

La juridificación del paisaje o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien
jurídico objetivable

Fernando CANALES PINACHO

Abogado

M.^a Pilar OCHOA GÓMEZ

Abogado

Diario La Ley, Nº 7183, Sección Doctrina, 27 May. 2009, Año XXX, Ref. D-192, Editorial LA LEY
LA LEY 11787/2009

El artículo «La juridificación del paisaje, o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien jurídico objetivable» aborda los retos de Derecho interno planteados como consecuencia de la ratificación del Convenio Europeo del Paisaje, dado en Florencia el 20 de octubre de 2000, haciendo especial hincapié en los problemas de instrumentación jurídica que suscita la integración del paisaje en cualesquiera políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto en él y, por otro lado, la necesidad de concretar y objetivar ese valor, arquetipo de concepto jurídico indeterminado, a través de fórmulas cuantitativas y objetivables que permitan estrechar el amplio margen de discrecionalidad que envuelve su definición

Normativa comentada

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El instrumento de ratificación firmado el pasado 6 de noviembre de 2007 (*BOE* 5 de febrero de 2008) da entrada en el Derecho interno a la norma más ambiciosa en materia de protección, ordenación y gestión de la riqueza paisajística a nivel europeo: el Convenio Europeo del Paisaje, dado en Florencia el 20 de octubre de 2000 por dieciocho Estados miembros del Consejo de Europa.

Se sitúa así nuestro legislador estatal en la vanguardia sobre el paisaje, haciéndose eco de la creciente sensibilidad social por la necesidad de preservar este recurso, elemento fundamental de la calidad de vida de los ciudadanos, a la vez que progresa en la aplicación de las directrices reguladoras que derivan del llamado bloque de la Constitución Ambiental (1) .

Visto el nivel de los compromisos asumidos por los signatarios del convenio es poco probable que su articulado vaya a provocar un fenómeno de catarsis inmediata en nuestro ordenamiento jurídico y mucho menos que los efectos prácticos de su aplicación vayan a hacerse visibles a corto plazo. Ahora bien, no por ciertas estas consideraciones cabe dejar de valorar positivamente las novedades, también indudables, que el Convenio importa a nuestro Derecho. A saber:

- a) Formulación expansiva del concepto del paisaje.

Las premisas de las que parte el Convenio Europeo dan cuenta de un nuevo enfoque dogmático en el que el paisaje deja de contemplarse como mero fondo escénico en el que se desarrolla la actividad humana. A partir de ahora el paisaje se afirma como un bien jurídico *per se* digno de tutela, en torno al cual se aglutinan valores tangibles e intangibles, objetivos y subjetivos, naturales y culturales, indisociables de la calidad de vida (2) .

Y, todo ello situando la dimensión temporal del paisaje en el frontispicio de las acciones que se establezcan para preservar e integrar los valores que confluyen en él. Es decir, que las medidas encaminadas a su ordenación y gestión tratarán de guiar, dirigir o influir en su evolución y los cambios que en él acontecen, de forma que sean compatibles con su utilización cotidiana, con la creatividad y con la mejora de sus condiciones, y no de reconstruir o recrear el paisaje de tiempos pasados, o de congelar su imagen actual (3) .

b) Amplificación del radio de acción de las disposiciones normativas sobre el paisaje.

La nueva dimensión del paisaje arrastra, a la vez, una recomposición de las políticas legislativas en dos órdenes de niveles:

— Primero, en cuanto apuesta por sustituir las fórmulas indirectas y siempre fragmentarias de protección a las que estábamos acostumbrados (4) , por la aprobación de normas que integren el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre él [art. 5 d) Convenio Europeo (LA LEY 11981/2000)], y

— Segundo, en la medida en que promueve el ensanchamiento del campo de aplicación de las medidas legislativas que se adopten de tal manera que no se trata, o no únicamente, de proteger aquellos espacios que puedan considerarse excepcionales sino de llegar también a los paisajes cotidianos o degradados en las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas, las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores.

c) Diversificación de los objetivos de la legislación paisajística.

Se pide a los distintos legisladores que salten las barreras de la mera protección y exploren el espacio, todavía embrionario, de las acciones de gestión y ordenación.

Justo es reconocer que los nuevos planteamientos no ensalzan el paisaje como un valor absoluto ante el que sucumban cualesquiera otros intereses o valores implicados por la acción o línea política que se trate de aplicar en cada caso. Se amplían desde luego las posibilidades de intervención de los poderes públicos en lo que a la riqueza paisajística se refiere pero no a costa de otros intereses, igualmente dignos de protección, y sí en cambio como una variable añadida —y no menor— en la ecuación que debe resolver cualquier toma de decisión susceptible de causar un impacto sobre el paisaje.

d) Empoderamiento de la participación pública.

Consecuencia natural de que en la definición misma de paisaje tenga un peso específico la percepción que los habitantes tengan de su entorno es la búsqueda de procedimientos para la difusión, acceso y puesta a disposición del público de la información sobre el paisaje, o de mecanismos que hagan de los ciudadanos, las asociaciones, las entidades locales y, en general,

cualesquiera otros agentes involucrados en la protección, conservación y uso sostenible del paisaje participen activos en la toma de decisiones que afecten a los paisajes que les conciernen.

Con esta carta de presentación el Convenio suscrito en Florencia no podrá recordarse como el instrumento que consagra un derecho subjetivo al paisaje (5) —ni es tampoco esa su aspiración—, pero sí como un punto de inflexión en el camino de preservación y afirmación de este recurso como elemento esencial en el contenido de cualquier acción con virtualidad para transformarlo.

Ello no obstante, en la era de legislación desenfrenada que nos toca vivir, la entrada en vigor del Convenio Europeo sobre el Paisaje lejos de causar estado en la preservación del patrimonio paisajístico coloca al poder legislativo en primer término y por efecto reflejo también a los operadores jurídicos a los pies de los caballos. En efecto. Ni el texto del Convenio ni la serie de productos legislativos que, inspirados en él, han hecho acto de presencia en nuestro sistema jurídico, constituyen el punto de llegada sino, al contrario, el punto de salida de un horizonte todavía lejano en el que habrá que ir escalando posiciones y superando obstáculos si no se quiere caer en el medio plazo en el campo de lo políticamente correcto pero técnica y científicamente ineficaz.

Podrá no ser discutible que el paisaje recibe a través del Convenio de 2000 un notable impulso como expresión de la biodiversidad de un territorio, legado de su historia y recurso para su desarrollo económico. Y sin embargo, es igualmente cierto que su entrada en vigor llama a tomar una serie de decisiones urgentes —que no improvisadas— si se quiere evitar que ante límites casi inexistentes, la brecha abierta con el texto al que se viene haciendo alusión lleve al vacío de la retórica grandilocuente, en el mejor de los casos, y en el peor de los escenarios posibles a un terreno dominado por la arbitrariedad y el más puro subjetivismo.

Ello supuesto, ¿cuáles son los retos a los que nos estamos refiriendo?

Uno primero y más acuciante cual es el de decidir cómo se va a instrumentar el compromiso asumido de integrar el paisaje en cualesquiera políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre él [art. 5 d) Convenio Europeo (LA LEY 11981/2000)]. En otros términos, si el paisaje va a significarse como una parcela normativa autofundante y autointegrado que impregne el resto de legislaciones sectoriales vinculadas con lo que sería una nueva rama en un ya de por sí abigarrado ordenamiento jurídico o si, en cambio, su protección va a quedar absorbida por cuerpos normativos ya desarrollados.

Superado este primer interrogante, habremos resuelto sólo una primera parte del problema. Tocaré entonces aprehender el paisaje, arquetipo de concepto jurídico indeterminado, en un conjunto de valores objetivos y cuantitativos que permitan estrechar, dentro de los límites de la realidad (6) , los márgenes de discrecionalidad en el manejo de este valor complejo, el hoy todavía demasiado extenso halo de incertidumbre que caracteriza su definición.

Se trataría, en expresión de Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, de evitar la subjetivización de lo estético (7) , normativizando y concretando el concepto de forma y manera que se atienda a su protección eficaz con la debida seguridad jurídica frente al administrado.

No es esta una labor sencilla pero las posiciones consolidadas en la delicada cuestión de la seguridad jurídica y de control de la actuación de los poderes públicos bien merecen el esfuerzo de intentarla. Y justamente esto es lo que en estas páginas nos proponemos, con la sana intención de que las conclusiones que se obtengan valgan, no de directrices de actuación que el poder legiferante deba seguir como ciego imitador, y sí como acicate del debate sereno acerca del rumbo hacia el que apunta la protección de la riqueza paisajística así como de las posibles soluciones para corregir disfuncionalidades que, desbordando los estrictos límites de este ámbito material,

constituyen una amenaza en general al conjunto del ordenamiento jurídico.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL PAISAJE

1. Definición del paisaje como concepto jurídico

La primera y más elemental necesidad del operador jurídico al enfrentarse con un concepto jurídico, bien sea para su defensa legislativa o en ejecución de determinada opción política o normativa, bien sea en la defensa del administrado frente a injerencias ilegítimas o inacciones reprochables a los poderes públicos, es la de contar con una definición precisa del concepto que está en su punto de mira. Afirmación del todo evidente que se hace incluso más perentoria en el caso, como acontece en materia de paisaje, de un bien jurídico con un perfil de contornos difusos.

Ello no obstante, los primeros pasos de la introducción de nuevos conceptos jurídicos en nuestro ordenamiento la inquietud del legislador tiende a concentrarse en promover la tutela de un bien jurídico hasta entonces ignoto para el derecho o con regulación débil pero olvida con mayor frecuencia de la que sería deseable establecer los límites de aquello que va de ser objeto de protección. Sirva como ejemplo de esta tónica legislativa, el caso relativamente moderno de la recuperación de los suelos contaminados. La L 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (arts. 27 (LA LEY 1609/1998) y 28 (LA LEY 1609/1998)) se aprovechó por el legislador para afirmar esa obligación de recuperación pero ni definió ni estableció el procedimiento para declarar un suelo como contaminado, extremo éste último que queda remitido a las Comunidades Autónomas. Pues bien, han tenido que transcurrir casi ocho años para que el legislador estatal y las Comunidades Autónomas más diligentes se hayan decidido a concretar el concepto, los parámetros y el procedimiento para la declaración de los suelos contaminados (8) .

En la misma línea, también en materia paisajística se hace presente este proceder legislativo.

Hasta ahora el tratamiento dispensado por el legislador al bien jurídico paisaje se ha limitado bien a su protección sectorial, pero sin aportar la definición de lo que se entiende por tal (9) , o bien a promulgar normas de aplicación con incidencia sobre el paisaje pero sin llegar a utilizar tan siquiera ese término (como por ejemplo la norma de aplicación directa del art. 10.2 RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (LA LEY 8457/2008)).

En este contexto, muy elogiable es por ello que el Convenio Europeo del Paisaje haya determinado el significado jurídico del concepto, refiriéndose en su art. 1 a) al paisaje como «cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos».

Con anterioridad a la ratificación del tratado por el legislador estatal, esta definición tenía ya su calco semántico en el Derecho interno en el art. 3.26 L 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (LA LEY 12398/2007) (10) , norma que aunque introduce el concepto no desarrolla la protección paisajística, y, sobre todo, a nivel autonómico, en el territorio de las Comunidades Valenciana y Catalana, prontas a la hora de incorporar a su ordenamiento una regulación de protección integral del paisaje (11) .

Con todo, la lectura atenta de la Ley valenciana reclama, sin embargo, la corrección matizada de esa conclusión porque, aún siendo evidente que el parlamento autonómico mantiene el esquema del Convenio de Florencia, matiza y/o amplía el concepto de paisaje del Convenio. Así, en el punto segundo del art. 3 Decreto Valenciano 120/2006 (LA LEY 8321/2006) indica:

«En consecuencia la concepción del paisaje debe integrar las siguientes dimensiones:

- a) Perceptiva, considerando no sólo la percepción visual, sino la del conjunto de los sentidos.

- b) Natural, considerando que factores tales como suelo, agua, vegetación, fauna, aire, en todas sus manifestaciones, estado y valor son constitutivos del paisaje.
- c) Humana, considerando que el hombre, sus relaciones sociales, su actividad económica, su acervo cultural son parte constitutiva y causa de nuestros paisajes.
- d) Temporal, entendiendo que las dimensiones perceptiva, natural y humana no tienen carácter estático, sino que evolucionan a corto, medio y largo plazo.»

