiene la obligación pasiva de tolerar.

Dado que la generación de los efectos negativos derivados de la información estatal sobre el medio ambiente y la salud que sufren los empresarios afectados, no es atribuible exclusivamente a la actividad estatal, sino que es el resultado de una interrelación con el comportamiento de terceros, se suele hablar generalmente de una «lesión mediata de los derechos fundamentales»<sup>52</sup>. Sin embargo, el caos dogmático existente a la hora de querer definir los criterios que convierten estas «lesiones mediatas de derechos fundamentales» en una intervención en los derechos fundamentales es inabarcable.

Partiendo de la característica de la finalidad, la Sala Tercera del Bundesverwaltungsgericht (en adelante: BVerwG) (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo) exige en su sentencia sobre las listas de

<sup>51</sup> Asimismo, PAPIER, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, artículo 14, número marginal 216; RÜFNER, «Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte», *Der Staat*, 7 (1968), 41 (51); SCHOLZ, *ibidem*; SODAN (*op. cit.*, núm. 46), pp. 487 y ss., con extensa bibliografía en cita núm. 691.

<sup>52</sup> Sobre la problemática de las «intervenciones mediatas de los derechos fundamentales» *vid.* especialmente GALLWAS, *Faktische Beeinträchtigungen im Rahmen der Grundrechte*, 1970; HAAG, *Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bei mittelbarer Verletzung eines Grundrechts*, 1971; RAMSAUER, *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums*, 1980 y últimamente también BLECKMANN/ECKHOFF, «Der "mittelbare" Grundrechtseingriff», *DVBt*, 1988, 373 y ss.

transparencia (*Transparenzlisten-Urteil*) una actuación estatal «final y específicamente dirigida a los derechos fundamentales» para que «las lesiones mediatas de derechos fundamentales» adquieran el carácter de intervención<sup>53</sup>. Por otro lado, nos encontramos ante la postura del BVerfG que considera irrelevante el aspecto de la finalidad en relación a los efectos mediatos de leyes impositivas y exige, sin embargo, una «tendencia reguladora y objetiva de la profesión»<sup>54</sup>. Según el Bundesgerichtshof (BGH) (Tribunal Supremo) la calidad de intervención en supuestos de hecho de lesiones de la propiedad, tampoco depende de la finalidad de la actuación estatal, pero siempre exige a cambio el cumplimiento de la característica de la inmediatez<sup>55</sup>.

En contraposición a la postura de la Sala Tercera<sup>56</sup>, la Sala Séptima hace depender la admisibilidad de una intervención en los derechos fundamentales tan sólo de la intensidad de la lesión. Ello quiere decir que «lesiones mediatas de los derechos fundamentales» mediante subvenciones estatales tan sólo lesionarán la libertad de competencia cuando ésta sufra perjuicios «graves», «inexigibles» e «inadmisibles»<sup>57</sup>. La doctrina ha aplicado directamente este planteamiento al asesoramiento sobre el medio ambiente y la salud, con la consecuencia de que las «lesiones mediatas de los derechos fundamentales» deberán tener una «gravedad cierta»<sup>58</sup> o deberán tener una «intensidad notable»<sup>59</sup>.

Sin embargo, un estudio pormenorizado y crítico de los criterios de la intervención, es decir, de la finalidad, de la intensidad y del ca-

<sup>53</sup> BVerwG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, *DVBt*, 1985, 857 (859); asimismo OVG NW, resolución de 19 de noviembre de 1985 —13 B 2140/85—, *NJW*, 1986, 2783.

<sup>54</sup> BVerfG, resolución de 12 de octubre de 1976 —1 BvR 197/73— BVerfGE, 42, 374 (384 mwN); BVerfG, resolución de 11 de octubre de 1977 —1 BvR 343/73, 83/74, 183 y 428/75—, BVerfGE, 47, 1 (21 con datos bibliográficos).

