

09

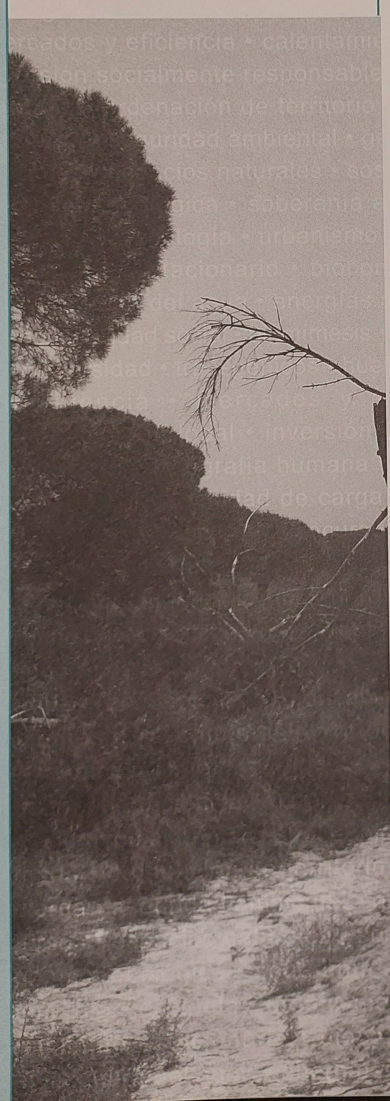
Octubre 2012

ISSN 1889-0660

FUNDACIÓN
cajamar

Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible

Cuides



>003 Política

¿QUÉ ES LA ECOLOGÍA POLÍTICA?
UNA VÍA PARA LA ESPERANZA EN EL SIGLO XXI
Florent Marcellesi

>041 Acuíferos

REFLEXIONES SOBRE LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS
EN REGIONES SEMIÁRIDAS. EL SUDESTE ESPAÑOL
A. Pulido, M. A. Díaz, A. Vallejos y J. M. Andreu

>071 Paisaje

EL NUEVO CONCEPTO JURÍDICO DE PAISAJE:
NUEVAS OPORTUNIDADES PARA SU DEFENSA
José Luis Durán Sánchez

>113 Turismo

SOSTENIBILIDAD Y TURISMO EN LA ISLA DE LANZAROTE
R. López, J. M. Martín, J. D. Jiménez y V. Molina

>135 Regadíos

BIENES PÚBLICOS EN LOS SISTEMAS AGRARIOS DE REGADÍO
A. J. Villanueva, M. Arriaza y J. A. Gómez-Limón

>153 Agricultura

LUCES Y SOMBRAS DEL CRECIMIENTO
DE LA PRODUCCIÓN ECOLÓGICA EN ANDALUCÍA
DURANTE EL ÚLTIMO QUINQUENIO (2007-2011)
Manuel González de Molina

>193 Agua

LA SOSTENIBILIDAD EN EL USO DEL AGUA:
LOS TRIBUTOS MEDIOAMBIENTALES
COMO ESTRATEGIA ECONÓMICA
PARA REDUCIR LA CONTAMINACIÓN
I. M. Román, L. J. Belmonte y D. Bonillo

>205 Fiscalidad

¿SON LOS TRIBUTOS AMBIENTALES UNA OPCIÓN
PARA LA FINANCIACIÓN DE LAS HHPP? REFLEXIONES
SOBRE LA FISCALIDAD AMBIENTAL AUTONÓMICA
Gloria Alarcón García

El nuevo concepto jurídico de paisaje: nuevas oportunidades para su defensa

Cuides
OCTUBRE 2017 - Nº 9

Resumen

La ratificación por España del Convenio Europeo del Paisaje ha abierto nuevos horizontes para la protección del paisaje en nuestro país. El concepto tradicional de paisaje ha experimentado una considerable ampliación y democratización que redundará en mayores facilidades para su conservación. En el presente artículo se trata de delimitar el nuevo concepto de paisaje, repasando después el estado actual de la regulación administrativa en materia de protección del paisaje para concluir con una reflexión sobre las nuevas oportunidades existentes en la materia.

José Luis
Durán Sánchez
Catedrático Jurídico

1. Consideraciones previas sobre la contemplación como presupuesto del paisaje

La capacidad humana de contemplar constituye el primer presupuesto para hacer posible la existencia del paisaje. Para la aprehensión de un paisaje no basta la mera percepción sensorial sino que es necesario de unos datos que nos suministren los sentidos—fundamentalmente, aunque no exclusivamente la vista— sean integrados con otra “mirada interior” que necesariamente se vincula a la sensibilidad y a la cultura del que contempla. En consecuencia, la valoración del paisaje, como manifestación de la capacidad de contemplación, es un atributo esencialmente humano.

Entre los textos antiguos en los que hunde sus raíces nuestra cultura occidental encontramos tempranas referencias a la contemplación de la naturaleza. En el relato de la creación del mundo contenido en el libro del Génesis se nos dice que Dios creó los árboles, y no sólo los que podían satisfacer la necesidad de alimento, sino otros de los que se nos predica expresamente que eran *pulchrum visu* (‘agradables a la vista’)¹. Ésta es la primera referencia en nuestra tradición cultural en la que la naturaleza

¹ Génesis 2, 9: “Produxitque Dominus deus de humo omne lignum pulchrum visu, et ad vescendum savae”, *Biblia Sacra* *hastae vulgatae Clementinae novae editio*, Edición de Calanga-Turando (1999), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

no se valorara en función de la utilidad que puede reportar al hombre para satisfacer sus necesidades materiales, sino como objeto de contemplación por razón de su belleza.