Tal estratificación del concepto por parte del legislador valenciano nos sirve para abordar el análisis del concepto en sus múltiples dimensiones, añadiendo algunas características a lo ya indicado en la norma.

A) El paisaje incluye elementos naturales y/o humanos y sus interrelaciones. El paisaje como concepto global

Desde una primera visión simplista del paisaje, vinculado siempre a la defensa del medio ambiente y autolimitado a la observación y disfrute de sus valores naturales, el concepto introducido por el Convenio incluye también los valores que derivan de la acción antrópica.

Tradicionalmente, y como ya hemos comentado, ambos valores habrían encontrado su defensa en la normativa sectorial, tanto respecto al medio ambiente con la normativa de defensa de especies animales o vegetales, hábitats protegidos, etc., como, en lo que respecta a la acción humana, en la normativa de patrimonio cultural o, de forma más amplia con normas urbanísticas de aplicación directa o las ordenanzas edificatorias de los diversos planes.

Frente a esta protección sectorial y parcial, el Convenio aborda el paisaje como un concepto global, entendido en dos sentidos:

- i) En tanto en cuanto no se limita a la protección de una determinada parte o valor, ambiental-natural o humano, como en el caso de la protección sectorial, sino que entiende el paisaje como un «todo integrado» de valores ambientales y humanos, y sus interrelaciones (12) .

Es decir, no se protegen elementos estancos, sino el equilibrio e interacción de la totalidad de los factores implicados en la formación de cada determinado paisaje.

Forma expresiva de ordenar tal relación entre el todo y los distintos factores que cohabitan en el mismo, la definición que el Decreto valenciano 120/2006 hace de las Unidades del Paisaje como «área geográfica con una configuración estructural, funcional o perceptivamente diferenciada, única y singular, que ha ido adquiriendo los caracteres que la definen tras un largo período de tiempo» (13) , esto es, el todo, y Recursos Paisajísticos, como los «elementos lineales o puntuales singulares de un paisaje o grupo de éstos que definen su individualidad y que tienen valor visual, ecológico, cultural y/o histórico», esto es, cada una de las partes o elementos que componen el todo (14) y (15) .

- ii) También global, en tanto en cuanto el Convenio de Florencia no se para en la defensa de aquellos paisajes espectaculares o extraordinarios —que en gran medida vienen siendo protegidos sectorialmente por sus valores extraordinarios naturales o como patrimonio— sino que extiende la protección de paisaje a los paisajes cotidianos o incluso degradados (16) .

Se trata, en suma, de incluir la protección paisajística en la totalidad de las actuaciones puedan tener incidencia sobre el territorio y su percepción por la población.

Extensión de la protección ésta que se interrelaciona íntimamente con dos conceptos cuya explicación más detallada abordamos posteriormente en el presente trabajo: i) con el carácter dinámico (principalmente en cuanto a la gestión y desarrollo de los paisajes ordinarios o recuperación de los degradados) o estático del paisaje (en cuanto a los paisajes extraordinarios sobre los que excepcionalmente pueda pretenderse una protección que los «congele en el tiempo» preservándolos en su totalidad), y ii) con las diversas tipologías de actuaciones con que las Administraciones pueden incidir sobre el paisaje: protección (de forma simplista, diríamos que sobre el paisaje más excepcional), gestión (para armonizar las actuaciones del paisaje más ordinario y común) y ordenación (para mejorar o regenerar los paisajes deteriorados).

Finalmente el Convenio aboga por proyectar su manto protector a la totalidad del territorio, incluyendo expresamente «las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas e incluso, las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores».

B) El paisaje en su dimensión temporal. Visión estática y dinámica del paisaje

Después de que los primeros estadios de consolidación de la sensibilidad y protección paisajística se limitaran a la defensa estática de una determinada vista o paisaje, pretendiendo centrar su defensa en su estado en un momento determinado, esto es, evitando su modificación o evolución (y ello, como ya nos consta, con relación a los paisajes de extraordinario o excepcional valor), en la actualidad las dinámicas de trabajo apuestan por concepciones dinámicas más acordes con la esencia misma del paisaje.

Evidentemente, *el paisaje necesariamente es algo vivo, dinámico, sujeto a continuas variaciones y cambios, tanto por modificaciones naturales como, principalmente a corto plazo, por la acción colonizadora del hombre; afirmación que resulta más patente si cabe ante el paisaje cotidiano.*

Se convierte así el concepto paisaje en una suerte, si se nos permite la expresión, de «Ordenación del Territorio Estética», en tanto en cuanto constituye una visión global y estética de todos los elementos —o, parafraseando al legislador valenciano, recursos paisajísticos— existentes sobre una porción de terreno, incluyendo su interrelación con vocación de ordenar o gestionar su continuo cambio y evolución.

Consiste, al fin y a la postre, dentro de las posibilidades de cada actuación, de incluir un criterio integrador y estético en todas las actuaciones con incidencia territorial, y por tanto, repercusión visual en el observador. Informar, global y estéticamente, de todos los cambios a que sometemos al territorio, incluyendo dentro de tal control la protección de todos los recursos paisajísticos involucrados.

Nuevamente, tal concepción dinámica del paisaje —o estática para aquel cuya protección pretenda mantenerlo inalterado de forma excepcional— se conecta con las tipologías de actuaciones con que las Administraciones pueden incidir sobre el paisaje de protección, gestión y ordenación.

C) La dimensión perceptiva del paisaje

Inherente al propio concepto y a su carácter estético, es que el paisaje ha de ser perceptible por los sentidos, principalmente por la vista [recuérdese que paisaje es *cualquier parte del territorio tal y como lo percibe la población...* (17)].

De hecho, la propia percepción puede servir para acotar el objeto de protección o gestión a que sirve la normativa, esto es, la propia unidad de percepción es el paisaje concreto que sirve de objeto a la normativa.

A modo de ejemplo explicativo, tomemos el concepto de *Cuenca Visual* a que se refieren los trabajos preparativos de la normativa de protección paisajística en el País Vasco, y que el Anteproyecto de Catálogo Abierto de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la CAPV (2005) define como:

«(...) cada una de las zonas visualmente auto contenidas desde diferentes puntos de observación que pueden ser abarcadas unilateralmente por el observador» (18) .

La cuenca visual conforma así el ámbito espacial de protección, gestión u ordenación, esto es, el objeto de la acción a realizar o estudiar, sobre el que se verifican los distintos efectos que la modificación de cada recurso paisajístico o cada actuación individual tienen sobre el todo o unidad de paisaje (19) .

Es más, la percepción visual, a partir de la combinación de los factores de que se integra (calidad, extensión, accesibilidad y demás condiciones caracterizadoras) funcionará también de parámetro indicador del valor intrínseco de una determinada unidad de paisaje (20) , o como canon de medida del impacto de las acciones proyectadas sobre un determinado entorno a través de técnicas de simulación visual (21) .

Finalmente únicamente reiterar que la perceptibilidad del paisaje no culmina con su aspecto visual. Tal y como recoge la propia normativa, «incluye el conjunto de los sentidos» (22) .

D) La percepción subjetiva del paisaje por la población

El paisaje no es únicamente el sumatorio de interacción objetiva y material de los elementos que lo conforman en sus distintas dimensiones. Incluye también la percepción y valoración, estética y subjetiva, del propio observador individual y de la colectividad (23) .

Tal condición estético-subjetiva del paisaje ya ha sido declarada incluso por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, sobre la Ley de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre:

«Así, el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres "reinos" clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura.»

Curiosamente uno de los aspectos más cualificantes del paisaje como bien jurídico tutelable es su componente subjetivo, la valoración que las poblaciones e individuos hacen del propio paisaje, y que constituye, a la vez la mayor dificultad a la hora de asegurar su propia protección, y conectarla, en el debido equilibrio con el principio de seguridad jurídica de los administrados y el propio principio de legalidad en el actuar administrativo. Y ello en la medida en que introduce la más importante fuente de subjetivismo en el concepto jurídico indeterminado que es el paisaje (24) .

Respecto de la conceptualización del paisaje como concepto jurídico indeterminado y el riesgo derivado para su control precisamente por su aspecto subjetivo de apreciación, destacar por su claridad la manifestación del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2000, cuando establece que:

«El artículo 138 b) citado, protege fundamentalmente las perspectivas, los campos visuales de contemplación de las bellezas naturales o históricamente monumentales, la no rotura de la armonía del paisaje o la desfiguración de las perspectivas propias del mismo, que encierran conceptos jurídicos indeterminados, pero de indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un porcentaje de discrecionalidad, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa

(SSTS de 31 diciembre de 1988, 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1996).»

La concreción del concepto, su objetivación y consecuencias, a nuestro juicio positivas, que ello pueda tener para la defensa del paisaje, se abordan en el epígrafe III del presente trabajo.

2. Políticas y líneas de trabajo en un sistema de tutela integral y adaptable a los cambios sociales y a sus necesidades

A) Nota introductoria

El retrato del Derecho Público en vigor en España es reflejo de tres ideas fuerza, políticas en origen aunque rápidamente trasladadas al plano de los textos positivos:

- la consagración del Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho;
- la opción constitucional por un concreto modelo de Estado complejo;
- la relación del Estado español con la Unión Europea.

Pues bien, la reglamentación del paisaje por el Derecho Administrativo (25) no constituye una excepción al resto de ramas vinculadas con este sector del ordenamiento. Muy al contrario. La interacción entre la cláusula del Estado social de Derecho, la fórmula descentralizadora perfilada en la Constitución y la integración de España en la Comunidad Europea dan la medida del actual canon de tutela de la materia paisajística.

a) Influencia del componente social en el modelo de Estado establecido *ex constitutione* sobre el sistema normativo

La nota social del modelo de Estado consagrado *ex constitutione* impone a todos los poderes públicos un mandato expreso de configuración de la sociedad para hacer realidad «la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos sociales en que se integra», art. 9.2 Constitución Española (LA LEY 2500/1978) (CE). En terminología jurídica, «la imposición a todos los poderes públicos de un deber de actuar positivamente sobre la sociedad, en una línea de igualación progresiva de todas las clases sociales y de mejora de sus condiciones de vida» (26) .

En su calidad de directriz básica del ordenamiento constitucional, la eficacia de la cláusula de Estado Social presiona la actuación de la Administración Pública en los planos de creación y aplicación de las normas jurídicas pero además, yendo un paso más allá, exige que su activismo en la persecución de los objetivos de libertad real e igualdad efectiva se desarrolle con arreglo al principio de eficacia (art. 103 CE (LA LEY 2500/1978)) (27) .

La Administración no dispone de un poder normativo libre o incondicionado para incidir sobre la realidad social y económica: «debe ejercerlo en el sentido de la cláusula de Estado Social, y precisamente para la consecución de los objetivos sociales específicamente definidos en el texto constitucional». *A sensu contrario*, vulneran el texto constitucional las «normas que regulen una concreta materia de forma abiertamente contradictoria con los artículos 39 a 52 CE o bien con sujeción a directrices que se aparten notoria e injustificadamente de los objetivos de libertad real e igualdad efectiva que proclama su artículo 9.2» (28) .

Además, en el orden aplicativo del Derecho, la cláusula de Estado Social exige que la Administración, como al resto de poderes públicos —incluido, por tanto, el judicial—, interprete y aplique el ordenamiento jurídico de la manera más eficaz a los objetivos propugnados en el art. 9.2 CE (LA LEY 2500/1978) —SSTC 19/1982 (LA LEY 13501-JF/0000) y 42/1982 (LA LEY 223/1982)— porque «el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos» —STC 119/2001 (LA LEY 3644/2001)—.

No basta, sin embargo, con que la Administración actúe. Las manifestaciones del modelo social de Estado implantado por el constituyente dan un paso más y reclaman, asimismo, que las acciones que la Administración

empresa sean efectivas «(...) la eficacia se ha constitucionalizado definitivamente como principio jurídico de la organización administrativa» (29) con proyección bidimensional: *ad intra*, el principio de eficacia opera como pauta determinante de organización y actuación de cada una de las Administraciones Públicas y, a la vez, del entero entramado de servicios públicos al que da lugar la fórmula de Estado descentralizado improvisada por la CE (30) ; *ad extra*, exige que la intervención de lo público en la realidad social sea resolutive de la problemática en la que incide —eficaz— e incluso adecuada —actuación eficiente— en la consecución de ese resultado (31) .

