



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

EL DERECHO AL DISFRUTE DEL PAISAJE:
ALCANCE, LÍMITES Y TÉCNICAS PARA SU PROTECCIÓN
EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

Juan Claudio Morel Echevarría



Tesis

Doctorales

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO
Programa de Doctorado en Derecho Ambiental

**EL DERECHO AL DISFRUTE DEL PAISAJE:
ALCANCE, LÍMITES Y TÉCNICAS PARA SU PROTECCIÓN EN
EL ORDENAMIENTO ARGENTINO**



Tesis Doctoral presentada por:

JUAN CLAUDIO MOREL ECHEVARRÍA

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Dirigida por:

Prof. Dr. GERMAN VALENCIA MARTIN

Prof. Dr. IÑIGO SANZ RUBIALES

Alicante, 2015



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A mis amigos y maestros del Colegio San José en Tandil, donde aprendí el contenido del Derecho Humano en sus tres dimensiones: amar a Dios como a uno mismo, amar a los hombres, y amar la creación para proteger toda vida y toda dignidad de la vida...

A los amigos de JICA, University for Peace y de la Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, donde aprendí que no sólo el agua potable debe ser protegida, sino toda agua...

A los amigos de la UNICEN y FASTA, en cuyas aulas pretende enseñar el Derecho Ambiental el autor de esta Tesis, y, a los amigos de la Universidad de Alicante donde se pretende haber aprehendido, los muchos conocimientos recibidos...

A dos damas, una bruja y la otra brujita, y a un caballero que ha empezado a leer el Código Civil en estos días, infinito y único amor, para que me encuentren en estas páginas, por las veces que me han perdido entre ellas...

A mis amigas jusambientalistas en el orbe, con las que compartí libros, seminarios e interminables charlas sobre lo más lindo en el mundo, una conversación entibiada por el café y las pasiones en el Derecho: Noemí, Maraluce, Estefanía, Alina, Fernanda, inteligentes, cultas, estudiosas, despiertas, madres y como si fuera poco, esposas, gracias por su bondad, afecto y esmero. Mi permanente admiración a sus intelectos.

A un par de amigos que hablan castellano y escriben como alemanes, rápidos con la mente y lentos con las manos, cantan la marcha granadera y siguen al merengue, ruegan a Dios pero dan con el mazo, beben del rojo Duero y no soslayan la pálida horchata, piensan pero ya sabían que son...Y este servidor, cruza el charco por aquellas tertulias, una vez cada tanto...



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO I. EL PAISAJE: JURIDIFICACION, RELACIONES, ELEMENTOS Y CATEGORIAS

I. Introducción	27
II. Etimología y evolución.....	29
III. Nacimiento de la idea de paisaje.....	30
IV. Paisaje, ambiente, naturaleza, cultura y desarrollo sostenible	35
1. Introducción.....	35
2. El Derecho Ambiental, teorías sobre los elementos que lo integran	39
2.1. El monismo ambiental	40
2.2. El dualismo ambiental	46
3. Derecho Ambiental, Desarrollo Sostenible y Derecho de la Cultura, distinción a través de sus principios. Relación con el paisaje	55
3.1. Principios del Derecho Ambiental	55
3.2. Principios del denominado “derecho del desarrollo sustentable”, como instrumento del Derecho Ambiental y su ajenidad al paisaje	64
3.3. Principios del Derecho de la Cultura.....	67
3.3.1. Concepto de Cultura	67
3.3.2. El Derecho aplicado a la Cultura: El Patrimonio Cultural, y su relación con el Paisaje	70
3.3.3. Principios	72
3.3.4. Constitución de Tierra del Fuego	75
V. Resumen: conceptos de ambiente, naturaleza, cultura y paisaje	76

CAPITULO II. CONCEPTO DE PAISAJE

I. Introducción.....	79
II. El paisaje como bien jurídico. Sus caracteres.....	83
1. Bien Colectivo	85
2. Paisaje como bien cultural y natural.....	86
3. Paisaje como bien indivisible.....	87

4.	Paisaje como bien de identificación y tutela necesaria	88
5.	Paisaje como bien que legitima su tutela colectiva y social	89
6.	Paisaje y énfasis preventivo	90
7.	Paisaje y afectación de recursos	93
8.	Paisaje y utilidad: necesidad de protección	94
9.	Uso Común, masivo, sin exclusión y atípico	94
III.	El paisaje en la Constitución	95
1.	Introducción	95
2.	El Paisaje en la Constitución de la Argentina	96
2.1.	Convención Constituyente de 1994	96
2.2.	Constitución de 1994	98
3.	La propiedad del paisaje en la Constitución de la Argentina	103
3.1.	Dominio originario para las provincias	104
3.2.	El estatuto constitucional de la propiedad	106
3.2.1.	Función social de la propiedad	107
IV.	El paisaje en el Derecho Público Provincial	112
1.	Introducción	112
2.	La propiedad del paisaje en las Constituciones de Provincia	113
3.	El Paisaje como Dominio Originario, art 124 CN	113
3.1.	Dominio Originario como Dominio Eminente	115
3.2.	Dominio Eminente y paisaje en la privatización del recurso tierra	118
3.3.	Dominio Eminente y Paisaje en el espacio aéreo	121
3.4.	Dominio Eminente y paisaje en el Derecho Provincial	124
3.4.1.	Declaraciones directas y expresas sobre Dominio Eminente	125
3.4.2.	Declaraciones indirectas y tácitas sobre Dominio Eminente	131
4.	Poder provincial legisferante en la materia. Paisaje en la legislación provincial.....	136
V.	El paisaje como Derecho de Incidencia Colectiva	152
VI.	Resumen: Definición de paisaje, su naturaleza jurídica	157

CAPÍTULO III. DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL DEL PAISAJE

I.	Introducción.....	161
II.	Convención Europea del Paisaje	161
1.	Antecedentes	161
2.	Definición	163
3.	Ámbito de aplicación	163

4.	Objetivos.....	164
5.	Políticas institucionales	165
6.	Cooperación	166
7.	Valores que surgen del Convenio Europeo del Paisaje	167
7.1.	Introducción.....	167
7.2.	El Trabajo.....	169
7.2.1.	Introducción.....	169
7.2.2.	Significado del Trabajo y el Paisaje.....	170
7.2.3.	Trabajo e inmigración, el inmigrante y su paisajización.....	170
A.	Migración en España.....	175
B.	Programa de Estocolmo	176
7.3.	Paisaje como calidad de vida	178
7.3.1.	Introducción.....	178
7.3.2.	Primeras experiencias con la “calidad de vida”	180
7.3.3.	Calidad de vida desde los 70´	182
7.3.4.	Calidad de vida y paisaje.....	185
7.4.	La “identidad” europea	188
7.4.1.	La “identidad” como elemento de un sistema	189
7.4.2.	La “identidad” como elemento de la Convención	192
7.4.3.	Seguridad, identidad y paisaje	194
7.4.4.	Últimas observaciones	197
8.	Orientaciones o Principios Generales del Paisaje	198
III.	Derecho autonómico del paisaje en España	201
1.	Antecedentes	201
2.	La regulación del recurso suelo en España.....	202
3.	La fractura hidráulica (fracking) y su potencialidad subversiva al bloque de protección ambiental y paisajística	204
4.	La protección del paisaje en las Comunidades Autónomas.....	208
4.1.	La protección del paisaje en la Comunidad valenciana	209
4.2.	La protección del paisaje en Cataluña.....	210
4.3.	La protección del paisaje en Galicia	212
4.4.	La protección del paisaje en el País Vasco.....	214
4.5.	La protección del paisaje en Cantabria	217
4.6.	Aspectos comunes	218
5.	Técnica de los acuerdos voluntarios: protección del ambiente y el paisaje	221
5.1.	Los compromisos voluntarios	223
5.2.	La custodia del territorio	224

5.3. Contratos territoriales	225
6. Técnica urbanística en la (des) protección del paisaje. El agente urbanizador	227
7. La aplicación contractual voluntaria del paisaje	228
8. Técnica de intervención paisajística	229
8.1. Plan de acción territorial	230
8.2. Estudios de paisaje	231
8.3. Medidas y acciones para los objetivos de calidad paisajística. El catálogo de paisajes	232
8.4. Directrices, medidas y propuestas de actuación	232
8.5. Estudios de integración de paisaje	233
8.6. Instituto de estudios territoriales y del paisaje. Observatorio.....	234
IV. Resumen	235

CAPÍTULO IV. DERECHOS REALES Y PROTECCIÓN DEL PAISAJE

I. Presentación	237
II. Concepto de Derecho Real en la Argentina. Funcionalidad en la protección del paisaje ..	238
1. Introducción	238
2. Antecedentes.....	239
3. El Derecho Real de Dominio como medio para la protección del paisaje	242
3.1. Concepto de Derecho Real de Propiedad	243
3.2. Caracteres, absoluto, exclusivo, perpetuo	248
4. El Derecho Real de Uso	251
4.1. Introducción	251
4.2. Concepto, conservación substancia y divisibilidad.....	254
5. Derecho Real de Servidumbre como medio para la protección del paisaje	259
5.1. La Servidumbre Civil y el paisaje	260
5.2. Concepto, funcionalidad paisajística	260
5.3. Elementos en común para servidumbres personales y reales en función de la protección del paisaje	261
5.4. Caracteres, forma.....	262
6. El Derecho Real de Superficie y su aptitud para proteger al paisaje	266
6.1. Concepto y Caracteres	266
6.2. Adquisición y Extinción	269
III. Función social de la propiedad en la Argentina. Funcionalidad en la protección del paisaje	270
1. Introducción	270

2.	La función social de la propiedad en la definición del Derecho Real	271
2.1.	Código Civil de Argentina. Teoría Clásica. Abuso del Derecho	271
2.1.1.	Concepto y teorías explicativas	271
2.1.2.	Consecuencias para el paisaje	277
2.2.	Constitucionalismo social. Función social de la propiedad	274
2.2.1.	Antecedentes	274
2.2.2.	Concepto	277
2.2.3.	Teorías explicativas y su aptitud para considerar al Paisaje	278
2.2.4.	Consecuencias para el paisaje	282
3.	Resumen	285

CAPÍTULO V. ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y PROTECCIÓN DEL PAISAJE

I.	Presentación	289
II.	Concepto del ordenamiento territorial en la Argentina.....	289
1.	Legislación Constitucional y Federal.....	290
1.1.	Introducción	290
1.2.	Fundamento del ordenamiento territorial.....	290
1.2.1.	Función social de la propiedad	291
1.2.2.	El Derecho Ambiental y el paisaje.....	295
1.3.	Objetivos	296
1.4.	Conclusión liminar	297
2.	Legislación Provincial	298
2.1.	Introducción.....	298
2.2.	Legislación paisajística provincial	299
2.2.1.	Legislación provincial constitucional	299
2.2.2.	Elementos comunes detectados y el paisaje.....	303
2.2.3.	Legislación provincial infra-constitucional	304
A.	Provincia de Santa Fé, pionera del ordenamiento del paisaje.....	305
B.	Provincia de Córdoba y su consideración mediata al paisaje.....	306
C.	Provincia de Mendoza, valoración del paisaje	309
D.	Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el paisaje urbano	312
E.	Provincia de Buenos Aires, protección elitista del paisaje	314
2.2.4.	Elementos comunes detectados.....	318
2.3.	Razones que hacen legisferante de paisaje a la Provincia en la Argentina	319
2.3.1.	Desempeño del Derecho Civil	319

2.3.2. Desarrollo espontáneo del Derecho Administrativo: poder de policía	320
III. Resumen: Concepto común y operativo para la protección del paisaje	324

CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA PROPIA

I. Presentación	327
II. Derechos Reales y protección del paisaje.....	328
1. Introducción	328
2. El Dominio, su versatilidad y función social para proteger al paisaje.....	329
2.1. El Dominio imperfecto.....	329
2.2. El Dominio revocable	331
2.3. Dominio fiduciario	333
2.4. De las limitaciones al Dominio	336
2.4.1. Presentación	336
2.4.2. Las restricciones administrativas.....	338
2.4.3. Limitaciones ambientales	340
2.5. El fracaso de la función social de la propiedad. La expropiación y la indemnización de valores históricos y panorámicos	343
2.5.1. La expropiación.....	343
2.5.2. El carácter expropiable de los valores paisajísticos en la Argentina	345
A. Posición de Guillermo Borda.....	348
B. Posición de Miguel S. Marienhoff	349
2.6. La tensión entre el derecho de propiedad y el desarrollo económico o sostenible.....	351
2.6.1. Posiciones favorables al desarrollo económico, no necesariamente sostenible	352
2.6.2. Posiciones favorables al paisaje	356
III. Propiedad aborígen, el paisaje como atributo de un dominio social	361
1. Introducción	361
2. De la Propiedad Aborígen. Importancia del paisaje.....	364
2.1. Gente de la tierra, como parte del paisaje	365
2.2. Actos posesorios en la propiedad paisaje –aborígen.....	366
2.3. La propiedad paisaje-aborígen	367
3. De la propiedad civil y su relación con la propiedad aborígen	369
3.1. Introducción	369
3.2. Negación de la propiedad aborígen y con ello a la protección del paisaje	370

3.2.1. Derecho Patrio	370
3.2.2. Constitución de 1853 y legislación posterior	373
3.3. Aceptación de la propiedad aborigen, incorporación tácita del paisaje. La Constitución de 1994.....	376
3.3.1. Pueblos indígenas argentinos	377
3.3.2. Las “tierras que tradicionalmente ocupan”.....	379
3.3.3. Naturaleza jurídica	381
3.3.4. Publicidad	384
3.3.5. Caracteres	385
A. Nuevos caracteres. El Paisaje	388
B. Comunitarismo.....	389
3.4. Derecho Minero	390
3.5. Regulación en el Código Civil	391
IV. Resumen	393

CAPÍTULO VII. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA

I. Presentación	395
II. La protección del paisaje en los Derechos Reales sobre cosa ajena.....	395
1. El Derecho de Uso como interés particular	396
1.1. Introducción	396
1.2. De las cosas que pueden ser dadas en uso: paisaje como objeto.....	398
1.3. El paisaje como objeto del Derecho de Uso	401
1.4. Punto más extremo: El Derecho de paso inocente y su aptitud natural para proteger paisaje	402
1.5. Responsabilidad del usuario	406
1.6. Pagar para ver. Principio de sostenimiento preventivo del Paisaje.....	407
2. El Derecho de Uso como interés difuso	408
2.1. .Introducción	408
2.2. De nuevo sobre el objeto, ahora como bien colectivo	409
2.3. El paisaje como bien de consumo colectivo mediante el uso	412
III. Derecho de Servidumbre y paisaje	414
1. La Servidumbre Civil	415
1.1. Introducción	415
1.2. Servidumbres típicas. Servidumbre de tránsito y paisaje	416

1.3. Servidumbres atípicas. Servidumbre ambiental y de paisaje	418
2. Servidumbres administrativas	421
2.1. Concepto	422
2.2. Objeto, su versatilidad para servir motivos paisajísticos	422
2.3. Ejemplos de servidumbre administrativa, operativas para intervenir en el paisaje	423
2.3.1. Servidumbre de acueducto	423
2.3.2. Servidumbre de electroducto	424
2.3.3. Servidumbre de acceso a yacimientos arqueológicos	429
2.3.4. Servidumbre de acceso a monumentos históricos	429
2.3.5. Servidumbre de sirga	430
2.3.6. Servidumbre de frontera	436
2.3.7. Servidumbre de salvamento	437
2.3.8. Servidumbre panorámica	437
2.3.9. Servidumbre lacustre	438
IV. El derecho de superficie	443
1. Crítica, referencia al paisaje	443
V. Resumen	445

CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL DOMINIO PÚBLICO

I. Presentación	447
II. Dominio Público y protección del paisaje	448
1. Introducción	448
2. Concepto de Dominio Público, compatibilidad para comprender al paisaje	448
3. Elementos de Dominio Público, y paisaje	453
4. Dominio Público, finalidad en protección del ambiente y el paisaje	455
5. Resúmen	458
III. Protección que confiere al paisaje el dominio público	459
1. El paisaje como patrimonio cultural	459
1.1. Introducción	459
1.2. Antecedentes legislativos	460
1.3. La protección del paisaje a través de la técnica del patrimonio Cultural	462
2. El paisaje como patrimonio natural	467
2.1. Introducción	467
2.2. El Paisaje en la legislación básica de Parques Nacionales	471
2.3. El Paisaje en la ley de creación de cada Parque Nacional	476
2.4. La protección del Paisaje en los Parques Públicos de Provincia	484

2.5. La protección del paisaje en Parques Municipales	499
2.5.1. Eldorado	500
2.5.2. Comodoro Rivadavia	501
2.5.3. Tandil	502
2.6. Técnicas de control ambiental y paisajístico	504
3. El paisaje en el uso del recurso agua	505
3.1. La planificación hidrológica.....	505
3.2. Las represas para generación de energía, antecedente olvidado.....	507
4. Inventario de ideas principales	509
IV. Resumen	510

CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y PAISAJÍSTICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y EL MUNICIPIO DE TANDIL

I. Presentación	513
II. Ley de paisaje protegido de la Provincia de Buenos Aires como modelo de las demás provincias argentinas.....	514
1. Introducción.....	514
2. Distribución de competencias Provincias – Municipios	518
3. Paisaje protegido en la Provincia de Buenos Aires	520
3.1. Objetivos	521
3.2. Objeto	522
3.3. Dinámica social.....	523
3.4. Instrumento de ordenación y gestión.....	524
3.5. Autoridad de Aplicación	525
3.6. Plan de manejo consensuado en áreas privadas	526
4. Protección sectorial del paisaje, necesidad de protección global	528
4.1. Antecedentes a la protección sectorial	528
4.1.1. La Manzana 115 en Mar del Plata, caso de paisaje urbano	529
4.1.2. Parque Cariló, caso de paisaje natural y contaminación Visual.....	533
4.1.3. Cuenca del Arroyo “El Pescado”, caso de contaminación ambiental	539
4.1.4. Barrio Parque Residencial Suhr Horeis en José León Suárez la confusión del espacio verde con el espacio urbano.....	540
4.2. Aplicación práctica de la Ley de paisaje protegido	542
4.2.1. Cuenca Río Quequén – Salado, caso de paisaje ribereño.....	542
4.2.2. Tandil, caso de protección de la identidad	546

A.	Antecedentes.....	547
B.	Necesidad de creación del Paisaje Protegido	548
C.	Autoridad de Aplicación, su equivocidad como elemento que dificulta la protección	551
D.	Objeto, y fines en la protección del paisaje	553
4.2.3.	Reserva Santa Catalina, protección de paisaje con Dominio Público, nuevo caso testigo de reserva paisajística	554
A.	Antecedentes	554
B.	Necesidad de creación de la Reserva	556
C.	Creación de Reserva y protección del paisaje	557
III.	Plan de manejo de Tandil, modelo para los demás municipios argentinos	558
1.	Introducción	558
2.	Directrices para el Plan de Manejo, la dificultad de su cumplimiento	559
3.	Directrices para la Reconversión la falta de incentivos para su Implementación	562
4.	Directrices para la sostenibilidad social, eficacia de nuevas ideas	563
5.	Plan de Manejo	564
5.1.	Información general del sitio	565
5.2.	Características ambientales del sitio	567
5.3.	Diagnósticos	570
5.4.	Propuesta de Manejo Integral	571
5.5.	Propuesta de Plan Operativo Anual y Plan Estratégico.....	575
5.6.	Sistema de Seguimiento y Monitoreo. Plan de Contingencia.....	575
6.	Últimos encuadres en la Ley de Paisaje protegido.....	577
IV.	Resumen	578
	CONCLUSIONES	581
	BIBLIOGRAFIA	587
	LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA Y COMPARADA CITADA.....	627

ABREVIATURAS

ADLA	Anales de la Legislación Argentina
BOC	Boletín Oficial Provincia de Corrientes.
BOCABA	Boletín Oficial Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
BOHCDBA	Boletín Oficial del Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires (hasta 1994)
BOJ	Boletín Oficial Provincia de Jujuy.
BOMC	Boletín Oficial Municipalidad de Córdoba.
BOMGP	Boletín Oficial Municipalidad de Gral. Pueyrredón.
BOMT	Boletín Oficial Municipalidad de Tandil.
BOMED	Boletín Oficial Municipio de Eldorado.
BOPCa	Boletín Oficial Provincia de Catamarca.
BOPCh	Boletín Oficial Provincia de Chubut.
BOCH	Boletín Oficial Provincia del Chaco.
BOLR	Boletín Oficial Provincia de La Rioja.
BOMi	Boletín Oficial Provincia de Misiones
BOPM	Boletín Oficial Provincia de Mendoza.
BOPN	Boletín Oficial Provincia de Neuquén.
BOPC	Boletín Oficial Provincia de Córdoba.
BOPER	Boletín Oficial Provincia de Entre Ríos.
BOPF	Boletín Oficial Provincia de Formosa.
BOLP	Boletín Oficial Provincia de La Pampa.
BORN	Boletín Oficial Provincia de Rio Negro.
BOPS	Boletín Oficial Provincia de Salta.
BOPSC	Boletín Oficial Provincia de Santa Cruz.
BOPSDe	Boletín Oficial Provincia de Santiago del Estero.
BOPSF	Boletín Oficial Provincia de Santa Fé.
BOSJ	Boletín Oficial Provincia de San Juan.
BORA	Boletín Oficial República Argentina.

BOSL	Boletín Oficial de la Provincia de San Luis.
BOTdF	Boletín Oficial Provincia de Tierra del Fuego
BOTu	Boletín Oficial Provincia de Tucumán.
DL	Decreto – LEY
RMGPBA	Resolución Ministerio de Gobierno Provincia de Buenos Aires
RN	Registro Nacional (Argentina, antecedente Boletín Oficial)
ROPDS	Resolución del Organismo para el Desarrollo Sostenible.
SAyDS	Secretaria de Estado de Ambiente y Desarrollo Sostenible
RDL	Real Decreto Legislativo
TR	Texto Refundido
BCE	Boletín de las Comunidades Europeas
BOE	Boletín Oficial Español
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
BOIC	Boletín Oficial de las Islas Canarias.
BOIB	Boletín Oficial – Govern de les Illes Balears.
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León
B.O.P.V.	Boletín Oficial País Vasco
DOCV	Diario Oficial de la Comunitat Valenciana.
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia.
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.
DUE	Directivas Unión Europea.
CADA	Congreso Comité Americano Derecho Agrario
COM	Comunicaciones de las Comunidades Europeas
CODPG	Corts Anuario de Derecho Parlamentario de Galicia.

CUIDES	Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible
Db	Debats
ED	Revista El Derecho
LL	Revista La Ley.
RADA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDA	Revista de Derecho Ambiental.
RAUyE	Revista Aranzadi de Urbanismo y Administración.
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública.
RBDA	Revista Brasileira de Direito Ambiental.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDAUP	Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo.
RDUyMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
RDPRC	Revista de Derecho Público Rubinzal Culzoni.
REAL	Revista de Estudios de Administración Local.
REDA	Revista Electrónica de Derecho Ambiental.
REDAP	Revista Española de Administración Pública.
REDUR	Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja-
REG	Revista de Estudios Geográficos.
RIGA	Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental.
RJA	Revista Jurisprudencia Argentina
RMTEI	Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
RPCyD	Revista de Patrimonio Cultural y Derecho
RTDP	Revista Trimestrale de Diritto Público
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
RdC	Revista del Centro
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
GM	Gaceta de Madrid
C.C.2ºCF	Cámara Civil Sala 2 de Capital Federal
CACyC de Azul	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul
CCyC VSecc	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Quinta

Sección, Córdoba.

CGPMDP	Cámara de Garantías Penal, de Mar del Plata.
CFABB	Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca.
SCBA	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
STN	Superior Tribunal de la Provincia de Neuquén
STM	Superior Tribunal de la Provincia de Mendoza
STJRN	Superior Tribunal de Justicia de Río Negro
STJSF	Superior Tribunal de Justicia de Santa Fé
USSC	United States Supreme Court
TCE	Tribunal Constitucional Español



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

En la Argentina, una discusión sobre el valor del paisaje a la manera de la puesta en día que ha significado por sus conclusiones la Convención de Florencia 2000 y su posterior incorporación al Derecho Interno de los países europeos todavía no ha tenido lugar. Podría objetarse que España tampoco tiene una ley básica sobre paisaje, pero el desarrollo normativo y conceptual de la legislación autonómica, y sobre todo el trabajo político e inserción social del paisaje en algunas regiones, llega a tal punto que suple con creces esta falta.

No obstante, el paisaje en la Argentina si bien no está claramente definido por el Derecho, está reconocido en el territorio ofreciendo al intérprete una inmediata necesidad de protección. El proceso de parición de este nuevo objeto del Derecho ha comenzado, y no desprovisto de marchas y contramarchas, de manera a-sistémica desde el punto de vista constitucional y con una incipiente legislación esbozada por algunas Provincias con diferentes alcances y marcos teóricos cargados de confusión y poco clara articulación entre las normas federales y locales y en general las ambientales. De modo que ad initio y con las limitaciones señaladas partimos del presupuesto de advertir que el paisaje, como categoría del Derecho, existe en nuestro régimen legal.

Aceptada la existencia del paisaje como objeto del Derecho en la Argentina, cabe preguntarse qué clase de Derecho es éste que recién asoma a la faz de los estudios más avanzados. Pues bien, es el primer problema que debemos enfrentar y resolver antes de continuar con esta pesquisa, definir qué es el paisaje para el Derecho de la Argentina. Pero no es tan fácil encontrar respuesta por el particular sistema de repartos de la competencias de la Constitución argentina que reserva sólo al Congreso de la Nación la facultad para legislar normas de fondo como las del Código Civil que contiene la normativa sobre Derechos Reales (Art 75 Inc 12 CN). También reserva al Congreso de la Nación dictar las normas que corresponden a presupuestos mínimos de protección del ambiente, y dentro de él al Paisaje (Art 41 CN). Por su lado, las

Provincias como propietarias que son de sus recursos naturales (Art 124 CN) observando que pueden proteger más pero nunca menos que el piso constitucional mínimo, dictan sus propias normas de protección en donde es difícil no aludir a los Derechos Reales, por una Legislatura local que no lleva competencia para referirlos por pertenecer el Derecho Real al orden Federal según se ha destacado al iniciarse éste párrafo. De modo que tenemos multiplicidad de fuentes para buscar y detectar pistas con las cuales despejar la visión de este objeto y determinar su régimen jurídico que se encuentra disperso entre distintas competencias y sobre la cual urge encontrar un perno que mantenga unidos todos los conceptos para exhibir el verdadero relato que atestigüe la existencia del paisaje.

Se ve que el conflicto que centra nuestra inquietud intelectual está a la vista y planteado, entre: los titulares de un interés individual comprendido en un Derecho Humano de Primera Generación como lo es el Derecho Real y dentro de él como piedra de toque más común el Derecho de Propiedad, que roza la Segunda Generación de Derechos cuando se lo considera en su función social, y, las grandes masas de población titulares de un interés difuso, comprendido en un Derecho Humano de Tercera Generación como el Derecho Ambiental que consagra el derecho a disfrutar de un *... "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras"*...en términos del primer párrafo del artículo 41 de la Carta Magna argentina. Intentar dar cuenta de este contrapunto nos lleva a detectar la existencia de un problema que no tiene solución por el Derecho argentino, y que se puede sintetizar en la siguiente pregunta de investigación:

¿Los Derechos Reales y el Derecho Público a través del Dominio Público y del Ordenamiento Territorial como técnicas de protección del territorio por el Derecho Público, pueden ser aplicadas a un objeto de interés general y por lo tanto difuso como lo es el paisaje?