Téngase en cuenta que la belleza no es un concepto absoluto e inmutable, sino que ha experimentado una considerable evolución a lo largo de la historia², siendo también cambiante en el espacio. Incluso dentro de una misma época y un mismo territorio es muy variable el concepto de belleza que pueden tener distintos grupos sociales, étnicos o culturales.

El paisaje, como objeto del Derecho, hasta ahora tampoco había podido sustrarse a las consideraciones de la estética³. Como veremos más adelante, esta dependencia de la estética ha sido relativizada en parte por los nuevos conceptos y regulaciones del paisaje. Más de lo que no ha podido ni puede sustrarse el paisaje es de su presupuesto: la contemplación, que se nos presenta como una cualidad esencialmente humana complementaria de la acción⁴.

Ahora bien, a pesar del aparente triunfo de la acción en las sociedades avanzadas, la contemplación sigue siendo una parte esencial de la condición humana que no es posible desconocer. Es más, el imperio de la acción la hace aún más necesaria, motivo por el cual, entre las necesidades sociales actuales cobra creciente importancia la contemplación de espacios naturales, de ciudades habitables, del cielo estrellado, de conjuntos históricos o de los nuevos horizontes que nos son acercados por el turismo.

Esta nueva concepción de la acción vinculada a la contemplación y, en consecuencia, a la necesidad de conservación de la naturaleza y de la cultura va cobrando creciente importancia, especialmente en el mundo empresarial contemporáneo, hasta el punto de que la responsabilidad

² *Vid. Eco* (2009).

³ Tradicionalmente, el Derecho ha protegido los paisajes que cultural o científicamente se han valorado como bellezas singulares. Esta valoración cultural o científica de la belleza del paisaje también ha sido variable a lo largo del tiempo. No siempre ha coincidido con lo que hoy consideramos un entorno natural agradable. Ya desde tiempos remotos se celebraba el paisaje desierto como más útil para el espíritu humano, frente a otros paisajes aparentemente más gratos a los sentidos. *Vid. ANW* (2003): *Apologueta de los poderes del desierto*. Olafeta, J.J., ed. Barcelona.

⁴ Hay que decir que la vida se sucede vertiginosamente en una sucesión de actos sin dejar apenas resuello a quien la vive. En nuestros días, en los que las sociedades avanzadas han logrado un grado de desarrollo que permitiría espacios para la contemplación, sin embargo la acción ha terminado a la contemplación. De forma expresiva ponía Saint Exupéry las siguientes palabras en boca de El Principito: "Los hombres, dice le petit prince, s'écroulent dans les sapédes, mais ils ne savent plus ce qu'ils cherchent. Alors ils s'agenent et tournent en rond... Et il ajouta: "Ce n'est pas la peine..." Saint Exupéry (2008): *Le Petit prince...*, p. 90.

social empresarial (RSE)⁵ tiene uno de sus ejes en la protección del medio ambiente entendido en sentido amplio, y todo ello por entender que contribuye a la mejora de la competitividad de las empresas⁶.

2. Orígenes del concepto de paisaje

Una vez establecido en el apartado anterior la capacidad innata al hombre de poder contemplar la belleza, y en consecuencia, de apreciar el paisaje, deviene necesario fijar el momento a partir del cual dicha contemplación deja de ser un hecho aislado para pasar a constituir parte de la cultura de un pueblo.

Agustín Berque (1994, p. 16) establece en su *teoría del paisaje* cuatro requisitos que suelen admitirse con carácter general como imprescindibles para poder admitir que una determinada sociedad es "paisajera"; es decir, que está dotada de una cultura paisajista capaz de contemplar y valorar sus paisajes:

1. Que se reconozca el uso de uno o más términos para decir paisaje.
2. Que exista una literatura oral o escrita cantando la belleza de los paisajes o simplemente describiéndolos.
3. Que existan representaciones pictóricas de paisajes.
4. Que existan testimonios de jardines cultivados por placer.

Existiendo, como señalábamos, práctica unánimemente a la hora de admitir los requisitos necesarios para poder hablar de una cultura paisajista, sin embargo las disputas doctrinales comienzan a la hora de establecer cuándo comienzan a conocerse y valorarse los paisajes.

⁵ La RSE "se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Ello implica el cumplimiento obligatorio de la legislación nacional e internacional en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto". Tomado el 25 de abril de 2011 de http://observatorioecon.org/index.php?option=com_content&view=article&id=409&Itemid=27 &Itemid=63&lang=es.

⁶ *Vid. Mateguez Sandoz* (2011).

Para Berque, el origen del paisaje como tal puede situarse en la China antigua. El fin del próspero periodo marcado por la dinastía Han (206 a.C.-220 d.C.) trajo como consecuencia un periodo de gran inestabilidad que llevó aparejado como consecuencia un declive del Confucianismo, hasta entonces religión imperante, y “un fuerte individualismo que propició el auge del Taoísmo, cuyos ideales remiten a la naturaleza más que al orden social” (Maderuelo, 2005, p. 20).