<sup>55</sup> BGH, sentencia de 15 de marzo de 1962 —III ZR 211/60—, *NJW*, 1962, 1439; sobre la jurisprudencia del BGH en los supuestos de lesiones de hecho del derecho de propiedad *vid.* especialmente OLIVET, «Die Haftungszurechnung beim Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs», *NVwZ*, 1986, 431 y ss.; además LÜBBE-WOLF (*op. cit.*, núm. 39), 2705 (2710 y referencias bibliográficas en la nota núm. 54).

<sup>56</sup> A pesar de que la Sala Tercera del BVerwG se basa expresamente en el criterio de intromisión «final y específico de derechos fundamentales» (*DVBt*, 1985, 857, 859), también menciona como la «cláusula salvatoria» criterios de intensidad (*DVBt*, 1985, 857, 858: «... una afectación real del titular del derecho fundamental puede significar, según modo y dimensión, también una intervención en el derecho fundamental»), así como la idea del objeto de protección (*DVBt*, 1985, 857, 858: «... una merma relevante del derecho fundamental... deberá ser determinado materialmente dependiendo de la finalidad de protección de cada derecho fundamental»).

<sup>57</sup> BVerwG, sentencia de 30 de agosto de 1968 —BVerwG VII C 122.66—, BVerwGE, 30, 191 (198 y ss.); BVerwG, resolución de 1 de marzo de 1978 —7 B 144/76—, *NJW*, 1978, 1539 y ss., con una serie de reseñas bibliográficas.

<sup>58</sup> OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 35), p. 31.

<sup>59</sup> SODAN, «Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz», *DÖV*, 1987, 858 (866); similar *id.*, *ibidem*; «Grundrechtsschutz», 858 (863) e *id.* (*op. cit.*, núm. 16), p. 504, al referirse que el efecto de la lesión tendrá para el afectado un efecto semejante al de un detrimento inmediato correspondiente.

rácter de derecho fundamental, demostrará que todas estas características no se resisten a la crítica. En primer lugar, el distintivo de la finalidad como definición de la injerencia no puede ser sustancial, ya que sin estar garantizado constitucionalmente, tan sólo se basa en «consideraciones pragmáticas» que pretenden evitar una protección de derechos fundamentales exorbitante y perjudicial para la comunidad<sup>60</sup>. Con el distintivo de la intensidad de la lesión de los derechos fundamentales se aplicaría un criterio de injerencia indefinido que induciría indefectiblemente a una enorme casuística judicial. Al igual que la jurisprudencia del BVerfG sobre la esencialidad debe definir qué es lo esencial en la teoría de lo esencial, habrá que definir aquí el carácter de «notable intensidad» o «gravedad ciertamente determinada» en el supuesto de una lesión de los derechos fundamentales. Tampoco el distintivo de especificación de derecho fundamental es adecuado como criterio de intervención, ya que se utilizaría como fórmula en blanco falta de contenido o circunscribiría aquellas actuaciones que intervienen en la zona de protección de un derecho fundamental<sup>61</sup>. Pero este círculo vicioso no ha hecho más que repetir la problemática que debía solucionar<sup>62</sup>. Además, a su utilización como criterio idóneo de injerencia en las «lesiones mediatas de derechos fundamentales», se le opondría el mencionado efecto extenso de los artículos 12 y 14 de la Ley Fundamental.

No existiendo, por tanto, criterios formales unitarios para definir la intervención, el punto de partida para la postura con mayor futuro<sup>63</sup> será el objetivo de protección de los derechos fundamentales, que resulta de la teoría finalista de la norma (*Normzwecklehre*)<sup>64</sup> del Derecho civil. Bajo aspectos materiales es imprescindible definir en el debate en torno a lesiones de derechos fundamentales concretos, el bien protegido en cada derecho fundamental. Las normas del Derecho ordinario desempeñan aquí también un papel importante en su función de concreción de derechos fundamentales.