Nuestra respuesta a tal interrogante es un categórico: Sí. Pretendemos dar cuenta de esta respuesta afirmativa con la siguiente tesis.

La tesis sigue como pregunta obligada a los dos últimos párrafos del título anterior: ¿Porqué los Derechos Reales, el Dominio Público y el Ordenamiento Territorial pueden ser aplicados para proteger el Paisaje?

Y la respuesta a este interrogante es definida en este trabajo como su tesis central, exhibiendo una respuesta doble, una para cada sector de la realidad jurídica: el Derecho Público y el Privado. En primer término porque se cumple con la finalidad de la función social de la propiedad, siempre que el paisaje sea de interés general. Por otra parte, es necesario recordar que justamente es el Derecho Público quien asume en este reparto la tarea de armonizar los intereses sociales, en tanto permite la limitación de otros derechos, tales como la propiedad, basados en la función social. Finalmente, no puede dejar de ser advertido que se cumple con la finalidad de protección ambiental del primer párrafo del art 41 de la Constitución: proteger *prioritariamente el ambiente*.

Estas son las razones que nos llevan a pensar que el tema merece ser estudiado. Porque no hay absoluta seguridad para el ciudadano común que se respete su derecho subjetivo a disfrutar del paisaje. Lo difícil de este planteo que requiere de la búsqueda de un equilibrio, porque tampoco se puede descuidar el derecho del propietario, para que vea desnaturalizado el ejercicio de su derecho de propiedad porque alguien descubre dentro de los límites del perímetro registrado catastralmente que es portador de un paisaje que tiene derecho a observar. Demarcar los límites y alcances del ejercicio de un derecho y otro, es una tarea que el Derecho del Estado debe asumir porque no hacerlo generaría conflictos sociales en los que se debería intervenir para neutralizarlos antes de su generalización.

Esta disposición de materiales requiere de un orden de trabajo que permita armar este puzle. El objetivo más general para comprobar esta tesis es demostrar que los Derechos Reales, Dominio Público y el Derecho del Ordenamiento Territorial

enfocados como técnicas de protección tradicionales del territorio, pueden ser aplicados también a un objeto del Derecho atípico como lo es el Ambiente y dentro del mismo el Paisaje en la Provincia de Buenos Aires en la actualidad, con bases en el Artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Código Civil y el artículo 41 de la Constitución Federal y concordantes y coincidentes.

En el camino, tenemos una tarea ardua: dejaremos definido un concepto jurídico único de paisaje, daremos cuenta de su autonomía y su carácter difuso, repasaremos los Derechos Reales en el Código Civil quizás con una mirada interesada, sin olvidar al único Derecho Real ubicado fuera del Código Civil pero a nivel constitucional: Propiedad Indígena (Art. 75 inc. 17 CN). También nos ocuparemos del Dominio Público ejercido en áreas protegidas que también tutelan paisaje, definiremos la “función social” de la propiedad en la Argentina y justificaremos la necesidad de una ley básica de Ordenamiento Territorial y Paisaje en la Argentina. Finalmente estudiaremos el Ordenamiento Territorial y paisajístico de la Pcia. de Bs As y Tandil.

Es necesario también anticiparnos a una metodología que sorprenderá al Tribunal y es la utilización de un doble texto legal para cada cita al Código Civil, ordenamiento que por las características de este trabajo es generosa y necesariamente abordado. En esta tesis, toda exposición que aborda temas derivados del ordenamiento civil tiene una doble consideración: la del Código Civil que entró en vigencia en 1871 y la del nuevo Código Civil y Comercial que aprobado, sancionado y finalmente promulgado el 7 de Octubre de 2014 por Ley 26694¹ para entrar en vigencia el primero de Enero de 2016, período que se acortó hacia el 1° de Agosto de 2015 por Ley 27077² de Diciembre de 2014. Así es, hay dos Códigos vigentes en los momentos en que se escriben estas líneas introductorias con destino a impresión y lectura, en un verdadero interregno de dos Códigos uno que se va y otro que llega. La propuesta para sortear este dilema ha sido la de enriquecer la discusión, de expandirla, mostrando cómo intervienen en cada debate ambos textos. Dicha intervención se hace, acorde la

¹ BORA 08/10/2014.

² BORA 19/12/2014.

necesidad del planteo, en el corpus o con una cita a pié de página, pero siempre con la doctrina histórica y clásica de los años 40' y la de los 70' para el caso de la reforma de la ley 17711, una ley que cambió poca cantidad pero mucha calidad. Introdujo entre otros tópicos la doctrina del abuso del Derecho, que el ordenamiento actual que deroga al anterior ha mantenido. Ello, porque la poca doctrina sobre el nuevo texto legal disponible es anticipatoria y tan especulativa como la propia. Además, la jurisprudencia existente es la única que se tiene a manos después de poco más de un siglo y felizmente no es de derogación tan fácil, con el solo expediente de levantar una mano. Finalmente los problemas de la vida y el Derecho son siempre los mismos, por más que nuevas herramientas, desde luego, propongan otras tecnologías y faciliten la tarea del jurista, que recae siempre sobre lo mismo: la conducta humana.

En el *primer capítulo*, después de explicar los rudimentos más elementales del paisaje para presentar este nuevo objeto del derecho, da las notas sobre su pretensa autonomía deslindando sus aristas de las disciplinas que conviven con el mismo pero estudiando sus principios con la finalidad de preparar el terreno para exhibir principios al menos operativos directamente en la protección del paisaje. En el *segundo capítulo*, la búsqueda transita el camino que nos lleva a buscar el concepto de paisaje en la legislación federal y pública provincial, con magros resultados de evidencia. El *tercer capítulo* se ocupa de la Convención europea del paisaje que es la que brinda los valores que motivan la investigación y la que ha inaugurado un camino por donde el Derecho puede caminar en la protección del paisaje, su redacción rápida y sencilla tiene la aptitud de ubicar al operador con las herramientas correctas y como es natural, aprovechamos la experiencia autonómica española que es la legislación que nos miramos para actuar e intervenir en los paisajes argentinos. En el *cuarto capítulo*, nos preguntamos por la aptitud para proteger el paisaje por los Derechos Reales y por una nota de estos que es la "función social de la propiedad" aquí fijamos conceptos y los vinculamos al paisaje para notar operatividad para su protección. El *quinto capítulo* estudia el concepto del ordenamiento territorial en función del paisaje. El *sexto capítulo* parte de los conceptos fijados en el cuarto capítulo, estudia detalladamente el derecho de propiedad en su vinculación con el paisaje y ciertas notas de los intereses difusos

que lo rodean amén de los derivados de la relación particular con el propietario, al final tratamos el caso de una propiedad muy particular porque lleva en su diseño al paisaje que es el de la propiedad aborigen que tiene notas comunitarias y que opera a nivel constitucional. El *séptimo capítulo*, que también parte de los conceptos fijados en el cuarto capítulo es el que requiere la atención de los derechos reales sobre cosa ajena, en el mismo estudiamos al usufructo, uso y servidumbre en atención al paisaje y al Derecho Administrativo, especialmente a partir de las servidumbres administrativas que son casos especiales de limitación por interés público y que apreciamos operativas para proteger paisaje. El *octavo capítulo*, está destinado a estudiar la protección del paisaje por el Dominio Público mediante la legislación de patrimonio cultural y la de áreas protegidas, en la misma la propiedad la ejerce el Estado y es interesante observar qué protege, su aptitud para proteger y en todo caso qué rol desempeña el paisaje en la misma. El *noveno capítulo*, es el que corresponde al ordenamiento territorial, en este caso realizamos un estudio a fondo de la legislación que se detectó en la pesquisa y su operatividad para proteger el paisaje, sus carencias y sus posibilidades.

Es posible que a primera vista parezca excesivamente dilatado el estudio de los primeros capítulos, pero debemos detener la atención en el hecho de que no hay desarrollo teórico sobre la materia en la Argentina de hoy específicamente dirigido a nuestro objeto de estudio. Por esa razón, fue necesario sentar ciertas bases teóricas para que fuera posible advertir por donde transitarán los pasos que siguen al anterior en el desarrollo de esta investigación. La pretensión desde luego no puede ser la de establecer condiciones permanentes, porque además sería el objeto de otra tesis, sino la de cumplir con el ensayo de un marco de referencia, para apoyar el resto de la estructura teórica que soporte la utilización de las técnicas de protección escogidas, y justificar asimismo que dichas técnicas no fueron tomadas al azar. Con los elementos desplegados la conclusión pretende dar una síntesis que reúne ciertas notas prometidas en la introducción: la de definir un concepto jurídico único de paisaje, dilucidar la problemática de su mentada autonomía y la definir las herramientas operativas para su protección, examinando las que a primera vista son las que

contradican este objetivo, que son las técnicas de protección que ofrece el Derecho de Propiedad en sus diferentes manifestaciones y limitaciones.

Como se puede ver, con esta tesis, se pretende demostrar la aptitud del Derecho de Propiedad para proteger al paisaje con técnicas para la intervención en los tres órdenes de competencia constitucional: nacional, provincial y municipal. Para alcanzar este objetivo se presentan los materiales a utilizar en los primeros capítulos que nos adelantamos en calificar como “introdutorios” porque guardan elementos comunes, tales como la presentación del paisaje como objeto del Derecho con sus relaciones afines como el Derecho Constitucional, Administrativo y Civil y dentro de éste principalmente los Derechos Reales. Se caracteriza al paisaje como bien y después de anotar sus caracteres se ofrece una definición analítica que con la pretensión de controlar el análisis efectuado, se convierte en otra herramienta de actuación.

Finalmente, y en atención a todo lo introducido, cabe exponer como corolario que el índice exhibe un análisis en el que se utilizan las dos grandes perspectivas tradicionales del Derecho para explicar la protección del paisaje: la del Derecho Privado y la del Derecho Público. Este mecanismo tradicional para dar cuenta de la protección de un nuevo tema como lo es el paisaje explica dos situaciones diferentes en el ejercicio de la propiedad y por lo tanto con mecanismos operativos totalmente distintos. En el primer caso el titular del Derecho de Propiedad es un sujeto privado y se estudian mecanismos de acceso por la población para disfrutar del mismo. En el segundo caso el dueño del paisaje es el Estado, que no sólo es dueño sino que como tal “interviene” y se estudian las diferentes relaciones con los particulares para poder acceder al paisaje y la evidencia que de ello existe hasta el presente. La evidencia de la intervención del Estado en el último caso está dada por el Ordenamiento Territorial que permite al Derecho Administrativo concebir una técnica de intervención, que limita al Derecho de Propiedad para hacerlo compatible al uso general.

En el estudio de estas perspectivas de protección y su interacción para proteger al paisaje se agota el estudio de esta tesis en la que pretendemos demostrar

un nuevo caso de compatibilidad del interés general con el privado, en este caso a través del paisaje.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO I: EL PAISAJE: JURIDIFICACIÓN, RELACIONES, ELEMENTOS Y CATEGORÍAS

I. Introducción

Para lograr la dimensión correcta del objeto en estudio, consideramos relevante insertarlo en el contexto de la cultura occidental, en particular europea, y captar la especial mirada con que nuestra cultura concibió al “paisaje” y posteriormente el uso que hacemos de él en la Argentina. Para ello debemos remontarnos al pasado y centrar observaciones desde los viejos tiempos en que el ser humano tuvo las primeras especulaciones sobre el “paisaje”; se trata de realizar un proceso de conocimiento desojando las hojas de la cebolla con mucho cuidado, primero con lupa y después en el laboratorio, para ver el interior que hemos olvidado, que implica sacar hoja por hoja, investigar hasta el tipo de tierra que contribuyó a su crecimiento, y luego volver a armar lo que ahora también podemos apreciar como alimento o como un paisaje si se trata de muchas plantas de cebolla en un solo lugar, dejándola como si nunca se la hubiera desojado; obtenemos como plus el conocimiento más acabado del botánico, y los peones que la siembran y cosechan, los agrónomos y hasta el fotógrafo o pintor que pasó ocasionalmente y advirtió belleza donde otros solo habían visto trabajo, alimento o dinero. El segundo momento de esta tarea es establecer la dirección que puede llevar la idea del paisaje, en la actualidad, en manos del Estado constitucionalista moderno en proceso de inserción de instituciones supranacionales que también proyectan modelos paisajísticos desde cincuenta años a la fecha. El Derecho del Estado que nos interesa examinar es el de la Argentina.

Se ve que antes de analizar el texto convencional, constitucional o legal, pretendemos conocer al objeto más prístino de esas regulaciones, preguntándonos sobre su contexto y su evolución. Todo ello hasta llegar a nuestros días y hacerse notar como de necesaria consideración por parte del Estado de Derecho Ambiental actual, cuando hace oír su voz por medio de la ley. El análisis del texto legal como un proceso de juridización del paisaje tendrá en segundo momento, se realiza en los capítulos que

siguen y ocupará la parte más importante de esta labor por tratarse justamente de una tesis de Derecho. Pero como nuestro punto de partida no es la norma desinteresada de los hechos que pretende regular, ni se trata de hechos comunes, conocidos y socialmente aceptados por la comunidad científica no es posible dar los hechos por conocidos. Es preciso detallar y explicar de qué se trata el paisaje en cada caso particular y por ello cada análisis normativo será precedido de un marco previo que introduzca sobre la ubicación socio-cultural, justamente porque consideramos al paisaje como la unión del soporte natural con el hacer cultural del hombre y porque el Derecho no sólo regula esta realidad cultural/material que denominamos “paisaje” desde las postrimerías de la Edad Media, sino también sobre una realidad construida por el propio Derecho fruto de una función que es la que ubica al orden jurídico, en situación de juridificar el entorno y hacerlo objeto de su regulación³.

Para que el Derecho del Paisaje, pueda regular (y constituir) su sustrato fáctico debe seleccionar las actividades y bienes objeto de regulación, a fin de identificarlas y determinar si se trata de actos susceptibles de producir impacto significativo sobre el paisaje con la finalidad de protegerlo y evitar las agresiones al mismo o sus elementos integrantes. Betancor Rodríguez dice que la juridificación supone identificar y valorar: la actividad sujeta a regulación, determinar si estas actividades causan impactos significativos, qué tipo de medios o paisaje soportan estos impactos significativos y determinar el objetivo de la protección que debiera ser la protección del paisaje⁴. Así la juridización o juridificación está implícita en los objetivos de la ley ambiental o paisajística objeto.

³ BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley, Madrid 2001. pp. 29.- Que participa de una visión sistémica. Según este autor se trata de una verdadera constitución (Kant) constituyente del Derecho porque constituye al objeto de su regulación, en algunos casos se trata de una juridificación de un hecho preexistente y en otros se alumbra un hecho inexistente previamente para regular, a su vez un hecho preexistente. En el primer caso hablamos de juridificación en sentido estricto, mientras que en el segundo hablamos de institucionalización. Nosotros tomamos el segundo caso como marco teórico. Por lo tanto... “un hecho institucional como puede ser la celebración de un matrimonio o el logro de un gol, no puede ser completamente explicado a partir de sus características físicas y observables (como ocurrirían si fueran hechos brutos) sino que ha de ser entendido a partir de la previa institución del matrimonio o de la institución gol”... (pp. 30 cita 11)

⁴ *Ibíd*em pp. 33. Sólo así la juridización o juridificación transmuta la realidad fáctica en realidad jurídica, para deducir consecuencias jurídicas como regular la actividad humana, por ejemplo las inspecciones administrativas, el sistema de autorizaciones, etc.

II. Etimología y Evolución

Paisaje procede del latín *pagus* (país) que da savia a varias lenguas romances, en catalán *paisatge*, en gallego *paisaxe*, en francés *paisaje*, en portugués *paisagen*, en italiano *paesaggio* y en castellano “paisaje” que proviene del sustantivo latino *pagus* o *pagensis* (“campo”, “tierra” “aldea”) y tiene la misma raíz que *país*. Por consiguiente, tiene relación con las ideas de pertenencia e identidad colectiva. En la Argentina tenemos una palabra que hace directa referencia al tema y así podemos referir al argentinismo gauchesco: *pago*⁵, esto es un lugar territorial determinado. Similar significado se encuentra en el idioma inglés con las actuales nociones de *landscape* o *countryside*, en alemán *landschaft*. En castellano, francés, alemán y en inglés, las expresiones siempre hacen referencia a la tierra propia, o de la cual se es originario, o del país que se proviene.

Se ve que nociones como “país”, “paisano” o “paisaje” tienen la misma raíz lingüística. Estas viejas palabras, hacen referencia a las connotaciones más primarias y usuales en los antiguos tiempos en que el hombre ponía nombre a las cosas en nuestra cultura⁶. Y si “país” era el nombre genérico del lugar donde se vivía, podemos especular que la palabra “paisaje” fuera utilizada por los primeros latinos para denominar a aquella imagen que escogían entre todas, la que de alguna manera resumía o sintetizaba sus orígenes (su “patria” chica?) en un instante en la memoria o la que años después inmortalizarían en un fresco o en una tela. Siguiendo esta lectura, inicialmente, habría algo de elegido, una inclinación particular en el interesado o sus paisanos en escoger un lugar de la *naturaleza* entre otros, en algún caso hasta con un resultado *elitista* por las más variadas razones, quizá históricas, o simplemente ligadas a un especial tipo de estética de acuerdo a la evolución de cada grupo.

⁵ También denominado “querencia” o lugar de procedencia de una persona pero sin dar límites territoriales precisos aunque sí más o menos determinado.

⁶ Nos recuerda a Macondo, cuando en la primera página de la obra, es descripto como todo un continente. ...” *El mundo es tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo*...”

Cuando el “paisano” decide conservar una imagen determinada, lo que prima en esa evocación es la VISTA, quizás la última que graban sus retinas al abandonar para siempre su país; y que transmitirá a otros por generaciones, produciendo una leyenda sobre el lugar, y con su añoranza deseos compartidos por ver aquel paisaje. Como todo lo escaso se atesora (en este caso en la memoria) pero esta idea paisajística ha tenido en su lenta evolución un crecimiento tal que la Convención de Florencia de 2000 llega a afirmar que paisaje es todo el país tal como es percibido por sus ciudadanos, de manera que lo nacido excepcional e individual hoy es masivo y colectivo. Con lo que tenemos un concepto de gran riqueza y complejidad, razón por la cual llama la atención del Derecho.

III. Nacimiento de la idea de paisaje

No se puede entender la idea de paisaje, sino se entiende la idea de ciudad en el Occidente cristiano y su producto más elaborado: “el hombre renacentista”, que baja la vista de la pura contemplación de la perfección divina a su dimensión profana, redescubriendo una estética que había olvidado.

Ese hombre comenzó a dejar la gleba 500 años antes del Renacimiento, e inició un camino lento e in-interrumpido hacia las ciudades, generando con los siglos, un modo de vida cuyos habitantes ya no quisieron dejar y que consolidado tuvo una expansión natural no solo hacia otras ciudades sino en la creación de nuevas que compartirían gustos, inclinaciones y sobre todo un espíritu común, transformando y cimentando lo que sería dado en llamar “Europa” en los tiempos modernos.

Estas ciudades proveerán...”*el mecanismo rector de todas las formas de vida históricas*”...porque harán pëndant sobre el punto de apoyo de lo que modernamente y con algo de ambigüedad denominamos Occidente. Las ciudades no sólo dan contenido y cobertura a una forma de vida, también transmiten su legado cultural, formando

⁷ ROMERO, José Luis. *La Revolución burguesa en el mundo feudal*. Siglo XXI. México. 1989, pp.11.

localismo, ciudadanía, derecho, e identidad y admite la proyección histórico-cultural, posibilitando la participación de un proyecto de vida único, con estado, autoridad y religión que son comunes para sus habitantes y que defenderán posteriormente.

Esta proyección de la ciudad occidental se completa según Romero⁸ en tres oleadas, la primera tiene dimensión europea en su propia periferia interna...*"el múltiple proceso de expansión demográfica, mercantil, tecnológica y agrícola que a partir del Siglo XI incorporó las fronteras bárbaras en un espacio unificado...la ciudad fue más que el instrumento, el sello de esa expansión y nuevamente en torno a ella se organizará la segunda oleada expansiva a partir del siglo XVI ...incorporando la segunda periferia...América. Es decir que Europa pudo colonizar América sólo después de haberse colonizado a sí misma y a través del mismo dispositivo: la ciudad⁹"*... No se trata de la ciudad medieval originaria formada alrededor del Burgo o del Episcopado. Se trata de la ciudad fortaleza¹⁰ que es un instrumento de conquista territorial hacia el Siglo XII...*"los poblados que amojonan las tierras al oriente del Elba, las bastidas del Sur de Francia, las ciudades con que busca afirmarse la Castilla Católica en el Sur musulmán de la Península. Así Europa se proyecta sobre América siempre usando las sucesivas periferias como territorio de experimentación"*... pero ahora ya no produce cultura sino que reproduce la que ha consolidado desde el Siglo X...*"con la invención más radical de la modernidad occidental, un continente completo emplazado a través de una red de ciudades desterradas. Y finalmente la tercera oleada expansiva, la que se desenvuelve desde la Revolución Industrial en un proceso de modernización de la experiencia europea (burguesa)¹¹"*...

Este hombre habitante de ciudades con esta impronta, que consideramos portador de una cultura extraordinariamente creativa cuyo legado va desde la Catedral de Colonia a Cervantes, desde Rembrandt a Constable, tiene un hilo colectivo milenario

⁸ ROMERO, José Luis. *La estructura histórica del mundo urbano*. Siglo XXI. Revista de Historia N° 11 México. 1992. Citado en GORELIK, Adrián. *José Luis Romero: el historiador y la ciudad*. En ROMERO, José Luis. *La ciudad occidental, culturas urbanas en Europa y América*. Siglo XXI. Buenos Aires 2009 pp.19.

⁹ ROMERO, José Luis. *La Ciudad Occidental, culturas urbanas en Europa y América*. Cit. pp. 18.

¹⁰ TOYNBEE, Arnold J. *Ciudades en marcha*. EMECE. Buenos Aires 1971. pp. 55.

¹¹ *Ibidem* pp. 18.

cuya argamasa es la ciudad¹². Una ciudad que expresa fundamentalmente una idea de continuidad, en la que lo derrumbado se reemplaza, pero que seguía siendo una idea según la cual abandonarla permite decaer en la vida misma como aceptación a una comunidad de valores¹³ y con ello lo que hoy se denomina “la calidad de vida” porque la vida y la cultura caben –en este ideario- sólo en la ciudad y se desdibuja en el campo que podía ser lugar de trabajo o esparcimiento, pero el espacio de creación era la ciudad, todas las grandes obras del intelecto humano, artísticas o científicas se elaboran en la ciudad, allí están las universidades, las bibliotecas, y los talleres artísticos.

Finalmente llegamos a nuestro tema. Porque el “paisaje” como curiosa mirada del paisano primero y por el artista después, también nace en la ciudad porque allí nacen y viven los artistas que bajarán su mirada hacia este nuevo objeto cultural finalizando la Edad Media. El paisaje aparece en las ventanitas que pinta Giotto en los comienzos y que luego se transforma en los rasgos clásicos de muchas obras posteriores. Desde esas ventanitas se divisa el campo, la naturaleza salvaje e inhóspita único lugar que le queda a un siervo manumitido, a un fugitivo, o quien quería empezar una nueva vida con el riesgo y madurez que implica la libertad, una libertad extra muros¹⁴ a la que sólo cabe vivir. Es desde el hogar burgués, con un hogar, una cama y una hogaza de pan, el sitio donde ya se puede leer, escribir o pintar, donde se comienza a contemplar el otro mundo que vive tras las murallas que tiene la fascinación del peligro por domar y la belleza salvaje de la creación. Se trata de un hogar que ahora tiene una fachada en la que el burgués deposita su distinción e individualidad, porque la casa gótica no tenía interés alguno en la “vanidad” que encubría una fachada que

¹² Ibídem pp. 48.

¹³ Toda ciudad en el momento de su fundación lleva en su diseño y concepción un objetivo. En Castilla lo fueron la defensa, una especie de baluarte en un medio hostil caracterizado por el avance temido de otras culturas, religiones...”somos 200 y nos tenemos que juntar para que no nos invadan ni el mestizaje ni la aculturación. Levantamos la empalizada y de aquí no sale nadie. Aquí todos compartimos estos principios: vamos a misa los domingos, nos casamos monógamicamente, creemos en esto en aquello, practicamos tales reglas morales y jurídicas, el que vive del otro lado de la empalizada vive con los indios”...Ibídem pp. 112.

¹⁴ Ibídem pp. 60.-Todavía en 1870, en ciudades como Lübeck no había barrios tras los muros, con el crecimiento industrial esos muros son retirados. Este fenómeno se repetiría en muchas ciudades europeas y así las murallas y fosos se convierten en los boulevards o rings, como los de Viena o Colonia.

mostraba dos ingredientes hasta ahora desconocidos en una ciudad¹⁵: el poder económico y la estética¹⁶ de su propietario que devendría en prestigio, se vivía hacia adentro, se espiaba la calle por ventanas con arabescos y no había miradas extra muros, solo al patio interno, el corazón del hogar para rezar antes que mirar; posteriormente la fachada y la altura de las Catedrales serían objeto de este particular nuevo enfoque con una vista que tiene que ser elevada al cielo para apreciar la construcción. Esa mirada recogería la tela o el pergamino, es decir foliado en un caso, enmarcado en el otro. Porque antes del marco del cuadro se lo espió por el marco de la ventana, lo cual dimensionó al “paisaje” a un tamaño asequible, lo integró e incorporó a la vida. En una palabra se racionalizó el paisaje sometiéndolo a reglas susceptibles de ser reproducidas por otros artistas se domó lo salvaje primero en la tela y en el imaginario después, porque ahora lo inhóspito pasó a ser hospitalidad, un ambiente donde el hombre ya no se sentía inseguro y con el cual podía interrelacionar, llegando a tal punto que pronto nacería una nueva concepción de jardín en la que el dominio a la naturaleza tenía otra vuelta de tuerca. Solamente un hombre con una vida ordenada y racionalizada en la ciudad podía emprender tamaña hazaña intelectual y artística. Lo demás, sería cuestión de tiempo, pero lo fundamental es que aquel hombre forjado con los siglos, era ahora portador de una actitud nueva no sólo frente a la vida, sino frente a la naturaleza en la cual apreciaba con un sentido estético¹⁷ y valoraba como “paisaje¹⁸”, ante Dios y el Estado. Este hombre ya no se ve solamente como un pecador que se salvaría en el juicio final por la aceptación de un código de conducta bíblico, convencido que debía pasar por un sufrimiento que se justificaba en pos de la

¹⁵ TOYNBEE, Arnold J. Op. Cit 1971 pp.109.

¹⁶ Ahora los burgueses competían por la amplitud y belleza de sus casas, con ideas asociadas a la carga y recarga de la arquitectura barroca, porque ahora la arquitectura es susceptible de un juicio de valor, se construye una casa bonita para que sea mirada, como el espectáculo que en el campo es el paisaje.

¹⁷ Sentido estético existió siempre, pero el concepto de la belleza cambia según los tiempos. El barroco, permitió extraer lo humano, las sensaciones, el amor, odio, sensualidad, no tan visibles en un arte como el gótico cuyos modelos buscaban la santidad. Ahora la belleza comenzaba a ser percibida en la imitación a la naturaleza según reglas pre-establecidas y científicamente verificadas. El mundo natural, visible, pasa a ser un medio para conocer una realidad suprasensible ordenada según leyes coherentes y por esta razón es que la realidad imita la naturaleza sin ser su espejo y reproduce en detalle la belleza del todo liberándola 20 siglos después de la condena platónica.