Partiendo de esta base, el art. 45 CE (LA LEY 2500/1978) no puede ser entendido como una norma programática que se contente con exigir al Estado medidas conservadoras o de reparación de los valores paisajísticos que hayan sido destruidos. El Estado tiene que vigilar y defender, tiene que controlar y tiene que estar presente frente a los ataques que se produzcan. Pero no es suficiente. Si, según ha declarado el Tribunal Constitucional, las riquezas paisajísticas conforman, junto con los bienes culturales, el patrimonio histórico artístico y los valores mudables de la naturaleza, las bases del concepto de medio ambiente plasmada en el art. 45 CE y su llamada al desarrollo sostenible, el mandato que ese precepto enuncia reclama líneas de actuación ambiciosas, políticas de intervención que pongan en pie toda una estructura de protección, gestión y ordenación del paisaje haciendo compatible progreso, calidad de vida y utilización racional de los recursos y, a la vez, enfatice la importancia de la riqueza paisajística para poder disfrutar con plenitud de los derechos fundamentales (32) .

Según esto el compromiso de España con el objetivo de sostenibilidad asentado en el Convenio Europeo sobre el Paisaje del año 2000 y los deberes que arrastra para los Estados signatarios se revela no —o no sólo— compatible con los postulados sociales del Estado de Derecho consagrados en el Texto Constitucional de 1978, sino forzoso a la luz del estándar prestacional que aquéllos imponen a nuestros poderes públicos. De ahí que la transposición del articulado de convenio y de las vías de actuación que promueve en nuestro ordenamiento haya podido realizarse sin fingidas imposturas o previa modificación del marco normativo.

Cuestión distinta será, empero, la de formalizar las nuevas posibilidades de intervención para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

b) Efecto centrífugo de la posibilidad descentralizada dispuesta ex Constitución Española de 1978 sobre los límites del ordenamiento jurídico

En lo que aquí interesa, la paulatina penetración del tipo de Estado compuesto diseñado desde el Texto Constituyente aprobado en 1978 ha cristalizado en un escenario complejo en el que va a resultar imposible imputar a un único poder jurídico la responsabilidad de cumplir con los compromisos de defensa integral del paisaje que derivan del Convenio Europeo de 2000.

El hecho de que nuestra Constitución no señale esta materia como competencia propia de las Comunidades Autónomas o del Estado, unido a la proximidad del paisaje con materias de ordenación situadas bajo la esfera competencial de unas y otro, explica:

— Que en nuestro derecho el paisaje no disponga de un centro de producción normativa unitario.

Muy al contrario, las estrategias de actuación pueden rastrearse en normas de procedencia estatal, pero también en otras que han sido aprobadas por los parlamentos autonómicos, en función de cuál haya sido el título competencial invocado para legitimar su producción.

— Que los cuerpos de normas dictados para su tutela se caractericen por su heterogénea densidad reguladora (bases, normas de desarrollo, disposiciones de aplicación plena).

Ello explica la convivencia en nuestro derecho de normas que específicamente hacen referencia a la

protección del paisaje [o de aplicación horizontal, en palabras de Antonio FABEIRO MOSQUERA (33)], junto a otras de carácter sectorial que en alguno de sus preceptos atienden a las exigencias derivadas de la protección de este bien jurídico y, dentro de este segundo grupo, «las que incluyen incidentalmente mecanismos de protección del paisaje que atenúan los posibles efectos adversos de las actividades reguladas» (34) , y otras «que contemplan la protección paisajística como una de sus finalidades» (35) .

— Que, en el caso de España adquiere todo su vigor la preocupación del Convenio Europeo del Paisaje por organizar y consolidar un sistema eficaz de cooperación que evite la aparición de parcelas inconexas y cotos privados de poder como consecuencia de la fragmentación de las competencias en materia paisajística (36) .

c) La garantía de pertenencia del Estado español a la Unión Europea

Declarada la aspiración de la Unión Europea para abordar una política comunitaria en materia medioambiental (art. 3), el art. 6 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada tras el Tratado de Ámsterdam) advierte:

«Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.»

La fuerza de este artículo resulta arrolladora. La unión tiene numerosas políticas: agrícola, industrial, de transportes, etc., pues bien, es en estas políticas, en todas y cada una de ellas, donde hay que integrar las exigencias propias de la defensa del medio ambiente.

Una muestra más de la sensibilidad de la Unión Europea por los temas medioambientales nos lleva a la parte tercera del Tratado Constitutivo, relativo a las políticas comunitarias. En concreto, el art. 174 expresa:

«1. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente
- la protección de la salud de las personas;
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales;
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.»

Con este marco, *la presencia del Derecho comunitario actúa de cláusula de garantía ante cualquier tentación que pudiera asaltar a los poderes públicos internos por menospreciar o descuidar la protección del acervo paisajístico, en su vertiente de utilización racional e índice de calidad de vida de los ciudadanos.* En último término su condición de miembro plenipotenciario de las Comunidades Europeas asegura la posición de vanguardia del derecho español en materia de protección del paisaje, al menos a nivel regional —lo que a día de hoy es tanto como decir en los foros mundiales—.

Por efecto de los principios que rigen las relaciones del derecho nacional con el ordenamiento comunitario, lo quiera o no el legislador interno, más pronto o más tarde, los avances normativos que sobre la defensa del paisaje se produzcan en el seno de las comunidades, así como su aplicación práctica por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, acabarán teniendo su incidencia en el sistema jurídico interno.

B) Descripción de las líneas de trabajo en el campo del paisaje

a) El Convenio Europeo del Paisaje (Florencia 2000)

El recorrido histórico de las disposiciones iuspublicistas sobre el paisaje descubre que hasta ahora y salvo honrosas excepciones (37) su tutela se ha confiado a acciones limitadas, por su objeto, a la conservación y/o recuperación, y, por su ámbito de aplicación, a los entornos paisajísticos cualificados por atesorar valores excepcionales o extraordinarios.

Fuera del radio de acción de los poderes públicos quedaban así la posibilidad de influir en paisajes cotidianos o comunes en todo caso e incluso, respecto de aquellos que eran dignos atención debido a su valor singular, la de implantar políticas distintas o más globales que las propias de policía o protección *stricto sensu*.

El salto cualitativo que sobre este estado de cosas produce el Convenio Europeo del Paisaje va a ser, por tanto, enorme.

En efecto. Una vez que el debate social ha instaurado en un lugar de privilegio la evolución de la magnitud del paisaje como elemento basal del patrimonio natural y cultural, el Convenio toma nota de la necesidad de imponer un cambio de paradigma a nivel internacional para preservar adecuada y eficazmente los contornos de ese bien jurídico.

Con estas premisas, el objetivo primordial del Convenio se centra en la implantación de la protección integral del paisaje como política fundamental de los poderes públicos que no se limite, como hasta ahora, a los paisajes considerados de especial valor o a su tutela indirecta a través de otros instrumentos ambientales sino que establezca instrumentos y medios necesarios para acometer de forma directa e integrada una política desagregada en acciones de protección, gestión y ordenación, según el alcance pre-establecido en el convenio para cada tipo de actuación (38). Esto explica que el convenio extienda su ámbito de aplicación «a todo el territorio de las Partes y abarcará las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas. Comprenderá asimismo las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que puedan considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados»; art. 2 del Convenio (LA LEY 11981/2000).

Descendiendo al terreno de ejecución de su enunciado propositivo, exige a las partes signatarias las siguientes medidas generales (art. 5 (LA LEY 11981/2000)):

- reconocer jurídicamente los paisajes como elemento fundamental del entorno humano, expresión de la diversidad de su patrimonio común cultural y natural y como fundamento de su identidad;
- definir y aplicar en materia de paisajes políticas destinadas a la protección, gestión y ordenación del paisaje mediante la adopción de las medidas específicas contempladas en el artículo 6;
- establecer procedimientos para la participación pública, así como para participación de las autoridades locales y regionales y otras partes interesadas en la formulación y aplicación de las políticas en materia de paisaje mencionadas *ex ante*;
- integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras

políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.

Además, con carácter específico, los estados compromisarios asumen la obligación de promover:

- Medidas de sensibilización de la sociedad civil, las organizaciones privadas y las autoridades públicas respecto del valor de los paisajes, su papel y su transformación.
- Medidas de formación y educación para especialistas, profesionales y, en general, toda la ciudadanía a través del sistema de enseñanza.
- El establecimiento de instrumentos de intervención destinados a la protección, gestión y/u ordenación del paisaje.

Además, consciente de que el éxito de su regulación no puede fiarse a la sola voluntad de los Estados compromisarios para llevar aquélla a sus últimas consecuencias, el propio texto del convenio arbitra las fórmulas que permitirán cumplir sus objetivos.

En este sentido, introduce por un lado los principios metodológicos que deben regir la aplicación de la política paisajística de cada una de las autoridades competentes en el orden interno de cada Estado y, por otro, instituye una fórmula orgánica de control de los progresos que se vayan dando en consecución de los objetivos del tratado.

En orden a concretar metodologías relativas al paisaje, casi en clave pedagógica, hay que recalcar el deber de las partes de elaborar una suerte de «mapas de paisajes» en los que quedarán identificados y catalogados los paisajes existentes en todo el territorio, haciendo constar sus características, las presiones a las que están sometidos y los valores que se les atribuyan, para así poder definir con relación a cada uno de ellos unos objetivos de calidad paisajística —art. 1 c) (LA LEY 11981/2000)— «previa consulta al público» —art. 6 d) (LA LEY 11981/2000)—.

Además, para que esos objetivos de calidad paisajística se puedan lograr, «cada Parte se compromete a establecer instrumentos de intervención destinados a la protección, gestión y/u ordenación del paisaje» —art. 6 e) (LA LEY 11981/2000)— que se integrarán «en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje» —art. 5 d) (LA LEY 11981/2000)—.

Por último, en cuanto a las medidas de seguimiento, el tratado no se aparta de las fórmulas clásicas de control a través de comités de expertos competentes. Así, la función de vigilancia y control se encomienda a los Comités permanentes ya existentes en virtud del art. 17 Estatuto del Consejo de Europa y al Comité de Ministros del Consejo de Europa (LA LEY 8/1949), encargado de nombrarlos.

b) En el plano del Derecho interno

Parece claro que con la ratificación dada en 2007 del Convenio de Florencia sobre el paisaje (aunque no sólo por ello) cae en el deber del legislador estatal la responsabilidad de proveer al Derecho interno de los pertinentes instrumentos para la protección, la gestión y la ordenación del paisaje. Ahora bien, esta responsabilidad del poder central es sólo en la medida de sus posibilidades o, en otros términos, a la vista de las competencias que puede desarrollar en materia de paisaje sin invadir competencias propias de las Comunidades Autónomas.

En el caso de España, la consecuencia directa del sistema de doble lista —y cláusula de cierre del art. 149.1.3.º CE (LA LEY 2500/1978)— implantado por el constituyente de 1978 a la ahora de ahormar el modelo de Estado querido por él es la distribución de las obligaciones que derivan del Convenio Europeo sobre el Paisaje entre dos centros de decisión normativa —Estado y Comunidades Autónomas—, según cuál sea el título competencial puesto en juego para cumplir aquéllas.

Ello supuesto no hay duda de que el art. 149.1.1.^a y 8.^a e, incluso, de manera indirecta, el art. 148.1.13.^a CE (LA LEY 2500/1978) legitiman las medidas legislativas que sobre el paisaje pueda aprobar el parlamento estatal dentro de los límites de lo hacedero por cada una de esas reglas competenciales. De la misma manera, la tan manida competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, así como su poder legiferante para desarrollar las bases estatales en materia medioambiental, habilitan un notable margen de actuación a la Administración autonómica en este ámbito sustantivo y, la vez, su corresponsabilidad con las instancias estatales para llevar el convenio europeo a cumplido efecto.

Hechas estas consideraciones, ¿cuál es el trayecto que cada una de estas dos instancias debe todavía recorrer para alcanzar el parámetro de control del Convenio de 2000?

En torno a este interrogante, las posiciones no son homogéneas; *item* más, dentro de la instancia autonómica la situación de unas Comunidades respecto de otras es muy dispar.

