

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

Resumen

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

José Luis Durán Sánchez
Consultor jurídico

1. Consideraciones previas sobre la contemplación como presupuesto del paisaje

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

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

¹ *Génesis* 2, 9: “Produxitque Dominus Deus de humo omne lignum pulchrum visu, et ad vescendum suave”; *Biblia Sacra iuxta vulgatam clementinam nova editio*. Edición de Colunga-Turrado (1999), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

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

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

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

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

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

² Vid. Eco (2009).

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

⁴ Hoy día la vida se sucede vertiginosamente en una sucesión de actos sin dejar apenas resuello a quien la vive. En nuestros días, en los que las sociedades avanzadas han logrado un grado de desarrollo que permitiría espacios para la contemplación, sin embargo la acción ha arrinconado a la contemplación. De forma expresiva ponía Saint Exuperry las siguientes palabras en boca de El Principito: "Les hommes, dit le petit prince, ils s'enfourment dans les rapides, mais ils ne savent plus ce qu'ils cherchent. Alors ils s'agitent et tournent en rond... Et il ajouta: -Ce n'est pas la peine...". Saint Exuperry (2008): *Le Petit prince...*; p. 90.

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

2. Orígenes del concepto de paisaje

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

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

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

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

⁵ La RSE “se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Ello implica el cumplimiento obligatorio de la legislación nacional e internacional en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto”. Tomado el 25 de abril de 2011 de http://observatoriorsc.org/index.php?option=com_content&view=article&cid=40%3Aqursc&catid=27&itemid=63&lang=es.

⁶ Vid. Meseguer Sánchez (2011).

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

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

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

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

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

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

⁹ Roger (2008), p. 69. En relación con los términos utilizados para referirse al paisaje cita a Cicerón, que en sus cartas a Ático utiliza el neologismo de raíz griega *topothesia* y a Vitrubio que en su famosa obra *De Architectura* utiliza el término *topia* ambos traducibles como paisaje.

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

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

3. Diversidad de conceptos sobre el paisaje

3.1. El concepto de paisaje en el lenguaje común

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

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

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

¹¹ Lo señalado por el Tribunal Constitucional (STC 64/1982 y STC 102/1995) respecto al concepto de medio ambiente, es perfectamente extrapolable al concepto de paisaje, que también puede ser considerado como “concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar”.

Al significante¹² *paisaje* asociaba la 22ª edición del *Diccionario* de la Real Academia Española los siguientes significados¹³:

1. *m.* Parte de un territorio que puede ser observada desde un determinado lugar.
2. *m.* Espacio natural admirable por su aspecto artístico.
3. *m.* Pintura o dibujo que representa ese espacio natural.

Sin embargo, a pesar de lo establecido en la vigente 22ª edición, en el avance de la 23ª edición del *Diccionario*¹⁴, la Academia ha dado prudente acogida a un nuevo concepto cada vez más generalizado, no sólo ya en el lenguaje técnico, sino también en el uso ordinario de la lengua. Así define el paisaje protegido como “espacio natural que, por sus valores estéticos y culturales, es objeto de protección legal para garantizar su conservación”.

Como puede observarse, existían tres acepciones; en primer lugar, el paisaje como vista que se tiene desde un determinado lugar. Esta acepción no comprende valoración alguna sobre el mismo. El paisaje simplemente se ve. No se valora. En segundo lugar, el término entiende el paisaje como espacio natural admirable por su aspecto artístico. Esta segunda acepción comprende tanto la observación previa como la posterior valoración del paisaje observado como arte¹⁵.

En tercer lugar, se alude al paisaje como categoría dentro de las bellas artes y más concretamente de la pintura¹⁶.

¹² Ferdinand de Saussure elaboró la teoría de la arbitrariedad del signo lingüístico. Para él, significante y significado “no unen un nombre y una cosa, sino un concepto y una imagen acústica, siendo esta última no un sonido material, cosa puramente física, sino la huella psicológica de este sonido. Más aún, Saussure propone sustituir concepto e imagen acústica por significado y significante, entidades que son solidarias, en el sentido de que no se entiende una sin acudir a la otra, aunque podamos concebir y analizar las dos por separado” (Cifuentes Honrubia, 2006; p. 5).

¹³ En los diccionarios históricos de la Real Academia encontramos la primera definición del *paisaje* en el *Diccionario de Autoridades* de 1734 en el que se define como “pedazo de país en la pintura”, conservándose en las siguientes tres ediciones dieciochescas con la misma grafía y significado. En la edición del diccionario de 1832 se conserva la definición, pero aparece ya con su grafía moderna, definición mantenida en las ediciones de 1837, 1843 y 1852, para evolucionar en la edición de 1869 a “trozo de un país, más o menos extenso, pintado en un cuadro”, añadiéndose a continuación una segunda acepción: “también se dice de un terreno en que fijamos la atención, considerándolo artísticamente”. En la edición de 1984 (tomo IV) añade por primera vez el concepto de paisaje natural como “el que no ha sido modificado por el elemento en sus elementos físicos o biológicos”.

¹⁴ <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?LEMA=paisaje>. Tomado el 31 de enero de 2011.

¹⁵ Quizá habría sido más adecuado referir esa evaluación a que se refiere el diccionario a la consideración de sus valores naturales y no a los artísticos. Aunque, por otra parte, no es menos cierto que también resulta posible entender la naturaleza como arte, o incluso hacer de la propia vida una obra de arte. (*Vid. Eco, op. cit.*)

¹⁶ Se suelen citar los frescos pintados por Giotto hacia 1296 en la Iglesia de San Francisco, en Asís, como los primeros intentos de representación de un paisaje en Europa, considerándose una obra de 1603 del pintor holandés Hendrick Goltzius en la que se representa una vista de las dunas de los alrededores de la ciudad holandesa de Haarlem como el primer paisaje totalmente autónomo. *Vid. Maderuelo* (2006).

Entre las tres primeras acepciones no encontrábamos ninguna que pudiera adaptarse o asimilarse, siquiera fuera parcialmente, a lo que sería la concreta materia de este estudio. Sin embargo, en la nueva variante “paisaje protegido” si encontramos cierta similitud de significado con el concepto de paisaje que el Derecho regula.