¹⁸ Se genera una nueva relación con la naturaleza, acortando el distanciamiento con el medio natural mediante la transformación de paisaje ordenado y racional, con la contemplación y el goce estético desde una ventana o una terraza o si fijación en el cuadro desde Giotto hasta Corot. ROMERO, José Luis. *Latinoamérica, las ciudades y las ideas*. Siglo XXI. Buenos Aires 2007. pp. X.

redención, es un hombre sensible que aprecia la belleza próxima¹⁹ y las denominadas “cosas buenas de la vida”, que al principio está dada para pocos, por el arte, la ciencia y la economía y que es capaz de conocer la naturaleza por medio de la experiencia y busca racionalizarla, acotarla, modelarla, pintarla, apropiarla²⁰, y en la medida que se compara con otros modelos de civilización o de culturas, menos bárbaras que la occidental no parece absurdo que surja la necesidad de proteger la belleza natural de las cosas y con ella el Derecho para protegerla de los abusos de sus propietarios o usuarios, no porque este sea el único fin del Derecho sino para guardar la justa proporción entre los hombres y las cosas²¹. Porque el Derecho regula relaciones entre hombres, y hombres y cosas como los animales y los vegetales y todo lo que compone la naturaleza porque toda ella es valiosa, no sólo el hombre. Por esta razón desde el Derecho, proteger la armonía y estética del conjunto, el paisaje, no solo protege al hombre sino al orden en que éste vive y que lo contiene: al orden natural²².

Aquel hombre, que ponía escenas divinas en los primeros paisajes pintados, que su vanidad localista pagaba la construcción de catedrales más altas que las de pueblos vecinos, ahora podía pagar el retrato de su familia en ese paisaje, en donde al principio un santo es la figura principal, y arrodillados al costado el donante o mecenas y su familia rezando, costumbre que llegó hasta entrado el Siglo XX, así es común ver en los altares de las parroquias el nombre del donante, como ocurre en la de Tandil, ciudad donde vive el autor de este trabajo²³.

¹⁹ECO, Humberto. *Historia de la belleza*. Debolsillo, Barcelona 2010.-Paradójicamente, la belleza es un concepto multívoco, susceptible de ser aplicado no sólo a un paisaje, también a una mujer hermosa, a una máquina. En lo que respecta a una persona, se trata de una vélelas que opera en forma independiente al deseo de poseerla y que puede agotarse en la mera contemplación del lienzo.

²⁰ El espíritu burgués se anuncia con el deseo de ser rico, la aspiración a la libertad individual, la acentuación del individualismo, la preocupación por la seguridad, gusto por el lujo, comunión con el arte y la naturaleza, tendencia al hedonismo, goce de vivir. ROMERO, José Luis. *Crisis y orden en el mundo feudo-burgués*. Siglo XXI. Buenos Aires 2003. pp. X. Ver también BERGUER, John. “Modos de ver”, Ed Gustavo Gilli, Barcelona 2014, 11° Ed (1° Ed 1972) Este autor, crítico de arte, hace en las primeras páginas de esta obra un notable análisis del lienzo en relación a la propiedad.

²¹VILLEY, Michel. “El humanismo y el Derecho,” en *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*. Gheri Editor. Buenos Aires 1978, pp. 78.

²²Ibídem, pp. 79.

²³En el altar principal de la Parroquia del Santísimo Sacramento construida hacia 1875 se puede leer....”*los hijos e hijas de D. Ramón José Gómez y Doña Pilar López de Gómez dedican este altar al templo del Tandil invocando el nombre de sus padres queridos*”... Un autor local en un reciente estudio de historia económica, resalta este mismo

Con el tiempo, vendrían los artistas que pintaron burgueses, como Rembrandt, que eran los que podían pagar su nivel de vida con los honorarios percibidos por su trabajo artístico pero que buscaban otras expresiones en el lienzo en donde el placer de los sentidos estaba presente y no sólo en la nueva mirada o expresión de los modelos que inmortalizó el pincel²⁴.

IV. Paisaje, ambiente, naturaleza, cultura y desarrollo sostenible

1. Introducción

Para acceder a la idea de paisaje, enfocaremos el objeto de estudio desde diversas perspectivas jurídicas, todas complementarias, y coadyuvantes a contemplar en toda su dimensión este gelatinoso, casi líquido²⁵, objeto de estudio, abordado desde miradas disímiles pero todas dirigidas a comprender lo mismo: el paisaje²⁶. Convencidos de la posibilidad de relación entre el hombre con las cosas²⁷, comenzamos el desarrollo de éstas perspectivas estudiando el paisaje en sus diferentes enfoques desde el Derecho Ambiental, Derecho del Desarrollo Sostenible y Derecho del Patrimonio Cultural o simplemente Derecho de la Cultura, con la intención de acercarnos al enfoque final que deberá dar cuenta de las razones por la cual entendemos que el paisaje es un concepto parido entre la naturaleza y cultura y por

detalle. PORRECA. Alberto Fidel. *Economía al sur del Salado*, Tandil 1850 – 1900. Ed Independencia Gráfica y Editora. Tandil 2012, pp. 53.

²⁴ Son famosos los retratos de la segunda esposa de Rubens, casi cuarenta años menor, voluptuosa, natural, y con una expresión que demarcaban una naturaleza que no tenía correlato con la tristeza de los auto-retratos del artista. Ver su Elena Fourment como Afrodita y Autorretrato con Isabel Brandt. ECO, Humberto. Op Cit 2010 pp. 210.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Paídos. Barcelona 2006, pp. 6 y ss... "sociedad líquida es aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en hábitos y rutinas determinadas"... "las condiciones de acción y estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y son ya obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera opción de conocerlas adecuadamente"... Esto es porque la idea de "paisaje" que defenderemos a lo largo de este trabajo, consiste en la apreciación subjetiva de todos los que le dedican una mirada produciendo en cada caso una percepción diferente y un interés subjetivo también diferente que luego el Derecho debe unir a través de un perno conceptual que sea capaz de encontrar las ideas fuerzas comunes en todos los enfoques que soporte el objeto paisaje.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Hecho que se da tanto con el paisaje y como con un Derecho Real.

ende considerado dentro de lo que en la Argentina se denomina Ambiente por el artículo 41 de su Carta Magna según daremos cuenta en su lugar con detalle. Esta metodología se justifica porque el paisaje como objeto del Derecho es todavía un ente poco abordado, fundamentalmente en la Argentina, que en los últimos años registra un interés incipiente por parte de la ciencia jurídica. La falta de un conjunto de normas y principios acabado y sustentado por la prueba de los años, nos lleva necesariamente a un proceso de conocimiento que va develando la actividad de observación y conocimiento hasta llegar a lo jurídico. Asumimos al paisaje, como objeto de estudio del Derecho, tan sólo como el último de los aspectos que cronológicamente la investigación científica va descubriendo y exhibiendo, de modo tal que como objeto de la ciencia ofrece una parte no conocida aunque sí cognoscible²⁸.

El paisaje es un interés jurídico colectivo, integrado en el más amplio del medio ambiente y como tal advierte el deber prioritario de protección por parte del Estado pudiendo suponer la limitación de otros derechos e intereses privados. El Derecho del Paisaje es un capítulo del Derecho Ambiental, y siendo el “paisaje”, como objeto del Derecho, una noción que surge producto de la confluencia de dos elementos: “naturaleza” y “cultura”, lógicamente su resultado cae dentro del campo de aplicación del Derecho Ambiental en donde uno de los fines de este Derecho es proteger el sustrato natural que da soporte a este nuevo objeto del Derecho que ahora es observado como bien jurídico que damos en llamar paisaje.

Sin ser ajeno, tampoco es interés directo de este estudio, dilucidar si los elementos naturales conjugados con los artificiales forman parte de una misma ciencia jurídica, si el Derecho Ambiental comprende los elementos “naturales” y los del denominado “patrimonio cultural” modernamente llamados Derechos de la Cultura incluyendo elementos intangibles para su protección y ordenación con lo que se expande el objeto de actuación por parte del Derecho. Sólo dedicaremos unas páginas para armar el contexto en donde labora nuestro objeto de estudio que es por demás variado. Hay autores que utilizan nuevas denominaciones para separar estas nuevas

²⁸ HARTMANN, Nicolai. *Ontología*. Tomo 1. F de C.E. México 1955. pp. 17.

ramas de la ciencia jurídica, y hablan de Derecho Ecológico²⁹, por citar una de las tantas nuevas denominaciones, operativa para definir la reducción del objeto de estudio a la interacción o huella ecológica que el hombre causa en la naturaleza al aprovecharla. Otros hablan de Derecho del Patrimonio Cultural o Derecho de la Cultura y estudian la regulación que es necesaria para proteger las manifestaciones humanas que transforman su existencia con su producto, tales como los museos, las pinturas y actualmente hasta los idiomas en la incesante actividad del Estado por proteger el legado humano para la posteridad. Por estas razones, afirmamos que no es posible hablar de “paisaje” sin considerar sus dos elementos inescindibles que concurren para su existencia: la “naturaleza” y la “cultura” humana que la ha seleccionado y distinguido para siempre, y por esa razón el Estado la cataloga, y protege.

Siguiendo esta idea, el primer elemento que contribuye a formar al paisaje como nueva institución del Derecho Ambiental es la naturaleza: realidad ésta que merece la atención del Derecho por sí misma, sin considerar su capacidad de satisfacer las necesidades del hombre³⁰. Debe ser respetada porque el hombre también es parte de la naturaleza, por ser parte del orden que le fue dado, aunque de ése orden el hombre sea su centro³¹, o represente una infinitésima parte. Para los que creemos en Dios Padre y Creador, el universo y el hombre en él han sido creados por la sabiduría de Dios³². Por eso al hombre le corresponde continuar ésta sabiduría co-creando, re-creando, agregando su “cultura” a lo ya creado. La naturaleza, como pluralidad de estratos y sistemas de relaciones, advertida en su proyección sobre lo humano, pasa a ser considerada como fuente de utilidad para la vida en una consideración utilitaria que servidora de lo humano es el otro componente denominado “cultural” que en compleja

²⁹ PAUL, Wolf *¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico*. ED. Tomo 136 pp. 821. Buenos Aires. 1990.

³⁰ Juridización *stricto sensu*, en el lenguaje de Betancor Rodríguez (op. cit. pp. 229).

³¹ ...”Una correcta concepción del Medio Ambiente, si por una parte no puede reducir utilitariamente la naturaleza a un mero objeto de manipulación y explotación, por otra parte, tampoco debe absolutizarla y colocarla, en dignidad, por encima de la misma persona humana”... en este caso, se llega a divinizar la naturaleza o la tierra, como puede verse fácilmente en algunos movimientos ecologistas que piden se otorgue un reconocimiento institucional internacionalmente garantizado a sus ideas. PONTIFICIO CONSEJO AMOR Y PAZ. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Ed Conferencia Episcopal Argentina. Buenos Aires 2005. pp. 294 N° 463.

³² CORBELLI, Primo. *Doctrina Social de la Iglesia, una síntesis para todos*. Editorial Claretiana. Buenos Aires 2002. pp. 169 y ss.

relación, traída a conocimiento en éste tiempo y espacio es lo que estudia el Derecho Ambiental dentro del cual el estudio del Paisaje es un capítulo. El hombre³³ se presenta a la naturaleza como síntesis de la realidad entera, desde la mineralidad hasta el espíritu y constituye desde esta realidad un nuevo mundo. Esa tensión entre la “mineralización” y “espíritu”³⁴, esta lucha entre el animal instintivo y el orden racional, es la frontera entre la “naturaleza” y la “cultura”, entre lo dado y lo hecho y el *tertium genus* entre estas dos dimensiones es el paisaje, solo concebible a través de una exquisita combinación de los mismos.

Habíamos advertido que tratamos de no poner en tela de juicio si el derecho que tutela los impactos del hombre sobre la naturaleza, sea el Derecho Ambiental, Ecológico, de la Biodiversidad o como se denomine según los autores, integre unidad epistemológica con el Derecho de la Cultura y formen el contenido del Derecho Ambiental. Más bien, relegamos esa pretensión epistemológica a una puramente metodológica y administrativa que por razones de política de Estado algunas naciones los tutelan en un procedimiento y plexo de principios únicos, y otras, por separado, en dos carteras específicas y distinguidas en el mismo Gabinete Ministerial.

Por lo demás, seguimos considerando a los padres de esta nueva criatura: el paisaje dos objetos del derecho con su propia epistemología; la naturaleza y la cultura. Porque, al principio, antes de que apareciera la única criatura capaz de tomar por paisaje la impactante belleza de la Madre Tierra, se trataba sólo de la naturaleza...en donde la relación individuo-especie primaba en las anteriores formas de existencia animal. Después aparecerán, vinculaciones elásticas, emplazamientos en formas múltiples de concreción de la colectividad humana: la familia, el Estado, las comunidades de creencias, las relaciones ya no son meramente biológicas, “naturales”, sino “culturales”. Es decir levantadas desde la vida humana, sobre la base de lo biológico. La dependencia del individuo no es forzosa como en la “naturaleza” sino problemática por las fricciones propias existentes entre este individuo, consiente de ser

³³ PARIS, Carlos. *Hombre y Naturaleza*. Ed Tecnos. Madrid 1970, pp. 46.

³⁴ *Ibíd.*

sujeto histórico y portador de un destino con su sociedad y “cultura”³⁵.

2.-El Derecho Ambiental, teorías sobre los elementos que lo integran y el Paisaje

En la doctrina jus-ambiental hay varias posiciones sobre los elementos que integran el objeto “ambiente...”*la cuestión del concepto de ambiente divide a los juristas ambientalistas de manera tan particularmente intensa que se ha convertido, por su misma virtualidad delimitadora, en el centro de la elaboración dogmática del Derecho Ambiental*³⁶...La cuestión no es superficial porque depende de la definición de los términos que adoptemos para la expresión madre que es la del “Derecho Ambiental” para ubicar exactamente a la noción “paisaje” dentro del mismo, que al principio era ignorada o en todo caso se subsumía en alguno de los dos componentes principales del Derecho Ambiental: la naturaleza y la cultura.

Es así que algunas posturas adoptan un criterio “monista” y consideran a los objetos “ambiente” y “cultura” como dos caras de una misma moneda y por lo tanto aptos para ser identificados como un único objeto para el Derecho; es de tinte antropocéntrica porque en sus posturas más extremas considera a los bienes naturales como tales, sólo porque el hombre los menciona en el ordenamiento y no porque se desprenda de su naturaleza³⁷. Esta inclinación teórica considera por lo general al paisaje como un componente subsumido dentro de esta fusión o en todo caso como uno de muchos objetivos de protección para coadyuvar a la finalidad principal que es la de tutelar el medioambiente.

Otras, posturas observan un criterio “dualista” es decir, separa los órdenes de tutela, en el sentido de interpretar que el Derecho Ambiental debe ocuparse solo del

³⁵ PUGLIA POMPEI, Eduardo Enrique. *O Direito Constitucional e as práticas adotadas para estímulo á sustentabilidade no direito comparado: Brasil e EUA*. Biblioteca de Escola Superior Dom Helder Câmara. Santa Efigênia Belo Horizonte, pp 177

³⁶ SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho*. Granada 1992 pp 22.

³⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Revista Trimestrale de Diritto Público*, 1971.

ambiente natural por un lado, y considerar los aspectos culturales que en todo caso serán objeto de otra rama jurídica como el Derecho del Patrimonio Cultural o Derecho de la Cultura, por otro lado. Se asume, en éste último caso, un enfoque geocéntrico porque se matizan los componentes del concepto ambiente sólo con elementos puramente naturales, tales como el agua, el aire o la tierra, etc. En este grupo de teorías que examinamos más adelante la noción “paisaje” se aprecia de un feliz connubio entre las dos disciplinas y desde luego que su protagonismo científico no advierte un carácter tan contingente y secundario como en el anterior. Adelantamos que seguimos esta última posición con un enfoque, en general, contrario a la mayoría de la doctrina argentina y más afín a la generalidad de la doctrina española.

2.1.El monismo ambiental

La primera de estas corrientes doctrinarias abordadas en el título anterior, que apellidamos monista y de tono antropocéntrica, consideran al ambiente desde un punto de vista amplio, uniendo en una mono-teoría los diferentes objetos que se dan en llamar, según hemos visto, “ambiente natural” y “ambiente artificial”. Se integra al Patrimonio Cultural, histórico, etnográfico, industrial, arqueológico, arquitectónico, o simplemente cultural dentro del conjunto de normas que hacen al Derecho Ambiental, colocándolo a la par de las normas que tutelan los elementos naturales como agua, suelo, flora, fauna y los productos humanos que los degradan, tales como los residuos en sus diferentes formas³⁸.

GIANNINI³⁹ fue uno de los primeros puntales de esta visión que integra al ambiente en la categoría de bienes culturales. Parte de una concepción antropocéntrica que niega autonomía a los bienes naturales, porque en su visión sólo la acción humana incorpora los bienes naturales a la civilización y tan sólo ésta es la razón por la cual el

³⁸ PRIEUR, Michel. *Droit de l'Énvironment*. Paris. Dalloz 1991, pp. 6 y ss.

³⁹ GIANNINI, M. S. *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e Culturale*, in *RTDP*, 1971, pp. 1122 ss. Posteriormente cambiaría su posición a una idea más restringida en donde define al ambiente como el ...” *ámbito físico de diversas acciones humanas en el cual subsisten sistemas de equilibrio que puede ser modificado pero sólo a costa de reconstruir otros sistemas*”... En *Rimi rilievi sulle nozione di gestione dell'ambiente e del territorio* RTDP, núm 2,1975 pp. 485. Traducción nuestra.

Orden Jurídico debe tutelarlos. Concepción que obedece al texto constitucional italiano de 1947 cuyo artículo 9 establece la obligación de la República de salvaguardar...*"el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación"*⁴⁰... Esta posición ha sido receptada mayoritariamente por la doctrina italiana. Rosalba Alessi, por caso, destaca que...*"medio ambiente, no es sólo, sino también la tierra, el aire, el paisaje en sus componentes bien físicos bien artísticos. Por lo tanto medio ambiente, es una expresión bien amplia que comprende mas entidades, que se extiende hasta comprender elementos no identificables en sentido material, que, sin embargo, concurren en la formación, junto con los elementos materiales y naturales, de la identidad de una población, de un lugar, de una colectividad organizada en un territorio"*⁴¹...

En España -quizás por la redacción del artículo 45 de su Constitución- este enfoque es el minoritario pero no por eso menos fundado en sus cultores. Jesús Jordano Fraga participa de esta idea tempranamente, en crítica a una sentencia del Tribunal Constitucional⁴², llega a decir que...*"no se protege al ambiente por razones éticas"*.... *"...evidentemente no cabe mayor utilitarismo (acaso egoísmo) en esta ratio, pero tampoco mayores garantías de efectivas realizaciones. Sea o no el mero interés económico el que justifique la utilización racional de los recursos naturales, el propio interés de la sociedad es la mejor garantía del resultado"*... Sin embargo, canaliza su utilitarismo en una visión amplia, porque amplio es el despliegue de los elementos

⁴⁰ PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. *Medio Ambiente, Diversidad Cultural y paisaje frente a la globalización*. RDA. ED. Lexis Nexis. Noviembre de 2004 Número 0, pp 82 y ss.

⁴¹ ALESSI, Rosalba. "Derecho Agrario y Medio Ambiente en el mundo jurídico". En obra colectiva: *"Justicia agraria y ambiental en América"*. CADA (Congreso Comité Americano Derecho Agrario) ED. Guayacán. San José de Costa Rica. pp. 570.

⁴²...*"a través de una confrontación del artículo 45 CE con otros preceptos constitucionales que consagran la promoción del desarrollo (como el artículo 130.1 CE), y de este dato fundamental la consecuencia no puede ser otra que dicha extensión. El artículo 45 CE, ciertamente engloba la protección de la Naturaleza, como por otra parte mantiene el propio Tribunal Constitucional pero el medio ambiente es un concepto más amplio; de ahí la importancia de la Doctrina del Tribunal Constitucional no limitada y reducida a los espacios naturales y protegidos y la protección de la Naturaleza, sino concebida y extensible desde y para el medio ambiente"*... Como andaluz, Jesús Jordano estudia la ley 91/ 1978 de 28 de diciembre sobre el Régimen del Parque Nacional de Doñana, especialmente el artículo 1.2 y concluye que la clave está en verificar que en Doñana tiene lugar la fusión de valores representativos y de especies protegidas y de valores históricos (con expresiones de gran valor etnográfico para España) y que incluirían sociológicamente aunque Jesús Jordano no lo menciona al mismo Santuario de la Virgen del Rocío, Virgen Patrona de Andalucía y sitio de peregrinación de millones de personas en el año. JORDANO FRAGA, Jesús. *La tensión medio-ambiente desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. RAAP N°17. IAAP-Universidad de Sevilla 1994, pp. 93.

normativos que ve en el Orden Jurídico español⁴³. No podemos pasar por alto que el Código Penal español contempla en un capítulo a los delitos contra el “medioambiente” y en otro capítulo a los delitos contra el “patrimonio cultural”, se sigue que en el ordenamiento jurídico español esta tesis sólo puede ser presentada en concurso, lo que pone en evidencia una vez más que éste ordenamiento considera en forma separada estos dos objetos del Derecho⁴⁴.

Concepción Barrero Rodríguez⁴⁵ llega a esta conclusión realizando una interpretación armónica del articulado de la Constitución arribando a una conclusión que es singular en la doctrina de España. Félix Benítez de Lugo y Guillén⁴⁶, analiza el artículo 45 de la Constitución española a partir de la jurisprudencia, entiende que este artículo pretende una simbiosis entre la Naturaleza y la Cultura, para lograr esa meta feliz de calidad de vida. Magán Perales⁴⁷ también pareciera compartir esta opinión a partir de los artículos 44, 45 y 46 integrando una denominada “constitución Cultural” en donde el artículo 44 se ocupa del acceso a la Cultura y el artículo 45 refiriéndose al

⁴³ Para ampliar sobre Patrimonio Cultural y Derecho, se puede ver a ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis “*El Patrimonio Cultural, de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos*”. En RPCyD Número 1 de 1997. ED Fundación AENA y Ferrocarriles Españoles. Madrid. pp15. También puede consultarse A: MALALANA UREÑA, Antonio. *Patrimonio Cultural y fuentes de información*, bibliografía jurídica. En RPCyD. N°5 2001. ED Fundación AENA y Ferrocarriles Españoles. Madrid. pp. 231.

⁴⁴ GUIASOLA LERMA, Cristina. La tutela ambiental en el Código Penal español de 1995. En Obra colectiva “*Primeras conferencias sobre el medioambiente*”. CES, Valencia 1999, pp. 79 y ss. Esta autora desarrolla claramente la conexión entre el medioambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, resumiendo la opinión de la doctrina de aquella época, destacando... “*tenemos presente que nos encontramos con bienes jurídicos autónomos si bien con evidentes conexiones que requieren por ello una proximidad en su tratamiento*”... En esta misma línea se puede ver también a GÓMEZ RIVERO, Ma. Carmen. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Tiran lo Blanch. Valencia 2000. Ver especialmente páginas 100 /107. Ver también RENART GARCÍA, Felipe. *El delito de daños al patrimonio cultural español*. ED Comares, Granada pp 460 donde se trata el concurso de delitos entre los artículos 321 y 323.

⁴⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla. ED Civitas. Madrid 1990, pp. 160 – 195. . . .”*la constitución a través de sus artículos 45, 46 y 47, ha dado acogida a una acepción amplia del medio ambiente entendido como marco o entorno de la vida humana, lo que exige una acción conjunta de los poderes públicos que tenga en cuenta las profundas y estrechas interrelaciones que entre los múltiples aspectos que lo integran existen. Ahora bien, ello no quiere significar que dentro del mismo no puedan y deban distinguirse una serie de parcelas dotadas de sustantividad propia cada una de ellas con su particular regulación. Es así como puede decirse, desde el propio concepto de bien Cultural y desde los propios presupuestos constitucionales en los que se asienta, que el valor natural no queda subsumido en el valor Cultural, que aquel no es, sin más, parte de éste. Un bien natural se integra en el Patrimonio Cultural sólo en aquellos casos en los que sea merecedor de este calificativo, sólo en esos supuestos en los que concierne una referencia la historia de la civilización, no todo bien ambiental es bien Cultural*”⁴⁵...

⁴⁶ BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix. *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos, administrativos y fiscales, incentivos en la ley de fundaciones*. 2º Edición. ED Comares. Granada 1995, pp 52.

⁴⁷ MAGÁN PERALES, José María. *La circulación ilícita de bienes Culturales*. Lex nova. Valladolid 2001, pp 200.

ambiente y a la calidad de vida, aunque no llega a consagrar la defensa del patrimonio Cultural’... Con un lenguaje mucho más cauto, pareciera ser la opinión que expresa el Supremo Tribunal Constitucional⁴⁸...”el medio ambiente en el lenguaje forense ha de calificarse como un concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto interdisciplinaria”... menciona los siguientes recursos naturales como componentes del medio ambiente: el aire o atmósfera o el agua⁴⁹, la pesca marítima⁵⁰, ciertos minerales⁵¹, la fauna, la flora y el “paisaje”, comprensivo de elementos...”culturales, históricos”⁵²...

En la doctrina de la Argentina, quien abre camino con esta tesis es nada más y nada menos que Guillermo J Cano⁵³, entendía que el “entorno” podía dividirse así:

a) Ambiente natural, que a su vez se compone de i) recursos naturales que son los elementos de la naturaleza útiles al hombre (atmósfera, tierra, y suelo, agua, flora, fauna y yacimientos minerales, paisajes naturales, energía primaria); ii) fenómenos naturales, que no son útiles, pero que pueden tener consecuencias económicas y sociales nocivas respecto de los cuales la legislación puede contener normas preventivas: terremotos sequías inundaciones, ciclones, epidemias, epizootias, plagas vegetales, incendios de bosques, etc.

b) Ambiente cultivado, en el que la acción humana induce la producción de la naturaleza: producciones agrícola, pecuaria, silvícola y piscícola.

c) Ambiente creado o fabricado por el hombre: producción manufacturera, edificios, productos agroquímicos y farmacéuticos, alimentos, asentamientos humanos, medios de transporte (carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, etc.) Dentro de esta categoría está incluido el medio ambiente sensorial: ruidos, olores, sabores (agua clorada), paisajes de belleza estética contruidos por el hombre, etc⁵⁴.

⁴⁸ STC 102/ 1995 FJ⁴, citado por Pino Miklavec en “*La Perspectiva ambiental en la regulación de los productos petrolíferos*” RDA Aranzadi. Navarra. noviembre de 2006.

⁴⁹ STC 222/ 1988.

⁵⁰ STC 147/ 1991.

⁵¹ STC 25 / 1989.

⁵² STC 102/ 1995 FJ⁴.

⁵³ CANO, Guillermo J. Derecho, *Política y Administración ambientales*. Depalma. Buenos Aires 1978, pp. 123.