<sup>60</sup> SODAN (*op. cit.*, núm. 46), pp. 523 y ss.

<sup>61</sup> LÜBBE-WOLFF (*op. cit.*, núm. 39), p. 2705 (2709), se manifiesta acertadamente sobre la crítica de la especificación jurídico-constitucional del criterio de intervención.

<sup>62</sup> OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 35), p. 31.

<sup>63</sup> Sobre la teoría jurídico-civil de la finalidad de la norma *vid.*, p. ej., WOLFF, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, 1968; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, 1976, pp. 234 y ss.

<sup>64</sup> Asimismo, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, p. 278; BLECKMAN/ECKHOFF (*op. cit.*, núm. 52), p. 373 (378); LÜBBE-WOLFF (*op. cit.*, núm. 39), p. 2705 (2710 y ss.); RAMSAUER (*op. cit.*, núm. 52), pp. 161 y ss., 171 y ss.; íd., «Die Bestimmung des Schutzbereiches von Grundrechten nach dem Normzweck», *VerwArch*, 72 (1981), 89 (101 y ss.); SCHOCH, «Folgenbeseitigung und Widergutmachung im Öffentlichen Recht», *VerwArch*, 79 (1988), 1 (50); cfr. también SCHWERTFEGER, *Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung*, 8.<sup>a</sup> ed., 1986, nota marginal número 548; sólo en cuanto al punto de partida también BVerfG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, *DVBl*, 1985, 857 (858).

Teniendo en cuenta, sin embargo, la configuración tan distinta de intereses del Derecho privado y del público, hay que advertir ante el riesgo de una transposición sin reservas de la teoría finalista de las normas del Derecho privado al público. El hecho de que los derechos fundamentales desplieguen sus efectos no sólo, pero esencialmente dirigidos hacia el Estado<sup>65</sup>, implica que ateniéndose a la «responsabilidad de derechos fundamentales», la lesión de la finalidad de protección de derechos fundamentales sea imputable al poder público<sup>66</sup>. De ahí que la distinción tradicional entre lesiones mediatas e inmediatas de derechos fundamentales haya quedado obsoleta.

El objetivo de protección de la libertad de competencia abarca toda actividad permitida que se incluya en el marco de las normas de Derecho de la competencia [*Gesetz gegen den Unlautbaren Wettbewerb (UWG)*, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*]<sup>67</sup>. La Ley sobre la competencia desleal y la Ley sobre la represión de práctica jurídica de la competencia concretan, por tanto, en su calidad de normas ordinarias, la libertad de competencia garantizada en la Constitución. Así queda garantizado el derecho del empresario a «utilizar su libertad de disposición empresarial en la competencia con terceros sin ningún tipo de impedimentos ni abusos estatales de competencia»<sup>68</sup>. Ello no quiere decir que al Estado no le quede margen alguno a la hora de configurar la política económica utilizando con este fin su política de competencia, sino que se le remite a las reservas predeterminadas que aún deben ser desarrolladas y cuya finalidad es la limitación de los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

Habrá que oponerse a una limitación del objeto de la protección de la libertad de competencia, cuando con ello se pretenda que en un sistema de economía de mercado social le corresponde al Estado la mejora de la competencia<sup>70</sup>, ya que ello significaría, asimismo, que la protección fundamental se reduciría sólo a «los casos de competencia funcional y transparente»<sup>71</sup>. Porque, al igual que la Ley Fundamental no

<sup>65</sup> ALEXY, *ibidem*, pp. 174 y ss., 235; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16.ª ed., 1988, número marginal 287; HUND, «Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?», en *FS Wolfgang Zeidler*, tomo 2.º, 1987, p. 1444 (1446, 1448); SCHOCH, *ibidem*, p. 1 (34).