Resulta particularmente importante que nuestra lengua incorpore entre los significados posibles del vocablo “paisaje” uno que se acomode, aunque sólo sea en parte, a lo que el Derecho entiende por paisaje, y ello porque del mismo modo que Berque¹⁷ afirma para poder admitir que una determinada cultura es paisajística es requisito imprescindible que exista en su idioma uno o más vocablos para referirse a él, para que la protección del paisaje goce de eficacia, es igualmente necesario que nuestra lengua, no sólo en su dimensión técnica, sino también en la común, reconozca la protección jurídica del paisaje como una realidad. Ello es una manifestación de la eficacia del Derecho, que junto con la legitimidad y la positividad, constituye el tercero de los elementos constitutivos del mismo¹⁸.

Sentado lo anterior, debemos señalar que si bien este último concepto incorporado por el *Diccionario* de la Real Academia colma las necesidades del lenguaje común, no satisface, sin embargo, el concepto jurídico del paisaje, como veremos *infra*.

Adicionalmente, hemos de tener en cuenta que el concepto “paisaje”, aparentemente sencillo, ve considerablemente ampliada y complicada su significación cuando lo contemplamos desde las diferentes perspectivas técnicas desde las que cabe mirarlo.

3.2. Concepto jurídico del paisaje

Dejando al margen los enfoques técnicos propios de cada materia especializada, debemos centrarnos en el concepto jurídico del paisaje. A continuación, nos referiremos a los diversos conceptos que se adoptan desde el Derecho internacional, comunitario e interno.

¹⁷ Berque (1994).

¹⁸ *Vid.* Montoro Ballesteros (1993), pp. 13ss.

3.2.1. El concepto de paisaje en el Derecho internacional

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

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

3.2.2. El concepto de paisaje en los tratados internacionales

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

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

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

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

¹⁹ Tomadas el 6 de junio de 2011 de <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-es.pdf>.

Las Directrices definen los paisajes culturales como las:

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Esta definición, considerablemente más extensa que la recogida con posterioridad el CEP tiene la virtualidad de ofrecernos datos relevantes para una adecuada hermenéutica de la definición contenida en el CEP.

José Luis Durán Sánchez

Este cambio de paradigma resulta aún más evidente cuando atendemos a la Recomendación CM/Rec (2008) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje de 6 de febrero de 2008²¹.

La Recomendación del Comité de Ministros afirma en relación con el artículo 1 del CEP lo siguiente:

“El concepto de paisaje tal como está enunciado en el Convenio es diferente de aquel que puede ser formulado en ciertos documentos y que ven en el paisaje un ‘bien’ (concepción patrimonial del paisaje) y lo valora (como paisaje ‘cultural’, ‘natural’, etc.) considerándolo como una parte del espacio físico. Este nuevo concepto, expresa, por el contrario, el deseo de afrontar de manera global y frontal, la cuestión de la calidad de los lugares donde vive la población, reconocida como condición esencial para el bienestar individual y social (entendido en el sentido físico, fisiológico, psicológico e intelectual), para un desarrollo sostenible y como recurso que favorece la actividad económica.

”La atención se dirige al conjunto del territorio, sin distinción entre partes urbanas, periurbanas, rurales y naturales; ni entre partes que pueden ser consideradas como excepcionales, cotidianas o degradadas; no se limita a los elementos culturales, artificiales o naturales: el paisaje forma un todo, cuyos componentes son considerados simultáneamente en sus interrelaciones”.

El hecho de que el CEP fuera ratificado por España el 26 de noviembre de 2007²², entrando en vigor el 1 de marzo de 2008, ha determinado que la definición contenida en el CEP haya pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno a partir de esa fecha²³, debiendo aceptarla, por tanto, como concepto legal vigente y que de acuerdo con nuestro actual sistema de fuentes, por el principio de jerarquía normativa, se sitúa por encima de cualesquiera otras disposiciones contenidas en otras legislaciones estatales o autonómicas.

²¹ El Convenio de Londres de 5 de mayo de 1949 por el que se aprueba el estatuto del Consejo de Europa, ratificado por España el 21 de febrero de 1978 (BOE núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978) establece en su artículo 15 b) que “las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité podrá invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones”, instrumento del que se ha hecho uso para formular las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje.

²² BOE Nº 31, de 5 de febrero de 2008.

²³ Conforme al artículo 96.1 de la Constitución Española, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, siendo por tanto inmutables a lo que pudiera disponerse en cualesquiera otras disposiciones estatales o autonómicas que, en este caso, deberán ajustarse al concepto de paisaje establecido en el CEP sin poder contradecirlo.

Centrándonos en el vigente concepto jurídico de paisaje, vemos como desborda y aglutina al mismo tiempo buena parte de las políticas de conservación actualmente aplicadas.

De la definición de la CEP del paisaje como “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos” podemos sacar las siguientes conclusiones:

En primer lugar que la realidad sobre la que se proyecta la regulación es “cualquier parte del territorio”. Se trata de lo que se ha venido a denominar la “universalización del paisaje” por cuanto que paisaje pasa a ser todo el territorio. No sólo las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas, sino también las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores, y se refiere “tanto a los paisajes que pueden considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados”²⁴.

En segundo lugar que si bien el concepto de paisaje había venido siendo tradicionalmente identificado a través del uso de un único sentido: la vista o más propiamente, la mirada (Maderuelo, 2005; p. 12) el CEP opera una considerable ampliación de los sentidos implicados en su identificación. Ya no es sólo la mirada, sino la percepción, entendida como cúmulo de estímulos percibidos por los sentidos lo que nos va a permitir identificar el paisaje. Este punto nos abre una rica e interesantísima puerta a la ampliación del paisaje y a la protección de nuestra realidad circundante.

La primera cuestión que podemos plantearnos es si en la identificación del paisaje concurren junto con la vista otros sentidos –el olfato, el oído, el tacto o el gusto. La respuesta, a la vista del texto de la definición ha de ser afirmativa. El aroma de las flores o determinados sonidos o incluso el silencio pueden ser tan importantes o más que la vista a la hora de identificar un paisaje, siendo elementos esenciales para identificarlo, singularizarlo y valorarlo.

La cuestión no es baladí, puesto que si son parte de los elementos constitutivos y definidores de un paisaje que se considere valioso, podrán obtener protección del Derecho que extendería su protección sobre los más diversos aspectos.

²⁴ *Vid.* Artículo 2 del CEP.