⁵⁴ En el mismo sentido SCOTTI, Edgardo. *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*. ED Tomo 160 pp. 737. Buenos Aires. GELLI, María Angélica. *La competencia de las provincias*

Néstor Cafferatta⁵⁵ se enrola en esta línea de trabajo. Comenta un conocido caso en donde una decisión de segunda instancia hizo lugar a una Acción Popular contra la Municipalidad de Rosario en la Provincia de Santa Fé, en representación de los intereses difusos que se verían afectados si el Municipio autorizaba la construcción de un Edificio de 39 pisos frente al monumento a la bandera argentina, gigantesco monolito del tamaño y altura similar, que no es cualquier monumento. Se trata de una obra emblemática de la Cultura argentina por el lugar donde se ha emplazado, que es donde Manuel Belgrano su creador, la izó por primera vez hace casi doscientos años. La decisión manda a realizar una evaluación de impacto ambiental previo a la autorización. Cafferatta, interpreta que el monumento es paisaje y que el paisaje es ambiente y que el ambiente natural o cultural está protegido por los artículos 41 y 75 inciso 19 de la Constitución argentina.

Daniel Sabsay⁵⁶ y Daniel Onaindia⁵⁷ adhieren a esta posición definiendo al ambiente como un conjunto de elementos naturales, artificiales o creados por el hombre, físicos, químicos y biológicos que posibilitan la existencia, transformación y desarrollo de los organismos vivos. Rosatti⁵⁸, parece ubicarse en esta línea destacando...*“aunque el debate pueda considerarse resuelto a la fecha en su faz teórica a favor de los que opinan que el ambiente “comprende” y no solo “envuelve” al hombre, porque abarca todos los elementos “naturales” como a los “Culturales” (o artificiales como algunos los llaman) por igual, en el orden de los comportamientos, en la faz práctica la disociación de los enfoques sigue vigente. En ocasiones más allá de*

en materia ambiental. LL 21/ 10/ 1997. Buenos Aires JIMÉNEZ, Eduardo. P. *Consideraciones en torno a un interesante fallo reciente y la ratificación de un camino irreductible en materia medioambiental*, LL“ Suplemento de Derecho Ambiental. 26/08/1997. Buenos Aires. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. *La responsabilidad civil en la era tecnológica.* Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998 pp 112. BUSTAMANTE ALSINA, Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995 pp. 41. BESALÚ PARKINSON, Aurora. *Responsabilidad por Daño Ambiental.* ED Hammurabi. Buenos Aires 2005 pp. 38. PATORINO, Leonardo Fabio. *El Daño al ambiente.* Lexis- Nexis. Buenos Aires 2005 pp. 21.

⁵⁵ CAFFERATTA, Néstor. *La defensa del Patrimonio-histórico Cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la Protección al Ambiente.* RJA Julio 7 de 2004, fascículo N°1. Buenos Aires pp. 82.

⁵⁶ SABSAY, Daniel Alberto. *Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable.* En obra colectiva “Ambiente, derecho y sustentabilidad”, Dirigida por Juan Rodrigo Walsh. Ed La Ley. Buenos Aires 2000. P72.

⁵⁷ ONAINDIA, José. *La Constitución de los argentinos.* Errepar. Buenos Aires. Con Daniel Sabsay 1994, pp 149.

⁵⁸ ROSATTI, H. D. *Derecho Ambiental Constitucional.* Rubinzal- Culzoni. Santa Fé de la Vera Cruz 2004, pp 15.

las declamaciones, el hombre se recorta del ambiente y toma distancia de él para convertirlo en objeto, contraponiendo su conducta a su discurso. En realidad, detrás de las posibles caracterizaciones del medio ambiente se esconde una disímil posición antropológica y eventualmente una percepción científica de la realidad”...

María Luz Endere⁵⁹, ha defendido brillantemente esta posición. Su punto de partida es la Convención UNESCO de Patrimonio Mundial Cultural y Ambiental de 1972, y el artículo 41 de la Constitución argentina en la cual el Estado se compromete a la preservación de ambos patrimonios. Endere, dice que...”*el concepto de patrimonio Cultural no puede concebirse de manera dissociada al de patrimonio natural... es por eso que los patrimonios natural y Cultural lejos de ser entidades diferentes se extienden y comprenden mutuamente en una suerte de continuun. Así el patrimonio natural en un contexto arqueológico deviene en natural y adquiere dimensión histórica. En este sentido se ha considerado que los recursos geológicos y paleontológicos, que son parte del patrimonio natural constituyen elementos de patrimonio Cultural cuando son encontrados en contextos arqueológicos (Archaeological Resource Protection Act de 1979-USA Sec 3). Por ello es necesario partir de una concepción del patrimonio como totalidad, aún cuando los patrimonios Cultural y natural sean objeto de regulaciones específicas y estén protegidas por diferentes organismos...El patrimonio Cultural está constituido por un conjunto de patrimonios, cuya inclusión dentro del concepto general de patrimonio no implica la necesidad de darle a cada uno de ellos un tratamiento legal, científico, técnico y aún administrativo, específicos”...* Su formación de abogada y arqueóloga se notan cuando explica sus fundamentos por los cuales el patrimonio arqueológico no podría estar dissociado de la arqueología. Antes, la preocupación era conservar y preservar en museos objetos colectados considerados valiosos en sí prescindiendo del lugar (contexto arqueológico) donde fueron hallados. Pero la arqueología actual se traslada del objeto al contexto porque, en opinión de Endere, no se puede interpretar tanto de las sociedades del pasado separando los elementos que integran el registro arqueológico. Así, la nueva arqueología o arqueología procesual-

⁵⁹ ENDERE, María Luz. *Arqueología y legislación en la Argentina*. Inculpa-UNICEN, Olavarría 2000, pp 38.

dice Endere- se propone conocer los sistemas culturales del pasado analizando la variabilidad existente entre los distintos sitios, así como los procesos de formación y transformación natural y/o cultural de los depósitos arqueológicos.

Carlos Arcocha y Horacio Allende Rubino⁶⁰, entienden...*"por medio ambiente, los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre (esto es el equilibrio ecológico y la sanidad del ambiente) y el patrimonio cultural, entendiendo por tal a las expresiones históricas, y artísticas que identificaban y definen a una sociedad determinada"...*

Carlos Aníbal Rodríguez⁶¹, sostiene que el concepto de...*"patrimonio cultural debe quedar incluido como un concepto más de los que integran el concepto de ambiente...el deseo del constituyente ha sido colocar el patrimonio cultural junto con el natural, todo dentro de un concepto mucho más amplio (género) que se denomina ambiente, el cual implica un entorno que ya no se limita a los aspectos naturales, sino que incluye los aspectos sociales: se protege todo el entorno en su globalidad"...*

Se advierte en todos los casos, la manera en que el "paisaje" conceptualmente se desdibuja en un largo listado de protección, cuando no es olvidado, perdiendo jerarquía como objeto de protección, no ya individual, sino al menos considerado dentro de un colectivo de objetivos de protección para realizar la rama del Derecho de la cual penden.

2.2.-El dualismo ambiental.

La segunda de las posiciones que hemos caracterizado, que apellidamos dualista y consideramos como geocéntrica es la que nos ocupará espacio en este título.

⁶⁰ ARCOCHA, Carlos E. – ALLENDE RUBINO, Horacio. *Tratado de Derecho Ambiental*. ED Nova Tesis. Rosario 2007. pp110. Los autores traen en apoyo a Eduardo Pigretti en una cita cuya interpretación no compartimos.

⁶¹ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. *La protección del patrimonio cultural inmaterial*. RDA N°10 ED Lexis Nexis. Abril-junio 2007 Buenos Aires, pp. 85.

Estas ideas postulan que el Ambiente tiene una fase más reducida, y que excluye a la Cultura o Patrimonio Histórico, Cultural, etc. que en todo caso forman otro marco teórico⁶². Máxime que el énfasis en el Derecho Ambiental se concentra últimamente en la visión del desarrollo sustentable, lo que liga a esta rama del Derecho más que nada a problemáticas que refieren a recursos naturales y los problemas que derivan de las actividades productivas. Esta forma de ver el objeto “ambiente” lo purifica de otras nociones como legislación de “sanidad”, o “farmacéutica”, prácticas “médicas” o “veterinarias” o inclusive “agronómicas”. La misma suerte sigue otras perspectivas que tienen que ver con la “Cultura” que hace las veces de “ambiente artificial” tales como la Arquitectura o el Patrimonio Cultural. La crítica a esta posición está dirigida fundamentalmente, a ciertas inclinaciones doctrinarias que hablan de un “Derecho de la losfera”, incluyendo temáticas tan amplias que tornan cualquier rama jurídica en inviable científicamente por la vastedad del objeto de estudio que hacen fútil cualquier metodología para abarcarlo y comprenderlo⁶³. Otros autores, sin embargo, partiendo de enfoques amplios logran controlar su análisis. Philippe Sand, parte de la idea de ambiente es todo lo que nos rodea, pero inmediatamente circunscribe a lo natural esta amplia definición partiendo de bases empíricas aceptando ambientes no naturales sólo en el caso de ser aceptado por un tratado internacional⁶⁴.

En Francia, fue Lamarque⁶⁵ quien extendió una de las primeras formulaciones destinadas a limitar el concepto de ambiente a las técnicas jurídicas para limitar la

⁶² Quizás el punto de partida de esta idea haya sido dado por la Comisión Franceschini que en 1966 definió al Patrimonio Cultural “...como el conjunto de bienes que constituyen testimonio material de la civilización. Civilización y Naturaleza constituirían, así, elementos diferenciadores de las funciones públicas de protección cultural y ambiental. Sin embargo, la propia Comisión, tras un notable esfuerzo argumental, llegó a incluir en el mismo concepto los bienes culturales ambientales y los bienes ambientales, denominaciones que cabría referir respectivamente a los paisajes y los ecosistemas notables”... LÓPEZ RAMÓN, Fernando Op. Cit (1997) pp 115.

⁶³ RODGERS, William H. *Handbook on environmental law*. West publishing Co. St Paul, Minessota 1977, pp 1 dice que se trata del “Derecho del gobierno planetario”, es decir “lo concerniente a la protección del planeta y sus habitantes respecto de las actividades que dañen la tierra y sus capacidades de mantenimiento de la vida”.

⁶⁴ SAND, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press. Cambridge, pp 15.

⁶⁵ LAMARQUE, Jean. *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Paris LGDJ. 1973 P15. La doctrina francesa inicialmente se inclinó por ésta línea de estudio que se asimilaba más que nada con la protección de la naturaleza, así: Malafosse (1973), Vallet (1975), Grenier Sargos (1975). Posteriormente otros autores ampliaron este espectro incluyendo elementos culturales, es el caso de Despax (1980), Morand-Devillier (1987), Prieur (1991). Para ampliar este punto se puede ver LÓPEZ RAMÓN, Fernando, Op Cit 1997 pp 111, que cita a estos autores.

contaminación dentro de un marco de protección a la naturaleza. En realidad, el autor reaccionaba frente a la definición que de este concepto daba el Consejo Internacional de la lengua francesa como el conjunto...”*en un momento dado, de agentes físicos, químicos, biológicos y de factores sociales susceptibles de tener un efecto directo o indirecto, inmediato o futuro, sobre los seres vivos y las actividades humanas*”... con este concepto, decía Lamarque, todo es ambiente...”*el ocio, el deporte, el problema de los transportes, el sistema de comunicaciones en su conjunto, los modos de difusión del pensamiento, las artes, la medicina, el régimen hospitalario, la criminología, la gastronomía, et bien entendí, aussi la sexualité*⁶⁶... Esta posición pareciera ser reafirmada por la sanción en 2006 de la ley constitucional sobre la carta del medio ambiente⁶⁷.

Con más precisión, el maestro Ramón Martín Mateo retomando esta perspectiva minimalista de Lamarque⁶⁸ recuerda que...” *aunque el ambiente sea parte de la Naturaleza lo que aquí nos interesa no es toda la Naturaleza. La política de protección a la Naturaleza en su conjunto se desagrega en estrategias sectoriales: protección de la caza, de los bosques, de los parques naturales, de los recursos naturales e incluso se llega a incluir los aspectos estéticos de la geografía humana, los monumentos y ciudades artísticas. No quiere decirse con esto que tal problemática sea trivial o*

⁶⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “El Derecho Ambiental como derecho de la función pública”. En obra colectiva: *La protección jurídica del medio ambiente*. ED Aranzadi. Pamplona 1997 pp. 108.

⁶⁷ Texto adoptado el 28 de febrero de 2005 por el Parlamento reunido en Congreso y promulgada el 1 de marzo de 2005 por Jacques Chirac, otrora Presidente de la República. Diario Oficial de la República de Francia 2/ 03/ 2005 Ley Constitucional N°205. La introducción del medio ambiente en la Constitución de Francia es un hecho digno de mención, a pesar del retraso de Francia en la materia, sino también por su contenido con un desarrollo normativo importante. En opinión de PRIEUR, Michel. *El Medio ambiente entra en la Constitución francesa*. En Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Año 2007-2 N°12. Pamplona 2007. pp. 11, no trata el texto de instaurar una ecología humanista, sino de imponer una ecología integrista que colocaría a la naturaleza y a la diversidad biológica por encima de las personas. De una simple lectura a los considerandos no surgen referencias a elementos exógenos a la naturaleza, y sí a temáticas como el desarrollo sostenible o el principio precautorio o preventivo, pero carece de una redacción sencilla a fin de determinar con precisión los alcances pretendidos, que seguramente serán completados por el legislador, pero que basta para ubicar en esta sección a este ejemplo normativo y su comentarista.

⁶⁸ LAMARQUE, Jean. *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Paris LGDJ. 1973, pp 15. Citado por Ramón Martín Mateo en Op. Cit. Tomo 1 pp. 84. Para Lamarque habría que distinguir entre protección de la Naturaleza y protección del ambiente. En la primera se encontrarían incluidos la protección de los medios naturales (sitios y monumentos naturales, parques nacionales, y regionales, así como la protección de los elementos de la Naturaleza, así como la protección de los elementos de la Naturaleza -agua, suelo, aire, bosques, flora y fauna- en tanto que en la segunda se encuentran incluidos los establecimientos clasificados, contaminación de aguas, atmósfera, y ruido.)

carente de interés sino que no es fácil encontrar criterios o principios unificadores de toda esta variada materia...Sólo un enfoque ambiental más circunscrito...puede legitimar y aglutinar el conjunto jurídico que denominamos derecho ambiental. Creemos que el meollo de la problemática ambiental está en la defensa de unos factores que inicialmente podrían haber sido calificados como RES NULLIUS, susceptibles de utilización sin límite por todos los individuos pero que posteriormente se transformaron en bienes comunes sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, fruto de la civilización industrial y urbana, va a amenazar precisamente las condiciones indispensables para su aprovechamiento colectivo”... El ámbito conceptual del ambiente para el maestro Martín Mateo incluye aquellos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: aire, agua por ser vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la Tierra. Excluye al suelo por pertenecer a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión que pertenece a la gestión ambiental y que a la postre se conecta con los ciclos de aire y agua; el ruido estaría incluido en la noción aire. Algunos autores disienten con la exclusión de éste elemento, es el caso de Iñigo Sanz Rubiales⁶⁹, más bien siguiendo la opinión de la Comisión Europea y a Betancort⁷⁰ frente a la importancia de la dimensión territorial del territorio, donde el suelo tiene dimensión espacial estrechamente vinculada a su función de soporte de vida natural. Fernando López Ramón⁷¹, critica esta posición por reduccionista que en su inteligencia no sintoniza con el artículo 45.2 de la Constitución española al establecer que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin dedefender y restaurar el medio ambiente...que parece necesario identificar con los recursos naturales. No sólo con el agua y el aire, sino también con la flora, la fauna, el suelo, y la gea (el suelo es el elemento orgánico que permite la existencia de la fauna y la flora; la gea se integra se integra por los elementos inorgánicos de la tierra).

José Juste Ruíz, entiende que el objeto del Derecho Ambiental...”se manifiesta únicamente en la medida en que se traduce una interacción hombre/entorno que

⁶⁹ SANZ RUBIALES, Iñigo. RDUyMA. Año XXXVII-Nº205. Oct-Nov 2003. pp1498.

⁷⁰ BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley, Madrid 2001 pp. 532.

⁷¹ *Ibídem*, pp 109.

puede alterar negativamente las condiciones en que ambos se desarrollan, perturbando un ecosistema global que debe mantener sus equilibrios esenciales para su propia supervivencia (el equilibrio natural del ecosistema)"... hace hincapié en una decisión del Tribunal Internacional de Justicia⁷² para afirmar que el entorno vital humano abarca todos los sectores del medio físico que constituye la biosfera (litosfera, hidrosfera, atmósfera) así como el medio natural (flora, fauna, biodiversidad) y comprende también el entorno social (medio urbano, medio laboral, medio estético y paisajístico y, para algunos incluso el entorno cultural. Sin embargo la práctica confirma que el Derecho Internacional del medio ambiente huye de los planteamientos totalizantes, que resultan del todo inabarcables, para tratar de regular los aspectos más nucleares y específicos de la problemática ambiental"... "la práctica confirma que el Derecho Internacional del medio ambiente tiende a una sectorialización que resulta inevitable. Si la preocupación es holística la acción es necesariamente sectorial, concretándose en torno a los diversos elementos esenciales de la biosfera"... "su objeto se concreta en combatir no solamente la contaminación , sino todas las formas de deterioro del entorno vital de los seres humanos"⁷³ ...

Loperena Rota⁷⁴, considera que elementos integrantes del ambiente son: suelo, aire, agua, flora y fauna y considera extravagante la inclusión del patrimonio histórico. Es objeto del derecho a un medio ambiente adecuado la biosfera. Porque la vida se da en la biosfera y en condiciones de humedad temperatura, etc. muy precisas que sólo conocemos se han dado en este Planeta por unos millones de años solamente. Como señalara el inolvidable maestro Brañes, el Derecho Ambiental tiene que ver con la continuidad de la vida sobre la Tierra. Y esta idea tiene que ver con el mantenimiento de las condiciones que hacen posible la vida. Es el Derecho de la Especie del cual habla Gabriel Real Ferrer⁷⁵, en su inteligencia, si el derecho al ambiente..."*es adecuado, lo es para todos y no sólo para el que lo exige en los Tribunales. No se*

⁷² "...el medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, inclusive la de las generaciones futuras"...TIJ . Legality of the Treaty or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996 pp 241. Cit. por Juste Ruíz, José en Op Cit pp. 7.

⁷³ JUSTE RUÍZ, José. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Mc Graw-Hill, Madrid 1999. pp 8.

⁷⁴ LOPERENA ROTA, Demetrio. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Civitas. Madrid. 1996.

⁷⁵ REAL FERRER, Gabriel. *La construcción del Derecho Ambiental*. Revista de Derecho RADA

puede compartimentar, o lo disfruta la especie o no lo disfruta nadie”...

Jordá Capitán⁷⁶ acepta que el patrimonio artístico o cultural tiene un tratamiento específico en el artículo 46⁷⁷ de la Constitución de España. Pero sin obviar la estrecha relación que guardan determinados enclaves naturales con concretas valoraciones socio – culturales e incluso con determinadas valoraciones humanas, esta autora ve que el ambiente en términos del artículo 45⁷⁸ de la Constitución de España se aproxima en mayor medida a una concepción referida a los elementos de carácter físico como componentes del sustrato básico para el desarrollo de la vida de la comunidad. Si el constituyente español hubiera querido unir estos preceptos seguramente lo hubiera hecho como es el caso de Italia (que comentamos en otro lugar) por parte de Giannini, pero no se hizo. Germán Valencia Martín⁷⁹, en referencia a daños ambientales en el Derecho español califica qué elementos tiene el objeto Naturaleza...”*en el sentido estricto...como los daños causados por ciertas actividades humanas en la propia Naturaleza (el agua, el suelo, o las especies y hábitats naturales protegidos)”...*

En la Argentina, Eduardo A. Pigretti, inicia esta corriente, considera que el Derecho Ambiental tiene por objeto...”*el estudio de las relaciones del Hombre con la naturaleza, y en este sentido es posible que supere las puras obligaciones personales y aún el principio de los derechos reales según el cual existe en relación a los bienes una*

⁷⁶ JORDÁ CAPITÁN, Eva. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Aranzadi. Navarra 2001.

⁷⁷ En el título tercero “De los principios rectores de la política social y económica” la constitución de España ubica al Patrimonio Cultural con la siguiente redacción...”*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, Cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ése patrimonio”...* En La Constitución española. Ed Centro de Estudios Adams – Ediciones Valbuena SA. Madrid 2001.

⁷⁸ En el título tercero “De los principios rectores de la política social y económica” la constitución de España ubica al Ambiente con la siguiente redacción...”*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 vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad 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.”...* En La Constitución española. ED Centro de Estudios Adams – Ediciones Valbuena SA. Madrid 2001. Se ve claramente que la Constitución de España separa claramente a estos dos temas.

⁷⁹ VALENCIA MARTIN, Germán. “*El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el “sistema español” actual de responsabilidad por daños ambientales*. En Obra Colectiva: Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español. Aranzadi. Navarra 2005.

*obligación pasivamente universal de respetar a sus titulares de dominio”...para agregar más adelante...”nos permitimos considerar la posibilidad de que una nueva especialidad jurídica se abra camino dentro del derecho, que por nuestra parte la denominaríamos sin hesitar como derecho de la biosfera”...*⁸⁰

Roberto Dromi⁸¹ dice que...”el Derecho Ambiental actúa para proteger la naturaleza de aquellas actividades humanas que poseen una fuerte incidencia con el entorno. Ésta renovada relación entre el hombre y su circunstancia, entre el yo y el patrimonio universal heredado de Dios, motiva la reformulación de los derechos subjetivos comunes, colectivos y comunitarios que instalan un desafío de exigibilidad y un nuevo capítulo vigencial en la lucha por el Derecho...la única forma de asegurar una vida digna para las próximas generaciones es actuar con equilibrio sobre el medio ambiente, en áreas específicas: administrar el agua, proveer la energía, salvar la salud, asegurar la agricultura, mantener la biodiversidad, y cuidar la atmósfera”...

Griselda Capaldo, en su interesantísima obra Daño Ambiental y Derecho Aeronáutico⁸², después de desarrollar su teoría del Homo Ambiens, entiende que el hombre desarrolla su vida, sus políticas y designios rodeado naturalmente por cinco entornos: atmósfera, hidrosfera, criosfera, litosfera y biosfera. Están en íntima relación dando lugar al clima que no es un rasgo estático del ambiente terrestre sino un sistema dinámico sujeto tanto a variaciones naturales como humanas. Y si prestamos atención sólo a la biosfera y estudiamos la relación entre un organismo dado y su entorno o ambiente y entramos en el terreno de la ecología.

José E Martinoli tempranamente expresa que el objeto de las normas agrupadas en el denominado Derecho Ecológico son las relaciones jurídicas ecológicas y el fin específico acrecentar y conciliar la necesidad de la producción con la conservación de

⁸⁰ PIGRETTI, Eduardo A. *Derecho Ambiental*. Depalma. Buenos Aires 2000. pp 52 y 60.

⁸¹ DROMI, Roberto *Justicia Ecológica*. En obra colectiva “Reparación Ambiental”. Cuadernos de Época N°4 Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2002, pp. 14.

⁸² CAPALDO, Griselda. *Daño Ambiental y Derecho Aeronáutico, breve teoría del homo ambiens*. ED Universidad. Buenos Aires 1997.

los recursos naturales⁸³. Bibiloni⁸⁴ con una tesis más naturalista se acerca a la corriente española, con cita a Ramón Martín Mateo en su tomo 1 pp 87...*”a pesar de todo algunas concepciones modernas han incorporado en el concepto de ambiente cuestiones de muy diversos orígenes y características, como son el ruido, la contaminación visual o estética, la preservación de monumentos y otras obras de arte, los espacios verdes urbanos, los derechos del consumidor y mucho más. Con esas inclusiones se ha excedido largamente el marco del ambiente natural, ensanchándose en dirección al ambiente humano, con lo que se ha hecho una ampliación considerable del concepto, que pensamos no arroja precisamente luz sobre el asunto sino que agrega confusión, y no ayuda a establecer un orden de prioridades adecuado y eficaz para obtener el fin tutelar que se persigue con las normas. A pesar de que no compartimos el citado criterio, debe señalarse que éste es el sentido que la protección legal tiene en nuestro derecho, por cuanto con ese vasto alcance ha sido introducida la garantía ambiental en el texto constitucional. Esta posición amplia incrementa los objetos a preservar, que en su diversidad alcanzarán también a los que deriven tanto directa como indirectamente de la Cultura, y de otros aspectos y manifestaciones del obrar humano, abarcando el denominado patrimonio Cultural y paisajístico”...* Estas ideas postulan que el Ambiente tiene una fase más reducida, y que excluye a la Cultura o Patrimonio Histórico⁸⁵.

Martínez Golletti declara que cuando decimos...*”ambiente no nos estamos refiriendo sólo a la atmósfera sino también a las restantes condiciones y circunstancias físicas donde transcurre la vida del hombre. Integran el ambiente, la geo, las llanuras, las montañas, sus valles, las formaciones arbóreas y sus espacios acuíferos, cualesquiera sean éstos”...es...el cumplimiento del mandato Divino: Dios puso al*

⁸³ MARTINOLI, Jorge E. *Ecología y Derecho*. ED Advocatus. Córdoba 1991.

⁸⁴ BIBILONI, Héctor Jorge. *El proceso ambiental*. Ed Lexis-Nexis. Buenos Aires 2005, pp. 78.

⁸⁵ BELLORIO CLABOT, Dino. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo 1. Ed Ad – Hoc. Buenos Aires 1999. P 48. En esta línea MONTERO, María Verónica. *El Medio ambiente en la coyuntura de la integración*. Cuadernos de Época, serie Servicios Públicos 8. ED Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid 2003...*”tiene por objeto el estudio de las relaciones del hombre con la naturaleza, y en este sentido es posible que supere las puras obligaciones personales y aún el principio de los derechos reales”*, y BOULLÓN, Roberto. *Ecoturismo y sistemas naturales urbanos*. 3º edición. Ediciones Turísticas. Bs Aires 2003, pp. 17 *entiende por ambiente al conjunto de...condiciones bióticas y abióticas que determinan vida y desarrollo de un organismo. Cada ambiente se superpone y es influenciado por otros, lo que hace que sus límites sean exactos”...*

*hombre en el jardín del Edén para que lo labrara y cuidara. En torno a ese cuidar gira todo el Derecho Ambiental*⁸⁶... Similar opinión parece defender Víctor H Martínez, a partir de la búsqueda de los requisitos para tipificar lo que él denomina delito ecológico⁸⁷.

Es singular la posición de Gonzalo Sozzo⁸⁸, que nos da una definición por la vía negativa del concepto ambiente y por éste motivo interpretamos que el autor milita en esa corriente de autores que hemos separado aquí. A éste jurista le interesa el Derecho de la Cultura o del Patrimonio Cultural, y desarrolla el artículo que citamos en esa órbita. Refiere a Derechos Fundamentales que pudieran estar en juego en un contrato público... "*como el derecho al medioambiente o al disfrute del patrimonio cultural*"... (trata el caso de una donación al Estado de varias obras pictóricas por parte de un particular y su eventual revocación). Propone repensar la idea de propiedad privada, reconociendo que la propiedad estatal ha sido el mecanismo primitivo para la tutela de los bienes culturales, subraya que actualmente ambas esferas de la propiedad deben cooperar para tutelar los bienes culturales. Para Sozzo, es preciso reconocer que ciertos bienes pueden ser privados, sin por ello perder su condición de bienes culturales con todo lo que ello implica constitucionalmente. Para reconocer categóricamente que... "*existe un derecho fundamental de la sociedad argentina a la protección y al disfrute del patrimonio cultural, del cual el patrimonio artístico (que se integra con el patrimonio museológico) es una especie (Art. 75 Inc. 19 y 41 Const. Arg)*.

