NOTAS SOBRE EL REGIMEN URBANISTICO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DEL PAISAJE

ENRIQUE SANCHEZ GOYANES

I. PROTECCION DEL PAISAJE Y CONSTITUCION

La preservación del paisaje y, en general, la del medio natural, surgió como preocupación colectiva después de la Segunda Guerra Mundial, confirmando este objetivo como verdadero derecho de los ciudadanos, reconocido constitucionalmente. Heredera, por tanto, de la tendencia más reciente en el campo de la regulación de las llamadas "libertades públicas", la vigente Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, acogió la preservación de la Naturaleza, en sentido amplio, consagrándolo como derecho colectivo que atañía a todos los ciudadanos.

En efecto, el Artículo 45 de la primera de nuestras Leyes estableció:

"1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Ciertamente, el Artículo 45 no forma parte de la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título que trata "De los derechos y deberes fundamentales" (Arti-

culos 14 a 30) y, por ello, no es susceptible de legitimar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para que un ciudadano español que estime lesionado, en una circunstancia concreta, ese derecho colectivo, pueda acceder a aquél, en solicitud de que se impidan los hechos determinantes de la posible lesión. Sin embargo, aun cuando carece de esa especialísima protección, de que sí disfrutaban las conocidas como “libertades clásicas” (igualdad ante la ley; libertad de pensamiento, de expresión, de elección de residencia, de reunión, de manifestación, etc; derechos a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad jurídica, al honor y a la intimidad, etc...), el “derecho a la preservación del medio ambiente”, estatuido por la Constitución como uno de los “Principios rectores de la política social y económica”, tiene una virtualidad propia, también trascendente: “el *reconocimiento*, el *respeto* y la *protección de este Principio* —como los de los demás incluidos en el mismo Capítulo III del Título I— *informará la Legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos*” (Artículo 53.2 de la Constitución).

La virtualidad alcanza, pues, a marcar una señal *orientativa para la actuación de los tres Poderes del Estado: el Legislativo (Cortes Generales y Parlamentos regionales), el Ejecutivo (las Administraciones Públicas) y el Judicial. Al dictar Leyes, al aplicarlas y al interpretarlas, cuando se afecte a este grupo de derechos, se deberá seguir (es un mandato conciso pero inequívoco) la orientación marcada por la Constitución, reconociendo, respetando y protegiendo esos Principios.*

El carácter de ese conjunto de derechos es progresista, desarrollo de ese objetivo de “avanzada” con que el propio Preámbulo de la Constitución califica la sociedad democrática que se pretende establecer con la misma: son los considerados derechos sociales, en sentido amplio, progresivamente incorporados en las Constituciones de la Postguerra a los catálogos de las libertades públicas tradicionales, que consagran las conquistas de mejoras en la calidad de la vida colectiva alcanzadas por diversas Naciones de Occidente.

Los constitucionalistas han reconocido la importante función que deben ejercer estos Principios al orientar la actuación de los Poderes públicos: “Estos Principios forman lo que podría llamarse el *horizonte utópico* de la Constitución... Esos derechos son los que marcan precisamente ese horizonte utópico que, en cierto modo, va a permitir la movilización futura de la Constitución. Indican hacia dónde puede ir nuestro inmediato futuro”, y “no pueden alegarse ante un Tribunal más que en algunos casos concretos y particulares, pero *tienen una función orientadora para la creación e interpretación de las Normas jurídicas*” (1).

De esta primera aproximación a la cuestión suscitada, desde el punto de vista estrictamente constitucional, es claro que los Poderes públicos, entre los cua-

(1) Díaz García, Elías, y García-Pelayo, Manuel: Citados en mi “Constitución Española comentada”, Editorial Paraninfo, 13ª Edición, 1984, pág. 74.

les están los Ayuntamientos, a los que corresponde el Gobierno de los Municipios, *deben velar por la protección y mejora de la calidad de la vida, así como por la defensa y restauración del medio ambiente, ya que la Constitución establece que este Principio es uno de los que deben necesariamente orientar su actuación.*

Sentada esta premisa, conviene examinar los mecanismos legales a través de los cuales puede *articularse esa defensa y restauración* del medio ambiente, mecanismos que deben ser *interpretados a la luz del Principio* constitucional comentado.