En la legislación nacional, la protección dispensada al paisaje resulta «dispersa e insuficiente» (39) . A diferencia de lo que ocurre en otros Estados próximos (Francia, Gran Bretaña, por citar un ejemplo), en nuestro caso las cortes generales no han puesto en juego ninguna experiencia específicamente referida a la protección integral del paisaje. La trayectoria de su labor de producción normativa se significa porque «el paisaje como tal, pero básicamente el más espectacular por sus características naturales o culturales-históricas, sí que ha merecido la atención de nuestro legislador, aunque para ello nunca haya tenido herramientas verdaderamente imperativas que hayan permitido en última instancia la sanción ante el incumplimiento» (40) .

Basta volver la mirada sobre el conjunto de disposiciones en las que el paisaje se cita como valor de referencia de la regulación sustantiva que constituye su objeto para comprobar que ello es así porque, o bien no se incorpora realmente la protección de esa variable más allá de su consideración en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental (41) o, incluso en los supuestos en los que su integración está más avanzada, el criterio general sigue siendo el de proteger únicamente los elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes (42) .

En lo que atañe al trabajo realizado por las Comunidades Autónomas en relación con los principios y objetivos del Convenio Europeo de Florencia, vamos a encontrar autonomías (la gran mayoría) huérfanas de toda política de protección integral del paisaje —que es lo que quiere el tratado—, pero también territorios (los menos) que brindan testimonios de interés acerca de la atracción experimentada en los últimos años por ese tipo de planteamientos holistas. Tal es el caso de Valencia, Cataluña, Galicia y el País Vasco.

Aun más, la L 4/2004 de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, y su reglamento de desarrollo (D 120/2006, de 11 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana), y, en el caso de Cataluña, la L 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje y el D 343/2006, de 19 de septiembre, constatan que en estas comunidades esos planteamientos son ya una realidad jurídica (43) . Tal es así que todas las publicaciones aparecidas en los últimos años en el mercado editorial en torno a la dimensión jurídica del paisaje dan cuenta de la importante novedad que constituye cualquiera de estos textos en el panorama del derecho positivo.

En este estado de cosas, desde la perspectiva propia de nuestro estudio carece de sentido insistir en cuestiones suficientemente examinadas por voces, sin duda, más autorizadas que la nuestra y perder la oportunidad de analizar en su dimensión competencial cómo articular en nuestro derecho la protección integral del paisaje.

C) Reformulación de la fenomenología competencial en torno a los valores paisajísticos

Contemplada la materia paisajística desde el prisma del reparto constitucional de competencias, el panorama no resulta demasiado alentador.

Lo dicho hasta ahora nos presenta el paisaje como un bien jurídico complejo, integrado por una pluralidad de elementos dinámicos que, a su vez, tienen reflejo en otros bienes jurídicos protegibles y en derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Además, sabemos que si bien en el Texto Constitucional el paisaje no aparece atribuido de forma explícita a la esfera competencial de ninguna de las entidades a las que se reconoce capacidad legislativa, la STC 13/1998 (LA LEY 2201/1998) asoció protección de la percepción del paisaje y las variables medioambientales, fin constitucional y responsabilidad colectiva.

Ello no obstante el panorama estatutario autonómico dista mucho de ser homogéneo. Existen, por una parte, Comunidades Autónomas que siguen la competencial sugerida por el TC [*vid.* Estatutos de Autonomía de Andalucía, Aragón, Galicia o La Rioja (44)]. Junto a éstas, Baleares, parte de un reconocimiento previo de la importancia del paisaje en el desarrollo de la actividad turística y el sector primario de las islas pero, en sede de adscripción competencial, conecta su regulación con la competencia exclusiva del Parlamento autonómico en materia de patrimonio (art. 30.25.ª LO 1/2007, de 28 de febrero (LA LEY 1448/2007)). Además, en aparente contradicción con la STC 13/1998, acabamos de ver cómo algún legislador autonómico (45), ha dispuesto su propio fondo regulador —sustantivo y procedimental— sobre protección del patrimonio paisajístico en desarrollo de su competencia exclusiva en materia de urbanismo y ordenación del territorio (art. 148.1.3 CE (LA LEY 2500/1978)). Y, en cuanto al resto de Comunidades no citadas, sus respectivos Estatutos de Autonomía no incluyen el paisaje en el listado de competencias asumidas como propias.

Visto el difuso panorama al que nos enfrentamos, siendo la competencia el presupuesto esencial de validez de toda norma jurídica, ¿qué conclusiones podemos extraer desde el prisma competencial? ¿Cabe excluir alguno de los planteamientos por inconstitucional? Difícilmente.

La naturaleza compendiosa del concepto de paisaje, su carácter de concepto de síntesis de una diversidad de componentes y bienes jurídicos lleva en sí mismo el germen de admisibilidad de las diversas posturas competenciales que se acaban de ver. De ahí la heterogeneidad de títulos invocados para reivindicar la responsabilidad legislativa sobre la materia y, en juicio de su validez constitucional, la imposibilidad de descartar ninguno como *item* legítimamente de las normas estatales o autonómicas que puedan dictarse.

Aun más, el contorno de este esquema debe completarse con una variable adicional que hará, si cabe, más intrincado su contenido: el hecho de que los límites físicos de una unidad paisajística pueden no coincidir con la división administrativa y política de todo el territorio del Estado. Es perfectamente posible que la comunidad cuya percepción aglutina los valores y características decisivas del entorno como paisaje pertenezca a diferentes espacios administrativos o políticos dando lugar a lo que pudieran denominarse de paisajes transfronterizos o, en el ámbito interno, unidades de paisaje intercomunitarias, cuando la actuación que se pretende llevar a cabo repercute en el paisaje de comunidades limítrofes.

El tema *del orden competencial sobre el régimen jurídico del paisaje debe abordarse, resaltar y ponderar esta serie de condicionantes para ser eficaz y evitar, además, los vaivenes de eventuales debates de constitucionalidad que, una vez puesto en marcha el sistema, vengan después a ponerlo en entredicho o, incluso, a desfigurarlo.*

Así las cosas, los valores y bienes jurídicos involucrados, por un lado, y el dogma de eficacia que rige —o debería hacerlo— cualquier variante organizativa del ordenamiento jurídico, por otra, lleva a nuestro juicio al siguiente

planteamiento sobre distribución competencial:

a) El reconocimiento a favor del Estado de la competencia para emanar disposiciones legislativas radicadas en el campo sustantivo del art. 149.1.8.^a, 13.^a y 23.^a (LA LEY 2500/1978) y la extensión que le apodera el art. 149.1.1.^a CE (46) .

b) La habilitación al legislador estatal para crear un cuerpo legal completo de protección integral del paisaje justificado por la existencia de paisajes transfronterizos e intercomunitarios; normas que serían de aplicación plena en estos entornos y que, además y en los términos que más adelante se dirán, serviría de normativa subsidiaria o para colmar las lagunas que pudieran detectarse en las normativas autonómicas.

c) La llamada al reglamento estatal de modo que, sin abdicar de la regulación del núcleo de la materia reservada a la ley, puedan complementarse, por de pronto, los aspectos organizativos y procedimentales de la protección del paisaje y, en general, aquellos en los que se requiera una apreciación técnica o de concretas variables que convenga separar de la regulación abstracta de la ley.

Aún sin el blindaje pluscuamperfecto que hubiera supuesto su reconocimiento como derechos fundamentales, el derecho a la propiedad privada —art. 33.1 (LA LEY 2500/1978)— y la libertad de empresa —art. 38 (LA LEY 2500/1978)— se asientan en el Texto Constitucional con fuerza vinculante sobre todos los poderes públicos y fían la regulación de su ejercicio a la «ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial»; art. 53.1 CE (LA LEY 2500/1978).

Con independencia del difícil juego de equilibrios al que obliga la necesidad de conjugar esos arts. 33 y 38 CE, el valladar que deriva del art. 53.1 CE en punto a su regulación deja poco margen de maniobra al legislador a la hora de elegir el tipo de vestidura de la norma jurídica llamada a establecer qué es el paisaje y en qué consiste su estatuto jurídico.

En efecto, como consecuencia de la virtualidad (de)limitadora del régimen jurídico del paisaje sobre derechos y libertades del Capítulo II, del Título I del Texto Constitucional, la cláusula de reserva de ley exige que sea una ley ordinaria el instrumento que preste cobertura al centro de gravedad de aquél; sin perjuicio de que esa ley, pueda, a su vez, recabar el auxilio del poder reglamentario para prolongar o completar su regulación.

d) La puesta en pie de iniciativas legislativas autonómicas según los principios de preferencia y proximidad, al amparo de lo previsto en el art. 148.1 (LA LEY 2500/1978), reglas 3.^a, 13.^a, 16.^a, 17.^a 18.^a CE, o, con menor intensidad, dentro del margen de actuación que deja a las Comunidades Autónomas el art. 149.1. 23.^a CE (LA LEY 2500/1978), y cabida en todo caso a su potestad de desarrollo reglamentario en términos y límites análogos a los que dentro de su ámbito propio constriñen la capacidad reglamentaria estatal.

e) Como clave de bóveda del sistema, si la propuesta autonómica falta, ¿equivale esa ausencia al vacío normativo más absoluto? Poco se habría avanzado en el logro del objetivo de protección integral del paisaje si se admitiera esta posibilidad.

En caso de que una o varias comunidades autónomas no aprovecharan el margen posibilitado por el art. 148.1 CE sobre el paisaje, el art. 149.3 CE (LA LEY 2500/1978) *in fine*, con los límites de las enseñanzas que derivan de la STC 61/1997 (LA LEY 9921/1997), provee la fórmula para que la normativa estatal ocupe el espacio no colmado

por los legisladores autonómicos.

En su perspectiva normativa, el dibujo competencial que se sugiere cubre el mapa paisajístico del Estado sin contaminar las reglas constitucionales sobre distribución de competencias (incluso desde la posición de las Entidades Locales).

III. ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PAISAJE: SISTEMATIZACIÓN DE UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

1. Introducción. Necesidad de objetivación fiscalizable del concepto jurídico indeterminado que expresa la protección del paisaje

Lo expuesto hasta ahora es muestra de una evolución en el Derecho contemporáneo caracterizada por el tránsito de un sistema jurídico anclado en el paradigma de la legalidad hacia una concepción sustantiva del Estado de Derecho (47), resultado de la presión ejercida por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que obliga a los operadores jurídicos a desentrañar un nuevo método —racionalista (48)— desde el que interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico; método que si bien no garantiza la respuesta verdadera o la más verdadera en todo caso, permite siempre rechazar ciertas soluciones por incoherentes o más incoherentes que otras.

Pero, a la vez, la fenomenología de la protección integral del paisaje da cuenta de las dificultades y titubeos que acompañan a todo proceso de asentamiento de nuevos valores en nuestra cultura jurídica, si cabe más acusadas aquí que en otros ámbitos legales por efecto de la adscripción del paisaje de la categoría normativa de los conceptos jurídicos indeterminados.

Como ya se anunciaba en el epígrafe II de este trabajo, el manto jurídico del paisaje aglutina una pluralidad de dimensiones e intereses diversos (estéticos, culturales, temporales, etc.), más o menos esquivos en su contingencia pero en todo caso epitome de un concepto complejo, determinable en el caso concreto, pero indeterminado en su abstracción. De ahí la urgencia —principal aunque no única (49)— por refinar mecanismos de control que avalen su desenvolvimiento eficaz de la tutela paisajística so pena, en otro caso, de desencadenar efectos más perversos que el mal que está destinada a erradicar. Las limitaciones que por esta vía se consigan proyectar sobre poder de decisión de la Administración reportarán beneficios significativos tanto en el plano teórico como sobre todo, y lo que es más importante, para la practicidad del conjunto del sistema:

- a) Suministra criterios y materiales para que la Administración pueda desarrollar políticas preventivas (elaboración de catálogos de protección), de supervisión de las actividades que afecten a los paisajes pero también, actuaciones represivas y de preservación de lo público frente a las presiones políticas o de intereses económicos con los que con casi total seguridad se topará la Administración al evaluar determinados desarrollos con incidencia paisajística.
- b) Minimiza el impacto de la interpretación basada en criterios estrictamente subjetivos.
- c) Subordina la defensa del paisaje a los principios básicos del actuar administrativo como son los de seguridad jurídica (50) y protección de la confianza legítima (51).
- d) desde el punto de vista del administrado-ciudadano disipa o atenúa los perjuicios que de suyo supone la existencia de espacios de inmunidad administrativa:

— como ciudadano interesado en el mantenimiento, conservación o debida gestión de un determinado paisaje, y en la medida en que, conforme ya hemos puesto de

manifiesto, tal paisaje es vital para el equilibrio emocional y psicológico de las personas.