Es evidente que una excesiva ampliación del concepto de paisaje puede llevar a dotarlo de unos límites tan sumamente difusos que harían inútil la figura. Pero no es menos cierto que debemos abrirnos a la consideración como parte del bien jurídico protegido “paisaje” de nuevas realidades que hasta hace relativamente poco tiempo habrían sido impensables²⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4. El concepto de paisaje en el Derecho comunitario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.5. El concepto de paisaje en el derecho español

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹ Un bien jurídico semejante al protegido dentro del artículo 45 de la Constitución Española de 1931 fue ya objeto de regulación en Francia a partir de 1906 con la promulgación de la *Loi du 21 avril 1906 sur la protection des sites et des monuments naturels de caractère artistique*, y más próxima en el tiempo a la elaboración de nuestra Constitución de 1931, con la *Loi du 2 mai 1930 sur la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque*.

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

³³ *Vid.* Ripley Soria.

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

materias con incidencia en el paisaje y dentro de la cual tanto podría tener un papel descollante el medio ambiente para el caso de los paisajes naturales, como la cultura para el caso de los paisajes culturales.

El primer hito postconstitucional en la definición del paisaje en el derecho estatal lo encontramos en la derogada Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre³⁵. En ella, se definían los paisajes protegidos señalándose que “son aquellos lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales, sean merecedores de una protección especial” (artículo 17)³⁶.

La derogada ley presenta dos importantes diferencias con el concepto contemporáneo de paisaje recibido del CEP. La primera es que recoge un concepto restrictivo de paisaje. De hecho no define el paisaje en general, probablemente por no considerarlo como acreedor de protección. El concepto que ofrece la Ley es el de paisaje protegido, circunscrito a espacios concretos del medio natural y no a cualquier parte del territorio como sucede en el CEP. Se trata más bien de una categoría de protección de espacios naturales heredada de la Ley de 2 de mayo de 1975 de Espacios Naturales Protegidos.

Por otro lado, y como segunda importante diferencia conceptual con la definición del CEP, la protección de la ley derogada se otorga sólo por valores estéticos y culturales sin tener en cuenta la opinión de la población.

Por su parte, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y la Biodiversidad sí recoge, de manera coherente con el CEP y siguiendo el texto oficial en inglés, la actualmente vigente definición de paisaje: “cualquier parte del territorio cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos, tal como la percibe la población”³⁷.

De este modo, la Ley 42/2007 se erige con esta definición en la primera norma en incorporar al derecho estatal el concepto de paisaje contenido en el CEP, aún antes de su publicación oficial en España, que se produciría

³⁵ Así se recoge en el artículo 3.26 de la vigente Ley 42/2007, de 13 de Diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

³⁶ Mientras que en la ley 42/2007 se hace referencia a la interacción, en la ley valenciana se hace referencia a interrelación. Pese a las similitudes, no son dos términos exactamente sinónimos. Conforme al diccionario de la RAE por interacción se entiende: “1. *f.* Acción que se ejerce recíprocamente entre dos o más objetos, agentes, fuerzas, funciones, etc.”; y por interrelación: “1. *f.* Correspondencia mutua entre personas, cosas o fenómenos”.

³⁷ Debe tenerse en cuenta que estas normas deben ser precisamente y como su nombre indica “normas adicionales de protección”, no cabiendo en consecuencia la elaboración de una normativa más laxa que deje fuera de su regulación supuestos que están protegidos en la normativa estatal.

unos días después. Sin embargo no es la primera norma en incorporar el nuevo concepto de paisaje a nuestro derecho ya que dicha incorporación ya fue realizada con anterioridad por la Ley catalana 8/2005 y por el Decreto Valenciano 120/2006, de 11 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el reglamento de paisaje de la Comunitat Valenciana.

Resta, por último, el examen de las diferencias existentes entre la definición contenida en el CEP y la contenida en la ley 42/2007, del patrimonio natural y la biodiversidad. Apreciamos como en la formulación del concepto no se contiene diferencia alguna entre los dos textos, al margen de una irrelevante alteración en el orden de las palabras que no afectan a su contenido.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la normativa autonómica, vemos como frente a la definición de paisaje acogida por la Ley 42/2007, la contenida en la Ley 8/2005 de protección, gestión y ordenación del paisaje de Cataluña, anterior en el tiempo a la definición estatal, parece seguir la versión francesa del Convenio definiendo el paisaje como “cualquier parte del territorio, tal y como la colectividad lo percibe, cuyo carácter deriva de la acción de los factores naturales y humanos y de su interrelación” (artículo 3).

También siguiendo la versión francesa, pero con mejor técnica, se encuentra la definición acordada por el Decreto de la Generalitat Valenciana 120/2006, de 11 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del paisaje de la Comunidad Valenciana y que identifica con “cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones” (artículo 4).

Como ventajas principales de la definición valenciana podemos apuntar, en primer lugar, la mayor claridad conceptual: se admite la posibilidad de un paisaje formado solamente por la acción de factores naturales o humanos sin que la interacción o interrelación³⁸ sea siempre necesaria.

³⁸ En este sentido, y aunque no resulte aplicable al caso que nos ocupa, resulta interesante, *mutatis mutandis*, y por lo que se refiere a desarrollos y técnica normativa, la acertada consideración que se hace en el número 4 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa y en el que se señala respecto de la reproducción de preceptos legales en normas reglamentarias que “no es correcta la mera reproducción de preceptos legales, salvo en el caso de delegación legislativa, en normas reglamentarias o su inclusión con algunas modificaciones concretas, que, en determinados supuestos, pueden crear confusión en la aplicación de la norma. Deberán evitarse, por tanto, las incorporaciones de preceptos legales que resulten innecesarias (por limitarse a reproducir literalmente la ley, sin contribuir a una mejor comprensión de la norma) o que induzcan a confusión (por reproducir con matices el texto legal)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, f. j. 6º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.7. Consideraciones finales sobre el concepto jurídico de paisaje

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta que la Ley 27/2006 incluye la información sobre los paisajes dentro del concepto de información ambiental que es definida como “el estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente; y la interacción entre estos elementos” (artículo 1). Sin embargo, y sorprendentemente, al tratar tanto de la elaboración o modificación de planes y programas o de disposiciones de carácter general que necesariamente han de ser sometidos a procesos de participación, no incluye los relativos al paisaje.