Se ve en este último grupo de teorías, el abordaje sin complejos que la mayoría de los autores, especialmente Sozzo y el maestro Pigretti, hacen a la titularidad de bienes colectivos que se distinguen de los naturales. Específicamente es de nuestro interés rescatar afirmaciones como la siguiente... "*ciertos bienes pueden ser privados,*

⁸⁶ MARTÍNEZ GOLLETTI, Luis. "Ambiente, bienes forestales, paisaje y función social". En Obra Colectiva: *Humanismo Ambiental*. ED Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp 41. Córdoba 2001.

⁸⁷ MARTÍNEZ, Víctor H. *El delito ecológico*. En Obra Colectiva: *Humanismo Ambiental*. ED Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 72. Córdoba 2001.

⁸⁸ SOZZO, Gonzalo. *El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)*. Revista de Derecho Ambiental N°10 ED Lexis Nexis. Abril-junio 2007 Buenos Aires, pp. 77.

sin por ello perder su condición de bienes culturales con todo lo que ello implica constitucionalmente”...de Gonzalo Sozzo⁸⁹, efectuada únicamente en un contexto teórico que permita avanzar un paso más en la discusión de la titularidad de bienes como los culturales. Se ve que el inicio del estudio del paisaje lleva mayor apertura con estas perspectivas para avanzar a fondo en su relación con los Derechos Reales y su discusión con la titularidad individual o colectiva.

3. Derecho Ambiental, Desarrollo Sostenible y Derecho de la Cultura, distinción a través sus principios. Relación con el Paisaje

Para avanzar un paso más en las diferencias entre Derecho Ambiental y el Derecho de la Cultura también llamado Derecho del Patrimonio Cultural, utilizamos ahora la metodología de distinguirlos por los diferentes principios⁹⁰ en los que se basan ambas disciplinas, de esta manera abordaremos otro aspecto en este feliz deslinde que brindará otros elementos para imbricar la figura del paisaje con sus padres teóricos: ambiente y cultura.

3.1.Principios del Derecho Ambiental

Los principios propiamente ambientales, de este Derecho que enfoca la protección de la naturaleza son los siguientes: interdependencia ambiental, solidaridad, igualdad de protección, cooperación, información, eficacia, subsidiaridad, precautorio, prevención, conjunción, introducción de variable ambiental, congruencia, conservación, responsabilidad, progresividad⁹¹, y no regresión⁹².

⁸⁹ Ibídem, pp. cit.

⁹⁰ CORIA, Silvia. *La importancia de los principios rectores en el Derecho Ambiental*. RDA N°2 (Abr- Jun. 2005). Lexis Nexis. Buenos Aires 2005, pp. 9. ZARABOZO MILA, María Victoria. “*Principios rectores en materia ambiental, de recursos naturales en general e hidrocarburos en particular*”. Lajouane. Buenos Aires 2014.

⁹¹ Art 4° ley 25675 Gral. del Ambiente: Principio de progresividad: *Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.*

⁹² La Legislación y la jurisprudencia ambiental no deberían ser alterados si esto implica retroceder en los niveles de protección previamente alcanzados, de tal suerte que el objetivo principal es alejar toda idea derogativa o restrictiva de la Ley Ambiental por intereses contrarios a estos fines y sin agregar evidencia de la potencialidad de una tutela superior a los fines de proveer al interés público ambiental. PEÑA CHACÓN, Mario, “*El principio de no regresión*”

1. *Interdependencia ambiental*: Es una consecuencia de la naturaleza unitaria e interrelacionada de la biosfera. Dice un autor español⁹³ que muchas de... "de las normas que se aplican formalmente en un país, o en el ámbito comunitario, tienen consecuencias mucho más allá de sus fronteras. Estamos acostumbrados a explicar el ámbito de aplicación de cualquier rama del Derecho señalando unos contornos territoriales de carácter político que poco tienen que ver con la naturaleza"...

2. *Principio de solidaridad*: Este principio tiene varias manifestaciones, siguiendo la metodología de un jurista argentino⁹⁴, distinguimos tres. En primer lugar la solidaridad debe manifestarse en forma inter-estatal, las fronteras no deben influir en las políticas ambientales, porque la naturaleza no conoce de fronteras y se brinda a todos por igual, por más que los países con mejor tecnología y más medios disponibles se sirvan de la madre tierra más que los países pobres⁹⁵. La ley general del ambiente en la Argentina 25.675, en su artículo 4⁹⁶ define a este principio como uno autónomo y le imprime el nombre de "principio de cooperación. En segundo lugar, la solidaridad se manifiesta de manera inter-generacional⁹⁷. Ramón Martín Mateo⁹⁸ se refiere a la idea de la solidaridad

Universitat d'Alacant

ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense". El Dial.com, Clave: DC 1783. Fecha publicación: 06/12/2011. CAFERATTA, Néstor A., "Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano", RDPRC 2009- II, Derecho Ambiental – II, Rubinzal - Culzoni Editores, Noviembre de 2009.

⁹³ LOPERENA ROTA, Demetrio. *Principios del Derecho Ambiental*. IVAP-CIVITAS. Madrid 1998 pp.75. Denomina a este principio de "Extraterritorialidad".- Este principio está contemplado en los principios 2, y 25 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992. El principio 2 de Río 92, dice: "...los Estados tienen ...la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional." Finalmente, el principio 25 expresa: "La paz, el desarrollo y la protección del ambiente son interdependientes e inseparables".

⁹⁴ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. *Ley General del Ambiente de la República Argentina*. ED Lexis Nexis. Buenos Aires 2007 pp. 73. ZARABOZO MILA, Op. Cit.

⁹⁵ Estos últimos tienen mayor débito ambiental por la razón de sacar más provecho y por ello su devolución debe ser superior en aras de la realización de este standard de conducta. Así, según principios 7 y 27 Declaración de Río.

⁹⁶ "...los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos trans-fronterizos serán desarrollados en forma conjunta"

⁹⁷ El artículo 4º de la ley 25.675 general del ambiente en la Argentina tiene presente esta segunda manifestación de la solidaridad ambiental con el siguiente texto..."La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos a su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos"...porque la naturaleza es un sistema sin fronteras compartidos por hombres que se han dado distintas jurisdicciones. Ello explica que todos deban correr en auxilio de ese bien colectivo: el ambiente.

⁹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *El hombre una especie en peligro*. Campomanes. Madrid 1993, pp. 95.

en derecho a partir de la idea de fraternidad. Destaca que la sobrevivencia humana puede afrontarse con sólidos lazos de solidaridad internacional e inter-generacional. En tercer lugar, la solidaridad jurídica⁹⁹ que es una *solidaridad forzosa* porque somos responsables ante el ambiente que es indivisible como miembros de nuestra comunidad que defiende un interés colectivo que también es indivisible.

3. *Principio igualdad de tutela ambiental.* El preámbulo de la Declaración de Estocolmo 1972 proclama que la defensa y mejora del ambiente para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en objetivo primordial de la humanidad. Para que pueda ser alcanzado, es preciso que tanto los particulares como las colectividades, las empresas como las instituciones, a cualquier nivel, asuman sus responsabilidades y se repartan equitativamente la tarea¹⁰⁰.

4. *Principio de cooperación:* La cooperación internacional debe ser permanente, no solamente ocasional. Cooperación, no supone necesariamente socorro económico, sino ambiental como ayuda para prevenir la degradación ambiental y la colaboración para evitar la contaminación¹⁰¹.

5. *Principio de Información:* En el Derecho Internacional este principio existe desde el “Caso del Canal del Corfú”¹⁰² en donde la Corte Internacional de Justicia condenó a Albania en 1949 por no dar aviso a Gran Bretaña acerca de la existencia de minas en su mar territorial, considerándose que Albania tenía la carga de conocer y advertir la

⁹⁹ REAL FERRER, Gabriel. “*El principio de solidaridad en la declaración de Río*” En Canelobre Revista del Instituto de Cultura “Juan Gil Albert”, N° 27 otoño/invierno 1.993. Este autor ve a este principio como inspirador de la actividad del Estado para cubrir las insuficiencias del principio de responsabilidad ZARABOZO MILA. Op Cit.

¹⁰⁰ Principio 24 de la Declaración de Estocolmo, las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejora del ambiente, deberán ser abordadas con espíritu de cooperación por todos los países, grandes y pequeños, en pie de igualdad. Loperena Rota apunta que el problema se produce con la capacidad de carga del planeta, que ya está sobrepasada lo que representa una inequidad.

¹⁰¹ Así, la Declaración de Estocolmo en el principio 22, establece que: “*Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados, causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción*”. El principio 24 de dice que las cuestiones ambientales relativas a la protección y mejora del ambiente, deberán ser abordadas con espíritu de cooperación por todos los países, grandes y pequeños, en un pie de igualdad. Ver principios 7 y 27 Declaración de Río.

¹⁰² TRIPELLI, Adriana. *Los principios rectores ambientales según la Corte Internacional de Justicia*. RDA (En-Mar 2005). Lexis-Nexis. Buenos Aires, pp. 148.

situación de peligro en mar bajo su jurisdicción. Pocos años después en 1957 el mismo Tribunal tuvo ocasión de dictar un laudo en el caso del “Lago Lanoux”, disputado en 1957 entre España y Francia¹⁰³. Aquí quedó sentada la obligación de brindar información previa, en este caso, antes de iniciar cualquier proyecto que pueda afectar los usos de agua de un país situado geográficamente *aguas abajo*. Estos principios *deber de dar aviso y deber de brindar información*¹⁰⁴, con carácter previo a un daño, fueron revisados en Estocolmo 1972 y receptadas a través del principio 19 de RIO 92¹⁰⁵. Por esta razón el Principio 10 de RIO 92 dice...“*El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda...*”. No solo ratifica el carácter público de la información ambiental, atribuye además la participación en el proceso de toma de decisiones¹⁰⁶ que involucren su ambiente y el derecho a peticionar¹⁰⁷.”

6. *Principio de Eficacia*: El Principio 11, de la Declaración de Río dice: “*Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países, pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo*”¹⁰⁸ ...

7. *Principio de Subsidiaridad*: Este principio luce en el artículo 4º de la ley general del ambiente 25675 en la Argentina...“*El Estado nacional , a través de las distintas*

¹⁰³ TRIPELLI. Op Cit, pp. 107. ZARABOZO MILA, Op. Cit. 219.

¹⁰⁴ Otros autores (Loperena Rota. Op Cit 1998 pp.68) denominan a este principio “De Publicidad”, aunque basa su énfasis en que la biodiversidad es un asunto que incumbe a toda la comunidad y no al Estado singularmente. Por ello como todos vivimos en el ambiente, todos debemos tener derecho a su información (de actividad estatal o privada) para que todos podamos participar en las decisiones ambientales con opinión fundada, para orientar decisiones propias en la Democracia.

¹⁰⁵ Corresponde ahondar más la cuestión porque el derecho a la información ambiental, tiene otras perspectivas como el compromiso de los Estados de difundir información ambiental no solo entre estados, sino también dentro de los mismos. VALLS, Mario F. *Patrimonio Cultural Inmaterial, una nueva categoría jurídica de bienes*. Revista El Dial.com. Buenos Aires 2006, pp. 7.

¹⁰⁶ ALONSO. Santiago Javier. *Sobre la necesidad insatisfecha de la información ambiental*. RDA N°4 (oct-dic 2005) Lexis-Nexis. Buenos Aires, pp. 37.

¹⁰⁷ Principio 10 de RIO 92. TRIPELLI. Op Cit, pp. 143.

¹⁰⁸ BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. *-Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación mexicana para la educación ambiental- Fondo de Cultura Económica. México. 2000, pp. 653.

instancias de la Administración Pública, tiene la obligación de colaborar y , de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”...Implica la actuación subsidiaria del Estado Nacional, siempre que se advierta falta de intervención por exceso o defecto de las unidades interiores al Estado mismo¹⁰⁹.

8. *Principio Precautorio¹¹⁰*: Sands¹¹¹ recuerda que este principio apareció como instrumento legal internacional en los 80´ del siglo pasado en el Derecho Interno Alemán para ofrecer al intérprete y operador jurídico o político del Derecho Internacional Ambiental un marco de pensamiento en la alternativa de una falta de certeza científica. Sands destaca dos tempranas visiones de este principio una más amplia y otra más restringida. La primera de estas visiones, que podríamos denominar *maximalista*, es la que dan algunos autores que participan de la idea de presentar a éste principio rector no sólo como jurídico sino como un imperativo ecológico y moral. Ello, porque no sólo es principio en sí, además connota una valoración por parte de la humanidad, imponiendo a los actores del mundo de hoy, que ante la duda se debe actuar a favor

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. Op. Cit 2007 pp. 74, ve a este principio con una aplicación más ligada a la actuación del Estado en subsidio de lo que el Mercado no atiende. Es posible, que Provincias o Municipios alejados de los principales centros de recursos, no dispongan de los medios económicos o tecnológicos para prevenir a favor del ambiente. En casos puntuales como éste, cuestiones tales como la propiedad de los recursos naturales a favor de las Provincias en la Argentina, no pueden ser óbice para que el Estado Nacional actúe a favor de un bien colectivo que no conoce de jurisdicciones. Este principio, de aplicación en la Unión Europea, es de gran versatilidad en jurisdicciones que abarcan grandes extensiones ambientales. Al respecto ver FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. “*El principio de subsidiaridad en el ordenamiento europeo*”. Mc Graw – Hill. Madrid 1996.

¹¹⁰ ...”*Las autoridades llamadas a tomar decisiones para hacer frente a los riesgos contra la salud y el medio ambiente , a menudo se encuentran ante situaciones en que los datos científicos disponibles son contradictorios o cuantitativamente escasos: puede ser oportuno entonces hacer una valoración según el “principio de precaución” , que no comporta la aplicación de una regla, sino una orientación para gestionar situaciones de incertidumbre. Este principio evidencia la necesidad de tomar una decisión provisional, que podría ser modificada en base a nuevos conocimientos que eventualmente se logren. La decisión debe ser proporcionada a las medidas ya en acto para otros riesgos Las políticas preventivas , basadas sobre el principio de precaución , exigen que las decisiones se basen en una comparación entre los riesgos y los beneficios hipotéticos que comporte cada decisión alternativa posible , incluida la decisión de no intervenir. A este planteamiento precaucional está vinculada la exigencia de promover seriamente la adquisición de conocimientos más profundos, aun sabiendo que la ciencia puede no llegar rápidamente a la conclusión de una ausencia de riesgos. Las circunstancias de incertidumbre y provisionalidad hacen especialmente importante la transparencia en el proceso de toma de decisiones“...PONTIFICIO CONSEJO AMOR Y PAZ. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. ED Conferencia Episcopal Argentina. Buenos Aires 2005, pp. 297 N° 469.*

¹¹¹ SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2° Edition. Cambridge University Press. Cambridge. 2004 pp. 267.

del ambiente: *in dubio pro ambiente*¹¹². La segunda de estas visiones, que podríamos denominar *minimalista* es la dada por el artículo 15 de RIO 92 que expresa: “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el **criterio de precaución conforme a sus capacidades**. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”¹¹³. Los términos que hemos subrayado en los renglones anteriores importan verdaderas excusaciones a la aplicación de este principio¹¹⁴. Efectivamente, un criterio es menos que un principio y además la falta de certeza absoluta no es excusa para adoptar medidas eficaces, pero, ¿qué sucede si el Estado en cuestión no tiene capacidad tecnológica o medios económicos? No tenemos respuesta, como no sea imaginar una negativa o una apelación al principio de cooperación. En otras palabras: nada sucede porque no hay obligación de aplicar este principio sino se puede por falta de dinero o capacidades (digamos tecnológicas, puede haber otras). A mayor abundamiento, destacamos que la ley 25675 general del ambiente en la Argentina que sí lo reconoce como principio, a la falta de certeza científica (no dice “*absoluta*”) le agrega *la falta de información ambiental* como razones que no pueden utilizarse como excusa para aplicar medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente. La ley argentina¹¹⁵ elimina entre las limitaciones la fórmula: “*conforme a sus capacidades*”, que vimos en RIO 92 renglones atrás; pero mantiene la que establece “*en función de los costos*”... con lo que sigue palabra más, palabra menos lo orientación internacional y nuevamente queda planteado el interrogante para

¹¹² Uno de los líderes de esta posición es el Embajador Permanente ante la ONU y Representante ante el Grupo de Trabajo 1 de INC/ FCCC de Vanuatu (Archipiélago ubicado entre Fiji y Australia). Este político polinesio¹¹² opina que este principio es la base para asumir una acción legal inmediata direccionada a proveer herramientas ambientales que puedan operar sobre el agujero de ozono y el cambio climático por ejemplo.

¹¹³ CAFFERATTA, Néstor. *Principio Precautorio en el Derecho argentino y brasileño*. RDA N°5 (En-Mar 2006). Lexis Nexis. Buenos Aires, pp. 67. BESTANI, Adriana. *Principio de Precaución*. Astrea. Buenos Aires 2012. COZZI, Eugenio. “*El principio de precaución. Las Patentes de invención y la responsabilidad civil*”. Ad Hoc. Buenos Aires 2005.

¹¹⁴ MADRIGAL CORDERO, Patricia. *Derecho Ambiental en Centro-América*. Centro de Estudios y Capacitación Judicial Centroamericano. Escuela Judicial de Costa Rica. San José 1995, pp. 34.

¹¹⁵ DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *El principio de precaución ambiental, la práctica argentina*. Caps 2 y 3. Lerner. Córdoba 2008.

el operador que alegue imposibilidad de actuar por falta de medios¹¹⁶.

9. *Principio de Prevención*: La ley general del Ambiente N° 25.675¹¹⁷ en la Argentina define a este principio estableciendo que...*”las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”...*¹¹⁸

10. *Principio de Conjunción*: El principio de conjunción significa la unión en un mismo orden jurídico, el ambiental, de la norma internacional y la nacional, debido a que la internacional es cada vez más nacional, es cada vez más local, de aplicación inmediata. La norma ambiental internacional es “ius cogens”, una norma imperativa de carácter internacional que no puede ser dejada de lado sino por otra norma de la Naturaleza.

11. *Principio de introducción de la variable ambiental*: La variable ambiental debería incorporarse en el proceso de toma de decisiones tanto a nivel horizontal como vertical, configurando la directa interdependencia que existe entre los diferentes niveles y declarando el necesario carácter de globalidad e integridad de la materia ambiental¹¹⁹.

12. *Principio de Congruencia*: Pretende establecer una aplicación coherente de la legislación ambiental al interior del Estado en sus diferentes niveles competenciales. De gran versatilidad en Estados Federales, la labor hermenéutica tendiente a lograr congruencia entre los niveles legislativos, municipal, provincial / estadual / comunidad autónoma y Nacional es ineludible en la eficacia normativa ambiental. En la Argentina,

¹¹⁶ BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés. Instituciones de Derecho Ambiental. ED LA LEY Madrid 2001. pp. 167 y ss. Toda una gran laguna que no tiene hasta el presente una solución definida en el Derecho. Pareciera adquirir rasgos políticos la respuesta a una situación no prevista, o caso difícil, que exige una respuesta al Estado. No verificamos que este principio obligue a la acción. La abstención a la acción, podría también conformar una conducta que ubique al operador realizando una actividad a la luz del principio precautorio, y, en donde la respuesta tiene un indudable ingrediente social porque se trata de definir cuál es el nivel de riesgo que está dispuesta a aceptar una sociedad dada en un momento dado por mantener su calidad de vida¹¹⁶, que no sólo produce riesgos, sino que paradójicamente trata de inhibirlos actuando precautoriamente porque nuestra forma de vida ya no se acepta sin beneficio de inventario.

¹¹⁷ Ley 25675. BO 28/11/1992.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. Op. Cit 2007, pp. 70.

¹¹⁹ El principio 4 establece que: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

específicamente, este principio es una herramienta de gran utilidad en la labor del operador jurídico después de la reforma constitucional de 1994 que en el artículo 41 impulsa las denominadas “leyes de presupuestos mínimos ambientales”¹²⁰. Estas leyes requieren un examen muy atento para no arribar a soluciones incompatibles entre ellas la legislación anterior a 1994¹²¹ y los códigos de procedimiento ordinario¹²² en lo que al debido proceso refiere.

13. *Principio de conservación*: Por conservación se entiende la gestión de la utilización de la biosfera por el ser humano, de tal suerte que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones futuras. Conservar es abarcar al mismo tiempo la preservación, la mejora del medio natural y la restauración. Los recursos renovables deben ser conservados para que mantengan tal calidad. El Plan de acción adoptado en la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano declara en su Recomendación 39: ...“Se recomienda que los gobiernos... acuerden la realización de un programa internacional encaminado a conservar los recursos genéticos mundiales”...Los principios 4 y 12 de la Declaración de Estocolmo, se refieren a este tema¹²³.

14. *Principio de Responsabilidad*¹²⁴: Este principio tiene por lo menos dos manifestaciones que nos interesa señalar. La *primera manifestación*, es la denominada *responsabilidad común pero diferenciada*. Esta obligación de recomponer tiene marco en el primer párrafo *in fine* del nuevo artículo 41 de la Constitución argentina reformada

¹²⁰ ENDERLE, Guillermo Jorge. *La congruencia procesal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2007.

¹²¹ La ley 25.675 de presupuestos mínimos ambientales en la Argentina, menciona expresamente este principio en su artículo 4...“la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”...RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. *Ley General del Ambiente de la República Argentina*. ED Lexis Nexis. Buenos Aires 2007, pp. 69.

¹²² MORELLO, Augusto – SOSA Gualberto y BERIZONCE, Roberto. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y la Nación, comentados y anotados*. Tº II-C pp 78 y ss. Abeledo Perrot, La Plata 1993.

¹²³ El primero, en cuanto establece que: ...“El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la Naturaleza incluidas la flora y fauna silvestre”... Finalmente, el principio 12 expresa: ...“Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarle, cuando lo necesiten, más asistencia técnica y financiera con ese fin”...

¹²⁴ JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Herder. Barcelona 1995 (1º Ed 1979 Frankfurt).

en 1994..."*El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*"¹²⁵... También es dable observar una segunda manifestación que es la del *contaminador – pagador*¹²⁶, también denominado: "Quien contamina, paga". Se relaciona el principio de la economía de "externalidades" o "efectos de derrame o de desborde". Cano¹²⁷, dice que..."*en términos económicos, (el principio) envuelve la internalización de las externalidades. "Estas últimas son los costos sociales, que antes no se computaban en los cálculos del costo-beneficio y que al adoptar el principio son incorporados a éstos, traducidos en las contribuciones fiscales y otras erogaciones financieras que el contaminador debe asumir"*.

15. Principio de progresividad: El Art 4º ley 25675 Gral. del Ambiente lo define así: *Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.*

16. Principio de no regresión. Contracara del anterior, Legislación y jurisprudencia ambiental no deberían ser alteradas si implica retroceder en los niveles de protección previamente alcanzados, de tal suerte que el objetivo principal es alejar toda idea derogativa o restrictiva de la Ley Ambiental por intereses contrarios a estos fines¹²⁸.

¹²⁵ El principio 7 de la Declaración de Río expresa: "... en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tiene responsabilidades comunes pero diferenciadas".... Y el principio de responsabilidad en el artículo 4º de la ley 25.675 general del ambiente en la Argentina dice..."*el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan*"...

¹²⁶ CANO, Guillermo J. "Introducción al tema de los aspectos jurídicos del Principio "contaminador – pagador". CIIDA (Comisión Interamericana para el Derecho y la Administración del Ambiente) *El Principio Contaminador Pagador, aspectos jurídicos de su adopción en América*. Varios autores. Ver trabajo de Guillermo J Cano.

¹²⁷ CANO, Guillermo J.-*Derecho, Política y Administración Ambientales*, pp. 136, Depalma, Buenos Aires 1978.

¹²⁸ PEÑA CHACÓN, Mario, "El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense". El Dial.com, Clave: DC 1783. Fecha publicación: 06/12/2011. CAFERATTA, Néstor A., "Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano", Revista de Derecho Público, 2009. II, Derecho Ambiental – II, RUBINZAL- CULZONI Editores, Noviembre de 2009.

3.2.Principios del denominado “derecho del desarrollo sustentable”, como instrumento del Derecho Ambiental y su ajenidad al paisaje

Cabe indagar, de los principios adjudicados a esta pretensa rama del Derecho la relación epistemológica con el paisaje a través de la confrontación con el Derecho Ambiental que es la figura dentro de cuya órbita hemos ubicado al paisaje en una epistemología que todavía no hemos desarrollado acabadamente a esta altura de nuestra investigación. Se trata de un approach, últimamente no tan cultivado, de posturas inclinadas a cierta heterodoxia científica, matizadas por la economía y la sociología que han respaldado y contribuido en una teoría que mienta sobre un nuevo objeto de estudio por el Derecho. Este objeto no es ya la Naturaleza sino el “Desarrollo Sostenible”. Postura ésta, que por su tinte, admite menos aún considerar en su agenda la Cultura, el Patrimonio Histórico / Cultural o el paisaje.

Este concepto aparece y toma fuerza a partir de la expresión inglesa “*sustainable development*” frecuentemente mal traducido como “*crecimiento sostenido*” o “*desarrollo sostenido*”, que logra su minuto de inmortalidad en 1987 en el Informe “*Nuestro futuro común*” de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocido como el Informe Brundtland. El *Desarrollo sostenible* según Brundtland, gira en torno a la idea de la *satisfacción de la generación presente sin comprometer la de las generaciones futuras*. Dicho informe encierra los siguientes aspectos:

- Objetivo principal del desarrollo es satisfacer necesidades humanas.
- Necesidades humanas para satisfacer, están sometida a restricciones morales (equidad distributiva y consuntiva) y ecológicas (capacidad de carga).
- Para satisfacer las necesidades esenciales, se precisa crecimiento económico también en países pobres.
- Se necesita una forma de control demográfico consciente, en armonía con el cambiante potencial productivo de los ecosistemas.
- Límites a utilización de recursos, renovables y no renovables.
- La conservación debe estar subordinado al bienestar humano.

- Recursos no renovables deben utilizarse teniendo en miras su sustitución por recursos renovables.

El Desarrollo Sostenible persigue conservar el capital natural, fundamentalmente a través del principio precautorio. La toma de decisiones se realiza en un contexto de incertidumbre de posibles irreversibilidades pero teniendo en mente que el Capital Natural recibido de la generación anterior tiene que transmitirse a la siguiente en virtud de ciertas ideas rectoras, que no coinciden a simple vista con los principios ambientales ya examinados:

- *Principio de irreversibilidad cero* a intervenciones acumulativas y daños irreversibles.
- *Principio de extracción sostenible de Recursos Renovables*: la tasa de explotación debe ser proporcional a la de regeneración.
- *Principio de extracción sostenible de Recursos no Renovables*: la tasa de vaciado debe ser proporcional a la tasa de creación de sustitutos renovables.
- *Principio de emisión sostenible*: la tasa de emisión no debe saturar la capacidad de asimilación del ecosistema. (implica emisión cero residuos no biodegradables).
- *Principio de selección sostenible de tecnologías*: Deben elegirse las tecnologías más eficientes para obtener más productividad valor extraído por unidad de recurso versus las que enfatizan aumentar la cantidad extraída.
- *Principio de precaución*: vigilancia *a priori* que identifique y descarte de entrada las vías que podrían llevar a daños ambientales aún cuando el riesgo sea mínimo y con los mejores métodos tecnológicos accesibles.