<sup>66</sup> Expresamente en este sentido: BVerfG, resolución de 16 de diciembre de 1983 —2 BvR 1160, 1565, 1714/83—, BVerfGE, 66, 39 (60); BLECKMANN/ECKHOFF (*op. cit.*, núm. 52), p. 373 (378).

<sup>67</sup> BVerwG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, DVBl, 1985, 857 (859).

<sup>68</sup> PAPIER (*op. cit.*, núm. 51), artículo 14, número marginal 216.

<sup>69</sup> SODAN (*op. cit.*, núm. 46), p. 513; HESSE (*op. cit.*, núm. 65), número marginal 309.

<sup>70</sup> En este sentido OVG Berlin, resolución de 22 de abril de 1980 —OVG 1 S 231.79—, OVG 15 (1982), 120 (128) con notas de Forstmann, *Pharma-Recht*, 1980, 144 y ss.; VG Berlin, sentencia de 25 de mayo de 1981 —14 A 356.79—, *Pharma-Recht*, 1981, 169 (174); OVG Berlin, sentencia de 11 de enero de 1984 —OVG 7 B 3.83—, pp. 42 y ss.; VG Berlin, sentencia de 5 de diciembre de 1986 —VG 1 A 244.86—, p. 6; en la doctrina LÜBBE-WOLFF (*op. cit.*, núm. 39), p. 2705 (2711); SCHWERTFEGER (*op. cit.*, núm. 41), p. 715 (722 y ss.).

<sup>71</sup> LÜBBE-WOLFF, *ibidem*.

se decanta por un ordenamiento económico determinado <sup>72</sup> y no contiene principios concretos constitucionales para la configuración de la economía <sup>73</sup>, los artículos 12 y 14 de la Constitución no garantizan sólo una actividad económica «conforme a la economía de mercado» <sup>74</sup>.

Quiero indicar en este lugar que la información estatal sobre el medio ambiente y la salud influye en las ventas de los productores y en la clientela de su comercio establecido, así como en su funcionamiento. Se verá limitado, por tanto, en su libertad de disposición y actuación comercial protegida por la libertad de competencia. Y, teniendo en cuenta que el Estado puede prever que este tipo de información sobre los productos tendrá una influencia decisiva en el comportamiento de unos consumidores cada día más conscientes de su medio ambiente, le será imputable la lesión de los derechos fundamentales que de aquí resulte. Se puede decir, por tanto, que las recomendaciones y advertencias estatales sobre productos lícitos e inocuos representan una intervención en la libertad de competencia protegida por los derechos fundamentales.

## 2. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONALES DE LA INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La constatación de una intervención en un derecho fundamental no arrastra consigo automáticamente un veredicto constitucional sobre el asesoramiento estatal global del medio ambiente o de la salud. No habrá ningún tipo de objeción ante recomendaciones o advertencias estatales cuando éstas tengan su fundamento en una base jurídico formal o cuando nos encontremos ante la concreción de los límites de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución. Desde la perspectiva de la dogmática de la relación jurídica, no se daría, por tanto, la pretensión de omisión o de eliminación del agravio, lo que consecuentemente implica la tolerancia del perjuicio jurídico.

<sup>72</sup> BVerwG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, *DVBl*, 1985, 857; cfr. detalladamente STÖBER (*op. cit.*, núm. 42), números marginales 72 y ss.

<sup>73</sup> BVerwG, *ibidem*; *vid.* especialmente BVerfG, sentencia de 1 de marzo de 1979 —BvR 532, 533/77, 419/78 y 1 BvL 21/78—, BVerfGE, 50, 290 (336 y ss.) —sentencia sobre la cogestión.