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

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

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

4.1. Las denominadas “normas de aplicación directa”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Algo semejante sucede con el Conjunto Histórico, definido como:

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

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

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

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

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

José Luis Durán Sánchez

A diferencia de lo que sucede en otras normas, la Ley de Patrimonio Histórico Español sí recoge mecanismos para dotar de eficacia práctica a las materias objeto de protección. De esta manera, se establece que:

“La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales” (artículo 20).

Por tanto y en conclusión, podemos afirmar que la LPHE, aun sin referirse expresamente a los paisajes, crea mecanismos que permiten su protección.

Por otra parte, dentro del Ministerio de Cultura se han desarrollado interesantes iniciativas relevantes para el paisaje, como es el Plan de Paisajes Culturales⁴⁶ o el Plan de Patrimonio Industrial⁴⁷.

4.3. El Espacio Natural Protegido

El campo del Derecho ambiental ha sido en el que tradicionalmente se ha encontrado mayores desarrollos normativos en materia de protección del Paisaje. La vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad se ocupa en diversas ocasiones del paisaje, si bien no aspira a ser la normativa básica sobre la materia⁴⁸, limitándose a la proclamación de la protección y conservación del paisaje como uno

⁴⁶ Según señala el propio Ministerio de Cultura, “el Plan Nacional de Paisajes Culturales tiene su base legal en la Constitución Española, artículos 46 y 149.2, y deberá tener en cuenta para su desarrollo las diferentes Leyes, órdenes, decretos, etc. de carácter nacional y local en materia de Patrimonio, Medio Ambiente, Suelo y Ordenación Territorial”. Tomado el 6 de junio de 2011 de <http://www.mcu.es/patrimonio/MC/IPHE/PlanesNac/PlanPaisajesCulturales/Normativa/NormPaiCult.html>.

⁴⁷ Por su parte, los objetivos básicos del Plan de Patrimonio Industrial, cuyo ámbito de aplicación es todo el territorio del Estado, son: “acometer la protección, conservación y proyección social de dicho Patrimonio y de instrumentar las medidas que lo hagan posible, incluyendo el uso futuro de conjuntos, edificios y elementos industriales, en la convicción de que se trata de un patrimonio que puede convertirse en factor de desarrollo local, tanto cultural como económico”. Tomado el 6 de junio de 2011 de <http://www.mcu.es/patrimonio/MC/IPHE/PlanesNac/PlanIndustrial/PatrimonioIndustrial.html>.

⁴⁸ *Vid.* Capítulo II, III, 1: “Consideraciones previas: El Derecho al paisaje y su ubicación sistemática dentro del Ordenamiento Jurídico”.

de sus principios⁴⁹, a la protección del paisaje dentro de los Espacios Naturales Protegidos bajo la figura del Paisaje Protegido⁵⁰ y a la utilización del mismo para lograr la coherencia ecológica y la conectividad de la Red Natura 2000⁵¹.

De esta manera, dentro del Capítulo II del Título II, consagrado a la protección de espacios, se dedica el artículo 34 a los paisajes protegidos, que se definen como:

“Partes del territorio que las administraciones competentes, a través del planeamiento aplicable, por sus valores naturales, estéticos y culturales, y de acuerdo con el Convenio del Paisaje del Consejo de Europa, consideren merecedores de una protección especial”.

Llama la atención la redacción del artículo, que parece que ha quedado a mitad de camino entre el concepto de paisaje heredado de la ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres⁵² y el nuevo concepto de paisaje ofrecido por el CEP.

Así, aunque la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, reconoce el concepto de paisaje del CEP, en su regulación efectiva, se limita a regular la protección del paisaje desde un punto de vista estático dentro de los espacios naturales protegidos, de cuya naturaleza y régimen jurídico participan.

En cuanto a la gestión de los paisajes protegidos únicamente se establecen por la ley dos objetivos. El primero, la conservación de los valores singulares que los caracterizan y el segundo, la preservación de la interacción armoniosa entre la naturaleza y la cultura en una zona determinada, apuntando con ello a esa acción conjunta de la naturaleza y el hombre que, como vimos, conforma el concepto moderno de paisaje.⁵³ En un sentido similar, se añade que:

⁴⁹ Así lo establece la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en el artículo 2 d).

⁵⁰ Como bien señala su Exposición de Motivos, la Ley 42/2007 “mantiene la figura, definición y regímenes de protección de los Parques y de las Reservas Naturales de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, adaptando la definición de los Paisajes Protegidos al Convenio del paisaje del Consejo de Europa”.

⁵¹ También recoge la ley otras normas de interés para el paisaje, entre las que destaca la regulación de la mejora del paisaje como uno de los servicios prestados por los ecosistemas, que se aborda al tratar de los incentivos a las externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos y de los acuerdos de custodia del territorio, imponiendo a las CCAA la obligación de regular los mecanismos y las condiciones para incentivar dichas externalidades positivas.

⁵² La derogada Ley 4/89 definía los paisajes protegidos como “aquellos lugares concretos del medio natural que por sus valores estéticos y culturales sean merecedores de una protección especial” (art. 17).

⁵³ *Vid. supra* “El concepto jurídico del paisaje en el CEP”.

José Luis Durán Sánchez

“En los paisajes protegidos se procurará el mantenimiento de las prácticas de carácter tradicional que contribuyan a la preservación de sus valores y recursos naturales” (art. 34. *in fine*).

Igualmente destacable resulta la función atribuida al paisaje como elemento para garantizar la coherencia y la conectividad de la Red Natura 2000.

En este sentido, se tiene cada vez más claro desde una perspectiva ecológica que el sistema de conservación basado en la creación de reservas o islas de protección no resulta viable. De ahí que se pretenda otorgar coherencia ecológica y dotar de conectividad a la Red Natura 2000. Para ello se impone a las CCAA, entre otras obligaciones, la de fomentar la gestión de aquéllos elementos del paisaje que resulten esenciales o “revistan primordial importancia para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético entre especies de fauna y flora silvestres” (art. 46).

Se trata, como puede apreciarse de una obligación impuesta a las CCAA y que se limita a “fomentar la gestión”, de donde se sigue, que su virtualidad práctica quedará condicionada al desarrollo que del citado precepto realice cada CCAA.