En este clima social, político y cultural nace el paisaje de la mano de los poetas. El primero es un funcionario público, Tao Yuanning (365-427), que abandona su carrera administrativa para marcharse a vivir al campo⁷. El segundo, y más importante, es Xie Lingyung (385-433), de quien puede afirmarse que “escribió los primeros poemas propiamente paisajísticos de la literatura mundial” (Berque, 1994, pp. 7ss). A ello se añade la existencia de varias palabras con las que designar el paisaje⁸, el cultivo de jardines para impactar a sus contempladores y la existencia de rollos de seda pintada con tinta china en la que se representaban paisajes (Maderuelo, 2005, pp. 19ss).

Sin embargo, esta posición no es unánime. Otros autores apuntan a Roma como la primera cultura paisajista de la historia. Frente a la posición de Berque, Alain Roger (2008) mantiene que no fue China, sino Roma la primera sociedad paisajera de la historia. Lo justifica afirmando que Roma “tiene jardines de recreo, representaciones pictóricas (los famosos frescos de Pompeya, por ejemplo), representaciones literarias (Virgilio, Tibulo entre otros) y palabras para nombrarlo”⁹.

Con independencia de cual sea el origen histórico remoto de la cultura paisajística, suelen citarse los frescos de Giotto en la Basílica de San Francisco, en Asís, pintados hacia 1297-1299, como origen de nuestra tradición paisajista moderna. En ellos, el pintor trata de contextualizar las escenas de la vida de San Francisco en los lugares en los que acontecieron.

⁷ Para Tao Yuanning “Vivir en los campos, es para él un ideal ético más que estético: sin embargo, ética y estética resultan aquí inseparables”. Véase Berque (1997), pp. 7ss.

⁸ Según Maderuelo, en chino hay varias palabras para designar el concepto paisaje: sin embargo, “el término más genérico, que incluye a todos los demás, es *shanzhu*, palabra que surge de la contracción de dos sinogramas *shan* (montaña) y *zhu* (agua)”. *Op. cit.*, p. 21.

⁹ Roger (2008), p. 69. En relación con los términos utilizados para referirse al paisaje cita a Cicéron, que en sus cartas a *Agripa* ambos traduce como paisaje.

destacando algunos frescos, como el correspondiente al exorcismo de los demonios de Arezo o el correspondiente a San Francisco dando su manto a un pobre, en los que el esfuerzo por mostrar un paisaje cobra un papel principal en la escena.

Estos primeros ensayos paisajistas encuentran su culminación en la obra de Hendrick Goltzius, que hacia 1600 comienza a dibujar los primeros paisajes autónomos de los que se tiene constancia al representar las dunas de Haarlem¹⁰. A partir de esta obra, el arte y la cultura paisajística se irá desarrollando progresivamente hasta nuestros días en los que se cumplen sobradamente los presupuestos exigidos por Berque para poder hablar de una cultura paisajista.

3. Diversidad de conceptos sobre el paisaje

3.1. El concepto de paisaje en el lenguaje común

Debemos comenzar nuestra aproximación al estudio del régimen jurídico del paisaje por el concepto del mismo. Antes de analizar cual es la competencia, los caracteres o cualesquiera otras cuestiones relacionadas con la protección del paisaje en España, se hace imprescindible definirlo.

No es tarea fácil establecer un concepto único de paisaje válido para todas las épocas y para todas las disciplinas. Además, a esta dificultad ha contribuido tanto el carácter polisémico del vocablo como las numerosas perspectivas sectoriales desde las que se ha estudiado el paisaje¹¹.

¹⁰ Sobre los inicios del paisajismo en Holanda se ha celebrado, entre el 15 de marzo y el 20 de junio de 2011 una exposición bajo el título *The Dutch millenium* en el Rijksmuseum de Amsterdam. Tomado de <http://www.rijksmuseum.nl/en/overzicht/rijksmuseum/hollandse-wildernis> el 3 de mayo de 2011. Resulta significativo que el primer lugar en el que despierta el interés artístico por el paisaje sea precisamente la zona más densamente poblada de Europa del siglo XVII. Son precisamente las sociedades en las que el desarrollo urbano es más intenso aquellas en las que se siente con particular intensidad la necesidad de disponer de paisajes.

¹¹ Lo señalado por el Tribunal Constitucional (STC 64/1987 y STC 102/1995) respecto al concepto de medio ambiente es perfectamente extrapolable al concepto de paisaje, que también puede ser considerado como “concepto jurídico indeterminado con un alcance pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar”.

3.2.1. El concepto de paisaje en el Derecho internacional

El Convenio Europeo del Paisaje firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 y ratificado por España el 26 de noviembre de 2007, constituye el gran referente en cuanto a la nueva concepción jurídica del paisaje contentiendo una definición de paisaje a los efectos del mismo.

No obstante, debemos citar como precedentes del mismo las definiciones contenidas en los acuerdos internacionales que con anterioridad al Convenio Europeo del Paisaje (en adelante, CEP) abordaron la difícil tarea de dar una definición de paisaje que pudiera ser universalmente aceptada por las diferentes disciplinas.

3.2.2. El concepto de paisaje en los tratados internacionales

El primer Convenio Internacional que afrontó la tarea de ofrecer una definición de lo que debía entenderse por paisaje es la Convención de Benelux sobre la Conservación de la Naturaleza y la protección del paisaje de 1982. En ella se define como:

¹⁹ "La parte perceptible de la tierra definida por la relación e interacción entre diversos factores: suelo, relieve, agua, clima, flora, fauna y el hombre. En el seno de una unidad paisajística determinada estos fenómenos dan lugar a un esquema fruto de la combinación de aspectos naturales, culturales, históricos, funcionales y visuales. El paisaje puede ser considerado como el reflejo de la comunidad con respecto a su medio natural y de la forma en que actúa sobre el mismo".