<sup>74</sup> BVerwG, *ibidem*; BORCHERT, «Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten», *NJW*, 1985, 2741 (2742); PINGER (*op. cit.*, núm. 41), p. 53 (55 con referencias bibliográficas); SO-DAN (*op. cit.*, núm. 46), p. 512 con referencias bibliográficas.



a) *Fundamentos de legalidad formal*

A la hora de definir un fundamento de legalidad formal para las recomendaciones y advertencias estatales habrá que distinguir, en primer lugar, entre normas de competencia y de potestad. Las normas de competencia fijan las funciones concretas para cada entidad y son la base para la competencia jurídica resolutoria. Las normas de potestad, en cambio, regulan los requisitos de apoderación de la entidad correspondiente para una injerencia en el ámbito jurídico del ciudadano <sup>75</sup>.

Aquí, por ejemplo, nos encontramos ante normas de competencia en el artículo 2, párrafo 1.º, número 2, de la Ley para la creación de una Secretaría Federal del Medio Ambiente, y el artículo 2, letra a), de la Ley para la creación de una Secretaría Federal de la Salud.

En el sector de la información estatal sobre la salud se ha creado en los últimos años toda una serie de normas de potestad. A título de ejemplo, se podrían relacionar las siguientes: artículo 21, párrafo 1.º, número 1, del Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz (Ley sobre alimentos y de artículos de bienes de consumo) en relación con el artículo 3 A, párrafo 1.º, de la Tabakverordnung (Reglamento del Tabaco), según los cuales las cajetillas de tabaco tan sólo pueden ser puestas a la venta con la advertencia «el tabaco daña su salud» <sup>76</sup>; los preceptos 39 A-C de la Arzneimittelgesetz (Ley de medicamentos) que, según las indicaciones del BVerwG <sup>77</sup> son la base legal indispensable para el trabajo de la Comisión de Transparencia de Medicamentos. Y, finalmente, añadir que, en reacción a la catástrofe de Chernóbil, el artículo 9, párrafo 1.º, de la Strahlenschutzvorsorgegesetz (SSVG) (Ley de prevención y protección de radiaciones) apodera al Ministro Federal del Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y la Seguridad de Reactores (*Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*), para dictaminar en supuestos de contaminación radiactiva determinadas recomendaciones para la protección de la población <sup>78</sup>. Habrá que anotar aquí al margen, sin embargo, que el artículo 9, párrafo 1.º, de la SSVG está sometido desde un punto de vista del principio

<sup>75</sup> Sobre la problemática de la diferenciación de las normas de competencia y potestad, *vid.* KNEMEYER, «Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen», *DÖV*, 1978, 11 y ss.; OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 35), pp. 38 y ss.

<sup>76</sup> Artículo 3 I del Reglamento del Tabaco (Tabakverordnung) fue introducido en el Reglamento de 20 de diciembre de 1977 por el Primer Reglamento de modificación del Reglamento del Tabaco de 26 de octubre de 1982 (*BGBI I*, 1982, 1444).

<sup>77</sup> Los artículos 39 A-E de la Ley de Medicamentos (Arzneimittelgesetz) fueron introducidos por el número 21 de la Segunda Ley de Modificación de la Ley de Medicamentos de 16 de agosto de 1986 (*BGBI I*, 1986, 1296, 1300).

<sup>78</sup> Artículo 9 I de la Ley de Protección y Prevención de radiaciones (Strahlenschutzvorsorgegesetz - StrVG) de 19 de diciembre de 1986, *BGBI I*, 1986, 2610 (2612).

federal a una serie de críticas constitucionales, ya que elimina prácticamente a los *Bundesländer* la competencia para dictar recomendaciones<sup>79, 80</sup>.

En contraposición a la situación del asesoramiento estatal en el ámbito de la salud, existe en el sector del medio ambiente un enorme déficit formal. No se dan normas de potestad limitativas de derechos fundamentales que autoricen recomendaciones y advertencias en relación a productos lícitos e ino cuos<sup>81</sup>. Este tipo de información estatal sobre los productos tan sólo encontrará una legitimación constitucional, si se trata de concreciones de un límite de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución.