En síntesis, vemos que detrás de todas estas ideas rectoras anima el *Principio de Sustentabilidad*, que es mencionado por el artículo 4º de la ley general del ambiente 25675¹²⁹ en la Argentina..."*el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los*

¹²⁹ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. Op. Cit 2007, pp. 74. Este autor sostiene, con criterio acertado a nuestro juicio, que ..."*la fórmula es bastante parecida a la que adopta nuestra Constitución Nacional ; entendemos sin embargo,*

recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras"...que es consecuencia del artículo 3º de RIO 92..."el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades del desarrollo y ambientales de las generaciones futuras"...el cual fue informado por Brundtland..."el desarrollo sustentable es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas"...Una definición elocuente de desarrollo sostenible siempre estará dada por la cantidad de consumo que puede continuar indefinidamente sin degradar el capital¹³⁰, incluido el "capital natural".

Andrés Betancort Rodríguez¹³¹ corta de un solo golpe la pretensa autonomía co-lateral o superadora del Derecho del Desarrollo Sustentable. Con ajustado criterio, ubica esta especie en el lugar de los objetivos del Derecho Ambiental los cuales clasifica en intermedios y finales o estratégicos. Este último se refiere a la conservación del ambiente entendido como Naturaleza o sea..." *como sistema o ecosistema en el que la vida, en todas sus variadas formas humanas y no humanas, se desenvuelve en el seno de una red o trama de relaciones organizativas complejas, variadas... entre los organismos o entre estos y su entorno no-vivo que mantiene las condiciones adecuadas para que la vida pueda sostenerse y conservarse a lo largo del tiempo"...*

El objetivo estratégico que hemos entrecomillado se cumple a través de otros que son denominados intermedios y que ofician de instrumento para alcanzar los estratégicos. La importancia de estas herramientas conceptuales radica en su aptitud para relacionar los objetivos estratégicos con otros menores por ejemplo el "desarrollo sostenible" o la idea de "utilización racional de los recursos naturales"¹³². Entre estos

que nuestra Constitución diferencia los conceptos de desarrollo humano y de desarrollo sustentable sin dejar de tener en cuenta la íntima relación que entre ellos existe"...En contra Daniel Sabsay Op Cit 2000 pp. 67 y ss.

¹³⁰ GONZÁLEZ LIMÓN, José Manuel.- *Medio Ambiente y desarrollo local*. Carpetas de Derecho Ambiental. Universidad Internacional de Andalucía. Huelva 2001, pp.1.

¹³¹ BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés. -*Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley. Madrid. 2001, pp. 99.

¹³² JIMÉNEZ HERRERO 1995b:21. Citado por BETANCORT, Andrés Op. Cit. 2001, pp. 100.

dos últimos objetivos existe también una relación de servicio en donde el objetivo de utilización racional de los recursos naturales es intermedio de primer grado, y el objetivo de desarrollo sostenible intermedio de segundo grado. Esto significa que la utilización racional de los recursos es el objetivo que está al servicio del desarrollo sostenible porque la relación entre los seres humanos debe estar presidida por la idea de “utilizarlos racionalmente” con lo cual será posible realizar un desarrollo que sea sostenible. Sostenibilidad que implica conservar la Naturaleza para ser posible el derecho a vivir en condiciones adecuadas al desarrollo de su personalidad como recalca la Constitución española en el artículo 45, o *para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras* como dice la Constitución argentina en el artículo 41.

Los textos constitucionales han puesto en el centro de la escena el mismo objetivo estratégico: el objetivo final es el hombre, su calidad de vida¹³³, no el desarrollo sostenible el cual sólo puede ser una nota del paisaje pero nunca su marco teórico.

3.3. Principios del Derecho de la Cultura

3.3.1. Concepto de Cultura

La idea de “Cultura” coexiste en la perspectiva humana junto a otras tales como la economía, la historia, la naturaleza. Estas ideas se expresan en dos dimensiones: una natural, la otra humana. Siguiendo a Miguel Reale¹³⁴ decimos que...*“en el universo hay cosas que se encuentran en estado bruto y cuyo nacimiento no requiere ninguna participación de nuestra inteligencia o de nuestra voluntad. Pero al lado, de estas cosas puestas originariamente por la Naturaleza, hay otras sobre las cuales el hombre ejerce su influencia y su voluntad adaptando la Naturaleza a sus fines”*... De esta manera se constituyen dos mundos complementarios: el de lo natural y el de lo cultural: el de lo dado y el de lo construido, dice Reale. Al mundo de lo construido pertenece la idea de

¹³³ BETANCORT, Andrés Op. Cit 2001 pp. 103.

¹³⁴ REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 2º Edición. Pirámide. Madrid, pp. 37.

cultura como..."conjunto de todo aquello que, en los planos material y espiritual, el hombre construye sobre la base de la Naturaleza, ya sea para modificarla, ya sea para modificarse a sí mismo. De esta suerte, es el conjunto de utensilios e instrumentos, de las obras y servicios, así como las actitudes espirituales y forma de comportamientos que el hombre va formando y perfeccionando a través de la historia como caudal o patrimonio de la especie humana"...

Esta modificación a la Naturaleza o este modificarse a si mismo lo es en mérito a valores. No sólo el hombre impacta en la Naturaleza sino que el hombre es impactado también por la Naturaleza¹³⁵, y esta modificación no es inerte como la realizada por un volcán. La Naturaleza "hace su trabajo", pero se trata de causalidades desprovistas de valoración alguna, no se puede valorar la ciencia física dando cuenta de un tifón, o explicando la caída al precipicio de una roca ubicada en la cima de una montaña, sólo no es dado explicar mediante ley de gravedad este acontecimiento. En cambio la "cultura" se expresa mediante valores, las leyes culturales sean derivadas de la sociología, de la economía, de la historia o del Derecho son concebidas por el hombre con mérito a fines precisos y determinados en donde los medios no son ajenos, porque los objetivos que el hombre pretende alcanzar están afectados siempre por las valoraciones que de ellos se haga. Así, las modificaciones causadas en la realidad por los hechos humanos, serán captadas por su cultura y tendrán consecuencia en la órbita de alguna de las ciencias culturales o herramientas de esta dimensión: al hecho disvalioso de matar, le corresponderá una consecuencia social derivada del hecho de la valoración negativa que la sociedad y Cultura de un tiempo determinado en un momento dado tiene de ese hecho. Pero nada puede derivarse de las consecuencias de la ley de gravedad explicando la caída de un obrero de la construcción de un edificio de diez pisos. Vemos que un grupo de ciencias acepta los hechos y la otra los contrasta, una incluye en sus términos la valoración y las otras no.

¹³⁵ El hombre deja su marca en la naturaleza, las exploraciones mineras son buena prueba; pero también la naturaleza deja su marca en el hombre: en sus manos, en la piel de un pescador o un canterista.

Esto es porque existen dos órdenes de fenómenos, explica Reale¹³⁶. Los de la Naturaleza y los de la Cultura. En el estudio de los fenómenos puramente naturales el hombre llega a un acervo de conocimientos...*“que forman el contenido de las llamadas ciencias físico-matemáticas, como son la Física, la Química, la Matemática, la Astronomía, la geología, etc. No son ciencias naturales, pero sí constituyen bienes de cultura; entran a formar parte del patrimonio de la Cultura pero no son ciencias culturales porque su objeto es la Naturaleza; son “ciencias naturales” y como producto de la actividad creadora del hombre, integran también el mundo de la cultura”...*

El otro orden de fenómenos es de la cultura al cual corresponden otros campos tales como la historia, la economía y el Derecho. Estas ciencias sí tienen por objeto al hombre y tienen fines necesariamente humanos y se denominan ciencias culturales. Todas las ciencias suponen hechos culturales, “bienes culturales” dice Reale...*“pero no todas las ciencias pueden ser llamadas en sentido riguroso, ciencias culturales”*¹³⁷...Ciencias culturales son aquellas que además de ser elemento de cultura tienen por objeto un bien cultural.

Efectuada esta introducción estamos listos para abordar un concepto más preciso del concepto de cultura para ser abordado por el Derecho. En esta inteligencia, el Derecho recoge en la legislación positiva el concepto de cultura como el conjunto de producciones materiales que son susceptibles de juicio estético intelectual, pero también los bienes inmateriales como conjunto de prácticas sociales, a partir de las cuales los actores interactúan socialmente y definen su relación con el mundo.

Se ve que hay una doble vertiente para ubicar al concepto “Cultura”.

Por un lado la *cultura inmaterial también llamada intangible*, como la determinación del capital cultural de una persona como conjunto de saberes, costumbres, lenguas, valores que se incorporan socialmente desde el nacimiento y a

¹³⁶ REALE, Op Cit 1977, pp. 42.

¹³⁷ REALE, Op Cit 1977, pp. 42.

partir de los cuales los actores construyen sus prácticas sociales. El proceso de apropiación comienza desde la familia y después continúa a través de las instituciones formales y no formales¹³⁸.

Y por otro, la *cultura material o tangible*, el aspecto físico de ésta noción que hace a lo edilicio, a las pinturas, etc.

3.3.2. El Derecho aplicado a la Cultura: El Patrimonio Cultural, y su relación con el Paisaje

Hay una idea central, en los principios y normas que han sido concebidos y diseñados para proteger el patrimonio cultural y dentro de él al paisaje como postulan muchos de los autores examinados en la corriente dualista, plasmado en textos legales tales como la Constitución de Italia, Brasil o en la nave insignia de estas ideas que es la Convención de Protección del Patrimonio Natural y Cultural, París 1972. Esta idea central estriba en que el legado artístico y cultural es importante, no sólo para los países donde están insertos sino para toda la humanidad, por ende, no alcanza con la tutela soberana, amerita tutela internacional en un estatuto autónomo. Dice Kiss¹³⁹ que *“la mutilación de la Pietá de Miguel Ángel ...hieren la sensibilidad de todo el mundo culto que experimenta un sentimiento de pérdida irreparable”*. Se trata de objetos singulares emblemáticos del arte y la creatividad humana y por lo tanto “excepcionales”, que es preciso preservar en un principio de los conflictos armados, y del olvido de las Administraciones de poca sensibilidad artística o económica. Este elemento, de “valor universal excepcional”, es una de las constantes de éste instrumento en estudio. Así cuando el artículo 1º define Patrimonio Cultural lo hace en

¹³⁸ Convención de la UNESCO para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003. En la citada convención se precisa el concepto de patrimonio cultural inmaterial, distinguiéndolo de aquel que se puede medir, tocar y hasta sustraer. Al respecto dice el artículo 1º que patrimonio cultural inmaterial son...“*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas – junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios Culturales que le son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio Cultural. Este patrimonio Cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la Naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad Cultural y la creatividad humana”*.

¹³⁹ KISS, Alexander. Op. Cit. 1982, pp. 165.

tres segmentos:

1-Documentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas o grupo de elementos que tengan un *valor universal* desde el punto de vista de la historia el arte o la ciencia.

2-Los conjuntos: grupos de construcciones aisladas, o reunidas, cuya arquitectura, unidad o integración en el *paisaje* les da *valor universal* desde el punto de vista de la historia el arte o la ciencia.

3-Los lugares: obras del hombre u *obras conjuntas del hombre y la Naturaleza*, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan *valor universal excepcional* desde el punto de vista histórico, estético, etnológico y antropológico.

El artículo 2º define la noción de Patrimonio Natural:

1-Los monumentos naturales constituidos por las formaciones físicas y biológicas o por grupo de esas formaciones que tengan un *valor universal excepcional* desde el punto de vista *estético o científico*. Las formaciones geológicas y fisiográficas y las *zonas estrictamente delimitadas* que constituyen el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista *estético o científico*.

2-Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas que tengan un *valor universal excepcional* desde el punto de vista de la *ciencia*, de la conservación o de la *belleza natural*.

Esta muestra normativa nos permite extraer algunas conclusiones preliminares:

1-Que el objeto principal es el Patrimonio Cultural y el enfoque hacia lo Natural y el Paisaje aparecen más relegados.

2-Que no se encuentra comprendida toda la Naturaleza, sus procesos, ni sus relaciones, en otras palabras no hay confusión de objetos con el Derecho Ambiental. No es todo el Paisaje de Europa, Valencia, Cataluña o Argentina

3-Que sólo refiere a determinados bienes naturales considerados individualmente, dentro de lo cual el Paisaje no es mencionado.

4-Que esos bienes individuales deben observar tres requisitos:

-poseer valor universal excepcional, desde un doble enfoque: estético y científico, con lo cual se restringe mucho la idea de paisaje a incorporar.

-Inscripción de inventario en Listado del patrimonio mundial (Arts 4º; 5º inc “d”; 11 inc “2”). No hay paisaje sin ley, o ¿hay paisaje porque hay ley?

-Publicidad (Art 4º) con efectos en la acreditación de la propiedad.

5-El paisaje es considerado un bien Cultural sólo desde tres enfoques:

-historia¹⁴⁰.

-arte¹⁴¹.

-ciencia.¹⁴²

El bien natural que pase por éste filtro, será considerado bien cultural o en todo caso un Paisaje, a los efectos de la presente Convención en estudio. De lo que surgen los principios preliminares en los que se basa el Derecho del Patrimonio Cultural o Derecho de la Cultura:

3.3.3.Principios

1)Intervención estatal: el artículo 5º inciso “C” recomienda a cada Estado parte con el objeto de garantizar una protección y conservación eficaz con fines de revalorizar el patrimonio, desarrollar métodos de intervención estatal para enfrentar peligros que amenacen el Patrimonio Cultural y Natural.

2)Prevención: El Convenio ofrece un marco para el desarrollo legal de un principio de prevención a los bienes que posteriormente se registrarán en torno al convenio.

3)Subsidiaridad: los Estados parte asumen contribuir a la preservación de los

¹⁴⁰ Barrero Rodríguez, Concepción. Op Cit pp. 31 y ss.

¹⁴¹ Barrero Rodríguez, Concepción. Op Cit pp. 200.

¹⁴² Entendemos en este caso que no se refiere a todas las ramas de la ciencia sino a las específicamente relacionadas con la materia de la Convención y que hacen a lo que denominamos “principio de especificidad”.

bienes culturales objeto a través de mecanismos de asistencia (Arts 11 a 15), respetando las soberanía (Art 6.1) pero reafirmando el interés internacional en la tutela y conservación concretado en la inclusión de estos bienes en la mencionada Lista de Patrimonio Mundial efectuada a solicitud de Estado parte sobre la base de su propio inventario “*sobre los bienes supuestamente con tal dignidad*”¹⁴³.

4)Especificidad científica: Cuando se considera al paisaje desde un enfoque histórico, artístico o científico en lo que refiere específicamente a la ciencia haciendo una interpretación armónica de este Tratado y contrastando con el plexo jurídico Cultural que consideramos en éste trabajo, entendemos que se trata de todas las ciencias que tengan relación directa con la Cultura y con lo que es el objeto específico fundacional de la UNESCO; como persona jurídica del Derecho Internacional Público que es. De esto se sigue que el grupo de ciencias que heterodoxamente ha sido denominado “ciencias ambientales” y que ha puesto nombre a gran número de licenciaturas y post-grados en las Universidades de lengua hispana están fuera de ella, incluido el Derecho Ambiental.

5)Cooperación restringida a la Convención. En directa relación con el punto anterior en lo estatutario, y dado que es noción aceptada en todos los ordenamientos jurídicos de la Tierra que las personas jurídicas no pueden realizar más actividades que las trazadas por su objeto estatutario. Requisito éste último reconocido en la misma Convención cuando en el artículo 13 inciso 7 establece que el Comité del Patrimonio Cultural y Natural cooperará con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales cuyos objetivos sean análogos a los de la Convención. Además se establece una cooperación entre los Estados parte entre sí, de parte del Comité del Patrimonio Mundial para con los Estados, y con diversas ONGs (Art. 6 inc1 in fine, 7º, 13 inc. 7). Justamente la inscripción de los listados mencionados en el párrafo anterior constituye la llave maestra para operar la movilización de un sistema de cooperación entre Estados para ejecutar los fines del legislador internacional en el momento de concebir este Convenio.

6)El principio de eficacia se da cuando la red de protección de la Convención se

¹⁴³ PUREZA José Manuel. *El Patrimonio común de la Humanidad, ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?* Ed Trotta. Madrid, pp. 348.

hace realidad, que hasta la actualidad en lo cultural no ha mostrado gran eficacia en la Argentina. Ello, por insuficiencia de los diagnósticos y sus herramientas de gestión, profesión o financiamiento y por falta de convicción y cuando no de conocimiento en los operadores políticos del sistema cultural. En este punto, la disquisición entre naturaleza y cultura es crucial no es igual evaluar impactos en la naturaleza virgen que en la cultura tangible¹⁴⁴.

7) Titularidad registral: No vemos en esta Convención, sin embargo, elementos para considerar una pseudo-internacionalización de elementos culturales que implique una “posesión vale título” en el sistema de apropiación de propiedades muebles no robadas ni perdidas¹⁴⁵. Ello legitimaría el saqueo que luce en muchas vitrinas de famosos museos del mundo, e iría en contra de los estatutos internacionales.

8) Publicidad (Art 4°) con efectos colaterales en la acreditación de la propiedad, no sólo a los fines de ser incluido en un listado para el presupuesto de la UNESCO.

9) Elitismo¹⁴⁶: Es un paisaje elegido con las evidencias acercadas por los peritos de la UNESCO, último control, en términos del artículo 2° de la Convención (valor universal excepcional, por su estética, ciencia e historia), para determinar si un paisaje es o no patrimonio cultural y por ende susceptible de ser calificado y registrado como tal. No se trata, en consecuencia, del paisaje... “*tal como es percibido por la población*”... según Florencia 2000 (Art. 1°), porque no se advierte un elemento subjetivo, tales como los sentimientos de la población, percepción sobre su historia en conexión con el lugar y por ende descubierto o construido con la participación popular que es la que señala con su dedo el paisaje digno de ser protegido en el mismo lugar

¹⁴⁴ CUREAU, Sandra. *A deficiência de avaliação do chamado meio sócio-cultural, nos estudos de impacto ambiental, e suas consequências para as comunidades afetadas pelas grandes obras*. Direito socioambiental. Estudos em homenagem a Vladimir Passos de Freitas. ED Juruá. Galli, Alessandra: organizadora. Curitiba, 2010.

¹⁴⁵ En la legislación de Argentina, la cuestión se hallaba contemplada por el artículo 2412 del Código Civil ... “*La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiere sido robada o perdida*”... El nuevo Código Civil y Comercial 2015 establece con nota más cercana a la Convención en su artículo 1911. Presunción de poseedor o servidor de la posesión. *Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión*”... Se advierte el modelo del Código Civil francés estableciendo una presunción de propiedad respecto de cosas muebles como pueden ser distintos “elementos culturales”, a favor de la persona que sea poseedora y tenga buena fe.

¹⁴⁶ PRIORE, Riccardo. “*Derecho al paisaje. Derecho del paisaje. La evolución de la concepción jurídica del paisaje en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional*”. Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental. N° 31 Año 2001 Madrid pp. 1-13.

donde se alza el paisaje objeto.

10) Objeto heterodoxo: tanto puede tratarse de un papiro, una pintura, ruinas de una ciudad, o un paisaje estrictamente delimitado.

3.3.4. Constitución de Tierra del Fuego

Quizás la única experiencia legislativa en la Argentina que dé testimonio de un tratamiento diferencial para el Derecho de la Cultura se encuentre en el texto de la nueva Provincia de Tierra del Fuego. El artículo 60 determina la obligación para la Provincia de... "*promover, proteger y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, que comprenden las costumbres, instituciones, creencias, actitudes y realizaciones del pueblo, que afirmen la identidad provincial, regional y nacional. Preserva, enriquece y difunde el acervo histórico, arquitectónico, arqueológico, documental, lingüístico, artístico y paisajístico, y asegura la libre circulación de las obras*"... más adelante establece especial protección para museos estatales o privados ubicados en jurisdicción de la Provincia y la labor de difusión que realicen. Se trata de una norma que hace una clara identificación por contraste de la diferencia existente entre esas dos caras que no pueden ir en una misma moneda.

En seguida, el artículo 61 reconoce algunos derechos de la cultura específicos que difícilmente puedan confundirse con los derivados de la protección a la naturaleza: a las identidades culturales, pluralidad, integración cultural, autonomía de la creación cultural, acceso pleno de todos los sectores sociales a la cultura, imágenes propias, comunicación e información culturales, creación y defensa de espacios culturales, protección de los patrimonios culturales, conocimiento y libre goce de todas las culturas, resistencia contra las hegemonías culturales, financiamiento de la actividad cultural.

Hay otras Provincias como las de Buenos Aires¹⁴⁷, por ejemplo, que separan

¹⁴⁷ Art. 44.- *La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones. La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.*

legislativamente la clausula natural de la cultural, pero ninguna con tanta claridad expositiva como la recientemente comentada de Tierra del Fuego.

V.- Resumen: conceptos de ambiente, naturaleza, cultura y paisaje

Se ha examinado, la manera en que los conceptos: “naturaleza”, “cultura”, “patrimonio cultural” o “paisaje” han evolucionado.

Llega su turno al concepto Ambiente. Una palabra con cierto tono ambiguo que fue funcional a la idea más general de confundir Naturaleza con Ambiente y con lo demás construido que está en el mundo. Pasó a llamarse “ambiente artificial”, para denotar una idea complementaria a lo que es “natural”. Luego Ambiente es todo, lo natural y lo artificial.

El problema principal, era lograr instalar en la comunidad científica, el uso de una palabra versátil y precisa con carga de ambigüedad: la palabra ambiente¹⁴⁸. Lo demás vendría por añadidura, porque el *vocablo ambiente* puede significar el hábitat de una especie en extinción, cada una de las habitaciones de una casa, el nivel social de un club de golf, o la materia del Derecho Ambiental. Pero el *vocablo Naturaleza*, no tiene la misma aptitud para decir muchas palabras y la voz paisaje ni siquiera es considerada en este debate.

Una segunda parte de esta construcción toma una de las acepciones de la palabra naturaleza como el conjunto de las cosas que existen, algunos autores¹⁴⁹ han considerado que el hombre y sus construcciones son también cosas que existen. Por lo tanto, Ambiente y Naturaleza serían sinónimos porque la intervención del hombre en la

¹⁴⁸ JUSTE RUÍZ, José. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Mc Graw Hill. Madrid 1999. pp5. ...”pero lo peor es que el término es también polisémico ya que con él se hacen indistintamente referencia a conceptos no siempre idénticos, tales como el medio físico, el medio humano, el entorno, la biosfera, el ecosistema y otros”...

¹⁴⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural*. Direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. Ed Juez de Oliveira. São Paulo 2004, pp. 5.

naturaleza y sus elementos y las cosas que él ha construido, se interrelacionan todas y el concepto gana otra amplitud. Entonces la otra pregunta que surge es: si es posible aceptar que los productos de la acción humana pueden ser considerados efectos naturales fruto de las relaciones necesarias entre todas las cosas¹⁵⁰. Nuestra respuesta es negativa, y explicamos que del feliz connubio entre naturaleza y cultura nace el paisaje, explicación que damos en otra parte de esta tesis.

Antes el paisaje era una concepción elitista, una imagen objetiva que debía ser conservada, una postal que era un objetivo entre tantos en una ley de creación de un Parque Nacional, y en donde la opinión del Estado pesaba más que la del ciudadano común inconsulto, (Caso del Monumento a Colón detrás de la Casa Rosada en Buenos Aires). Veremos en el análisis a los Parques Nacionales de la Argentina en otro capítulo que los objetivos no siempre eran naturalistas, también importaban a la Defensa y a la Seguridad Interior, según estudiaremos la composición de la Administración de Parques Nacionales en la Argentina integrada por representantes de estas Carteras del Gabinete del Poder Ejecutivo Nacional. A este ideario se le opuso una concepción subjetiva donde el sujeto participa en su elaboración porque el paisaje siempre cambia y con él su valoración por los individuos de la sociedad que lo ha creado. Por eso tiene una concepción ética y valorativa que precisa de la Democracia para su valorización y la decisión de su protección, lo que hace al paisaje uno de los fines de la democracia y un medio para su realización.

Éste es el concepto de paisaje que nos interesa, si bien fue necesario terminar el capítulo con nociones objetivas del paisaje, que permitan medirlo, cuantificarlo y explicarlo positivamente con reglas, pequeñas herramientas conceptuales que nos

¹⁵⁰ ...”debemos crear un límite, no tanto entre Naturaleza y ser humano, sino entre Naturaleza y Cultura, que es fruto de la acción humana, a fin de que se torne posible, a través de un instrumento cultural como es el derecho, hacer las combinaciones entre el sujeto y el objeto de sus relaciones específicamente las jurídicas. Sólo separando lo natural de lo cultural podemos discutir las influencias recíprocas entre los elementos del ambiente. Sólo así los seres humanos, como elementos del ambiente, pueden hacer construcciones sobre el valor que los demás elementos tienen. Reduciendo por necesidad, la complejidad inmanente del término Naturaleza emprendemos una delimitación: que podemos diferenciar dos objetos de todo el ambiente: Naturaleza y Cultura”...

REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural. Direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. Ed Juez de Oliveira. São Paulo 2004, pp. 5.

permiten tornar asequible lo inconmensurable de la creación, por más que el hombre le regale esa mirada tan particular y descubre la belleza en la armonía de las cosas que lo rodean y lo denomine paisaje. Ha cobrado tal relevancia esta nueva perspectiva que el Derecho, por ahora, se ocupa en forma sectorial y parcial en la Argentina. Llegará el día que un Estatuto general, quizás una ley de presupuestos mínimos, decididamente enfoque la temática subexamen, y será este trabajo, quizás, un aporte para dicha empresa.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO II. CONCEPTO DE PAISAJE

I. Introducción

La necesidad de protección de un objeto de la realidad empieza por su importancia, si es importante se lo protege. En el caso del paisaje, la importancia de protegerlo empieza por su consideración en la sociedad porque deriva de la apreciación que cada pueblo tenga de su cultura e identidad. Por lo tanto, debiera esperarse que aquel sector de la legislación que protege la cultura de un pueblo se ocupe de su protección¹⁵¹. Esto se ve con más claridad en el paisaje urbano, porque no hay construcción humana que refleje tanto la personalidad de la comunidad que la ha erigido como la ciudad. Es que una ciudad siempre se parece a aquellos que la han construido, porque le han impregnado sus valores, su estética y porque esos valores que leemos en la ciudad son los mismos –o debieran ser- de sus habitantes. Por lo tanto, asumido que el paisaje debe ser protegido por ésta y otras tantas razones que daremos una de las tareas importantes es justificar su necesidad de protección. Si se tratara de un simple automóvil, la respuesta es sencilla porque ya existe una categoría para ese bien, hay legislación nacional que lo regula y un Registro Nacional que lo inscribe con una titularidad que toma los títulos, los embargos y las consultas. Pero nada de esto es posible hacer con el paisaje. Es que no tenemos certeza de situarnos frente a lo que en Derecho se denomina un “bien jurídico”, tampoco tenemos una categoría donde ubicarlo, ni estamos seguros de que exista una legislación federal o nacional que lo regule para toda la Nación. No exageramos si negamos categóricamente que alguien en la Argentina afirme con certeza, que puede apropiarse o embargar un determinado paisaje de la misma manera que se lo hace con un inmueble catalogado y registrado. No con la legislación que hasta este año 2014 se ha sancionado y aprobado.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. *Estética y paisaje urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*. La Ley. Madrid 2011, pp. 235 y ss. En esta excelente obra sobre el Derecho Administrativo que se ocupa del paisaje, la autora hace una revisión exhaustiva de las fuentes del Derecho del Paisaje Urbano desde el punto de vista de la estética que es el aspecto del paisaje que ella eleva a principio de investigación en una exquisita vinculación con el Derecho.