Vemos cómo en la definición ofrecida por la Convención del Benelux de 1982 se contienen ya todos los elementos que van a conformar el actual concepto de paisaje: la tierra o territorio, los factores que lo conforman y la actitud de la Comunidad.

En segundo lugar, debemos citar la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, suscrita en París el 16 de noviembre de 1972. Si bien en ella no se contiene una definición de paisaje, las Directrices prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial de 2005 sí nos ofrecen un concepto del mismo¹⁹.

¹⁹ Tomada el 6 de junio de 2011 de <http://whc.unesco.org/archive/0pguides/05-es.pdf>.

Las Directrices definen los paisajes culturales como los:

"Obras conjuntas del hombre y la naturaleza" creadas en el Artículo 1 de la Convención. Ilustran la evolución de la sociedad humana y sus asentamientos a lo largo del tiempo, condicionados por las limitaciones y/o oportunidades físicas que presenta su entorno natural y por las sucesivas fuerzas sociales, económicas y culturales, tanto externas como internas."

Como podemos apreciar, se trata de un concepto limitado a los paisajes culturales pero que sin embargo engloba tanto paisajes naturales como paisajes culturales en sentido estricto.

Avanzando más en el tiempo y como precedente inmediato del CEP, podemos citar la Carta del Paisaje Mediterráneo, firmada por Andalucía, Languedoc-Rousillon y Toscana en 1993 en el marco de la Tercera Conferencia de Regiones Mediterráneas del Consejo de Europa, y en la que se define el paisaje como:

"La manifestación formal de la relación sensible de los individuos y de las sociedades en el espacio y en el tiempo con un territorio más o menos intencionalmente modelado por los factores sociales, económicos y culturales. El paisaje es así el resultado de la combinación de aspectos naturales, culturales, históricos, funcionales y visuales. Esta relación puede ser de orden afectivo, identitario, estético, simbólico, espiritual o económico e implica la atribución de los paisajes por los individuos o las sociedades de valores de reconocimiento social a diferentes escalas (local, regional, nacional o internacional)".²⁰

3.2.3. Especial referencia al concepto de paisaje en el Convenio Europeo del Paisaje

Siete años después de la firma de la Carta del Paisaje Mediterráneo, el artículo 1 del CEP nos ofrece un nuevo concepto de paisaje: "a los efectos del presente convenio: a. Por 'paisaje' se entenderá cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos".

Es evidente que el Convenio Europeo del Paisaje viene a introducir un verdadero cambio de paradigma, no sólo en el concepto del paisaje, sino en general en todas las políticas de conservación y de desarrollo sostenible.

²⁰ Esta definición, considerablemente más extensa que la recogida con posterioridad del CEP, tiene la virtud de ofrecer más datos referencias para una adecuada hermenéutica de la definición contenida en el CEP.

Es evidente que una excesiva ampliación del concepto de paisaje puede llevar a dotarlo de unos límites tan sumamente difusos que harían inútil la figura. Pero no es menos cierto que debemos ahorrarnos a la consideración como parte del bien jurídico protegido "paisaje" de nuevas realidades que hasta hace relativamente poco tiempo habrían sido impensables.²⁵

La segunda cuestión en relación con la identificación del paisaje a través de la percepción por todos los sentidos es la siguiente: ¿cabría identificar un paisaje sólo por los demás sentidos, prescindiendo de la vista? Esta y otras cuestiones las abordaremos al tratar de los elementos reales del paisaje.

El tercer referente de la definición viene constituido por la población, porque es la percepción de ésta la que va a determinar qué es y qué no es un "paisaje" acreedor de protección. Quizás sea esta la mayor revolución introducida por el CEP a la hora de definir el paisaje: se arranca éste de las manos de las administraciones y de los técnicos y especialistas para, en una democratización sin precedentes, atribuirle la última palabra a las poblaciones. No existe ninguna otra materia, con excepción de la regulación del Consejo Abierto en la Ley de Bases de Régimen Local²⁶, en la que la democracia directa haya tenido tan profunda penetración y pueda tener tan importante proyecto. Esta democratización del concepto no deja de tener su sentido, pues paisaje no es lo que hay, sino lo que vemos (Madrueño, 2005; p. 38). La realidad exterior siempre ha estado ahí, pero la valoración de la misma es relativamente reciente y además mutable.

Por otra parte, al ser el concepto de la belleza tan variable a lo largo de la historia, no hay ningún elemento que permita patrimonializar la belleza como coto privado de ningún grupo. (Eco, pp. 8ss) Por ello, parece que la opinión de las mayorías es la que debe ser tomada en cuenta a la hora de calificar un paisaje.

Por último, se exige que esa parte del territorio sea resultado de la acción e interacción de factores naturales y/o humanos. Resulta un tanto

²⁵ El paisaje ha ido penetrando en los más variados ámbitos. Entre ellos destaca el de la gastronomía. Desde las vanguardias gastronómicas españolas ya se incluye el paisaje como una parte importante de la gastronomía. El Diario *ADN* de 11 de enero de 2011 daba la noticia de que "Terán Adriá presenta el Bullifundación, que aúna comida, investigación, arquitectura y paisaje".