4.4. Los Planes de restauración y Planes de Gestión de residuos mineros

En materia de minas también encontramos una protección tangencial del paisaje. Si bien la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, no se refiere al paisaje, si lo ha hecho el Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras⁵⁴. En este sentido establece que:

“Tiene por objeto el establecimiento de medidas, procedimientos y orientaciones para prevenir o reducir en la medida de lo posible los efectos adversos que sobre el medio ambiente, en particular sobre las aguas, el aire, el suelo, la fauna, la flora y el paisaje, y los riesgos para la salud humana puedan producir la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales” (artículo 1).

⁵⁴ Este Real Decreto deroga el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, en el que ya se recogía la recuperación del paisaje dentro del Plan de Restauración.

De esta manera, entre los contenidos del Plan de Restauración que ha de presentarse con carácter previo al inicio de las actividades, ha de figurar descripción del medio físico: “geología, hidrología e hidrogeología, edafología, climatología, vegetación, fauna, paisaje y demás elementos que permitan definir el medio”. Igualmente, se prevé dentro del apartado de otras posibles actuaciones de rehabilitación “Protección del paisaje. Medidas para adecuar las formas geométricas al entorno e integrar en el paisaje todos los terrenos afectados por la actividad”, previéndose igualmente la protección del paisaje dentro de lo dispuesto respecto del Plan de Gestión de Residuos⁵⁵.

En conclusión, se puede apreciar dentro de la legislación minera un creciente interés por la protección y rehabilitación del paisaje afectado por las actividades mineras a través de los Planes de Restauración y de Gestión de Residuos que garantizan que las actividades mineras no comporten, como solía suceder, un grave costo en términos ambientales y paisajísticos.

4.5. Las medidas para el desarrollo sostenible del Medio Rural

La Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural, tiene entre sus objetivos “lograr un alto nivel de calidad ambiental en el medio rural, previniendo el deterioro del patrimonio natural, del paisaje y de la biodiversidad”. Igualmente señala que el Gobierno:

“Aprobará el Plan Estratégico Nacional del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y Geodiversidad, que incluirá previsiones de actuación en materia de protección de suelos y acuíferos, proyección del paisaje, lucha contra la desertificación, reforestación, restauración hidrológico-forestal, prevención de riesgos naturales, prevención contra incendios y recuperación de la cubierta vegetal” (artículo 19); añadiendo que:

“Asimismo, se considerarán, específicamente, las actuaciones ligadas al mantenimiento y protección de los paisajes protegidos y de interés del medio rural y las áreas de montaña”.

Por último y en lo referido de vías de comunicación entre núcleos rurales se establece que deberán realizarse “respetando la integridad y calidad del paisaje rural y evitando la fragmentación territorial”.

⁵⁵ Vid. artículo 17.1 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

4.6. La evaluación de impacto ambiental de proyectos

Otra de las vías de protección del paisaje la encontramos en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

La citada Ley incluye dentro de la Evaluación de Impacto Ambiental el estudio de los efectos que los proyectos tengan sobre el paisaje. Expresamente señala que “La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con esta ley, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores: b) El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje” (artículo 1.3.b), ofreciendo en consecuencia, un instrumento de control de extraordinaria importancia para el control de los posibles impactos paisajísticos.

Igualmente, concede competencias como administraciones públicas afectadas a las administraciones con competencias en materia de paisaje (artículo 2.7) y dispone que los proyectos que hayan de someterse a evaluación de impacto ambiental deberán incluir un estudio de impacto ambiental entre cuyo contenido mínimo deberá figurar la evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre el paisaje (artículo 7.1.c).

Quizá sea este uno de los instrumentos más importantes de los que disponemos para controlar la protección del paisaje. Sin embargo, dependerá mucho de los variables criterios administrativos a la hora de aplicarlo y queda huérfano de un sistema de tipo objetivo que permita proteger ese paisaje con carácter integral, dado que en el propio Anexo III de la ley parece primar los paisajes de “significación histórica, cultural y/o arqueológica” con olvido de los paisajes cotidianos.

4.7. La custodia del territorio

La Custodia del Territorio⁵⁶ es una estrategia para conservar los valores naturales, culturales y paisajísticos de una zona determinada. Implica un acuerdo voluntario entre dos o más agentes sociales que tienen interés en conservar los valores del territorio (propietarios, asociaciones y entidades de custodia y Administraciones)⁵⁷.

La ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad define la custodia del Territorio como:

“Conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos” (artículo 3.9).

Vemos por tanto, que la propia Ley lo concibe como un elemento para la conservación y el uso de los valores y recursos paisajísticos.

El acuerdo de custodia es un contrato voluntario entre los propietarios y las entidades de custodia, que no suele estar regido por el derecho administrativo sino por el derecho privado, en el que el propietario se compromete a cumplir determinadas condiciones en la gestión de su finca para conservar valores naturales, culturales o paisajísticos y a cambio, recibe el reconocimiento de la entidad de custodia y de la sociedad, un asesoramiento en materia de gestión y financiación.

No se trata de una figura que desplace a los mecanismos de planificación y protección ya existentes, sino que los complementa, perfecciona la consecución de los objetivos perseguidos por los mismos y en su caso, favorece su implantación.

⁵⁶ La Custodia del territorio tiene un origen anglosajón (*land stewardship*). Sus orígenes se remontan a finales del siglo XIX en el Estado norteamericano de Massachussets cuando Charles Eliot seleccionó una serie de tierras con grandes valores ambientales y paisajísticos, que serían protegidas con la ayuda del Estado para el uso y disfrute del público en general como si de obras de un museo vivo se tratara. En la actualidad las entidades de custodia de (*land trust*) participan en Estados Unidos en la gestión de 3,5 millones de hectáreas. También en Europa, en 1895 se creó el National Trust en el Reino Unido que actualmente gestiona 250.000 hectáreas. Cuenta con 3,4 millones de socios y colaboradores y es una de las organizaciones más prestigiosas y respetadas del Reino Unido.

⁵⁷ Vid. Basora Roca y Sabaté y Rotés (2006).

El contrato de custodia suele ser un contrato complejo, de naturaleza meramente obligacional y sujeto al derecho privado en el que las partes, en ejercicio de la libertad de pacto reconocida por el artículo 1255 del Código Civil, pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

Suele comprender prestaciones propias de otros contratos nominados y le presta uniformidad el hecho de imponer limitaciones sin trascendencia real al derecho de propiedad y el elemento teleológico de servir a una finalidad de conservación de la naturaleza.