— o como empresario-promotor de determinada actuación que pueda afectar al paisaje, y que necesita conocer o poder estimar, dentro al menos de límites razonables, la entidad y posibilidades de su actuación, así como sus costes económicos.

e) Simplifica la integración de las políticas paisajistas con políticas y planificación económicas, en particular industrial, de desarrollo y crecimientos urbanos y turísticos (52) .

f) Dota de certeza las previsiones económicas y de realización presupuestaria, mitigando el actual nivel de riesgo de desfase en la planificación en las políticas sectoriales que tuvieran incidencia paisajística pero también en la programación de la estrategia de actuación por parte de particulares-administrados promotores de actividades o desarrollos también susceptibles de afectar al paisaje.

2. Fiscalización de un concepto jurídico indeterminado

A) Primer nivel de control: escrutinio de los elementos reconocibles

Aunque sin ignorar las voces de quienes ponen en duda la clásica partición entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad de la Administración (53) , nuestra mejor doctrina y con ella la jurisprudencia mayoritaria mantienen su fidelidad a esa división.

En este sentido, casi en clave docente, la STSJ Madrid de 21 de septiembre de 1999 (LA LEY 126335/1999) expresa:

«Quinto.—(...) debemos recordar que la distinción entre discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados es obra de la Doctrina Alemana, y que la distinción entre ambas categorías ha supuesto un gran avance hacia el control de la actividad de la Administración por el Poder Judicial, dando así cumplimiento al mandato del artículo 106 de la Constitución.

Por su referencia a la realidad los conceptos jurídicos utilizados por las normas pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, por el contrario, con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la Ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro, que intentan delimitar un supuesto concreto; y al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución, o se da o no se da el concepto. Lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso.

Los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor o de experiencia, su utilización es común en todas las esferas del derecho, y supone una técnica general e inexcusable de toda norma.

Lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento jurídico, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, y así debe distinguirse del ejercicio de la potestad discrecional que permite una pluralidad de soluciones justas, en otras palabras, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se funda en criterios extrajudiciales (de oportunidad, de economía...) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el

contrario, la aplicación del concepto jurídico indeterminado es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal, configurada no obstante su imprecisión de límites, con intención de acotar un supuesto concreto, unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador (en este caso la Administración) como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional.

Las consecuencias de este contraste son capitales, siendo la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la norma que ha creado el concepto, el Juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, aplicación de la Ley, en cambio el Juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional.

La abstracción del concepto jurídico indeterminado no admite más que una sola solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado, pero la concreción de esa única solución no es siempre fácil, en la estructura del concepto jurídico indeterminado es identificable un núcleo fijo o zona de certeza, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o halo del concepto, más o menos imprecisa, y finalmente, una zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto.

Por imperativo del art. 117.3.º de la Constitución corresponde al Poder Judicial resolver los litigios que se le planteen, y el Juez siempre que se le faciliten procesalmente la representación del conjunto de hechos relevantes y las pericias, que en su caso puedan ser precisas para la valoración, debe revisar la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado que ha realizado la Administración y enjuiciar su adecuación a la Ley.

Según esta teoría el control de los conceptos jurídicos indeterminados enfrenta al operador jurídico con tres zonas o círculos concéntricos:

- zona de certeza positiva, en la que la aplicación del término no plantea problema alguno;
- zona de certeza negativa, donde son también posibles conclusiones claras, incontrovertibles de que el concepto jurídico no se da ante un supuesto de hecho determinado.
- Zona o halo de incertidumbre, es decir, respecto de aquellas situaciones respecto de las que resulta dudosa la aplicación de la expresión general utilizada en la norma.

Trasladada esta construcción dogmática al campo de la defensa del paisaje, con relación al sistema jurídico doméstico asentado con la ratificación del Convenio Europeo sobre el paisaje podemos establecer las siguientes conclusiones:

- a) la estructura de protección del paisaje se compone de un grupo de categorías conceptuales igualmente indeterminadas; sin ánimo de exhaustividad, p. ej., recuperación paisajística, interrelación entre recursos paisajísticos o valoración ciudadana del paisaje o de un determinado recurso paisajístico.
- b) La integración del núcleo fijo o zona de certeza positiva del paisaje a partir de la legislación sectorial.

Piénsese en un entorno o valor paisajístico que estuviera protegido no en cuanto tal si no con base en normas sectoriales por su valía natural, cultural, etc., no parece arriesgado afirmar que los valores así protegidos y el régimen jurídico que les corresponde están condenados a integrar el nivel de certidumbre positiva del concepto

protección del paisaje.

Y de la misma manera, aquellos espacios o situaciones para las que la legislación sectorial exige determinados desarrollos de recuperación o rehabilitación normalizando los procedimientos para la realización de esas intervenciones.

Aquellos supuestos destacados por las reglas específicas de normas sectoriales que, a su vez, incidan en el paisaje pasarían, según esto, al halo de certeza positiva del concepto más global del paisaje.

a) El contenido potencialmente inagotable de la zona de certeza negativa.

Aún reconociendo la existencia de intervenciones o actuaciones sobre el paisaje inaceptables para la mirada del observador medio que actúa en nuestro derecho de canon de control de lo admisible o inadmisibile, la consecuencia inmediata de los rasgos omnicomprendivos desde los que el Convenio Europeo de Bruselas configura el paisaje es que, en línea de principio, cualquier actuación influirá sobre el entorno «tal y como lo percibe la población». Desde este punto de vista, ningún desarrollo, ningún proyecto podría descartarse para ser evaluado desde el prisma de la defensa del patrimonio paisajístico.

b) El componente subjetivo que, por definición, descansa en la base de la construcción moderna del paisaje nubla la ya de por sí oscura, por incierta, dimensión de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados.

Las dificultades de interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados en su círculo de duda o de incertidumbre (54) , se acentúa en materia paisajística, especialmente porosa a soluciones fundadas no en datos científicos o en principios o razones jurídicas, y sí en juicios estéticos subjetivos (55) .

¿Significa esto que, en aquellas situaciones difíciles, en las que no exista una respuesta clara sobre si un determinado desarrollo es o no sostenible en términos paisajísticos, la última palabra en el plano jurídico no puede buscarse fuera de la convicción propia y libre de la autoridad competente para emitir la decisión final? Aceptar como criterio general (56) esta posibilidad es tanto como desnaturalizar los cimientos del sistema y retrotraernos a etapas de evolución de nuestro ordenamiento en el que la única legitimidad de la decisión emanaba de la autoridad del órgano que la hubiera dictado. Siendo evidente que en marco del Estado material de Derecho no hay margen, por principio, para el poder puramente personal, el ordenamiento jurídico demanda de los operadores jurídicos el esfuerzo de depurar técnicas y fórmulas que reduzcan en la medida de lo posible (57) el espacio franco a las soluciones respaldadas en el único apoyo de las preferencias de quien la adopta; lo que nos lleva al segundo nivel de control.

B) Segundo nivel de control: densificación de las herramientas de control

Por su género, decimos, el paisaje es un concepto jurídico indeterminado; lugar común que somete su régimen jurídico a los criterios de fiscalización típicos de este tipo de actos: control de la aplicación del propio concepto a las circunstancias concretas del caso a través de la técnica de los (3) círculos comúnmente admitida, revisar la observancia de los elementos reglados —cuando estos existan—, la desviación de poder, la arbitrariedad, el error sostenible y manifiesto (58) .

Y, por otro lado, bueno será volver la vista hacia el Convenio Europeo del Paisaje, matriz de obligaciones de los compromisarios y, a la vez, de instrucciones para coordinar su cumplimiento.

Siguiendo el orden de su estructura, el Convenio de Florencia comienza con una carta de presentación del elenco de conceptos básicos o primarios dentro del sistema y de los fines que considera deseables en este determinado campo, dejando para un segundo momento la enunciación del estatuto obligacional de los compromisarios. Según esta lógica, el apartado relativo a las relaciones obligacionales se desarrolla también en fases sucesivas: 1.^a)

caracterización y valoración del paisaje de todo el territorio sobre la base de catálogos o mapas del paisaje, y 2.ª) definición de las políticas para la mejor satisfacción del interés público.

Y para el buen fin de la etapa de caracterización y valoración, la norma establecerá contenidos —materiales y documentales— e indicará las funciones que corresponden a los catálogos. Ello no obstante, además de remitir a los poderes públicos la elección del momento en que se ha de poner en marcha el programa de actuación, el tratado no se acompaña —pues no es ésta su función— de instrucciones o fórmulas metodológicas homologadas que sirvan de guía sobre cómo recopilar los contenidos del catálogo o cómo ponderar valores en otros términos, y prescinde de la valía del método científico como herramienta de fiscalización de los conceptos jurídicos indeterminados que constituyen su objeto.

Por ello y con esa pretensión de objetivación del paisaje, sería interesante aprovechar aquí las aptitudes que arrancan de la técnica metodológica para disipar opacidades, aumentar la certidumbre y la igualdad en la aplicación de las normas y, en definitiva, desterrar la idea de que el resultado al que finalmente se llega en la caracterización y valoración del paisaje proviene del azar o de fórmulas mágicas carentes de justificación.

Y siendo esto así, ¿cuál es el esquema metodológico adecuado? ¿Qué reglas deberían regir la decisión? Obvio es decir que la sistemática no tiene por qué ser única y general para cualquier territorio. Al contrario. La alternativa de un método universal desconectado de la idiosincrasia del territorio que esté siendo identificado y calificado, se revela incluso contraproducente en cuanto supone aplicar criterios uniformes que según las circunstancias concretas del territorio pueden no resultar representativos de sus valores y, a la vez, dejar de ponderar otros que pudieran resultar relevantes según esas mismas características.

Con todo, desde la perspectiva propia de nuestro análisis, para que la opción metodológica resulte eficaz como instrumento de objetivación del paisaje, debería reunir los siguientes rasgos:

1.º) Que se trate de una metodología jurídica o normativizada.

Si realmente se desea que la metodología, con las variaciones posibles y/o mejoras que se estimaran por la Administración paisajística, despliegue toda eficacia como canon de control, la misma no puede quedar en mera ciencia o en ámbito interno de los peritos o expertos llamados a la aplicación técnica de la normativa de defensa de los paisajes. La utilidad de la ortodoxia metodológica pasa por su positivización, hacerla normativamente obligatoria tanto para la Administración paisajística como para los operadores-administrados.

Así las cosas, ni la atribución a los poderes públicos de la potestad para elegir el método que considere más adecuado a la hora de elaborar un catálogo concreto, ni su formalización en simples instrucciones administrativas resultan fórmulas válidas. Lo precedente sería congelar el método en una disposición general vinculante y obligatoria para la totalidad de los operadores implicados.

2.º) Que la norma jurídica que se elija para aprobar la mecánica de actuación se haga eco de la complejidad territorial y competencial del Estado y a la vez, se dote de los oportunos resortes de flexibilidad.

La elección de una u otra categoría normativa no puede prescindir de la influencia de los siguientes factores:

- La diversificación de la protección del paisaje entre distintos centros de poder, con poder de penetración también distinto, como consecuencia del dibujo competencial definido desde la Constitución.
- La ausencia de unidades fisiográficas que respondan a la compartimentación política y/o administrativa del territorio.

Las líneas que dividen el territorio en unidades administrativas o políticas no marcan hitos fronterizos entre ámbitos espaciales distintos y diferenciados. Antes al contrario, una unidad territorial caracterizada como paisaje único puede abarcar varias unidades administrativas (paisajes transfronterizos, entornos paisajísticos representativos que superen el territorio de una Comunidad Autónoma) y, al revés, dentro de un mismo ámbito político localizarse varias regiones paisajísticas.