²⁶ El Consejo Abierto, como forma de gobierno municipal en la que, junto a la alcaldía, participa una asamblea de todos los vecinos, es admitido en nuestra Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, con un carácter muy restrictivo, limitando su aplicación a municipios de menos de 100 habitantes y a aquellos que tradicionalmente cuentan con este singular régimen de gobierno y administración (artículo 29).

equivoco el uso de la conjunción copulativa 'e', exigiendo el concepto siempre la suma de acción y de interacción, cuando, en algunos casos, al menos en teoría, bastaría simplemente la acción natural sin intervención del hombre, como cabría llegar a interpretar en la versión francesa del texto con más claridad que en la versión inglesa²⁷.

Con todo, se apunta a los dos tipos de factores que se conjugan en la definición de un paisaje y que dan lugar a los dos principales tipos de paisajes hasta ahora conocidos: el humano (histórico, artístico, monumental) y el natural.

Parece que el uso de una u otra versión ha pesado también en las definiciones del paisaje contenidas en la legislación estatal y autonómica como veremos a continuación.

3.2.4. El concepto de paisaje en el Derecho comunitario

El derecho comunitario se ocupa del paisaje en diversas normas. Así, ya la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente hizo referencia expresa al paisaje dentro de los aspectos a evaluar, pero no se contiene en esta norma una definición de lo que debía entenderse por paisaje.

Tampoco la Directiva de Hábitats define el paisaje, si bien establece en sus considerandos que "conviene fomentar, en las políticas de ordenación del territorio y de desarrollo, la gestión de los elementos del paisaje que revisitan una importancia fundamental para la fauna y la flora silvestres"^{28,29}.

²⁷ En el texto original en inglés del CEP del que parece proceder la versión española, también se recoge de manera cuantitativa los términos acción e interacción, reservando la alternativa entre conjunción y disyunción para los factores naturales y humanos. "Landscape means an area, as perceived by people, whose character is the result of the actions and interaction of natural and/or human factors". De esta forma, el carácter del paisaje viene dado por los siguientes factores: 1) acción e interacción de factores naturales; 2) acción e interacción de factores humanos; 3) acción e interacción de factores naturales y humanos. Sin embargo, la otra versión original, escrita en francés, presenta una notable diferencia, resultando más aceptable y permitiendo entender que el carácter de los paisajes viene dado por tres factores: 1) la acción de factores naturales; 2) la acción de factores humanos; y 3) las interacciones entre factores naturales y humanos: "a. 'Paysage' désigne une partie de territoire telle que perçue par les populations, dont le caractère résulte de l'action de facteurs naturels et/ou humains et de leurs interrelations".

²⁸ También establece que "cuando lo consideren necesario, los Estados miembros se esforzarán por mejorar la coherencia ecológica de Natura 2000 mediante el mantenimiento y, en su caso, el desarrollo de los elementos del paisaje que revisitan primordial importancia para la fauna y la flora silvestres que cita el artículo 10" (Artículo 3.3).

²⁹ Directiva 92/43/CEE del Consejo, 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Esta norma posteriormente ha sido modificada en varias ocasiones.

Sin embargo, añade la Directiva (artículo 10) que:

“Cuando lo consideren necesario, los Estados miembros, en el marco de sus políticas nacionales de ordenación del territorio y de desarrollo y, especialmente, para mejorar la coherencia ecológica de la Red Natura 2000, se esforzarán por fomentar la gestión de los elementos del paisaje que revistan primordial importancia para la fauna y la flora silvestres. Se trata de aquellos elementos que, por su estructura lineal y continua (como los ríos con sus correspondientes riberas o los sistemas tradicionales de deslinde de los campos), o por su papel de puntos de enlace (como los estranques o los Soros) resultan esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies silvestres”.

Como se aprecia, la Directiva de Hábitats conceputa el paisaje como una herramienta más de ordenación del territorio, a cuyas políticas nacionales remite. Únicamente considera protegibles determinados elementos del paisaje de naturaleza lineal y continua y siempre como un medio auxiliar para mejorar la coherencia de la Red Natura 2000 y en ningún caso como una finalidad en sí misma.

En conclusión vemos como la normativa europea trata del paisaje muy rangencialmente, considerándolo en algunas ocasiones como parte de los recursos naturales y en otras ocasiones lo aborda como un instrumento de las políticas de desarrollo sostenible, que sí merece mayor atención por parte de la Unión Europea.

3.2.5. El concepto de paisaje en el derecho español

Para llegar al concepto de paisaje aceptado por el Derecho español, necesariamente debemos iniciar nuestro análisis en el nivel constitucional. A pesar de que nuestra Constitución suele recoger muchos de los denominados derechos constitucionales de última generación y a diferencia de otras Constituciones de nuestro entorno, ni la vigente constitución de 1978³⁰ ni tampoco en la historia de nuestro constitucionalismo, encontramos referencia expresa alguna al término “paisaje”. En consecuencia, tampoco puede encontrarse ninguna definición de paisaje en la cúspide de nuestra pirámide normativa.

³⁰ La Constitución, aún en el caso de haber incluido el término “paisaje” en su texto, no lo habría definido tampoco, en parte porque, según señala la STC 102/1995 en relación con el medio ambiente “la Constitución Española, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del nuestro cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”.