Entre los elementos personales del acuerdo de custodia destacan dos; el propietario y la Entidad de Custodia. En primer lugar y con carácter necesario interviene el dueño del terreno, que puede ser una persona física o jurídica pública o privada que presta voluntariamente su conformidad para establecer ciertas condiciones en el uso de su finca. Se suele dar en terrenos de propietarios particulares pero también para terrenos comunales, para terrenos propiedad de empresas (custodia corporativa) o incluso en terrenos de dominio público, como los cursos de los ríos.

Como segundo elemento personal interviene la entidad de custodia. Son las auténticas promotoras de la Custodia del Territorio. A través del contacto directo con los propietarios y la sensibilización intentan materializar los acuerdos de custodia y posteriormente prestan la asistencia técnica y especializada y recogen datos de los resultados.

4.8. Los instrumentos frustrados: Costas y Vías Pecuarias

Por su parte, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, señala entre sus objetos “Regular la utilización racional de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico” (artículo 2.c). Sin embargo, este laudable objeto no viene respaldado posteriormente por un desarrollo que le otorgue virtualidad práctica y lo erija en un derecho exigible.

También la normativa de vías pecuarias hace referencia al paisaje. La Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, establece que:

“Las vías pecuarias podrán ser destinadas a otros usos compatibles y complementarios en términos acordes con su naturaleza y sus fines, dando prioridad al tránsito ganadero y otros usos rurales e inspirándose en el desarrollo sostenible y el respeto al medio ambiente, al paisaje y al patrimonio natural y cultural” (artículo 1.3).

De igual manera que sucede en la anteriormente citada Ley de Costas, tampoco ésta declaración inicial de la Ley de Vías Pecuarias se ve avalada posteriormente por mecanismos que permitan erigir el paisaje como un criterio que sirva para determinar usos compatibles o complementarios con el tránsito ganadero.

5. Las nuevas oportunidades para la protección del paisaje: el deseable desarrollo del CEP en la normativa estatal

Si bien, como hemos expuesto en el apartado anterior, el paisaje ya goza de un cierto grado de protección en el Derecho español, lo cierto es que la legislación en materia de paisaje a nivel Estatal se encuentra actualmente fragmentada en una pluralidad de normas que de manera sectorial abordan el tema pero sin que ninguna realice un tratamiento global y sistemático del problema del paisaje.

Como señala Hervás Más (2009), p. 68:

“El común denominador de todas ellas reside en que protegen el paisaje desde el punto de vista estático y conservacionista, es decir, sólo protegen los paisajes que son merecedores de ello por sus especiales valores estéticos”.

Por lo tanto, dos son las notas que informan la actual regulación estatal del paisaje; de un lado, la falta de unidad en su tratamiento y de otro, su falta de adecuación a las obligaciones establecidas para las partes en el CEP y al nuevo concepto de paisaje establecido por el mismo, que no solamente atiende a la dimensión estática de los paisajes sino también a su evolución y ello con independencia de la mayor o menor belleza o calidad que puedan tener los mismos.

Frente a ello, nos encontramos con una serie de obligaciones impuestas a las partes en el CEP y cuyo desarrollo efectivo en el derecho español entendemos urgente. Las medidas previstas son de dos tipos: de índole general y específicas.

Comenzaremos nuestro estudio por las medidas generales, que se enumeran en el artículo 5 y son las siguientes:

- a. 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.*

La primera de las obligaciones es de índole claramente jurídica. Apunta al reconocimiento jurídico de los paisajes, lo que necesariamente requiere la creación de unas determinadas figuras de protección, que se dejan al arbitrio de los correspondientes Estados o, dentro de los mismos, a las entidades territoriales que tengan atribuida la competencia sobre la materia, tal y como se reconoce en el artículo 4 del CEP.

A la vista de esta obligación asumida por España, la cuestión fundamental que se nos plantea, es como haya de ser ese reconocimiento jurídico. Dicho con otras palabras: ¿Se impone a los firmantes únicamente una obligación formal de reconocer jurídicamente los paisajes sin otra trascendencia en el campo de los derechos subjetivos o se impone el reconocimiento de un derecho subjetivo al paisaje?

La Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje señala que: “el reconocimiento jurídico del paisaje implica derechos y responsabilidades para todas las instituciones y todos los ciudadanos de Europa”⁵⁸. Si esta recomendación fuera seguida, el paisaje se erigiría no sólo en un derecho público sino también en un derecho subjetivo de cada ciudadano.

Pese al ambicioso planteamiento, el contenido real de esos derechos y responsabilidades dependerá en buena medida de la interpretación que se dé al precepto en los desarrollos normativos posteriores que se realicen por cada Estado. No obstante, atendiendo al tenor literal del texto del

⁵⁸ Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje. Punto I.3. Reconocimiento jurídico del paisaje.

CEP, podemos sentar una primera conclusión: si el reconocimiento jurídico de los paisajes supone declarar que son elemento fundamental del entorno humano, de la diversidad cultural y natural y fundamento de su identidad, los paisajes participan de la protección jurídica que dentro de cada Estado se otorgue a estos bienes jurídicos. Dicho de otro modo, si el paisaje es una expresión más de la diversidad biológica o del patrimonio cultural, participará del régimen jurídico de estos bienes y gozará de los mismos niveles de protección que se reconozcan a los mismos.

No obstante, esta conclusión nos lleva, dentro de nuestro derecho, a un importante conflicto de normas. Si un paisaje incorpora, al mismo tiempo, elementos valiosos desde el punto de vista de la biodiversidad y de la cultura, le serán aplicables las normas de sus respectivos regímenes jurídicos, no siempre coincidentes. La consecuencia será el planteamiento de un conflicto de normas que deberá resolverse según los criterios generales.

Esta situación hace palmaria la necesidad de un desarrollo normativo efectivo en materia de paisaje que resuelva esta indeterminación normativa que tanto favorece la confusión y la inefectividad de los derechos que se quieren reconocer.

Posteriormente, y dentro del citado artículo 5 se continúa señalando entre las medidas generales:

- b. 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.*
- c. Establecer procedimientos para la participación pública, así como 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.*

Como señalábamos al tratar del nuevo concepto del paisaje en el CEP, uno de los mayores cambios de paradigma que se apreciaban en el convenio era la democratización del concepto de paisaje. Se fundamente en:

José Luis Durán Sánchez

“La certeza de que el refuerzo de la relación entre la población y su lugar de vida es la base del desarrollo sostenible”; y en la consideración de que la participación es “un instrumento que permite reforzar la identidad de la población que se reconoce a sí misma en su entorno de vida”⁵⁹.