En su traducción normativa, el esquema que a nuestro juicio resulta más coherente con el conjunto de pesos y contrapesos que esos condicionantes que se acaban de ver obligan a considerar, podría perfilarse como sigue:

— La promulgación de normas estatales que contuvieran disposiciones básicas para todo el territorio del Estado (art. 149.1.1.^a (LA LEY 2500/1978), 13.^a (LA LEY 2500/1978) y 18.^a CE (LA LEY 2500/1978)) y además, otras de aplicación meramente supletoria o en ausencia de reglas propias de la Comunidad Autónoma a cuya demarcación territorial pertenezca el paisaje que se trata de valorar y proteger.

En este sentido, respecto de los paisajes transfronterizos (59) o intercomunitarios, es el Estado el que debe normativizar una concreta metodología de objetivación y valoración de los paisajes.

— La aprobación de normas autonómicas con fundamento en el art. 148.1.3.^a CE (LA LEY 2500/1978), su competencia de desarrollo en materia de medioambiente. Es más, la fuerza de la cláusula de habilitación competencial que respalda la intervención de las Comunidades Autónomas, unido a su mayor proximidad a la ciudadanía y a su facilidad para recoger su percepción sobre el entorno, serían las Comunidades Autónomas las principales responsables en esta tarea de producción normativa.

— En cuanto al rango de la norma de desarrollo metodológico, nos decantamos por el producto reglamentario pues, por un lado, no parece que la metodología sea una de las cuestiones sometidas a reserva de ley y, por otra, porque la naturaleza de estas creaciones dispositivas incrementa, en detrimento de las leyes formales, su capacidad de adaptación al cambio y de adecuación a las diferentes opciones implicadas pero también una más aguda permeabilidad a la adición de decisiones y opiniones técnicas y encuestas de opinión.

3.º) Que el método que se arbitre reciba las enseñanzas de la más actual concepción del paisaje: refinamiento de los instrumentos de participación ciudadana (difusión de la información sobre el patrimonio paisajístico, la sensibilización sobre el valor de los paisajes, y su importancia sociocultural, ecológica, estructural y económica), evaluación de la calidad de los paisajes, seguimiento de los cambios y la evolución de los paisajes que haga factible la retroalimentación del sistema con la incorporación de nuevos criterios de valoración o nuevos paisajes o, llegado el caso, la expulsión de algunos de los ya recogidos.

4.º) Que la mecánica de trabajo apueste por la disociación del concepto paisaje como valor absoluto en el conjunto de subcategorías o subconceptos que lo conforman atribuyendo a cada uno de ellos un peso específico dentro del conjunto.

En lugar de enfrentarse al supraconcepto paisaje, los operadores jurídicos podrían así analizar separadamente cada uno de los componentes integrados en su seno, no todos ellos aquejados de igual grado de inconcreción.

En efecto. Como ya nos consta *el paisaje obliga a tener en cuenta agentes y variables muy heterogéneos, unos, reglados o al menos con límites no tan borrosos como los que atraviesan el paisaje in totum; otros, mucho más imprecisos en cuanto a la posibilidad de reconducirlos a módulos cuantitativos.* En la práctica, al precisar los

elementos del conjunto susceptibles de estándares de control más intensos, indirectamente se minimizan los márgenes valorativos del conjunto.

Así, el método disociado que se sugiere podría articularse *de lege ferenda* sobre las premisas siguientes (60) :

- a) La valoración, obtenida por métodos estadísticos, que realizan de cada una de las tipologías de paisaje del territorio o, incluso, de uno o varios paisajes determinados (61) tanto el conjunto de la población como los expertos paisajísticos asentados en el ámbito se ha sometido a evaluación.
- b) La ponderación técnica de aquellos caracteres intrínsecos a cada uno de los paisajes o espacios visuales que pudieran aumentar su valor final; *v. gr.* su diversidad interna o su capacidad para acoger más de una variedad o textura paisajística (62) , relieve, facilidad de acceso al observador o su grado de cotidianeidad o la existencia dentro del paisaje de elementos de singular valor estético o histórico.
- c) La apreciación, expresada en términos estadísticos, de las diversas afecciones (63) a que genéricamente puede someterse al paisaje (p. ej. la construcción de carreteras o vías de comunicación, talas, canteras, edificaciones y sus topologías) o, con carácter *a priori* más positivo, edificaciones de alto valor arquitectónico-artístico, recuperación de monumentos o edificaciones históricas, reforestaciones, recuperación y limpieza de ríos y márgenes de los mismos, etc. (64)
- d) Fórmulas de medición del impacto —negativo o positivo— que se produzca o esté previsto ocasionar sobre el paisaje, teniendo en cuenta el valor porcentual de la superficie visual afectada sobre la total del ámbito sometido a análisis, así como de los mecanismos de corrección necesarios para minimizar o compensar la repercusión visual o de cualquier otro sentido (p. ej. auditivo, olfativo o vibraciones) de la intervención que se vaya a llevar a cabo.

Todo ello, con la pretensión, sin duda harto complicada pero realmente significada, de asignar a cada una de las categorías en liza un valor numérico cerrado o, al menos, una orquilla en que pueda moverse la opinión técnica del perito encargado del análisis paisajístico en cuestión.

De acuerdo a la decisión administrativa que al respecto se tome, la valoración a la que se llegue permitirá, a partir de cierta puntuación, catalogar o inventariar los paisajes, asignándoles una normativa de protección específica.

Incluso, respecto de aquellos paisajes más comunes que no llegan al catálogo por ser su valor final inferior al del umbral de acceso, la mecánica que se acaba de describir presta una información de primer orden para que la Administración paisajística pueda realizar un diagnóstico de la incidencia de una determinada actuación sobre el paisaje y fijar los límites de lo permitido. Por esta vía puede, en efecto, conocer la Administración el valor paisajístico inicial de un espacio territorial y el previsto al final de la intervención, y, por tanto, establecer el límite de la afectación admisible evitando que paisajes no catalogados puedan reducir su valor inicial más allá de un porcentaje determinado; puede, asimismo la Administración analizar objetivamente los efectos de varias afecciones combinadas y decantarse por la de menor incidencia paisajística o, incluso, prever y planificar afecciones positivas para la recuperación de determinados paisajes degradados.

Con todas las limitaciones y carencias de las que sin duda adolece esta dinámica metodológica, no es menos cierto que la institución y normativización de ésta —o de una metodología similar— constituye una valiosa herramienta para la objetivación y control de la protección paisajística, con los consiguientes beneficios tanto para la propia defensa del paisaje como para la seguridad jurídica.

Y todo ello, sin pasar por alto que el principio de proporcionalidad impide que lo paisajístico sea siempre el valor

más trascendental de una determinada intervención, pero también que el bien jurídico que representa sea siempre sacrificado en aras del progreso. El principio de proporcionalidad permite, en efecto, jerarquizar los bienes o elementos involucrados en la decisión final, marcar una graduación respecto de aquellos que facilitan las condiciones de vida de la población y aseguran la herencia paisajística de generaciones futuras pero también discernir si el mayor coste económico de un determinado proyecto o actuación más deferente con el paisaje es soportable o, por el contrario, raya más en el ámbito de lo estético que de lo racionalmente soportable.

IV. RECAPITULACIÓN

1. Las tendencias legislativas más significativas en la reducción de la discrecionalidad urbanística están viniendo de la mano del principio de sostenibilidad ambiental o desarrollo urbanístico sostenible —en el que tanto ha insistido en los últimos tiempos la Unión Europea—, de acuerdo con el cual la ordenación del crecimiento urbano debe ser acorde a las preocupaciones medioambientales. Claramente impregnada por estas ideas de sostenibilidad se encuentra la reciente valorización del paisaje y la necesidad de tomar conciencia de las riquezas que atesora como indicador de la calidad de vida ciudadana.
2. Los esfuerzos invertidos en los últimos años para consolidar un régimen de protección integral del paisaje han sido enormes: la óptica tradicional de normas fragmentarias y dispersas ha dado paso a una decidida voluntad de instrumentar la tutela del paisaje con un enfoque transversal y sistemático.
3. No obstante el avance experimentado, el cambio de paradigma está en nuestros días en una etapa de desarrollo muy incipiente. En el plano formal o de producción normativa, las iniciativas son aún hoy tenues y, en el terreno de la práctica, los resultados están por ver.
4. No es difícil entender que las modernas pautas legislativas en materia paisajística son el reflejo de una creciente sensibilidad social por preservar los valores que atesora, pero no sólo. La sociedad civil demanda también que se organicen servicios y se prevean acciones eficaces de gestión y ordenación del patrimonio paisajístico.
5. Desde la perspectiva constitucional del modelo de Estado, no es suficiente con que el legislador instituya un sistema jurídico que crece al ritmo que marcan las reivindicaciones civiles o en función de lo que en cada momento exija la sociedad. El poder legislativo no es un mero gestor social. No ya en el campo específico del paisaje sino, en general, respecto de cualquier esfera de realidad, lo que del legislador se espera es que defina un cuerpo normativo finalista, que marque caminos, sugiera actitudes; en definitiva, que desarrolle proyectos de sociedad que aprovechen a las promociones venideras en el marco de la imparable rueda del relevo generacional.
6. En el nuevo frente que se nos abre, huyase de posturas acomodaticias o lo que es lo mismo, de acudir a fórmulas grandilocuentes pero inefectivas, bien por estar vacías de contenido bien por estar plagadas de conceptos jurídicos indeterminados que obstaculizan la labor interpretativa de los operadores jurídicos llamados a aplicarlas y, fundamentalmente, la de controlar su aplicación al caso concreto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOUAZZA ARIÑO, O., «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, núm. 160, enero-abril de 2003.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- FABEIRO MOSQUERA, A., «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español», *REDA*, núm. 131, 2006.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, *La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *REDC*, núm. 10, 1984.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Edersa, 1971.
- GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- HART, H. L. A., «American Jurisprudente trough English Eyes: the Nigthmare and de noble Dream» *Georgia law Review*, Vol. 11, 1977.
- LLISSET BORREL, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1994.
- MUÑOZ MACHADO, S., «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*», Ed. Iustel, 2006.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*; BOE, Madrid, 1995.
- PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Iustel, 2007.
- PÉREZ OLEA, M. «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial» en AA.VV., *Estudios homenaje al Profesor López Rodó*, Vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense de Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., «Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) normas de aplicación directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 173, año 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, T. I, Madrid, 1991.
- SANZ RUBIALES, I., «Introducción: el principio de confianza legítima. limitador del normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000.

(1) *Vid.* Estudio preliminar de Marcos VAQUER CABALLERÍA en, PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Iustel, 2007, págs. 22 a 25.

[Ver Texto](#)

(2) Según coinciden los estudios realizados al respecto, la defensa del paisaje es vital no sólo para la protección del medio ambiente y para la economía derivada del turismo, sino también para el equilibrio emocional y psicológico de las personas.

[Ver Texto](#)

(3) Salvo que, claro está, sea eso lo que demande el paisaje en cuestión.

[Ver Texto](#)

(4) *Vid.*, a nivel internacional: Convención de Washington de 1940, Convenio Europeo sobre la protección del Patrimonio Arqueológico de 16 de enero de 1992; Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, presentado en la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972; Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestre, suscrita en Washington el 3 de marzo de 1974;

Convención del Consejo de Europa sobre la Conservación de la Vida Salvaje y Espacios Naturales europeos, celebrada en Berna el 19 de septiembre de 1979; Convención del Consejo de Europa sobre la protección del legado arqueológico de Europa, de 3 de octubre de 1985; Carta del Paisaje Mediterráneo, firmada en 1993 en el marco de la Conferencia del Consejo de Europa; L 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad; y a *nivel interno* menciones y protección sectorial del paisaje en normas como Ley de Costas 22/1988; L 25/1988, de carreteras y caminos, normativa relativa al patrimonio histórico; normativa sectorial medioambiental; etc. Y todo ello, sin olvidar la norma de aplicación directa que constituye el hoy art. 10.2 RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, proveniente del anterior art. 138 b) Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

En cuanto a la protección sectorial que en nuestro derecho interno se ha venido proporcionando al paisaje, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, *La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 168 a 242.

[Ver Texto](#)

-
- (5) Al decir de nuestro Tribunal Supremo «el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas»; STS de 31 de mayo de 2007.