Sin embargo, si encontramos precedentes en los que de manera más o menos rangencial se aborda la protección del paisaje aunque no sea aludiendo expresamente a éste como tal. El más llamativo lo encontramos en la Constitución de 1931³¹, cuyo artículo 45, párrafo segundo señala: “el Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”³².

Este precedente probablemente pesara en la redacción del Anteproyecto de nuestra vigente Constitución que en su artículo 38, que contemplaba expresamente el término paisaje en los siguientes términos:

“2. Los poderes velarán por la utilización racional de los recursos naturales, la conservación del paisaje y por la protección y mejora del medio ambiente. 3. Para los atentados más graves contra el paisaje protegido y el medio ambiente se establecerán por la ley sanciones penales y la obligación de reparar el daño producido”.

El artículo 38 del Anteproyecto de la Constitución de 1978 se situaba en la línea seguida por otras constituciones de nuestro ámbito occidental, en las que se contienen referencias expresas a la protección del paisaje. Así lo hace la Constitución Italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución de la Confederación Helvética de 1962 o la Constitución portuguesa de 1976³³.

Sin embargo, esta formulación normativa no cuajó en el texto constitucional definitivo, en el que no sólo no se recogió ninguna definición de paisaje sino que tampoco se contiene referencia expresa al mismo³⁴.

En consecuencia, y a la vista de todo lo expuesto, el constituyente participa de la concepción fragmentaria de la protección del paisaje vigente al tiempo de la redacción de nuestra Constitución. Para el constituyente, el paisaje no tiene un campo propio sino que está comprendido dentro de una realidad distinta, que sería la sectorial de cada una de las

³¹ Un buen ejemplo, semejante al protegido dentro del artículo 45 de la Constitución Española de 1931 fue ya objeto de regulación en Francia a partir de 1906 con la promulgación de la *Loi du 31 avril 1906 sur la protection des sites et des monuments naturels de caractère artistique*, y más próxima en el tiempo a la elaboración de nuestra Constitución de 1931, con la *Loi del 2 abril 1930 sur la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque*.

³² Tanto las leyes francesas citadas en la nota anterior, como nuestra constitución de 1931, persiguen un bien jurídico acepcionado en parte al que hoy se pretende salvaguardar, cuando se habla de protección jurídica del paisaje. Si bien el artículo 45 de la Constitución republicana no cita expresamente el término paisaje, ni entiende el concepto en toda la amplitud con que hoy se le reconoce, sí protege, aun sin citarla, la parte más significativa de lo que hoy conocemos como paisaje.

³³ *Véase Ripley Sorla*.

³⁴ No obstante, debe tenerse en cuenta que el TC sí aborda el concepto de paisaje al tratar del balance del artículo 45 de la Constitución, como veremos *infra*.

Por otro lado, no se hace referencia a la población en singular sino a las poblaciones en plural como sujetos de la percepción del paisaje. Esto supone primar en las decisiones sobre el paisaje no a toda la población, sino tratarse como un sujeto, sino a la población que esté en contacto directo con el paisaje objeto de valoración siguiendo la conocida línea marcada por el lema fijado por la OMS de "pensar globalmente y actuar localmente".

La Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia, sin embargo, opera por una definición muy semejante a la contenida en la Ley estatal 42/2007: "cualquier parte del territorio tal y como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y de la interacción de factores naturales y humanos". No obstante, presenta la importante diferencia de no admitir paisajes que sean formados sólo por la acción natural o sólo por la acción humana, por cuanto elimina la conjunción disyuntiva "o" y exige cumulativamente la acción y la interacción tanto de factores naturales como de factores humanos.

En la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se define el paisaje como "cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos", conteniendo, por tanto, una reproducción literal del texto del CEP tal y como fue publicado en España.

Lo cierto es que toda esta variada gama de definiciones que nos ofrecen las legislaciones autonómicas resulta en algunos casos ociosa y vana, siendo mera repetición de la contenida en el CEP. Llegando en otros casos más graves a contradecir tanto la definición contenida en el CEP como la contenida en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

Así, cuando en la legislación gallega se dice que el paisaje es "resultado de la acción y de la interacción de factores naturales y humanos" se está restringiendo sin título habilitante para ello, el contenido del concepto paisaje que el CEP amplía a los supuestos de que los factores sean alternativamente naturales o humanos. Debemos recordar en este punto

que el CEP debidamente ratificado y publicado en España, es Derecho vigente y que las CCAA no pueden desconocerlo so pretexto de dictar normas de desarrollo o normas adicionales de protección³⁹.

Por otra parte, tampoco podemos desconocer que conforme a la disposición final segunda de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, la norma estatal "tiene carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución", en consecuencia, las CCAA también encontrarían limitada su competencia por el carácter básico del concepto de paisaje contenido en la norma estatal.

En este punto, debemos atender a lo dispuesto en las Disposiciones finales del Convenio: relaciones con otros instrumentos en que se establece:

"Las disposiciones del presente convenio no afectarán a las disposiciones más estrictas en materia de protección, gestión y ordenación del paisaje contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales vinculantes vigentes en la actualidad o que puedan estarlo en el futuro".

De esta manera, desde el punto de vista del CEP y de la Ley 42/2007, podríamos considerar adecuada, por más extensiva y precisa, la definición contenida en la legislación valenciana, pero no así la contenida en la legislación extremeña, catalana y gallega, que o bien no aporta nada o bien induce a la confusión⁴⁰.