Si paisaje es cualquier parte del territorio, tal y como es percibida por la población, para hacer efectivo ese derecho colectivo a definir el paisaje, se hace necesario establecer unos procedimientos para que la población pueda expresar sus percepciones acerca de cada paisaje. Este punto es un elemento clave para la protección del paisaje. Si el legislador nacional competente para realizar los desarrollos normativos de este precepto no los realizara o si, realizados, fueran restrictivos se vería frustrada una de las principales finalidades del CEP, cual es la atribución a las poblaciones de la capacidad de decidir sobre sus paisajes. No se quiere valorar únicamente el conocimiento científico de los técnicos y especialistas, sino también el saber popular y los resultados del conocimiento empírico de las poblaciones, que entrará en una relación dialéctica con las conclusiones de los expertos para la cualificación de los paisajes.

No obstante, y pese a la prometedora dicción literal del artículo 1 del CEP, que define el paisaje como lo que percibe la población, en la Recomendación CM de 2008 se atempera un tanto dicha afirmación señalándose que la participación:

“Implica la consideración de la percepción social del paisaje y de las aspiraciones populares en las decisiones respecto a la protección, gestión y ordenación del paisaje” (Recomendación CM/Rec(2008)3. Punto II.2.3.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”.

La letra d nos ofrece una evidencia más de la preocupación del CEP por enfatizar el carácter multidisciplinar del paisaje⁶⁰. No se puede limitar

⁵⁹ Recomendación CM/Rec(2008)3. Punto II.2.3.A.

⁶⁰ Como hemos visto anteriormente, también en los desarrollos del Tratado de Ramsar se ha puesto especial énfasis en destacar el carácter multidisciplinar del paisaje en términos muy similares a los ahora analizados del CEP.

su desarrollo ciñéndolo a la ordenación del territorio o a cualquier otra área exclusiva y excluyente.

Junto con las medidas genéricas que acabamos de exponer, el artículo 6 versa sobre las medidas específicas, agrupándolas en cinco grupos; sensibilización, formación y educación, identificación y calificación, objetivos de calidad paisajística y aplicación.

Muchas de estas actividades se pueden encuadrar dentro de la actividad administrativa de fomento y forman parte de los principios generales a los que responde CEP⁶¹. Debe tenerse en cuenta que estas medidas concretas también integran lo dispuesto en el artículo 5 b y su adopción sirve para definir y aplicar políticas destinadas a la protección, gestión y ordenación de los paisajes.

Entre estas medidas concretas a las que cada parte se compromete, cabe destacar, entre otras: a) a identificar sus propios paisajes en todo su territorio; b) a analizar sus características y las fuerzas y presiones que los transforman; c) a realizar el seguimiento de sus transformaciones; y d) a calificar los paisajes así definidos, teniendo en cuenta los valores particulares que les atribuyen las partes y la población interesadas.

En la letra D del citado artículo 6 se trata de los objetivos de calidad paisajística señalándose que:

“Cada parte se compromete a definir los objetivos de calidad paisajística para los paisajes identificados y calificados, previa consulta al público, de conformidad con el artículo 5.c”.

Tras la fijación de los objetivos de calidad paisajística, que como veíamos incumbe esencialmente a cada población en relación con su entorno, su definición normativa se impone a las autoridades correspondientes de cada Estado según sus normas internas de distribución de competencias.

⁶¹ Destaca: a) sensibilización: cada parte se compromete a incrementar la sensibilización de la sociedad civil, las organizaciones privadas y las autoridades públicas respecto del valor de los paisajes, su papel y su transformación; y b) formación y educación: cada parte se compromete a promover:

- a) La formación de especialistas en la valoración de los paisajes e intervención en los mismos.
- b) Programas pluridisciplinarios de formación en política, protección, gestión y ordenación de paisajes con destino a los profesionales de los sectores privado y público y a las asociaciones interesadas.
- c) Cursos escolares y universitarios que, en las disciplinas correspondientes, aborden los valores relacionados con los paisajes y las cuestiones relativas a su protección, gestión y ordenación.

Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro.

Por tanto, y pese al subjetivismo en la apreciación del paisaje, se hace necesario fijar un objetivo de calidad paisajística, que se va a formar partiendo precisamente de la identificación y calificación de esos paisajes previamente realizada por la población.

De cara a la aplicación de todas las previsiones en materia de paisaje, se establece dentro del apartado E del artículo 6 que:

“Para aplicar las políticas en materia de paisajes, cada Parte se compromete a establecer instrumentos de intervención destinados a la protección, gestión y/u ordenación del paisaje”.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, lo dispuesto en el artículo 12 del CEP en el que se señala que las disposiciones del mismo:

“No afectarán a las disposiciones más estrictas en materia de protección, gestión y ordenación del paisaje contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales vinculantes”.

Con ello, queda abierta la puerta a una protección más intensa del paisaje, pero también quedan algo difuminados los ambiciosos objetivos a alcanzar en protección de los paisajes, que dependerán tanto de la voluntad de los legisladores competentes en cada Estado, como de los concretos instrumentos elegidos por cada uno de ellos⁶².

En conclusión, la recepción en España del CEP como derecho positivo obligatorio abre un nuevo abanico de posibilidades para su pro-

⁶² Según la Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro, las principales categorías de instrumentos utilizables son las siguientes:

- la planificación del paisaje: estudios y planes del paisaje integrados en la planificación territorial;
- la integración del paisaje en las políticas e instrumentos sectoriales;
- las cartas, los contratos y los planes estratégicos compartidos;
- los estudios de impacto sobre el paisaje;
- las evaluaciones de los efectos paisajísticos de las intervenciones no sometidas a estudio de impacto;
- los lugares y los paisajes protegidos;
- las relaciones entre el paisaje y la normativa relativa al patrimonio cultural e histórico;
- los recursos y la financiación;
- los premios de paisaje;
- los observatorios de paisaje, centros e institutos;
- los informes sobre el estado de los paisajes y de las políticas de paisaje;
- los paisajes transfronterizos.

Estos instrumentos son desarrollados en el Anexo I que lleva por rúbrica “Ejemplos de instrumentos utilizados para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje”.

tección, si bien, previamente, se hace imprescindible que las obligaciones establecidas para la partes por el CEP tengan una inmediata traducción efectiva dentro de nuestro Ordenamiento interno, proyectándose sobre todos y cada uno de los distintos sectores afectados⁶³.