Con un panorama que en apariencia parece tan desolador lo primero es la voluntad de buscar y para eso se hace una tesis, y, luego aceptar la necesidad de trazar una metodología para encontrar al objeto, examinarlo para determinar si adquiere la categoría de bien jurídico, mirarlo con detenimiento, y luego concluir -si podemos- que lo que estamos observando al fin y al cabo es un automóvil o asimilable y verificar que debe ser inscripto en el Registro pertinente o si se tratase de un inmueble inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble, teniendo en cuenta que en todos los casos se trata de un bien jurídico en términos de una Constitución federal como la de Argentina que reconoce al derecho de propiedad siguiendo fuentes del derecho francés y aprobó la sanción por el Congreso Federal de un Código Civil que instrumenta su protección, por lo que existe todo un armado jurídico que tiende a su protección y al reconocimiento del señorío que inviste a su titular. Pero si a pesar de estas indagaciones, no es posible encontrar una categoría para el paisaje, la opción que surge es la de buscar una aguja en un pajar. Porque hay un concepto pero se ignora si es un bien jurídico, por lo tanto no se sabe o existen serias dudas sobre la existencia de un estatuto que lo regule, y tratándose de una Nación con organización federal tampoco sabemos en qué orden está determinada o debería estarlo su protección.

Si la aguja está en un pajar, precisamos de método para encontrarla, sabemos que no sirven los caminos tradicionales porque ya los hemos descartado, de otra manera no estaríamos buscando en el pajar. Lo primero es tener la voluntad de buscar. Creer que es posible dar con el paradero del concepto paisaje, y en este punto es preciso sacar lo que sobra para saber si en algún lugar queda brillando la aguja¹⁵² y los primeros junquillos que quitamos son los de la Constitución porque la palabra paisaje

¹⁵²El autor de este trabajo siempre recuerda una de las historias relatadas en su niñez por sus abuelos, colonos alemanes que a principios del siglo XX habían llegado para laborar la tierra en plena pampa húmeda en la Argentina. En los lugares cercanos a unas colinas de piedra, entre unos manantiales, crecían (y aún crecen) extensos pajonales donde las serpientes yarará, muy comunes en la zona, acostumbra a dormir para hacer una rápida digestión de verano. Una de las tías de este ponente, siendo muy niña y que en la actualidad tendría más de 80 años había perdido una aguja de tejer, sabía que uno de sus hermanos había cometido la travesura de arrojarla entre los pajonales. No tuvo mejor idea que explorar pajonal por pajonal, hasta que encontró uno donde la aguja estaba perfectamente visible reluciendo en el medio del mismo, porque corriendo los primeros juncos dejaba ver una superficie plana como la que ofrece un sillón. Es la típica marca que dejan estas víboras cuando pernoctan confortablemente durante mucho tiempo dentro de un pajonal, seguramente la víbora que su padre había buscado durante aquel día porque había mordido a una vaca. Se jactó toda su vida de haber sido alguien capaz de encontrar una aguja en un pajar. Tuvo la determinación y firme voluntad de encontrarla.

luce por su ausencia en el magno texto, aunque nos quedamos con algunos junquillos/principios en la mano que más adelante pueden servir.

Quitaremos mas junquillos y el pajonal ya lucirá una cabellera mas aliviada y será el turno de indagar por la existencia de principios comunes o por su regulación efectuando otro test en la legislación ambiental aprobada por el Congreso de la Nación argentina en todas sus posibilidades de jurisdicción.

Puede suceder que todavía el pajonal siga guardando su secreto y en esta tarea de eliminar juncos, tendremos que examinar la legislación de las Provincias que componen la Nación Argentina para encontrar, si fuera posible, regulación del paisaje en el orden provincial. El objetivo es encontrar un conjunto de principios o texto normativo susceptible de ser el punto de partida con eficacia en el resto de la Argentina, a partir de notas comunes operativas para trabajar con un concepto que pueda ser elevado, si fuera posible, a la jerarquía de concepto jurídico nacional de paisaje. En este viaje de la unidad mayor a las unidades menores, estableceremos un mecanismo de ida y vuelta que indague en lo general para buscar conclusiones para lo particular y si esto no fuera posible intentaremos el camino inverso para encontrar en lo particular un principio válido para todas las demás unidades menores que sea válido también en la unidad general. Se trata de buscar un concepto común con el cual trabajar.

Por lo tanto, lo primero será saber si estamos buscando una aguja que nos sirva para tejer, para no buscar en el pajonal equivocado y detectar entre los junquillos un tenedor, u otro instrumento inoperativo para la tarea que hemos emprendido. Tenemos que saber que estamos ante un bien jurídico, determinado este punto, iniciamos la tarea de buscar en el pajonal, examinando el Derecho de la Argentina de adelante al revés, y con lo que encontremos podremos al fin trabajar. Para el final, detectado el pajonal correcto, determinado que la aguja buscada nos servirá para tejer la trama paisajística que llevamos en mente, y posteriormente encontrada la aguja en este pajar mediante la metodología explicada, nos queda por fin indagar cuántos son los interesados en que aparezca esta aguja. Es solo interés particular de este ponente y de algún demiurgo

que lo guía en abstracto, interés individual o hay más interesados que por ahora lucen ausentes a la vista del investigador de esta pesquisa.

Aquí descubriremos que no se trata de cualquier aguja, sino de una que es funcional a todos los que persiguen su encuentro, es el paso de la aguja al telar. Esto es porque el estudio del ambiente y ahora el paisaje y la magnitud de los impactos que el hombre actual realiza sobre el mismo, ha encontrado necesidad de buscar nuevas herramientas para ver por dónde tomar estas esquivas proporcionales. Por esta razón dejamos ahora la imagen de la aguja y utilizamos otra para explicar el tema del interés, proponemos la simple imagen de un partido de foot ball que bien puede ser entre dos personas en la playa o en un Estadio. Esta comparación es válida porque ya no manipulamos el Derecho de los romanos pensado en las dos dimensiones que aceptaba por toda herramienta un mapa y después el catastro. Ya no se trata de un problema de medianería que ocupaba solo a Stico y Ticio¹⁵³, ahora los interesados son muchos, y el Estado requiere de una burocracia más sofisticada, numerosa y por cierto más cara y menos efectiva que la del Pretor. Hoy el debate del Derecho tiene nuevos jugadores, con más reglas, en las que los intereses son generales porque se dirimen los conflictos en un estadio en donde caben mucho más que un interés individual dirimido entre dos: se trata del colectivo, que pagó la entrada y se encuentra interesado en la suerte del partido... y los que no han pagado, que no se ven, que son difusos y atados a la misma suerte también están interesados¹⁵⁴ ya sea por pasión deportiva o por las apuestas. Es que a todos les va la misma suerte con el mismo resultado, entonces el ambiente o el paisaje mismo ya no es un partido de dos jugadores particulares con reglas civiles para un solo Pretor. Si todo el estadio está interesado hay intereses generales y si el interés crece en dirección a la ciudad el interés es difuso, no se puede determinar la cantidad de plateas vendidas, ni el número de interesados, o de

¹⁵³ CSJN 20/06/2006 Mendoza, Beatríz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios....”*la primera reclamación se refiere al resarcimiento de lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y el patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente*”...

¹⁵⁴ *Ibidem*....”*la segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva configurada por el ambiente. En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts 41,43 y 30 ley 25675) para la tutela del bien colectivo*”...

espectadores precisos del rating televisivo, y si se pudiera tampoco importaría. Es necesario un cambio tan profundo que supone un nuevo modelo para hacer jugar las viejas reglas en la actualidad que no parece exagerado afirmar que ahora el Derecho juega otro partido, pasó de la aguja al telar, de los gladiadores al fútbol, de la plebe en el Coliseo a la televisión, con más protagonistas e interesados. Y aquí se presenta nuestra novedad porque cuando parecía que lo último en paradigmas ambientales estaba dicho, aparece el tema del paisaje como otra vuelta de tuerca que asegura la necesidad de una nueva epistemología que pueda dar cuenta del paisaje como un enfoque adicional a los temas ambientales.

Este es el argumento del capítulo y los temas centrales que plantean problemas que uno a uno sea intentará resolver en este acápite: determinar si estamos ante un bien, si este bien es jurídico, si extraemos este concepto jurídico operativo desde el Derecho constitucional, federal, nacional o provincial y por último si se trata o no de un interés difuso y porqué. Determinado esto, sabremos si manipulamos en nuestra cubeta un interés jurídicamente protegido y de qué manera.

II.El paisaje como bien jurídico, sus caracteres

A primera vista, parece extraño concebir la sola idea de la existencia de un nuevo aspecto del medio ambiente, no como elemento, componente, objetivo de protección, o micro bien¹⁵⁵, sino como perspectiva, como un agregado a lo material de la naturaleza y una nueva dimensión de la cultura humana que modifica y apropia la naturaleza en forma conceptual pero no por su industria sino por su imaginación y la concepción simbólica de los lugares. El paisaje es la manera como el hombre ha llegado a ver la naturaleza, no en su utilidad que para eso está el Derecho de Propiedad ahora también limitado por el Derecho Ambiental, sino en su estética¹⁵⁶. Ello

¹⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires 2008 pp. 14.

¹⁵⁶ En la famosa sentencia STC 102/ 95, el Tribunal Constitucional resuelve planteos de nueve comunidades autónomas por conflictos de competencia frente al Estado en relación a la Ley /4/ 1989 de 27 de Marzo, de conservación de los espacios naturales. En esta sentencia el Tribunal Constitucional no sólo define al medioambiente

porque el paisaje no es un elemento más del sistema ambiental, por más que muchas reglas positivas insistan con esta confusión, o lisa y llanamente lo ignoren, como en la Argentina¹⁵⁷. Por el contrario, es un subsistema cuya misión fundamental es ofrecer una nueva perspectiva de protección por ser el único que no puede ser protegido sino se consideran sus dos componentes fundamentales al mismo tiempo: la naturaleza¹⁵⁸ y la cultura¹⁵⁹, de esa exquisita mixtura nace el paisaje¹⁶⁰ y por esa razón no es arrastrado por los modos tradicionales de concebir el Derecho, dimos cuenta de esto en el capítulo primero acabadamente. Ello porque el paisaje no es un mero elemento del ambiente natural, tal como era concebido por las primeras leyes de áreas protegidas en donde el paisaje aparecía como un objetivo más de protección¹⁶¹. Ni el pretor, ni el constitucionalista revolucionario, ni el moderno y pocos de los contemporáneos han reparado en el paisaje en el momento del diseño del Derecho de Propiedad; en todo caso, se lo entendía comprendido por añadidura cuando desde unos años a esta parte se comenzó a pensar en su valor económico. Salvo excepciones, por lo general, tampoco ha sido contemplado el paisaje en la ola de reformas constitucionales que desde los 70' ubicó al Derecho Ambiental en ese nivel de protección¹⁶².

Destacamos las notas del Derecho del Paisaje: colectivo, ambiental y cultural, público, indivisible, difuso en su titularidad, y eventualmente subjetivo que coinciden con

sino que además define al paisaje, en estos términos...”*el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales – la tierra, la campiña, el valle, 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 las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que por ello ha de incorporarse al concepto constitucional de medio ambiente. En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, produce unos rendimientos o rentas, los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo”...*

¹⁵⁷ Vis a vis artículo 41 de la Constitución Nacional, que no menciona al concepto de “*paisaje*” y lleva a los especialistas a considerarlo incluido en dichos extremos constituidos por la protección de la naturaleza y la cultura.

¹⁵⁸ Cuyo valor de protección fundamental es la vida de toda especie, su legado a las generaciones futuras.

¹⁵⁹ Cuyo valor de protección es la dignidad de una sola especie, su legado histórico.

¹⁶⁰ Prieur...”*el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir, como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales y culturales”...*PRIEUR, Michel “*La noción de patrimonio común*”. JA 1998 IV-1014. Citado por LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. Cit., pp 13.

¹⁶¹ Desarrollamos in extenso esta idea en el capítulo correspondiente al *paisaje* sectorial de las áreas protegidas.

¹⁶² Llamativo es que en España desde 1916, exista un Parque Nacional con una definición de paisaje, en la Exposición de Motivos del Real Decreto de declaración del Parque Nacional del Valle de Ordesa, de 16 de agosto de 1918. Gaceta de Madrid, n° 250, de 18 de agosto de 1918.

las del Derecho Ambiental, razón por la cual esbozamos una rápida presentación para profundizar solamente una nota que es original en esta tesis, justamente la de considerar al paisaje como parte del Dominio originario y por este conducto del dominio Eminente. Por esta razón, presentamos seguidamente los caracteres más comunes en un título general y después en ocasión de abordar el Derecho Provincial nos abocamos al Dominio Eminente como gran contenedor jurídico del paisaje.

1. Bien colectivo

El paisaje es un bien colectivo, seguimos en este punto a Lorenzetti¹⁶³, en lo pertinente¹⁶⁴. Se trata de una nueva perspectiva sobre los bienes que no los observa como públicos o privados y que tampoco pueden ser divididos ni catastrados como para realizar adjudicaciones dominiales sobre ellos. Se trata del ambiente y distinguimos dentro de él al paisaje cuando aquel se cruza con la cultura¹⁶⁵. Lorenzetti aprecia a estos bienes colectivos como “no monetizables”, sin excepción, es decir que su perjuicio no puede legitimarse con una indemnización sustitutiva, sino que primero se opta por la prevención, después la recomposición de las cosas al estado anterior y sólo en

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires 2008, pp 7 y ss. Ver también *Teoría de la Decisión Judicial, fundamentos de Derecho*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2008, pp 432 y ss. Y fundamentalmente ver del mismo autor, “*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*”, Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL FCJS, 2005, pp 315.

¹⁶⁴ Lorenzetti como Prieur son autores que ven a la naturaleza y la cultura como dos caras de una misma medalla, al decir del querido y recordado maestro Raúl Brañes. Pero nosotros seguimos a aquellos autores que separan lo natural de lo cultural y ven como único objeto del Derecho Ambiental la naturaleza, en tanto y en cuanto es impactada por el hombre, se puede decir que va como el boticario de “La Verbena de la Paloma”, entre una morena y una rubia...entre la naturaleza y la cultura. La protección de la cultura, es meta del Derecho del Patrimonio Cultural o Derecho de la Cultura, para conectarse ambos extremos precisan de mixtura, conubio o puentes, el paisaje es uno, y éste es el camino del presente trabajo...”*Un bien natural se integra en el Patrimonio Cultural sólo en aquellos casos en los que sea merecedor de este calificativo, sólo en esos supuestos en los que concierne una referencia la historia de la civilización, no todo bien ambiental es bien Cultural*”... BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. -*La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla. ED Civitas. Madrid 1990, pp. 193. Ver también Sentencia del STC 102/1995 ya comentada en cita anterior que define como bien colectivo al paisaje.

¹⁶⁵ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo 1, pp 95, Trivium, Madrid 1991. Verifica sólo una primacía de intereses colectivos en un contexto dominado por el Derecho Público que no puede evitar la concurrencia de normas con objetivos privados como el caso de las relaciones de vecindad, o la culpa contractual o extracontractual como compensaciones para la reparación de un daño. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho Ambiental*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995, pp 51. Este autor sigue la misma idea de Ramón Martín Mateo.

ausencia de estas posibilidades procede la indemnización¹⁶⁶. Estudiamos más éste carácter en el apartado 6 de este punto donde nos dedicamos al principio de énfasis preventivo del paisaje. Por nuestra parte, pensamos que el paisaje tiene valor económico¹⁶⁷, aunque sea colectivo, damos cuenta en toda esta tesis de esta opinión porque lo consideramos apoyado sobre el Derecho de Propiedad, es imagen de un territorio, y ése territorio está catastrado y escriturado a favor de un particular o del Estado, pero alguien siempre es el dueño, desconfiamos de fórmulas inconmensurables como el “patrimonio común de la humanidad” y otras similares, donde el dueño es el infinito y por lo tanto nadie y por lo tanto el que puede¹⁶⁸.

2.Paisaje como bien cultural y natural

Que el paisaje sea un bien cultural y natural no es un tema pacífico en los jus-ambientalistas, la discusión nace por definir cuál es el objeto del Derecho Ambiental, y en todo caso cómo juega el paisaje en tal objeto. De esas playas, la discusión llega al paisaje, cuando se requiere hacer doctrina sobre este nuevo objeto del Derecho que necesariamente debe abreviar del desarrollo teórico existente al momento del inicio de las especulaciones científicas en el Derecho. Hacemos seguidamente una rápida lectura para no reiterar temas ya expuestos. Habíamos adelantado en el capítulo primero que en la doctrina hay distintas posiciones sobre los elementos que integran el objeto “ambiente. Vimos que algunas posturas adoptan un criterio monista y consideran a los objetos “ambiente” y “cultura” como dos caras de una misma moneda y por lo

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo, “*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*”, Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL FCJS, 2005, pp 323.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. “*La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado*”. Marcial Pons. Madrid 2007, pp 35 y 271. La autora sostiene valor económico para el paisaje. CUSTÓDIO, Maraluce M. “*Relevância da valoração econômica ambiental no Direito: estudos de caso*”. Universidad Internacional de Andalucía. Huelva. 2005. PEARCE, David - TURNER, R. Kerry. *Economic values and the natural world*. Londres Earthscan publications, 1993, p 129. AZQUETA OYARZÚN, Diego. Valoración económica de la calidad ambiental. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. SEJENOVICH, H. *Las cuentas del patrimonio natural de un ecosistema andino patagónico de la Provincia de Rio Negro, Argentina. Inventarios y cuentas del patrimonio natural en América Latina y el Caribe*, CEPAL ONU. Santiago de Chile. 1991.

¹⁶⁸ NAVARRO BATISTA, Nicolás. *Fondos Marinos y Patrimonio Común de la Humanidad*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2000. PUREZA, José Manuel. Op Cit 2002.

tanto aptos para ser identificados como un único objeto para el Derecho. Otras, lo hacen con un criterio dualista, en el sentido de interpretar que el Derecho Ambiental debe ocuparse del ambiente natural por un lado, y sin considerar los aspectos culturales que en todo caso serán objeto de otra rama jurídica como el Derecho de la Cultura. Ya dimos detalles sobre nuestra posición, sólo reiterar que el paisaje, como el ambiente, es un bien colectivo natural y cultural y en el que la referencia es más precisa porque no se trata del planeta y cada uno de sus elementos como el agua, tierra, aire, fauna, flora sino de la perspectiva de la mirada humana sobre todos ellos, es la particular impresión de belleza que el ser humano toma en la contemplación y uso de todos sus sentidos para percibir la naturaleza y hacerla suya en su imaginación y conciencia para elegir ciertos lugares y no otros, para que el agua no sea sólo agua, sino: mar, río o marisma y forme parte de su vida terrenal para siempre. Es la biología y la poesía en versión simultánea para que sólo los elegidos puedan plasmarla en la tela que millones disfrutaran por generaciones en singular legado histórico que transporta la conciencia de proveer a las generaciones futuras la belleza recibida portadora de vida y espíritu, nuestro singular espíritu capaz de apreciar “lo hermoso” en la mera piedra, y humanizarla, poseyéndola con una mirada que la atesora en el corazón. Por esta razón, mientras lo natural protege la vida en el aire, tierra y agua, lo cultural protege el corazón y con él la dignidad del ser humano. Esto nos lleva a concebir al paisaje como un *tertium genus* a mitad de camino entre la naturaleza y la cultura con características de ambas ramas del Derecho Ambiental y el Cultural. Es indiferente toda disquisición sobre el carácter público o privado, porque ello no impide el disfrute del caminante o del piloto de helicópteros que cobre ticket a turistas para ver geoglifos en Nazca. Tampoco puede ser parcelado por un alambrado o muro medianero y no hace diferencia al catastro y las escrituras dominiales sobre cada parcela dentro de un paisaje.

3.Paisaje como bien indivisible.

Así como nadie puede ser dueño del aire que respiramos, nadie individualmente puede ser dueño del paisaje, porque hemos ingresado al reino de lo inconmensurable,

pero ocurre que su uso es masivo o colectivo¹⁶⁹. No se pueden catastrar y registrar trozos de aire para que respire una sola persona *ad gustum*, así como no se puede meter en la cartera de la dama un paisaje con todos sus elementos, quizás una postal, pero ingresamos en otro terreno tan pantanoso como el de esta materia por la que transitamos, como lo es el copyright. Lo sustancial es que no se puede identificar la materia objeto lo que la ubica fuera del comercio, por ahora, por su indisponibilidad¹⁷⁰. Pero así como a hay una indivisibilidad fáctica, hay una correlación en lo jurídico de este detalle que algunos denominan “unitario¹⁷¹” porque si puede ser considerado el ambiente relevante jurídicamente y con él también el paisaje, es cierto también que un daño al mismo nos afecta a todos sin poner en discusión si hay susceptibilidad de apropiación para dar nacimiento a la legitimidad procesal. La lesión a un bien común como el paisaje o el mar con una mancha petrolera es también un perjuicio para un interés jurídico y obliga al resarcimiento y recomposición. Si antes se tendía a interpretar que se podían proteger sólo partes del ambiente, separando, paisaje de territorio de aire, ahora se tiende a considerar una unidad para su efectiva defensa por considerar un bien que satisface intereses colectivos como el aire¹⁷², también considerados públicos en su uso y goce no en su propiedad.

4. Paisaje como bien de identificación y tutela necesaria

Iniciamos este apartado presentando un planteo en disyuntiva: o se protege todo el paisaje de la República Argentina siguiendo la técnica del artículo 1° de la Convención de Florencia¹⁷³, o se protege un área geográfica delimitada, siguiendo la técnica de la Provincia de Buenos Aires en su ley de paisaje protegido, que desarrollamos en otro capítulo¹⁷⁴. Lo que es no discutible, una vez elegida la técnica de protección, es que la ley debe definir los contornos para que el *thema decidendis* no

¹⁶⁹ Volveremos sobre el tema en el próximo capítulo.

¹⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. Cit., pp. 7.

¹⁷¹ MORALES LAMBERTI, Alicia. *Derecho Ambiental, instrumentos de política y gestión*. Alveroni ediciones, Córdoba 1999, pp. 37 y ss.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 39. MORALES LAMBERTI, Alicia. NOVAK, Aldo. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Lerner, Córdoba 2005, pp. 51.

¹⁷³ Art 1° *Por paisaje se entiende cualquier parte del territorio, tal como es percibido por la población*...

¹⁷⁴ Ley 12704. BOPBA 28/06/2001 N°24306. Promulgación: DECRETO 1533/01 del 20/06/01.

sea la obra de Dios, tema que nos acerca a la teología pero nos aleja del Derecho porque nadie puede regular lo inconmensurable e indisponible. Se trata de un paisaje que todos elijan objetivamente a través de los representantes en el Congreso de la Nación, o en su caso en la Legislatura Provincial; lo subjetivo en este debate se encuentra entre en el reino del arte o de la religión, o con suerte en el Derecho de Propiedad, pero escapa de los límites del Derecho Ambiental y del Derecho del Paisaje más específicamente, es la tarea de convertir lo líquido¹⁷⁵ en sólido, lo subjetivo en un objeto del Derecho¹⁷⁶ como se hace en España con los instrumentos de paisaje: catálogos, cartas de paisaje, directrices de paisaje, etc. que veremos en otro capítulo.

5. Paisaje como bien que legitima su tutela colectiva y social

Si bien, como justificaremos en las próximas páginas ubicamos al paisaje como parte del Dominio Eminente, si el mismo se encuentra protegido, sobrevuela cualesquier Derecho Subjetivo aplicado sobre su territorio. El acceso es libre para todo habitante porque perteneciendo al Estado como Dominio Eminente pertenece a todos los ciudadanos su disfrute que es colectivo. Por esta razón, entendemos que este bien tiene toda la protección del artículo 41 de la Constitución argentina y del artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que tomamos como arquetipo; en consecuencia se encuentra armado con la Acción de Amparo creada al efecto por esta normativa otorgándole la jerarquía de Derecho Fundamental que puede ser defendido por un órgano de contralor externo del Estado como el Defensor del Pueblo, las ONGs que representan intereses colectivos y los particularmente afectados en virtud de intereses difusos¹⁷⁷. Ello porque el ataque se dirige a un bien que escapa de lo privado y público y trasciendo hacia lo social¹⁷⁸ que es donde se ubican los bienes colectivos

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt Op. Cit.

¹⁷⁶ Naturaleza jurídica del concepto que es una de las tareas emprendidas en este capítulo.

¹⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría...* Cit., pp. 9. Y del mismo autor: “*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*”, Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL FCJS, 2005, pp 315. LLORET, Elsa M.del C. “*El veto a la acción de clase en la Ley de Amparo Bonaerense*”. RJC N° 1. Tandil 2011, pp 2.

¹⁷⁸ CAFFERATTA, Néstor. “*Los derechos de incidencia colectiva*”, LL sup. Adm. 2006-A, pp. 1/ 14. PINO MIKLAVEC, Noemí. “*La tutela judicial efectiva de los derechos ambientales, estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino*”. Thompson – Aranzadi. Pamplona 2013, pp 199 y ss. La reforma constitucional de 1994 en tanto habla de...”tutela judicial efectiva”... ha ampliado el marco subjetivo con la admisión de los

que entablan una relación con derechos subjetivos en la que debe prevalecer, independientemente de tutelas genéricas caso de la Ley de Costas en España¹⁷⁹. El nuevo Código Civil y Comercial promulgado en 2014, en su Art. 14 establece que "*no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*", y Art. 240 ..."*con un ejercicio compatible con la sustentabilidad*"...lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de "ambiente" y porque pese a que continua con la teoría del abuso del derecho, al menos se lo hace en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia "colectiva", entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto¹⁸⁰.

6. Paisaje y énfasis preventivo

El paisaje como receptor de las notas del Derecho Ambiental, comparte algunas de sus características más típicas que es su énfasis en las normas que previenen antes que las punitivas. Se trata de una metodología que pretende actuar antes de sucedido el daño, porque la reparación ya sea en cárcel o dinero nunca dejará al ambiente o en este caso al paisaje como estaba antes del daño¹⁸¹. Es más, podía decirse antes de la Reforma Constitucional de 1994 y posterior sanción de la Ley General del Ambiente en 2002, que dentro de aquel marco convenía más pagar una multa que reparar las cuestiones ambientales de una empresa. Actualmente, si un particular o autoridad pública con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta lesiona, altera, restringe o amenaza un

derechos de incidencia colectiva que ahora dan cobertura a situaciones que antes hubieran sido rechazadas por constituir intereses legítimos o simples intereses.

¹⁷⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo III. Trivium, Madrid 1998, pp. 509.

¹⁸⁰ CAFFERATTA, Néstor A. "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación". Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273. Este autor con cita a Lorenzetti ("*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*") Cit Supra) explica que "*Los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (artículo 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos*". armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240).