#### b) *Concreción de los límites de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución*

Hay que insistir, en contra de algunas opiniones doctrinales minoritarias<sup>82</sup>, en que todos los derechos fundamentales garantizados incondicional e incluso condicionalmente (como, por ejemplo, la libertad de competencia) están sometidos a los límites de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución<sup>83</sup>. Estos son la expresión de las limitaciones necesarias de todas las libertades en un sistema jurídico de ordenación estatal<sup>84</sup>. Como parte integral de la globalidad del ordenamiento de valores constitucionales, los derechos fundamentales quedan delimitados automáticamente por los límites «inherentes en la Constitución»<sup>85</sup>. Entre estos derechos constitucionales que pueden entrar en colisión con el ejercicio de los derechos fundamentales están los derechos fundamentales de terceros, así como aquellos intereses de la comunidad con rango constitucional<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> Según el artículo 9 II StrVG tan sólo se otorga una competencia de los *Länder* a emitir recomendaciones: «Tratándose de acontecimientos en la región del *Land* con efectos exclusivamente locales, la autoridad suprema del *Land* podrá dirigir recomendaciones a la población».

<sup>80</sup> Referente a las objeciones jurídico (-constitucionales) del artículo 9 StrVG, *vid.* especialmente CZAJKA, «Das Strahlenschutzvorsorgegesetz», *NVwZ*, 1987, 556 (559); LÜBBE-WOLFF (*op. cit.*, núm. 39), 2705 (2708, con una serie de referencias bibliográficas); RENGELING, «Das neue Strahlenschutzvorsorgegesetz», *DVBt*, 1987, 204 (206).

<sup>81</sup> OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 35), p. 56.

<sup>82</sup> PIERTOTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 2.ª ed., 1986, pp. 82 y ss.

<sup>83</sup> BVerfG, resolución de 25 de enero de 1984 —1 BvR 272/81—, *NJW*, 1984, 1741 (1742); BVerwG, sentencia de 18 de abril de 1985 —3 C 34.84—, *DVBt*, 1985, 857 (859 y ss.); BayVerfGH, resolución de 7 de julio de 1977 —Vf. 7 - VII - 76—, *VerfGHE*, 30 (1977), 109 (119 y ss.); HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artículo 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.ª ed., 1983, p. 298; KREBS, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, 1975, pp. 43 y ss., 113 y ss.; MAUNZ/ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 26.ª ed., 1985, p. 155.

<sup>84</sup> KREBS, *ibidem*, p. 114.

<sup>85</sup> *Id.*, *ibidem*, pp. 114 y ss.

<sup>86</sup> BVerfG, resolución de 26 de mayo de 1970 —1 BvR 83, 244 y 345/69—, BVerfGE, 28, 243 (261); ALEXYP (*op. cit.*, núm. 64), p. 262; PIERTOTH/SCHLINK (*op. cit.*, núm. 82), pp. 81 y ss.

De acuerdo con la opinión mayoritaria, la Ley Fundamental no recoge ningún derecho fundamental de protección del medio ambiente ya sea propio o derivable<sup>87</sup>, por lo que quedan excluidos los derechos fundamentales como posible legitimación para una información estatal sobre el medio ambiente. Sin embargo, cabría pensar en referencia a algunas sentencias decisivas del BVerfG, en la protección del medio ambiente, como un interés importante de la comunidad con rango constitucional. Y nos remitimos en este lugar a las resoluciones decisivas de *Mühlheim-Kärlich* y *Nafsauksiesung* y la sentencia sobre *Kriegsdienstverweigerung - KDV* (Objeción de conciencia).