En todo caso, y al respecto, habrá de estarse al alcance interpretativo que se conceda a la reciente introducción de la mención del paisaje dentro del art. 4 a) RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo 8/2007, que reconoce el «derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

Aún cuando no llegare a merecer la categoría de derecho subjetivo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí que lo conceptúa como un interés jurídico colectivo vinculando su protección a la del medio ambiente (sentencias *Muriel Enric contra Reino Unido* de 11 de marzo de 1985 o *Buckley contra Reino Unido* de 25 de septiembre de 1996)

En relación con lo que estamos comentando, Antonio FABEIRO MOSQUERA concluye: «(...) el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal encargado de su aplicación, han reconocido la protección del paisaje, como vertiente de la protección ambiental, como interés o bien colectivo que puede actuar como una posible causa de justificación de las limitaciones a los derechos particulares reconocidos por el Convenio de Roma, en especial a los enunciados en el artículo 8»; FABEIRO MOSQUERA, A., «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español» *REDA*, núm. 131, 2006, págs. 517.

[Ver Texto](#)

-
- (6) Siempre en la medida de lo posible decimos, porque es un hecho que en la definición o, mejor, en la valoración del paisaje, no podrá prescindirse de los componentes de apreciación subjetiva inherentes a su misma configuración.

[Ver Texto](#)

-
- (7) «La línea zigzageante de nuestra jurisprudencia en esta materia pone de manifiesto que el peligro se encuentra en subjetivizar lo estético, cuando lo que es estético o debe dejar de serlo debe estar definido normativamente, pues, de lo contrario, lo estético se convierte en algo puramente arbitrario más allá de lo meramente discrecional. Se trataría de delimitar lo que constituye una media colectiva de la estética mediante un juicio estético de valor medio»; *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, *La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado, op. cit.*, pág.

56.

[Ver Texto](#)

-
- (8) A nivel estatal el RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, y entre las Comunidades Autónomas, por ejemplo, la vasca con la L 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo.

[Ver Texto](#)

-
- (9) De las normas indicadas en la nota 3, y como ejemplos: i) el art. 2 c) L 22/88, de 28 de julio, de Costas, que indica: «La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre perseguirá los siguientes fines: (...) c) Regular la utilización de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico». ii) El art. 5.1 L 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes: «A los efectos de esta ley, se entiende por monte todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas». iii) O finalmente la mención ya comentada del art. 4 a) RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

[Ver Texto](#)

-
- (10) Art. 3.26 L 42/2007: A efectos de esta Ley, se entenderá por: «(...) 26) Paisaje: cualquier parte del territorio cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos, tal como la percibe la población».

[Ver Texto](#)

-
- (11) Valencia: L 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje y D 120/2006, de 11 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana. Cataluña: L 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje y D 343/2006, de 19 de septiembre, por el que se desarrolla la L 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje.

[Ver Texto](#)

-
- (12) La protección de tal interrelación se encuentra expresamente recogida tanto en la definición del Convenio —que recoge la interacción de factores humanos y naturales— como, con expresión distinta en la definición de la normativa catalana. Art. 3 L 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje, que define el mismo como «cualquier parte del territorio, tal y como la colectividad la percibe, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales o humanos y de sus interrelaciones».

[Ver Texto](#)

-
- (13) Desgraciadamente, la distinta legislación que se va produciendo por las Comunidades Autónomas no parece vaya a tener una nomenclatura unificada, con la complicación que ello supone para el operador jurídico a nivel estatal. Así por ejemplo, en cuanto al concepto Unidades del Paisaje, el Anteproyecto de 2005 de Catálogo de Paisajes singulares y sobresalientes de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo refiere a unidades intrínsecas, esto es, *áreas de textura* homogénea o texturas paisajísticas, una suerte de tipología de paisajes.

[Ver Texto](#)

- (14) Art. 32.2 y 3 D 120/2006, de 11 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana.
- Ver Texto
-
- (15) Procediendo el Decreto en su art. 35 a caracterizar los Recursos Paisajísticos, incluyéndose los elementos de relevancia ambiental, cultural y visual.
- Ver Texto
-
- (16) Art. 2 del Convenio: Ámbito de aplicación: «Con sujeción a las disposiciones contenidas en el artículo 15, el presente Convenio se aplicará a todo el territorio de las Partes y abarcará las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas. Comprenderá asimismo las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que puedan considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados».
- Ver Texto
-
- (17) Extractado de la definición de Paisaje de la Convención.
- Ver Texto
-
- (18) Señalando el Anteproyecto haber identificado 619 en la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma, matizando al respecto que se trata de la percepción de un observador con los pies en la tierra.
- Ver Texto
-
- (19) El concepto equivalente en la normativa valenciana sería el de Unidad de Paisaje, pero, en nuestra opinión, el mismo no queda tan claramente singularizado por la unidad perceptiva, sino que, tal y como establece el art. 32.2 D 120/2006, constituye área geográfica *con una configuración estructural, funcional o perceptivamente diferenciada*. Estableciéndose en el art. 34.2 los criterios de delimitación de las unidades, incluyendo la letra b) que serán coherentes con las Unidades Ambientales, lo que entendemos supone que pueda superarse la unidad perceptiva. Tal superación de la unidad perceptiva supone, nuevamente a nuestro juicio, que se amplíe incluso el concepto estético del paisaje, arrojando sobre el mismo características que corresponden a la normativa sectorial o su coordinación a la Ordenación del Territorio.
- No es una crítica, sino la constatación de una opción legislativa legítima, ¿Convertiremos el paisaje en un macro concepto que incluya Ordenación de Territorio y valoración estética? ¿O bien dejamos el paisaje en una valoración estética a incluir en la Ordenación del Territorio?
- Ver Texto
-
- (20) Ejemplo claro el art. 36.1 Decreto Valenciano 120/2006, «La visibilidad del paisaje determina la importancia relativa de lo que se ve o se percibe y es función de la combinación de distintos factores, como son los puntos de observación, la distancia, la duración de la vista, y el número de observadores potenciales».
- Ver Texto
-
- (21) Art. 25 Decreto Valenciano 120/2006.
- Ver Texto
-
- (22) De especial importancia y evocación suelen señalarse por los expertos los denominados paisajes olfativo y sonoro. «La estética del paisaje es uno de los aspectos más difíciles de interpretar y medir pero es, sin embargo, el más

evaluado por el observador corriente. Para la mirada humana el paisaje es ante todo un conjunto de elementos unidos entre sí, pero es también el conjunto de impresiones que los demás sentidos reciben, ya que hasta un 90% de lo que percibimos es visual, y buena parte del resto auditivo y táctil. También el sentido del olfato puede colaborar en la percepción humana del paisaje porque los olores pueden activar la memoria para la reconstrucción de la propia infancia (PORTEOUS: 21-22) (...).»

«Así, basándose en los sentidos, el investigador Douglas PORTEOUS enriquece el concepto general de paisaje con los mundos sensoriales que éste contiene, llegando con ello a conceptos que no suelen aparecer en las aproximaciones geográficas, botánicas o geológicas del paisaje, conceptos tan sugerentes como "paisaje olfativo", "paisaje sonoro", "paisaje corporal" o "paisaje interior" que, al igual que los paisajes de la tierra, pueden ser ordenados espacialmente y relacionados con un lugar concreto». Proceso a la leyenda de las Brontë de la autora Aurora ASTOR GUARDIOLA de la Universidad de Valencia.

[Ver Texto](#)

-
- (23) En cuanto al alcance colectivo, siempre más difuso que el individual, por ejemplo la definición que el Observatorio del Paisaje de Cataluña realiza, incluyendo que:

«El paisaje es un producto social. Es la proyección cultural de una sociedad sobre un espacio determinado desde una dimensión material, espiritual, ideológica y simbólica.»

Para señalar posteriormente que el paisaje es importante:

«Porque nos identifica con la tierra, con el país (de hecho las palabras paisaje y país tienen la misma raíz). El paisaje es un reflejo de estilos de vida pasados y, en definitiva, de nuestra historia; de ahí su valor patrimonial.»

[Ver Texto](#)

-
- (24) Respecto del subjetivismo en la valoración estética (al respecto de la norma de aplicación directa del ahora art. 10.2 RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo), *vid.* SÁNCHEZ GOYANES, E., «Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) normas de aplicación directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 173, año 1999, págs 11 a 72, al tratar la determinación de las normas de aplicación directa por el Planeamiento, y en evitación de «peligrosos subjetivismos».

[Ver Texto](#)

-
- (25) La dimensión administrativa del paisaje no agota su régimen jurídico y ni siquiera su caracterización jurídico-pública. También aquí el Derecho penal tiene algo que decir, como efectivamente hace. Y, de la misma manera, el paisaje tampoco es ajeno a la protección que proviene de las normas civiles, si bien, en este segundo caso, no desde el prisma de la protección formalizante de los intereses colectivos —que es lo propio del derecho público—, cuanto, más bien, desde el respeto a los derechos subjetivos que atiende a la *singolorum utilitas* de personas físicas y jurídicas. En sede de Derecho Civil se afirma que «una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza, es el progresivo y generalizado daño y deterioro que se produce sobre los componentes físico-naturales del ambiente, como resultado de la actividad humana. Los daños al ambiente y, evidentemente, a la naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto derechos e intereses de carácter público como de orden privado. Históricamente, los planteamientos civiles son los primeros en materia de humos y olores en las relaciones de vecindad. El daño al ambiente en algunas ocasiones puede limitarse a comportamientos físico-naturales del espacio (aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y bienestar general"; STS de 2 de febrero de 2001.

[Ver Texto](#)

- (26) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, T. I, Madrid, 1991, pág. 100.
[Ver Texto](#)
-
- (27) A pesar de que la magnitud y calidad de las funciones que aglutina la Administración Pública de nuestros días hacen de esta vertiente del poder público campo abonado para la proyección del principio de eficacia «no puede dejar de señalarse que (...) la Constitución 1.º impone los criterios de eficacia y economía no sólo en la ejecución sino también y precisamente en la programación del gasto público para una asignación equitativa de los recursos (art. 31.2 CE), lo que concierne evidentemente al poder legislativo; y 2.º) establece, nada menos que en calidad de un derecho fundamental, la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE), es decir, de la actuación del poder que tiene que otorgar ésta (...)»; PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*; BOE, Madrid, 1995, págs. 90 y 91.
[Ver Texto](#)
-
- (28) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, *op. cit.*, pág. 101.
[Ver Texto](#)
-
- (29) LLISSET BORREL, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1994.
«La actuación eficaz de las Administraciones Públicas no constituye un pío deseo del constituyente, ni una simple reacción dialéctica frente al tópico de la tradicional inoperatividad de aquéllas. Es un principio jurídico de idéntica naturaleza y valor a los demás consagrados en el art. 103.1 (STC 22/1984), que supone un condicionamiento efectivo de la actividad de todos los poderes públicos en cuanto actúen sobre la Administración (regulándola o enjuiciándola), así como de la propia actividad de la Administración»; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, *op. cit.*, pág. 105.
[Ver Texto](#)
-
- (30) El principio constitucional de eficacia deviene en fundamento último de las técnicas de cooperación y coordinación del Estado autonómico. Para asegurar el funcionamiento armónico y coherente del sistema puede y aún debe el legislador «establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones Locales y de todas ellas con la Administración del estado y de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les corresponden»; STC 27/1987.
[Ver Texto](#)
-
- (31) SSTSJ País Vasco de 25 de febrero de 2000, STSJ Cantabria de 18 de marzo de 1997, en su vertiente de economía procesal.
[Ver Texto](#)
-
- (32) Elevando de rango el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, Omar BOUAZZA ARIÑO encuentra en la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo su consolidación como derecho fundamental «que se erige, cada vez más, en algo absolutamente esencial para garantizar la salud de las personas en una sociedad en la que, hasta ahora, se ha medido el bienestar en términos exclusivamente monetarios»; BOUAZZA ARIÑO, O., «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, núm. 160, enero-abril de 2003, pág. 174 y 190.
[Ver Texto](#)
-

- (33) FABEIRO MOSQUERA, Antonio, «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español», *REDA*, núm. 131, 2006, pág. 534.

[Ver Texto](#)

- (34) L 22/1976, de 21 de julio, de Minas; L 22/1985, de 29 de julio, de Carreteras; L 10/1988, de 21 de abril, de Residuos.