3.2.6. El concepto del paisaje en la jurisprudencia: en especial, la Sentencia 102/1995, de 26 de junio

Si bien nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre diversos aspectos relacionados con el paisaje⁴¹, únicamente se aborda una definición detallada del mismo por el Tribunal Constitucional en la STC 102/1995, de 26 de junio, ha dado una definición de lo que se entiende por paisaje:

³⁹ Vid. STS de 24 de octubre de 1990, STS de 16 de junio de 1993, STS de 16 de mayo de 1995, STS de 24 de octubre de 1995, STS de 12 de diciembre de 1996.

⁴⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, f. 1.º.

⁴¹ Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998.

"Noción estética, cuyos ingredientes son naturales —la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar— y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciada antes como tal por los aristócratas, generalizado hoy como bien colectivo, demarcado, en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente."⁴²

La STC 61/1997, de 20 de marzo, sin entrar a definir el concepto, avala la tesis conviene con la posición mantenida con la anterior al señalar expresamente que "la protección de los valores estéticos del paisaje es también protección del medio ambiente". En términos semejantes lo hace la STC 227/1988 incluyendo también el paisaje dentro del concepto de medio ambiente.

En relación con la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional, apreciamos que difiere sustancialmente de la contenida en el CEP y en la generalidad de las leyes que han tratado sobre el tema. Por ello, cabe hacerse dos preguntas: ¿la doctrina interpretativa de la Constitución emanada del tribunal constitucional condiciona el contenido de las leyes y tratados internacionales que puedan celebrarse posteriormente? Y, en segundo lugar, ¿puede considerarse que el concreto párrafo en el que el tribunal define el paisaje sea subsumible dentro de su función de supremo intérprete de la Constitución o se trata simplemente de un *obiter dicta*?

La respuesta a la primera cuestión es obvia: las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Como consecuencia de ello, si el Tribunal Constitucional hubiera actuado como intérprete de la Constitución en la definición del concepto de paisaje, el CEP debería haber sido sometido en este punto a un control previo de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 78 LOTC, de no haberlo sido, cabría el control de constitucionalidad por el artículo 27.2.c) de la citada norma, del mismo modo que cabría respecto a las restantes normas tanto estatales como autonómicas en las que se aborda la definición del concepto.

⁴² Debe tenerse en cuenta que la Ley 27/2006 incluye la información sobre los paisajes dentro del concepto de información ambiental que se define como "el estado de los elementos del medio ambiente, como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marítimas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente y la interacción entre estos elementos" (artículo 1). Sin embargo, y sorprendentemente, al tratar tanto de la elaboración o modificación de Planes y Programas o de disposiciones de carácter general que necesariamente han de ser sometidas a procesos de participación, no incluye los relativos al paisaje.

Por ello, revise especial relevancia dar respuesta a la segunda cuestión: ¿se trata de una verdadera interpretación de la Constitución o simplemente nos encontramos ante un *obiter dicta*?

Como consecuencia de seis recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla y León y el País Vasco contra la Ley 4/1989 y ocho conflictos de competencia positivos interpuestos con motivo de los Reales Decretos 1095/1989, 1118/1989 y 439/1990, el Tribunal Constitucional entra a estudiar el tema ambiental en profundidad, y para analizar los temas competenciales, se refiere al contenido del medio ambiente dentro del cual incluye los recursos naturales a los que se encuentra "ligado" el paisaje.

En nuestra opinión, de la ubicación sistemática de la definición de paisaje en el fundamento jurídico 6º de la sentencia, del objeto del recurso y de la orientación del tribunal a la delimitación de competencias por encima de otras consideraciones podemos concluir que las reflexiones que se hacen por el alto tribunal no van encaminadas a formular un concepto definitivo de paisaje sino simplemente a unir su destino al resto del régimen jurídico del medio ambiente. Por tanto podemos considerar como un *obiter dicta* la referencia al paisaje, que es realizada a mayor abundamiento del tema principal y sin que tenga, por tanto, un contenido jurídico vinculante como interpretación de la Constitución.

3.2.7. Consideraciones finales sobre el concepto jurídico de paisaje

A la vista de la variada gama de definiciones de paisaje apuntadas podemos aventurarnos a matizar el concepto de paisaje arriba expuesto, incorporándole algunos aspectos que puedan ayudar a su mejor comprensión.

Como punto de partida, podemos afirmar que el concepto que incorpora el CEP resulta acertado en términos generales. Además, no se puede desconocer el contenido de las normas en cuanto contengan definiciones de conceptos que posteriormente condicionarán el alcance de su aplicación.

Si el CEP define el paisaje como cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos, debemos aceptar esta

Jose Luis Durán Sánchez

definición, si bien cabría realizar alguna consideración de *lege ferenda* que permitiera matizar alguno de sus elementos.

La referencia al territorio, si bien cabe entenderla en un sentido amplio, que incluyera el mar territorial, lo cierto es que parece apuntar más bien a las tierras emergidas. Quizá habría sido más oportuno mantener la fórmula utilizada por la Convención de Berna sobre la conservación de la naturaleza y la protección del paisaje de 1982. En ella se define como "la parte perceptible de la tierra". Quizá ésta definición, cambiando la tierra con minúscula por una Tierra con mayúscula, entendida como el planeta que habitamos, habría sido más correcta. En ella se incluiría claramente tanto las tierras emergidas como los mares, comprendería igualmente las formaciones geológicas y cualesquiera otras partes del planeta que en algún momento fueran susceptibles de contemplación por el hombre.