En la resolución *Mühlheim-Kärlich* la Sala Primera defendió algo reticentemente en relación a una utilización pacífica de la energía nuclear, que de las normas constitucionales sobre la competencia se derivaría «un reconocimiento y aprobación fundamental por la propia Constitución del objeto allí tratado»<sup>88</sup>. En la resolución sobre *Nafsauksiesung* la misma Sala, pero ya de forma mucho más contundente, resolvió que «la garantía del instituto jurídico no se modificará, siempre que los bienes vitales de la comunidad para la seguridad de los intereses importantes de la comunidad y la protección ante riesgos no se sometan a un ordenamiento privado, sino a un ordenamiento jurídico-público»<sup>89</sup>. El máximo exponente del reconocimiento de bienes de la comunidad con rango constitucional se encuentra en una sencilla declaración de la Sala Segunda en la sentencia *KDV*: «la creación y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas gozan de rango constitucional»<sup>90</sup>.

Si se estudia la evolución de la jurisprudencia del BVerfG, teniendo en cuenta que la protección de nuestro medio ambiente y de las bases vitales fundamentales del ser humano más allá de los intereses partidistas es, desde hace algún tiempo, un objetivo estatal necesario<sup>91</sup>, entonces parece obvio conceder a la protección del medio ambiente el carácter de interés importante para la comunidad con rango consti-

<sup>87</sup> Detalladamente SCHMIDT, *Einführung in das Umweltrecht*, 1987, pp. 13 y ss. Referencias bibliográficas.

<sup>88</sup> BVerfG, resolución de 20 de diciembre de 1979 —1 BvR 385/77—, BVerfGE, 53, 30 (56).

<sup>89</sup> BVerfG, resolución de 15 de julio de 1981 —1 BvL 77/78—, BVerfGE, 58, 300 (339).

<sup>90</sup> BVerfG, sentencia de 24 de abril de 1985 —2 BvF 2, 3, 4/83 y 2/84—, BVerfGE, 69, 1 (21); sobre el concepto de la *Funktionsfähigkeit* como concepto clave constitucional, *vid.* especialmente DENNINGER, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», en: *FS Rudolf Wassermann*, zum 60. Geburtstag, 1985, pp. 279 y ss.; LERCHE, «"Systemverschiebung" und verwandte verfassungsgerichtliche Argumentationsformeln», en: *FS Wolfgang Zeidler*, tomo 1.º, pp. 557 y ss., 558 y ss.

<sup>91</sup> MURSWIEK, «Umweltschutz - Staatszielbestimmung oder Grundsatznorm?», *ZRP*, 1988, 14 (17); referente a la posición del medio ambiente como función estatal, *vid.* RAUSCHNING, «Staatsaufgabe Umweltschutz», *VVDStRL*, 38 (1980), pp. 167 y ss.; HOPPE, «Staatsaufgabe Umweltschutz», *VVDStRL*, 38 (1980), pp. 211 y ss.

tucional. Hay que ser conscientes de las consecuencias que ello conlleva para un Estado Democrático de Derecho.

Sin querer augurar un «giro copernicano en el ordenamiento de los derechos fundamentales»<sup>92</sup>, sí que se tendría que tener en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia podría conceder su preferencia a una serie arbitraria de intereses de la comunidad, no anclados en la Constitución. Así se podría pensar también en ¿por qué habríamos de limitar el reconocimiento de rango constitucional a la protección del medio ambiente y no ampliarlo a las reclamaciones de política laboral como puede ser el pleno empleo? Y nos encontraríamos tan sólo a un pequeño paso de la protección constitucional de la estabilidad monetaria. Si se desarrollase la idea consecuentemente hasta el final no sólo se ignoraría la unidad de la Constitución, sino ésta en sí misma<sup>93</sup>.