II. PROTECCION DEL PAISAJE Y DERECHO URBANISTICO

La defensa del paisaje, dicho sea muy en síntesis, viene atribuída en nuestro Ordenamiento, a las Corporaciones Municipales (Artículo 101.2 letras *b* y *j* de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955) las cuales ejercitan esta atribución a través del mecanismo del Artículo 73 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976, y del Artículo 98 de su Reglamento de Planeamiento Urbanístico, de 23 de junio de 1978. Circunscribimos el campo de acción de esta facultad al *supuesto de existencia previa de un Planeamiento especialmente permisivo cuya simple ejecución, sin corrección alguna, pudiera dañar los valores que el Artículo 45 de la Constitución pretende salvaguardar*, por lo que nos entendemos liberados de exponer otros procedimientos para accionar tal facultad en las fases de elaboración del Planeamiento. El Artículo 15 LS y 68 RP *autoriza a los Proyectos de Urbanización a "efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras" por las características del suelo y subsuelo*; el Artículo 40. 1 R.P. señala que *las Normas Urbanísticas del Plan General contendrán en el suelo urbano, "las características estéticas de la ordenación de la edificación y de su entorno"*; el Artículo 61 RP establece que las Ordenanzas de cada Plan Parcial contemplarán, entre otros apartados, el de Normas de edificación con referencia a condiciones comunes a todas las zonas en cuanto a edificación, volumen, y uso, con expresión de los permitidos, prohibidos y obligados, señalando para éstos últimos la *proporción mínima exigida de higiene, y estética, en que estuvieran situados"*.

No obsta a la sistemática del Dictamen la circunstancia de que la Ley del Suelo sea anterior, en dos años y medio, a la promulgación de la actual Constitución, ya que el derecho preexistía a la Ley, que configuró un medio para su defensa, y la Constitución vino a Consagrarlo, dotándolo del máximo rango jurídico posible en nuestro Derecho. El Reglamento del Planeamiento, aprobado cuando ya era definitivo el Texto de la Constitución, es significativo el robustecer las facultades municipales para protección del medio ambiente, añadiendo al correlativo Artículo de la Ley la indicación de que *"tendrán aplicación en todo caso, existan o no aprobados Planes de Ordenación o Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento"*, lo que, elementalmente, quiere decir que estas fa-

cultades prevalecen sobre la Ordenación si existiera, como el Tribunal Supremo ha explicitado, según luego veremos.

El Artículo 73 de la Ley del Suelo, en cuanto interesa ahora, ha establecido que “las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y, a tal efecto: ...En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo,... 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, romper la armonía del paisaje ó desfigurar la perspectiva propia del mismo”.

El correlativo Artículo 98 del Reglamento de Planeamiento ha ampliado, como ahora veremos, la prohibición y la ha superpuesto taxativamente por encima de la Ordenación urbanística vigente. En efecto, en lugar de decir “No se permitirá que... limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo”, dice “No se permitirá que... limite el campo visual..., rompa o desfigure la armonía del paisaje o la perspectiva propia del mismo”. Gramaticalmente, con la teoría del análisis sintáctico en la mano, cabe reconocer que el objeto directo de la prohibición (“no se permitirá”) se ha triplicado: limitar el campo visual, romper la armonía del paisaje y desfigurar su perspectiva... Antes, el objeto directo era solo uno (“limitar el campo visual”) al que se adjuntaban tres complementos circunstanciales; se prohibía la limitación del campo visual en tres supuestos circunstanciales; en el Reglamento, las circunstancias se objetivizan autónomamente y se extiende a ellas el objeto de la prohibición. En resumen, *el campo de prohibición se ha ampliado*. Simultáneamente, el carácter del precepto se ha reforzado, al considerársele anterior y superior al Planeamiento vigente (apartado 3 del mismo Artículo 98 RP).

Como se ha señalado la doctrina científica más autorizada, “la regla opera indudablemente con conceptos jurídicos indeterminados (“los lugares de paisaje abierto y natural”, “la armonía del paisaje”, “las bellezas naturales”, “los caminos de trayecto pintoresco”, “las perspectiva”...) pero ello no altera en nada la anterior conclusión —tener la condición de norma sustantiva del Ordenamiento, de directa aplicación— sino que implica tan sólo que, en la aplicación del mismo, ha de actuarse con arreglo a la técnica propia de aquellos conceptos...; la aplicación de los conceptos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: o concurre o no concurre el concepto (...); *la regla ha de jugar* siempre de forma independiente y directa y *como mecanismo corrector de los resultados —eventualmente contrarios a los valores protegidos por ella— que de la simple aplicación de las determinaciones del planeamiento pudieran derivarse* (...) operando directa e independientemente y a su propio nivel de Disposición Legal *como medida de control de la legitimidad de las determinaciones del Plan y sus actos de aplicación*” (2). *La aplicación di-*