En segundo lugar, el elemento de la participación también entendemos que merece una breve reflexión. Queda un tanto abierto el elemento que señala que el paisaje es cualquier parte del territorio tal y como es percibido por la población. A nuestro juicio, habría que haber concretado un poco más el concepto de esa percepción de la población y haber incluido alguna referencia a la forma en que esa percepción se traduce en algo concreto, incluyendo, por ejemplo, alguna referencia a los mecanismos de participación pública.

En conclusión, y admitiendo lo acertado de la definición contenida en el CER, entendemos que quizá cabría haber concretado el concepto de paisaje haciendo una referencia más detallada a los procesos de participación en materia medioambiental. Concretamente, ha de tenerse en cuenta que tanto el Convenio de Aarhus⁴³, como a nivel español la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (y que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) regula la participación pública en materia de medio ambiente⁴⁴.

⁴³ Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones, y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998.

⁴⁴ Dado que en cuanto que la Ley 27/2006 incluye la información sobre los paisajes dentro del concepto de información ambiental que es definida como "el estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente; la interacción entre estos elementos" (artículo 1). Sin embargo, y sorprendentemente, al tratar tanto de la elaboración o modificación de planes y programas o de disposiciones de carácter general que necesariamente han de ser sometidos a procesos de participación, no incluye las referencias al paisaje.

Jose Luis Durán Sánchez

4. Instrumentos actuales de protección del paisaje en la legislación estatal

Una vez definido el concepto de paisaje como materia sobre la que el Derecho va a proyectar su regulación, pasamos a continuación a ver como se regula esa realidad por el Derecho interno español. En los siguientes apartados veremos como el nuevo concepto de paisaje, con todas las consecuencias que la ampliación de su concepto comportaría para su protección, aún no ha sido debidamente incorporado al Derecho interno español, o al menos, no con toda la generosidad que sería deseable.

Dejando al margen la regulación penal, y centrándonos en los aspectos administrativos, podemos destacar:

4.1. Las denominadas "formas de aplicación directa"

Debemos comenzar por la Ley del Suelo de 1976, cuyo artículo 73 —que posteriormente pasaría a ser el 138 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio—, regulaba desde el punto de vista urbanístico la protección jurídica del paisaje:

Como es sabido, una gran parte de la legislación aludida fue declarada inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, que dejaba vigente su apartado b) que señalaba que:

"En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierras, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo". (Actualmente artículo 10.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo).

Como puede apreciarse, el paisaje es entendido en un sentido muy estricto, limitándose únicamente a la percepción visual, protegiendo no ya los paisajes en sí mismos, sino las perspectivas sobre los mismos, pero que en cualquier caso constituyó el núcleo de lo que se han venido

a denominar “normas de aplicación directa” (Sánchez Goyanes, 1999) y que posteriormente han ido siendo incorporadas por las legislaciones de las CCAA⁴⁵, y que según autorizada doctrina “se debieran considerar de preferente aplicación, exista o no planeamiento municipal aprobado” (Hervas Mas, 2009; p. 71).

También dentro de la normativa vigente en materia de suelo, debe tenerse en cuenta el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y que establece entre sus principios “la eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje” (artículo 2.2.a).

Igualmente se establece dentro de la citada norma un deber para los ciudadanos en relación con el paisaje, al establecer que “todos los ciudadanos tienen el deber de: respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano, absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos por la legislación en la materia” (artículo 5.1.a). Sin embargo, se echa en falta en su regulación un mayor grado de concreción que hubiera posibilitado dar contenido real a las pomposas declaraciones contenidas en su texto.

4.2. El Conjunto Histórico, el Sitio Histórico, el Jardín Histórico y la Zona Arqueológica

En lo que se refiere a la normativa reguladora del Patrimonio Histórico Español, la Ley 16/85, de 25 de junio, si bien no regula el paisaje en sí mismo, sí que protege lugares que podrían entrar dentro de la esfera de protección del paisaje. En este sentido se define el Jardín Histórico como:

“El espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementando con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánico”.

⁴⁵ Así lo han hecho, entre otros, la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla-La Mancha, la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio de Cantabria, la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de Madrid.

La definición de jardín histórico ofrecida por la LPHE puede calificarse como precedente de la contenida en el CEP en cuanto hace referencia a los factores naturales y humanos y a los valores sensoriales. Sin embargo, como apreciamos diverge considerablemente de ella en cuanto se refiere a los valores estéticos del paisaje, a la importancia histórica o botánica, que nos lleva más a una idea de conservación que a la consideración del paisaje como una realidad en transformación como hace el CEP.

Algo semejante sucede con el Conjunto Histórico, definido como:

“La agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado”.

Tal vez el concepto más interesante a los efectos de paisaje venga constituido por el denominado Sitio Histórico que se define como “el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico”.

El Concepto de Sitio Histórico es el que mejor encajaría con el de paisaje, si bien, presenta notables diferencias con el mismo. La principal es que la protección que le otorga la LPHE queda condicionada a que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico, sin los cuales no sería acreedor de tal protección.

De menor interés paisajístico, aunque también relevante es la Zona Arqueológica, catalogada como:

“Lugar o paraje natural donde existan bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extrajidos tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas” (artículo 15).