[Ver Texto](#)

- (35) L 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Artístico; L 22/1988, de 28 de julio, de Costas; Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por RDLeg. 1/2001, de 20 de julio; L 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

[Ver Texto](#)

- (36) El Convenio pretende la organización de una cooperación europea en la materia que haga efectivas la asistencia mutua y el intercambio de informaciones y de experiencias, especialmente importantes en un sector tan novedoso de la actuación pública como éste. Se prevé así la asistencia científica y técnica mutua en materia de paisajes, el intercambio de especialistas en este ámbito, en particular con fines de información y formación, y el intercambio de informaciones respecto de todas las cuestiones contempladas en las disposiciones del convenio (art. 8). Como forma de cooperación singular, se prevé a relativa a los Paisajes Transfronterizos (art. 9), para los cuales se contemplan la elaboración y realización, en caso necesario, de programas comunes relativos a estos paisajes.

El convenio instituye además como instrumento de incentivo y de difusión de experiencias especialmente exitosas, el «Premio del Paisaje del Consejo de Europa», configurado como «una distinción que puede otorgarse a las autoridades locales y regionales y a sus agrupaciones que, como parte de la política paisajística de una Parte en el presente Convenio, hayan adoptado una política o medidas para proteger, gestionar y/u ordenar su paisaje que hayan resultado de una eficacia duradera y puedan servir de ejemplo a otras autoridades territoriales de Europa», pudiéndose otorgar asimismo a las ONG que hayan desarrollado aportaciones especialmente notables de, gestión u ordenación del paisaje (art. 11).

[Ver Texto](#)

- (37) Como es el caso, p. ej. de Gran Bretaña.

[Ver Texto](#)

- (38) A tenor de la definición del art. 1 del Convenio, se entenderán:

— por «protección de los paisajes»: las acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre;

— por «gestión de los paisajes»: las acciones encaminadas, desde una perspectiva de desarrollo sostenible, a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales;

— por «ordenación paisajística»: las acciones que presenten un carácter prospectivo particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes.

[Ver Texto](#)

- (39) FABEIRO MOSQUERA, Antonio, «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 533.

[Ver Texto](#)

- (40) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *La protección del paisaje. Un estudio de Derecho español y comparado*, op. cit. pág. 167.
[Ver Texto](#)
-
- (41) RDLeg. 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos; L 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; L 22/1973, de Minas; L 25/1988, de 29 de julio, de carreteras y caminos; L 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias; L 39/2003, de 27 de noviembre, de ferrocarriles; L 22/1988, de 28 de julio, de Costas; L 17/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; L 21/1992, de 16 de julio, General de Industria.
[Ver Texto](#)
-
- (42) L 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y la fauna silvestres; Ley de prevención y control integrados de la contaminación Ley de Residuos; L 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico artístico; RDLeg. 1/2001, de 20 de julio, de Aguas; L 48/2003, de Montes; o el recién inaugurado art. 10.2 RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, heredero del anterior art. 138.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.
[Ver Texto](#)
-
- (43) Distinto es el caso de la CAPV donde el Anteproyecto de Catálogo abierto de paisajes singulares y sobresalientes de la Comunidad Autónoma Vasca no ha pasado de esa fase de tramitación desde el año 2005. Mejores perspectivas se vislumbran en cambio en Galicia o Canarias, todavía sin un sistema de protección integral del paisaje pero con visos de que las iniciativas sí emprendidas consoliden en derecho aplicable en un horizonte próximo.
[Ver Texto](#)
-
- (44) Así, arts. 28.2 y 37.1.20.^a Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 27 de marzo; arts. 19.2 y. 71.21.^a Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril, art. 27. 30 EA de Galicia, aprobado por LO 1/1981, de 6 de abril; art. 9.1 LO 3/1982, de 9 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de La Rioja.
[Ver Texto](#)
-
- (45) Tal es el caso de Valencia, art. 49.1.9.^a LO 1/2006, de 10 de abril. Por su parte, Cataluña contempla el paisaje como una materia próxima a la ordenación del territorio pero específica; arts. 46. 3 y 149 Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio.
[Ver Texto](#)
-
- (46) Textos que, por su contenido, no estarían muy alejados del Convenio Europeo de Florencia del año 2000; es más, a la luz de la doctrina constitucional establecida acerca de la potencia habilitadora del art. 149.1.1.^a CE, no es exagerado afirmar que el tratado internacional dispensa al Estado de un esfuerzo legislativo distinto al ya realizado con la ratificación del Convenio.
[Ver Texto](#)
-
- (47) El concepto de Estado de Derecho formal y material procede de la dogmática constitucionalista germánica, donde KAEGI y SMEND acuñaron y atribuyeron significado a los términos durante los años de la posguerra, aunque sus orígenes se remontan a 1832 (concretamente a R. VON MOHL). A su vez, la dicotomía también ha sido adoptada por el constitucionalismo británico a lo largo de los últimos años. En la doctrina publicista española, véase el trabajo

pionero de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *REDC*, núm. 10, 1984.

[Ver Texto](#)

(48) En términos complementarios y no substitutitos del aportado por la lógica deductiva o de aplicación automática de la norma.

[Ver Texto](#)

(49) Premura, insistimos, a la que no es ajena la incertidumbre que inevitablemente hace acto de presencia en cualquier innovación del sistema jurídico.

[Ver Texto](#)

(50) «(...) es obvio que la posibilidad de llevar a cabo una violación sería tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extrapositionales»; GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 213.

[Ver Texto](#)

(51) Sobre el poder del principio de protección de la confianza legítima del administrador para limitar la actividad de los poderes públicos, *vid.* SANZ RUBIALES, I., «Introducción: el principio de confianza legítima. limitador del normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, págs. 91 á 122.

[Ver Texto](#)

(52) Dando así mejor cumplimiento a la obligación que se deriva del art. 5 d) Convenio de Florencia:
«Cada Parte se compromete a:
d) integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.»

[Ver Texto](#)

(53) *V. gr.* PÉREZ OLEA, M. «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial» en AA.VV., *Estudios homenaje al Profesor López Rodó*, Vol. II, Universidad de Santiago e Compostela, Universidad Complutense de Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972; GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, EDERSA, 1971.

A este respecto, Santiago MUÑOZ MACHADO señala que «(e)s también la consideración de que muchos conceptos jurídicos indeterminados reclaman aplicaciones valorativas, que exigen el reconocimiento de una mayor libertad de opción de la Administración al aplicarlos, lo que ha conducido al retorno a una doctrina unitaria de la discrecionalidad (unitarismo dominante antes del desarrollo de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados) que consideraría que tanto la discrecionalidad como los conceptos jurídicos indeterminados son manifestaciones de un mismo fenómeno: la concreción de normas abiertas, en fase aplicativa, por la Administración». A esta corriente, de la que ha dado cuenta entre nosotros M. BACIGALUPO, se han sumado autores tan importantes actualmente como KLEIN, R.; LERCHE, P.; ENGISCH, K. y SHOLZ, R. Uno de los exponentes de estas tesis unitaristas, DREYER, H., ha expresado de este modo su fundamento: «el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva, etc., se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el margen de decisión del ejecutivo, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración»; en MUÑOZ MACHADO,

S., «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel. Segunda Edición, pág. 549.

[Ver Texto](#)

-
- (54) Incluso, la posibilidad de hacer de la concreción de su adecuado significado —parafraseando a HART— en un «noble sueño» en aquellos casos —los menos— en los que su correcta aplicación al caso concreto descansa con carácter final en la Administración; HART, H. L. A. «American Jurisprudente trough English Eyes: the Nigthmare and de noble Dream», *Georgia law Review*, Vol. 11, 1977, págs. 969 y ss.

[Ver Texto](#)

-
- (55) El paisaje está ligado a la subjetividad comenzando por su definición, pues es precisamente la percepción de las personas el ingrediente que convierte al territorio en paisaje. Sobre la relevancia de la imprenta subjetiva, *vid.* SÁNCHEZ GOYANES, E., «Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) normas de aplicación directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 173, año 1999.

[Ver Texto](#)

-
- (56) Lo cual no excluye que existan casos en los que la norma deja un margen a diferentes concepciones políticas, a la elección entre diversos criterios de política administrativa, al establecimiento de determinados objetivos y a la decisión acerca de la adecuada relación medios fines. «Este tipo de actividad no está atribuido, dentro del sistema, a los Tribunales, sino a la Administración, porque es a ésta a la que dentro del sistema corresponde la adopción de decisiones de política administrativa para la satisfacción del interés público. (...) en la aplicación de este tipo de conceptos se desarrollan dos funciones distintas: la función administrativa (de administración directa) y la función jurisdiccional. Existe así un núcleo de decisión discrecional que está atribuida a la Administración y un ámbito de límites jurídicos, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales»; DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pág. 129.

[Ver Texto](#)

-
- (57) Siempre conscientes de que la total erradicación es un mentís.

[Ver Texto](#)

-
- (58) Técnicas estas propias del control de la discrecionalidad administrativa que, sin embargo, y en último término, extienden su influencia sobre los conceptos jurídicos indeterminados.

[Ver Texto](#)

-
- (59) En cuanto a los paisajes transfronterizos, promoviendo la cooperación internacional, en cumplimiento de lo previsto en el art. 9 Convenio de Florencia:

«Paisajes transfronterizos.

Las Partes se comprometen a favorecer la cooperación transfronteriza a nivel local y regional y, en caso necesario, a elaborar y realizar programas comunes en materia de paisaje.»

[Ver Texto](#)

-
- (60) Siempre de acuerdo a los métodos científicos importados desde aquellas disciplinas técnicas que acumulan experiencias y materiales de largo más perfeccionados que los aquí nos atrevemos a apuntar de forma genérica e

inacabada.

[Ver Texto](#)

-
- (61) Incluyendo así la participación pública en la catalogación y/o valoración de los paisajes, conforme el compromiso que los estados signatarios asumen en virtud del art. 5 c) Convenio de Florencia:

«Cada parte se compromete a:

c) Establecer procedimientos para la participación pública, así como para la participación de las autoridades locales y regionales y otras partes interesadas en la formulación y aplicación de las políticas en materia de paisaje mencionadas en la anterior letra b).»

[Ver Texto](#)

-
- (62) Textura paisajística que es la expresión que utiliza el Anteproyecto de Catálogo Abierto de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la CAPV (2005) para denominar la diversas tipologías de paisajes, identificándose en el Anteproyecto 20 tipos o texturas de paisaje, a saber: 1.—*Litoral y zonas húmedas*: 01. Litoral agreste 02. Playas y arenales costeros 03. Litoral urbano 04a. Riberas de ríos 04b. Masas de agua y rías. 2.—*Montaña*: 05. Cumbres abruptas y cresteríos 06. Prados montanos. 3.—*Bosques*: 07a. Forestal de frondosas de hoja caduca. 07b. Forestal de frondosas de hoja perenne. 08. Bosques espontáneos de coníferas 09. Repoblaciones forestales 10a. Matorral denso 10b. Matorral ralo. 4.—*Agrícola*: 11. Prados de siega y huertas 12a. Cultivos extensivos 12b. Cultivos leñosos de la Rioja alavesa. 13. Mosaico forestal/pastizal. 5.—*Humanización*: 14. Caseríos aislados en campiña. 15. Asentamientos rurales integrados en paisaje. 16. Zonas urbanas e industriales modernas.

Evidentemente tal identificación de texturas paisajísticas habrá de variar dependiendo las texturas más características de cada Comunidad Autónoma, y siempre quedan a la determinación de la Administración y abiertas a su modificación conforme pudieran aparecer o identificarse nuevas texturas.

[Ver Texto](#)

-
- (63) Impactos negativos o positivos que el ya indicado Anteproyecto de Catálogo Abierto de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la CAPV (2005) como ejemplo enumera en:

Impactos positivos: áreas de influencia marina, masas de agua, cursos de agua o roquedos.

Impactos negativos: Repetidores y antenas de telecomunicaciones, parques eólicos, canteras, vertederos, líneas eléctricas de alta tensión o vías de comunicación.

[Ver Texto](#)

-
- (64) Valoraciones estadísticas —letras a) y c)— sometidas a un proceso de revisión periódica toda vez que no es sólo el paisaje el que es dinámico, también la sociedad y con ella sus valoraciones y opciones estéticas.

[Ver Texto](#)