(2) García de enterría, Eduardo, y Parejo Alfonso, Luciano: “Lecciones de Derecho Urbanístico”, Civitas, 1981, 2ª Edición, págs. 229-230.

recta del Artículo 73 LS “determinará la nulidad o la anulabilidad, según los casos, de los actos dictados en contravención del mismo (3). Que esté plagada de conceptos jurídicos indeterminados,... “no significa nada en contra de su obligado respeto, incluso para los propios Planes, cuyas determinaciones tienen que ajustarse necesariamente a ella” (4).

“Esos casos, pues, que se han producido en algunas localidades españolas, donde se han erigido construcciones más o menos masivas con perjuicio y daño de perspectivas de belleza o tipismo reconocido, encontrarán aquí el arma legal necesaria para impedir tales desmanes” (5).

Complementario del derecho a la preservación del paisaje es el derecho a restaurarlo, también reconocido por la Constitución y de observancia para los Poderes Públicos.

Mecanismo habilitador del ejercicio de este derecho, lo constituye el Artículo 182 LS: *“Los Ayuntamientos... podrán también ordenar, por motivos de interés turístico o estético, la ejecución de obras de conservación y reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, sin que estén previamente incluidos en Plan alguno de Ordenación”.*

En su desarrollo, fueron dictados los Artículos 10 y 11 del Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 de Junio de 1978 (R.D.). La articulación de esta facultad ha permitido sustentar un criterio jurisprudencial según el cual, si se reconoce a los Ayuntamientos la facultad de ordenar la ejecución de obras por razón de estética sobre construcciones existentes, lógico es que se hallen facultados para evitar, con carácter previo, el nacimiento de construcciones que luego deban motivar el accionamiento de aquella facultad del Artículo 182 LS (entre otras, Ss de 18 de diciembre de 1968 y 11 de febrero de 1970, del Tribunal Supremo).

III. EL PROBLEMA DE LA SUBJETIVIDAD DE LA APRECIACION

Subyace en todo el planteamiento expuesto, el delicado problema de la subjetividad que puede, muchas veces, presidir el examen de los hechos sobre los cuales deba actuar el mecanismo de los Artículos 73 y 182 LS, especialmente acentuado al referirse a un campo de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como ya se ha dicho.

(3) González Pérez, Jesús: “Comentarios a la Ley del Suelo”, Civitas, 1981, 4ª Edición, pág. 474.

(4) Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: “Manual de Derecho Urbanístico”, Publicaciones Abella, 3ª Edición, 1982, pág. 45.

(5) Lliset Borrrell, Francisco, y Charot Nogales, Francisco: “Ley del Suelo”, Publicaciones Abella, 1976.

“Naturalmente, en la apreciación de lo que constituye la armonía de un paisaje natural existe mucho de subjetivo. No puede utilizarse este Artículo para que prevalezca el criterio arbitrario o parcial de los titulares como Organos administrativos. Pero, por encima de cualquier consideración subjetiva, existen unos elementos objetivos que acaban por imponerse. No hace falta ser un Técnico para poder apreciar cuándo se rompe la armonía del paisaje. El juez, en definitiva, tendrá la última palabra (...) (6).

La misma Constitución proclama que “los ciudadanos y los Poderes públicos están sujetos a ella y al resto del Ordenamiento jurídico (Art. 9.1); “garantiza el principio de legalidad (...) y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos” (Artículo 9.3) consagra “la igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna” (Artículo 14); reconoce el derecho a la seguridad jurídica (Artículo 25) y afirma el derecho a la propiedad privada (Artículo 33.1).

En definitiva, modula la misma Constitución las facultades genéricas de los Poderes públicos (en nuestro caso, de los Ayuntamientos) en el campo de sus atribuciones específicas; junto a los Principios recogidos en los Artículos 39 a 52, que señalan *hacia dónde* debe orientarse la actuación de aquéllos, los Principios enumerados en el anterior párrafo, igual que otros constitucionalmente tutelados, marcan cómo debe desplegarse esa actuación, qué pautas de desenvolvimiento ha de observar. En resumen, pueden los Ayuntamientos promover la defensa del paisaje y aun la restauración de sus áreas agredidas, y hasta es un deber constitucional para los mismos, pero jamás conculcando una serie de Principios constitucionales de escrupuloso cumplimiento; jamás, por ejemplo, mediante la práctica de la arbitrariedad, olvidando el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos o violentando el mismo derecho de igualdad ante la Ley.