Referencias bibliográficas

- AAVV (1997): “Servicios de los Ecosistemas, Beneficios que la sociedad recibe de los ecosistemas naturales”; en *Tópicos en Ecología, Ecological Society of America* (2).
- AAVV (1999): *Biblia Sacra iuxta vulgatam clementinam nova editio*. Edición de Colunga-Turrado, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- AAVV (2002): *Los humedales y el patrimonio cultural*. Oficina Ramsar.
- AAVV (2006): *El Paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la Ordenación del Territorio y el urbanismo*. Diputación de Barcelona.
- AGUILERA VÁZQUEZ, M. (2000): *El Desarrollo Sostenible y la Constitución Española*. Barcelona.
- BARRENA MEDINA, A. M. (2011): “Energía, sostenibilidad y paisaje”; en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (18).
- BASORA ROCA, X. y SABATÉ Y ROTÉS, X. (2006): *Custodia del Territorio en la práctica*. Xarsa de Custòdia del Territori.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. (1994): “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”; en *Revista de Administración Pública* (134).
- BERQUE, A. (2009): *El pensamiento paisajero*. Biblioteca Nueva.
- BERQUE, A. (1997): “En el origen del paisaje”; en *Revista de Occidente* (189).
- BERQUE, A. (1994): “Paysage, milieu, historie”; en AAVV: *Cinq propositions pour une théorie du paysage*. Champ Vallon, Seysell.

⁶³ Un buen ejemplo de regulación integral de una materia transversal es el realizado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en la que la materia es abordada en toda su dimensión permitiendo una actuación conjunta de las Administraciones Públicas.

- CASADO, D. (1998): *El Sector No Lucrativo en España*. Fundación BBVA, Bilbao.
- CIFUENTES HONRUBIA, J. L. (2006): *El signo lingüístico*. Biblioteca de recursos electrónicos de humanidades E-excelence, Madrid.
- DEL POZO, C. *et al.* (2008): “Un foro de reflexión y de acción, el agua y la sostenibilidad desde la perspectiva del paisaje”; en *Ambienta* (julio-agosto).
- DÍAZ PINEDA, F. (2001): “Herencia natural y cultural en el paisaje”; en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (5).
- Eco, U. (2009): *Historia de la Belleza*. Lumen.
- FERNÁNDEZ LATORRE, F. (2010): “Análisis legislativo y jurisprudencial en materia de paisaje y turismo. Implicaciones prácticas”; en *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental* (20).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2007): *La protección del paisaje. Un estudio de Derecho español y comparado*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y SORO MATEO, B. (2001): *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el estado autonómico*. Atelier, Barcelona.
- FOLKE, C.: “Resilience. The emergent of a perspective for social-ecological systems analices”; en *Global Environmental Change. Human and Policy Dimensions* (16, 3).
- GIANNINI (1975): “Primi rivieli sulle nozioni di gestione del l’ambiente e del territorio”; en *Revista Trimestrale de Diritto Pubbico* (2).
- GÓMEZ-ZOTANO, J. y RIESCO CHUECA, P. (2010): *Landscape learning and teaching: Innovations in the context of the European Landscape Convention*. INTED2010 Conference. 8-10 March 2010, Valencia.
- HERVÁS MÁS, J. (2009): *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Bosch, Barcelona.
- MADERUELO, J. (2005): *El paisaje. Génesis de un concepto*. Abada Editores, Madrid.
- MARTÍN MATEO, R. (1991): *Tratado de Derecho ambiental*. Editorial Trivium, Madrid.

- MARTÍNEZ NIETO, A. (1993): “La protección del paisaje en el Derecho español”; en *Actualidad Administrativa* (32-33).
- MESEGUER SÁNCHEZ, V. (2011): *Responsabilidad Social Corporativa, una interpelación al Derecho Internacional, Comunitario e Interno*. Universidad de Murcia, Murcia.
- MILANI, R. (2007): *El arte del paisaje. Paisaje y Teoría*. Biblioteca Nueva.
- MONTORO BALLESTEROS, A. (1993): *El Derecho como sistema normativo: Naturaleza y función del Derecho*. Universidad de Murcia.
- MORENO MOÑINO, J.: *Estrategia del paisaje de la Región de Murcia*. Dirección General de Territorio y Vivienda. CARM.
- PARDOEL D. et al.: *El paisaje en la esfera pública: Discurso, percepciones e iniciativa ciudadana en torno a los paisajes españoles*. Aportaciones del Seminario Patrimonio, Paisaje y Sostenibilidad territorial.
- PEÑA CHACÓN, M. (2005): “La tutela jurídica del paisaje”; en *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental* (12-13).
- PÉREZ-DÍAZ, V. (2003): *El tercer sector social en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2008): “Relaciones entre la ordenación urbanística y la protección del paisaje”; en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* (243).
- PRADA LLORENTE, E. (2010): *Buenas prácticas paisajísticas en la modernización agraria*.
- PRIORE, R. (2002): “Derecho al paisaje, derecho del paisaje”; en *Paisaje y ordenación del territorio*. Consejería de Obras Públicas y Transportes, Junta de Andalucía, Fundación Duques de Soria.
- RECARTE VICENTE-ARCHE, A. y ALONSO GARCÍA, E. (2009): *Landscape Policies: The Case of Vermont*. Friends of Thoreau.
- RIPLEY SORIA, D.: “Aspectos jurídicos en la Conservación del Paisaje”; en *El Paisaje y el Hombre: valoración y conservación del paisaje natural, rural y urbano*. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid.

- ROGER, A. (2008): “Vida y muerte de los paisajes. Valores estéticos, valores ecológicos”; en AAVV: *El paisaje en la cultura contemporánea*.
- SAINT EXUPERRY, A. (2008): *Le Petit Prince*.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (1999): “Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) normas de aplicación directa. Anulación...”; en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* (173).
- ZIMMER, J. (2008): “La dimensión ética de la estética del paisaje”; en AAVV: *El paisaje en la cultura contemporánea*. Biblioteca Nueva, Madrid.
- ZOIDO NARANJO, F. *et al.* (2008): *Estudio comparativo de las políticas de paisaje en Francia, los Países Bajos y Suiza*. Universidad de Sevilla.