El reconocimiento de la protección del medio ambiente como interés importante de la comunidad con rango constitucional y, por tanto, como límite de los derechos fundamentales inmanentes a la Constitución impulsaría significativamente un movimiento ya existente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, a saber, la evolución de un Estado legislativo a uno jurisdiccional<sup>94</sup>. El riesgo inherente para la «integridad de la validez de los derechos fundamentales» y para el «fundamento de una Constitución democrática y jurídico-estatal» ha sido planteado de forma convincente por BÖCKENFÖRDE y MAHRENHOLZ en sus votos particulares en las sentencias sobre *KDV*: «La Constitución... fija... las pautas y los límites de la actividad estatal frente al individuo, especialmente en los derechos fundamentales como derechos de libertades; mientras la Constitución fije estos límites, éstos serán obligatorios para la actividad estatal y la función estatal como “valor constitucional” no supondrá nuevamente una situación de carácter suspensivo»<sup>95</sup>. Si se quiere evitar, por tanto, que la política medioambiental sea regulada mediante jurisprudencia y no por el Parlamento competente, habrá que advertir ante el riesgo de un reconocimiento de la protección del medio ambiente como un interés importante de la comunidad con rango constitucional.

No podrá justificarse, por tanto, que las recomendaciones y las advertencias estatales que conciernen a productos lícitos e inocuos, sean una concreción de un límite de los derechos fundamentales inmanen-

<sup>92</sup> En este sentido OSSENBÜHL, «Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung», en: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch*, 1983, p. 5 (18).

<sup>93</sup> HESSE (*op. cit.*, núm. 65), número marginal 72 con cita núm. 31.

<sup>94</sup> Sobre este desarrollo, se manifiesta especialmente BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2.ª ed., 1981, p. 402; ECKERTZ, *Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts*, 1986, pp. 173 y ss. con referencias bibliográficas.

<sup>95</sup> BVerfG, sentencia de 24 de abril de 1985 —2 BvF 2, 3, 4/83 y 2/84—, BVerfGE, 69, 1 (63).

tes a la Constitución<sup>96</sup>. Este tipo de información estatal sobre el medio ambiente será, en consecuencia, inconstitucional por no existir un fundamento jurídico formal para la intervención en la libertad de la competencia de los productores.

#### IV. RESUMEN

En interés de una protección del medio ambiente efectiva, y al tiempo adecuada a la Constitución, parece necesario crear una base habilitadora para actuar por razón de ámbitos o materias en la información estatal del medio ambiente. La pretendida introducción en la Ley Fundamental de una definición del objetivo estatal de la protección del medio ambiente<sup>97</sup>, enfoca el problema desde el punto de vista equivocado, dado que impulsa el proceso de evolución de un Estado legislativo a uno jurisdiccional. Lo que está en contradicción clara con el principio de la división de funciones que es una parte irrenunciable de nuestra Constitución democrática y del Estado de Derecho. No obstante lo cual, es de temer que nuevamente pueda desbordarnos la fuerza del proceso político.

---

<sup>96</sup> Asimismo, OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 35), pp. 52 y ss.

<sup>97</sup> Sobre la inclusión de protección del medio ambiente como objetivo estatal en la Constitución, *vid.* especialmente en los últimos tiempos DEPENHEUER, «Politischer Wille und Verfassungsänderung», *DVB1*, 1987, 809 y ss.; KARPEN, «Zu einem Grundrecht auf Umweltschutz», en *Umweltschutz im Recht*, ed. v. W. Thieme, 1988, pp. 9 y ss.; KLOEPFER, «Umweltschutz und Verfassungsrecht», *DVB1*, 1988, 305 y ss.; MURSWIEK (*op. cit.*, núm. 91), pp. 14 y ss.; STERN, «Zur Aufnahme eines Umweltschutzstaatszieles in das Grundgesetz», *NWVB1*, 1988, 1 y ss.; STOBER, «Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht», *JZ*, 1988, 426 y ss.; *cf.* además BENDA, «Verfassungsrechtliche Aspekte des Umweltschutzes», *UPR*, 1982, 241 y ss.; MAUS, «Individualrecht oder Staatsziel», *JA*, 1979, 287 y ss.; SENDLER, «Ist das Umweltrecht normierbar?», *UPR*, 1981, 1 y ss.