Al compás de la evolución de la Legislación urbanística y, sobre todo, después de la promulgación de la Constitución, el Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina relativa a la materia que nos ocupa, sentando dos principios medulares: 1) Los Ayuntamientos tienen capacidad no discutible para promover la conservación del paisaje actuando al respecto en la elaboración del Planeamiento y en el desarrollo de las previsiones de éste. 2) Para desarrollar válidamente esa capacidad frente a determinados hechos, precisan, sin embargo, determinar con los medios de prueba utilizables al respecto, que dicha conservación sería menoscabada por el surgimiento no corregido de tales hechos.

Limitándonos sólo a la evolución de la doctrina a lo largo del último año, apreciamos la reiteración de ambos Principios, advirtiendo a la vez, un carácter progresivo en el juicio de la Sala al interpretar la Ley del Suelo y los mecanismos de protección del paisaje, sin retroacción alguna, llegando hasta a considerar *sujetos a licencia los actos de movimientos de tierra destinados a fines agrícolas tanto si modifican el relieve del suelo como si afectan la armonía del paisaje,*

(6) González Pérez, Jesús: op. cit., pág. 230.

exigiendo, por tanto, un examen del Proyecto como acto de control municipal (S. de 22 de junio de 1982), subrayando el carácter sustantivo de aplicación directa del precepto del Artículo 73 LS (S. de 30 de junio de 1982), y estableciendo que esa aplicación deberá tener, como factor determinante, lo que, al efecto, informen los Servicios Técnicos designados por el Ayuntamiento, o, en último grado, lo que Instituciones o Corporaciones especializadas en cuestiones que afecten a la estética de una edificación, o en las Bellas Artes, puedan decir en cuanto a la Valoración estética y urbanística”, rechazando toda Resolución “sin ningún apoyo técnico, y de forma discrecional, basada en la simple opinión de los componentes de la Comisión Permanente” de una Corporación Municipal (S. de 5 de marzo de 1982).

Conclusión elemental de todo lo anterior es asegurar que la defensa del paisaje, y su restauración cuando alguna de sus áreas estuviera agredida, no son sólo atribuciones de los Ayuntamientos, asignadas en la aún vigente Ley de Régimen Local, Artículo 101.2, letra J y reguladas por las vías de los Artículos 73 y 182, respectivamente, de la Ley del Suelo, y sus correlativos 98 y 11 de los Reglamentos de Planeamiento y Disciplina Urbanísticos, sino verdaderos deberes que les ha venido a señalar la Constitución Española, Artículo 45, exigiendo que insten su cumplimiento al amparo de “la indispensable solaridad colectiva” llegando a situar bajo el Código Penal (7) a quienes violen este precepto, por todo lo cual es patente y notorio que los Ayuntamientos pueden y deben intervenir en el desarrollo urbanístico de los Municipios, articulando medidas para protección del paisaje y aun para procurar la restauración de áreas degradadas y fijando sus criterios de Estética para las diversas zonas, tanto a través de una Ordenanza aneja al Plan General, como a través de las Ordenanzas de los Planes Parciales (8) y en un tercer escalón, solicitando adaptaciones en la ejecución de los Proyectos de Urbanización, cuando las características del suelo en relación con la armonía del paisaje así lo aconsejen, antes de otorgarles la aprobación definitiva, además de, por supuesto, finalmente, al conceder condicionalmente una licencia de edificación, o, incluso, denegarla, en virtud siempre de una sólida fundamentación que legitime la decisión, desde los postulados desarrollados en los Fundamentos anteriores.

(7) El Artículo 347, bis, letra a del Código penal, según la Ley Orgánica de Reforma, de 23 de junio de 1983, castiga, con penas de arresto mayor y multa “al que, contravinendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo, o las aguas terrestres o náuticas, que pongan en peligro para la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

(8) Parejo Alfonso, Luciano: “Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración”, Colección Estudios de Derecho Público, IEAL, 1982. Veáanse páginas 67 y siguientes, para examinar la cuestión que, paralelamente, se debe suscitar: Al determinar vinculaciones o limitaciones singulares que llevan consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, ¿Cuándo nace el derecho a indemnización?