¹⁸¹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo I. Trivium, Madrid 1991, pp. 93.

bien ambiental -*concepto que comprende al paisaje*- a tenor de lo que el propio artículo 43¹⁸² de la Constitución argentina señala, en orden a lo dispuesto por el Artículo 41 de la Citada Constitución¹⁸³, primero preservar, luego recomponer y finalmente reparar. Ampliando esta idea, corresponde destacar que el derecho de cada habitante de la Argentina a un ambiente sano y equilibrado -*y dentro de él en los mismos términos el paisaje*- implica correlativamente un deber, que es el de PRESERVACIÓN. Este *derecho-deber* surge del plexo jurídico ambiental de la Argentina, principalmente del artículo 41 de la Constitución¹⁸⁴, Art. 28 primer párrafo de la Constitución de la Pcia de Bs. As. y de la ley general del ambiente 25675 (Art. 2 aunque en éste ordenamiento sea un cometido estatal nacional) y la ley 11723 (Arts. 2 y 3) del medio ambiente en la Provincia de Buenos Aires. Tanto la defensa como la restauración corresponden al Estado y a los ciudadanos. Queremos enfatizar entonces, que la obligación de remediar se encuentra primordialmente en la Constitución en el Art. 41....*"el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley"*... El concepto de daño ambiental dicen Morales Lamberti y Novak¹⁸⁵ plantea una diferencia sustancial respecto a la noción de daño que se maneja habitualmente a través del Código Civil y el principio establecido por el artículo 1083 en el texto de la ley 17711 que textualmente expresa...*"el resarcimiento de daños consistirá en la recomposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero"*... Cuando el artículo 41 menciona la palabra "prioritariamente" es precisa en el sentido de señalar una prioridad: RECOMPONER el daño *in natura* retornando el estado de las cosas al momento anterior a su producción y de ser ello imposible mitigar, in último término REMEDIAR los efectos negativos causados al

¹⁸² Constitución argentina. Artículo 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...*

¹⁸³ Constitución Argentina. Artículo 41. *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

¹⁸⁴ GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires 2001 pp. 321 y ss.

¹⁸⁵ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Lerner, Córdoba 2005, pp. 234.

ambiente con una indemnización en dinero que desde 2002 con la sanción de la ley 25.675 es parte del Fondo de Compensación Ambiental. Veremos más adelante que estos fines se pueden conseguir también mediante la ejecución forzada (en una clausura o quite de habilitación por ejemplo) o por demolición (Art. 632 CC).

Este énfasis preventivo tiene antecedentes en el derecho norteamericano en el juicio, conocido como el "Caso de la montaña Storm King " ("Storm King Mountain Case")¹⁸⁶, la Comisión Federal de Energía concedió una licencia a "Consolidated Edison Company de Nueva York" para construir, operar y mantener un proyecto de acumulación por bombeo a lo largo de la orilla occidental del río Hudson. Se formó un litisconsorcio denominado en español: Conferencia para la preservación del paisaje del Hudson (The Scenic Hudson Preservation Conference), entre la Ciudad de Cortlandt , y la Ciudad de Yorktown y solicitaron la revisión judicial de la licencia extendida y otras más extendidas previamente que negaban la factura de lo que hoy conocemos en Argentina como Audiencia Pública e hicieron mociones para re-considerar la viabilidad ambiental de extender líneas de transmisión subterráneas, y la posibilidad de la protección de los peces mediante ciertos dispositivos. El Tribunal suspendió las licencias otorgadas por la Comisión Federal de Energía y reconoció que Scenic Hudson estaba legitimado para actuar por poseer agravio suficiente. De acuerdo con 16 U.S.C.S. § 803 (a), para que un proyecto sea autorizado, tenía que acreditar ser el más adecuado para un plan integral para la mejora o el desarrollo de un curso de agua, incluidos los factores que pesan como los planes alternativos y el logro de los propósitos recreacionales. Finalmente el Tribunal local ordenó las licencias otorgadas por la Comisión Federal de Energía para el proyecto hidroeléctrico propuesto por "Consolidated Edison Company de Nueva York", considerando que la Comisión Federal de Energía no había evaluado todas las alternativas y negó una nueva audiencia a Consolidated. El caso fue remitido para otros procedimientos, y en 1971 ante una nueva presentación la Corte sostuvo que ahora la Comisión Federal de Energía sí había reevaluado los aspectos ambientales y de recreación del proyecto a satisfacción del

¹⁸⁶ *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission* (Storm King Mountain Case), 354 F.2d 608 (2d Cir. 1965).

tribunal. El tribunal también sostuvo que el impacto escénico del proyecto sería mínimo, que ningún sitio histórico se verían afectados negativamente, que los peces estarían protegidos adecuadamente, y que un proyecto de parque mirador mejorarían las instalaciones recreativas. Este es un antecedente muy importante del sistema de evaluación de impacto ambiental que sería legislado al año siguiente.

7.Paisaje y afectación de recursos

El paisaje fue paradójicamente el vehículo receptor de este carácter, en la jurisprudencia argentina. Su beneficiario fue el ambiente, y ahora por reflejo se beneficia de una decisión judicial que abrió todo un camino de protección que no distinguió entre paisaje, naturaleza y cultura como es dable hacerlo en estos días aún para monistas y dualistas. El hecho sucedió en 1992 en la ciudad de Tandil y originó los autos caratulados “*Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella S.A. y otro sobre Daños y Perjuicios*¹⁸⁷” en donde la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul dictó sentencia haciendo lugar al reclamo del Municipio de Tandil que había demandado a una compañía de transportes y citó de garantía a la aseguradora, reclamando por los daños causados por un ómnibus a un Grupo escultórico de mármol de carrara denominado “Las Nereidas” que ocupa una superficie de aproximadamente cinco metros de diámetro por tres metros de alto ubicado en la intersección de una avenida, una calle y una diagonal. Se trataba de un monumento muy querido por la población que la acompañaba desde hacía 100 años, en sus fiestas, en fotos de novios, etc, construido por una de las escultoras más famosas de la Argentina. Toda la ciudad lloró cuando el grupo escultórico literalmente fue arrancado de cuajo por un ómnibus de la demandada que escapó de control y embistió al monumento. El fallo definitivo del Tribunal de segunda instancia entendió que existía legitimación para el Municipio en una suerte de representación colectiva de los intereses difusos afectados....Actuando, en el caso, en representación globalizante de todos y de cada uno de los sujetos cuyo derecho difuso se vio vulnerado, pero dejando en claro que la actora es propietaria de la escultura; asimismo, el monto de

¹⁸⁷ ED Tomo 171 pp. 378 y JA Tomo 1997 III pp. 213.

resarcimiento se afectó, en la sentencia, a la reparación de la escultura considerándose el daño moral colectivo. Los dineros, producto de la demanda, fueron utilizados para poner el grupo escultórico nuevamente en su sitio, desde donde continúa acompañando como Cibeles en Madrid, a la ciudad de Tandil.

8.Paisaje y utilidad: necesidad de protección

Según Ramón Martín Mateo....”*el paisaje es un recurso natural, en el sentido de que es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacciones a los que lo perciben. Los beneficios pueden ser exclusivamente extraeconómicos, consistentes en el mero placer estético*¹⁸⁸...Sea cual sea el enfoque de consideración, lo cierto es que desde que la libre empresa turística descubrió al paisaje y advirtió que el jurista dormía, toda una industria se encuentra montada en torno al paisaje. Pero además se puede modificar el paisaje por muchas razones por ejemplo para reforestar y desarrollar industria forestal, para desarrollar aspectos lúdico-deportivos como los del Golf o los campos deportivos de otros deportes ligados al verde, etc. Lo sustantivo es destacar que el paisaje es susceptible de producir dinero, desde un piso con vista al mar o a un espacio verde o a la contemplación absorta de las Cataratas del Iguazú o al Cerro Catedral, negocios imposibles sin ese gran escenario natural. Todo esto amerita su protección, de lo cual daremos cuenta en otro punto de este capítulo.

9.Uso Común, masivo, sin exclusión y atípico

Que el paisaje como el ambiente sea de uso común, y más que común masivo o sea colectivo, es el carácter más sobresaliente que para nuestro análisis tiene nuestra materia. Como bien lo señala Lorenzetti,...”*la masividad en el uso de los bienes colectivos frecuentemente lleva a su agotamiento o destrucción, por lo que se requieren reglas limitativas que definan un uso sustentable*”¹⁸⁹...es claro, porque lo que es de todos es de nadie o solamente de un individuo, lo que permite excluir a quien no tiene la

¹⁸⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo III. Trivium, Madrid 1997, pp. 507.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. Cit., pp. 9.

potencia para asegurarse el disfrute, en este caso del paisaje. Sin embargo, proponemos en este punto una solución a este dilema, que viene atado a la falta de tipicidad de este bien jurídico protegido que es el paisaje, por tal motivo lo ubicamos en el Dominio Eminente. Justificaremos acabadamente este provocador argumento en el siguiente título que explica al paisaje como bien para disfrute, que no requiere titularidad dominial de la tierra que proyecta la vista que damos en llamar paisaje¹⁹⁰.

III.El paisaje en la Constitución

1.Introducción

Después de haber demostrado que el paisaje es un bien jurídico, es preciso abocarse a buscar en el pajar, tal la imagen utilizada en la introducción a este capítulo. Corresponde ahora despejar los primeros juncos para determinar los siguientes puntos. Primero detectar en la Carta Magna si se reconoce legislación sobre el paisaje que dé cuenta de su existencia para el Derecho argentino, y en segundo lugar, superado el primer test, si la Constitución adjudica propiedad al paisaje, ya sea en la Nación, en las Provincias, Municipios o simplemente en los particulares. Es que uno de los indicadores para determinar las posibilidades de disfrute de un bien jurídico es indagar por su propietario. En la inteligencia de lo destacado a este punto, corresponde dejar establecido ad initio que la noción de paisaje, inexistente en la Constitución de 1853, permanece ausente en la de 1994 y debe ser subsumida en el concepto más amplio de Ambiente, en la interpretación pacífica que se hace en la Argentina, según veremos en las próximas páginas. No obstante este olvido en la redacción constitucional final de 1994, no estuvo ausente en los borradores y proyectos normativos para la futura la cláusula ambiental que terminaría siendo el actual Artículo 41.

Seguidamente se ven las variantes que ofrecieron los constituyentes que operan de antecedente a la regulación del paisaje, y finalizaremos con un análisis de la

¹⁹⁰ Su carácter atípico queda acreditado desde que es necesario escribir esta tesis para dar cuenta del mismo, y por su ausencia en las letras del Derecho Argentino.

normativa constitucional que subsume al paisaje como objeto del Derecho a partir de la tutela del ambiente.

2.El paisaje en la Constitución de la Argentina

Para responder a esta pregunta, según nos anticipamos, utilizaremos una rápida exégesis a partir de la Constitución de 1994 que es la que introduce la variable ambiental en la Argentina, dando por sentado su total ajenidad al primigenio texto anterior que data de 1853. En este sentido indagaremos primero en los antecedentes y finalmente en el texto vigente.

2.1.Convención Constituyente de 1994

En 1994, se reformó la Constitución en la Argentina. Se introdujo la variable ambiental en su articulado, con los contenidos y alcances que surgen de las Convenciones Internacionales posteriores a los 60' de las cuales Estocolmo 72 y Rio 92 son íconos insoslayables, porque ya portan rasgos que dan la fisonomía del Derecho Ambiental moderno. Ciertamente es que la Constitución argentina reformada en 1994 *-que solamente tuvo vigencia hasta 1955-* exhibió en su redacción definición ambiental inclinada a la tutela mediante la técnica de la propiedad pública nacional de los recursos naturales. Pero también es verdad que aquella tutela, distaba mucho de los marcos teóricos actuales que llevan consigo otras categorías, tales como: intereses difusos, tutela con el ciudadano, el habitante y hasta el consumidor y el usuario, con instituciones como el Defensor del Pueblo y el reconocimiento de las ONGs, y por supuesto al paisaje.

Entre los proyectos normativos que pretendían introducir la variable ambiental en la Constitución de la Argentina, en miras a la Convención constituyente de 1994, solamente dos proyectos contemplan al paisaje.

La convencional Elva P Roulet de Barreiro, presentó uno de los proyectos que

incorporaba al paisaje con la siguiente redacción:

Art...- Todos tienen el derecho a un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y capaz de un desarrollo sustentable para mejorar la calidad de vida de la generación presente y de las futuras. Es obligación del Estado protegerlo y garantizar el derecho de las personas a la defensa del mismo, comprendidos el paisaje y el patrimonio urbano, en sede administrativa y judicial, mediante las leyes que en consecuencia se dicten.

Del mismo modo, se deberá regular el tráfico de los recursos genéticos y su utilización; así como el análisis previo del impacto de obras y actividades, públicas o privadas, que modifiquen o puedan alterar el entorno. Las provincias conservan la propiedad de los recursos naturales y su jurisdicción en su control efectivo y el del ambiente, debiendo ellas y los municipios establecer las normas complementarias ejerce su cumplimiento y control¹⁹¹.

Art 67. Corresponde al Congreso:

11.Dictar los Códigos...ambiental...

Los Convencionales Nilda M. Gómez de Marelli.-Claudio M. Marín-Mario Dei Castelli, también presentaron un proyecto de cláusula ambiental que consideraba al paisaje, lo hacía dentro del contexto de una enumeración exhaustiva, pero dejaba esta marca para recoger fundamentos de protección en la actualidad.

Todos tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para su desarrollo y para gozar de una adecuada calidad de vida, imponiéndosele a los poderes públicos y a las personas el deber de defenderlos y preservarlo para las presentes y futuras generaciones .

Para asegurar la efectividad de ese derecho, incumbe al Estado: preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y promover el manejo ecológico de las especies y de los ecosistemas; preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético, establecer protecciones especiales sobre paisajes, ecosistemas y espacios territoriales que contengan componentes ambientales significativos; exigir estudios previos de impacto ambiental para la realización de obras o actividades potencialmente causadoras de significativa degradación del medio ambiente; controlar la producción, la comercialización o el empleo de tecnologías, métodos

¹⁹¹ ROULET BARREIRO DE, Elba. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE SANTA FÉ. Proyectos Ingresados N°3 (Proyectos ingresados hasta las 18.30 hs del 03/06/1994) Expediente 53 pp. 164 ED. Secretaría Parlamentaria, publicaciones. 1994.

*y sustancias que comporten riesgo para la vida y el medio ambiente; promover la educación ambiental de todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente, garantizar el derecho de las personas y de las organizaciones no gubernamentales a ser consideradas partes legítimas para proponer acciones legales o administrativas que tiendan a anular actos lesivos al medio ambiente quedando exentos de los costos judiciales; garantizar el derecho de las personas a recibir de los órganos públicos amplia información sobre tales actos*¹⁹².

Estos dos proyectos carecían de una redacción específicamente enfocada al paisaje, pero lo mencionaban, lo cual le daba relieve constitucional escrito, que supera a la posibilidad de deducirlo a partir de sus términos como sucede en la actualidad, porque la redacción final del texto vigente actual no contempló al paisaje.

2.2. Constitución de 1994

En 1994, se reformó la Constitución en la Argentina. Se incluyen dos nuevas cláusulas que son fundamentales para comprender el armazón del tejido jus ambiental en la Argentina de hoy. Una da el marco teórico de la protección en el artículo 41 y la otra lo defiende en el artículo 43 estableciendo una acción de amparo al efecto. Como es un tema ya pacífico el largo alcance que dio el constituyente a la nueva clave ambiental, sólo cabe examinar ligeramente su contenido para poder responder a la pregunta si comprende al paisaje, respuesta que hemos adelantado en páginas anteriores y que sólo nos ocupará dar algunos detalles en esta parte. Finalmente nos ocuparemos ligeramente de la norma que incorpora al Derecho Ambiental *armado con casco y para la guerra* al decir de Ihering.

El artículo 41 está ordenado en cuatro párrafos, con diversos aspectos cada uno de ellos. En el caso del Primer párrafo hace referencia a los derechos a que tienen los habitantes de la República no sólo sus ciudadanos, lo que amplía el marco positivo legitimante en temas ambientales *para gozar...“del derecho de un ambiente sano,*

¹⁹² GÓMEZ DE MARELLI, Nilda – MARÍN, Claudio – DEI CASTELLI, Mario. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE SANTA FÉ 1994. Proyectos Ingresados N°10 (Proyectos ingresados hasta las 15.30 hs del 09/06/1994). Expediente 175 pp. 384. ED. Secretaría Parlamentaria, publicaciones.

*equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*¹⁹³.... Adopta definitivamente la postura antropocéntrica de la CNUMAD, y es interesante destacar que el concepto de daño ambiental se define como potencial lesión a interés colectivo, sin la exigencia de un perjuicio directo a una persona concreta. Lo importante es que dentro de la noción ambiente, es posible subsumir la de paisaje, que algunos autores lo incorporan como un objeto inmaterial y los ya definidos por la doctrina como...*"agua, suelo, aire, fauna y flora...como microbios"*¹⁹⁴....

El Segundo párrafo está dedicado a los deberes del Estado con sus habitantes a través del Derecho Ambiental...*"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad, a la información y educación ambiental"*...Asimismo amplía el marco conceptual de esta nueva rama del derecho en una mirada que no observa al ambiente tan sólo como recurso y en donde lo social tiene mucho que decir pero ofrece un marco con...*"una tesis amplia en tal sentido considera objeto de protección los recursos naturales, los objetos natural y cultural"*¹⁹⁵... y en donde específicamente esos componentes de naturaleza y cultura en feliz connubio ofrecen la idea de paisaje, aunque no esté escrita caligráficamente.

El Tercer párrafo establece deberes legislativos en los que la Argentina tomó diez años para asegurar una buena parte los deberes auto-asumidos como sociedad en el momento de cristalizar la reformulación de la constitución...*"La nación debe dictar los*

¹⁹³ Conf. BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV, pp 297. Ediar. Buenos Aires 1995. GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. La Ley. Buenos Aires 200, pp. 323.

¹⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires 2008, pp. 13y 14.

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Reglas de Solución de Conflictos entre propiedad y Medio Ambiente*. LL 1998-A pp. 1028. Bs Aires.

presupuestos mínimos de protección, las provincias sólo pueden subir el nivel de protección del ambiente a estos presupuesto de protección o tutela¹⁹⁶ ...

El Cuarto párrafo se refiere a los residuos..."se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos. Residuo es todo objeto, sustancia o energía que resulta de la utilización, descomposición, transformación, tratamiento o destrucción de un objeto sustancia o energía que carece de utilidad y cuyo destino natural debería ser su eliminación. Peligroso es aquel que puede dañar directa o indirectamente a los seres vivos o al ambiente en general. Los radioactivos son los isótopos y los elementos expuestos a contaminación durante la producción o utilización de combustible nuclear"...Es lo que en este trabajo se denomina una norma de protección indirecta, oblicua o refleja de protección del paisaje.

El artículo 43¹⁹⁷ de la Constitución argentina es una típica norma que consagra una Acción de Amparo, pero ahonda en detalles muy importantes porque consagra los derechos de incidencia colectiva¹⁹⁸, y ofrece el amparo a estos, incluyendo expresamente a los relacionados con el ambiente, dentro de los cuales nosotros verificamos al paisaje. También produce legitimaciones públicas y privadas lo que produce un ordenamiento, ausente en nuestra legislación hasta aquel momento y de vanguardia en términos relativos con otras como España. Nos explayaremos sobre este tema en ocasión de estudiar al paisaje como interés difuso al final de este capítulo.

¹⁹⁶ La constitución de 1853 trataba la cuestión como una facultad no delegada por las provincias a la Nación, no obstante que el inciso 11 del artículo 67 (actual 75 inciso 12) mandaba dictar al Congreso Nacional el Código de Minería. La constitución de 1949 reivindicó para la Nación la propiedad de los recursos naturales. Ver también SABASAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia. *El federalismo y la nueva ley general del ambiente*. Anales de la Legislación Argentina, boletín informativo N°32. Buenos Aires 2002, pp. 49.

¹⁹⁷ Artículo 43 Constitución Argentina. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

¹⁹⁸ Haciendo explícito lo que estaba implícito en el artículo 33 CN. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *El Estado Ecológico de Derecho en la Constitución Nacional*. LL Tomo 1996-B, pp 950. Buenos Aires.

En la Constitución española, al no estar inserto el medio ambiente como un derecho fundamental carece de ciertos privilegios de los cuales gozan tales derechos en otros ordenamientos. En la misma se consagra: a) El deber de todos de conservar un ambiente adecuado; y b) Atribución a los poderes públicos del deber de velar por “*la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente*”, dejando previstas las sanciones administrativas y penales para los infractores sin perjuicio de reparar el daño causado. Destacamos un detalle interesante en esta Constitución y es su ubicación metodológica entre los principios rectores de la política social y económica. No obstante, es necesario tener en cuenta las relaciones existentes entre el Art. 45 con los derechos de la personalidad, puesto que ello se refiere lo dispuesto en su apartado segundo al incluir entre la utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida. Asimismo debe vincularse con el artículo 24¹⁹⁹ del texto constitucional, que tutela la protección de los intereses legítimos de los particulares; y con el art. 43²⁰⁰ que reconoce el derecho a la salud, en cuanto que, como se ha reconocido en “López Ostra vs España”, la tutela de una atmósfera contaminada también afecta el derecho a la salud. Esto ha dado lugar a varias interpretaciones en la doctrina española, destacamos tan sólo un contrapunto que es ilustrativo en torno a diferentes y numerosos pareceres al respecto²⁰¹.

¹⁹⁹ Artículo 24 Constitución española: ...”1-Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. –2 Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”...

²⁰⁰ Artículo 43 Constitución española dice...”Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”....

²⁰¹ ...”Entre los varios motivos que se aluden para negar eficacia e incluso legitimidad al Derecho Civil a la hora de proteger al medio ambiente queremos destacar.....la necesidad de detentar la titularidad de un bien jurídico protegible (y hay una gran discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del medio ambiente, del que no se discute que es un bien jurídico protegible, pero sí que sea un derecho subjetivo”... TRABADO ÁLVAREZ, Concepción. *Protección penal del medio ambiente*. Derecho Penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente. Septem ediciones. Oviedo 2001, pp 26.

Jesús Jordano Fraga²⁰² (1995: 472) entiende que...“*el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado consagrado por el artículo 45 CE²⁰³, es un auténtico derecho subjetivo*”...Otros autores como Fernández Gimeno²⁰⁴ sostienen que...*no siendo la salud ni el medio ambiente conceptos absolutos e inamovibles hay que entender que, en dichos preceptos constitucionales no se encuentra recogida la atribución de un verdadero derecho subjetivo aunque sí un interés legítimo expresamente reconocido a que se respete su individualidad, que debe ser protegido por Jueces y Tribunales... Únicamente puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen, no siendo susceptible de acción de amparo ante el Supremo Tribunal Constitucional*”...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con fecha del 9 de diciembre de 1994, en el caso “Gregoria López Ostra vs España”, dijo que...“*los atentados graves al medioambiente pueden afectar el bienestar de una persona privándola del goce de su domicilio, alterando su vida privada y familiar, sin que sea necesario poner en grave peligro la salud del interesado*”...Admite el derecho humano a gozar el ambiente después de una litis que diligenció su trámite por tres instancias españolas con respuesta negativa A partir de este caso -entre otros- el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 119/2.001, se pronunció directamente sobre el ruido en contraste con los derechos fundamentales a la intimidad, integridad física e inviolabilidad del domicilio, admitiendo el amparo para ruidos producidos por particulares como omisión del poder público.

Sólo con estas breves líneas españolas podemos exhibir los ríos de tinta que ha evitado la fórmula argentina, que es tan categórica y definitiva en la tutela ambiental y

²⁰² JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*. Ed. José María Bosch. Barcelona 1995, pp 472.

²⁰³ Artículo 45 Constitución española dice...“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 vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad 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”...

²⁰⁴ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. Y GAMBORINO MARTÍNEZ, G. *El Medio Ambiente: Conceptos Generales*”, en *Derecho ambiental español*, (coord.) Reyes López, M., Valencia: Ed. Tirant lo Blanch 2001, pp. 27.

con ella del paisaje, a tal punto que algunos constitucionalistas de nota, han llegado a concluir enseguida de su sanción que la Argentina está...”*en un verdadero estado ecológico de derecho*²⁰⁵...

3. La propiedad del paisaje en la Constitución de la Argentina

La respuesta a esta pregunta no puede ser formulada de manera categórica, dependerá de la naturaleza jurídica del paisaje y desde luego del Derecho aplicable y la jurisprudencia. En otras palabras, depende de la conclusión a la que arribemos en este capítulo. En este camino sólo es posible explorar en el texto constitucional dos posibilidades que surgen de una vista rápida al índice de tal Libro: la primera de ellas buscando en el sistema de repartos que hace la Constitución Nacional en la parte en que dedica la articulación de las Provincias con el Estado Nacional. Y la segunda, en el estatuto reservado al Derecho de Propiedad, para examinar si ésta técnica posibilita extender este señorío sobre el paisaje y en todo caso a quién inviste como titular, si al privado o al público.

Por cualquiera de los vehículos que utilicemos para ubicar al paisaje en la protección constitucional, ya sea la “calidad de vida²⁰⁶”, el “desarrollo sostenible” con menciones a la industria turística, etc. , es claro que no hay disposiciones específicas, tampoco contamos con sentencias como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en “Haider c Austria²⁰⁷” en donde la el Tribunal declara que no se ha violado el Convenio tras la limitación del derecho de edificación por la clasificación del suelo, dejando libre el destino del suelo a uso agrícola.

²⁰⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *El Estado Ecológico de Derecho en la Constitución Nacional*. LL 1996-B, pp 950

²⁰⁶ Medio utilizado por la Convención de Florencia 2000 y por lo menos tres sentencias señeras en la Argentina que comentamos páginas más adelante tales como “*Leiva, Bruno c/ Forestal Andina s/ Sumarísimo*” ; “*Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/ Amparo*” ; “*BRETTI Miguel Ángel c/ ENRE y otros s/ Amparo*” y “*Sociedad de Fomento Barrio Félix CAMET y otros*”

²⁰⁷ TEDH 29/ 01/2004, “Haider c/ Austria” esta sentencia concluye en que el interés general a la utilización racional de los recursos territoriales- entre los que se incluye no alterar las características paisajísticas- constituye una limitación que justifica una injerencia en el Derecho de Propiedad. Vd. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. “*La protección del paisaje, un estudio de derecho español y comparado*”. Marcial Pons. Madrid 2007, pp 59. BOUAZZA ARIÑO, Omar. “*Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. RAP N° 177. 2008,

3.1. Dominio originario para las Provincias

Como bien lo señala una autora española²⁰⁸, que ha estudiado desapasionadamente al federalismo argentino, está claro que en 1994 el constituyente actuó sobre los recursos naturales, como elementos del medio ambiente, haciendo un reconocimiento expreso de la atribución del dominio originario sobre los mismos a las Provincias²⁰⁹, pese a que desde la Constitución de 1853 la potestad provincial sobre los recursos era incuestionable porque tratábase de una facultad que las provincias nunca habían delegado en ese Estado Nacional que estaban creando y para cuya formación requerían delegarlas. Pero, a pesar de ello, durante decenas de años, la Nación invadía constantemente las facultades provinciales en la materia, auto adjudicándose el ejercicio de funciones sobre los recursos naturales con un consecuente vaciamiento de los mismos, sin tasa de retorno razonable y menos equitativa para el propietario de los recursos. Por ello, el reconocimiento expreso del dominio originario vino a evitar esta intromisión indebida que en estos días de fines de 2014 se manifiesta con una presión casi irresistible del Estado Nacional a la Provincia de Neuquén por la propiedad de los recursos petroleros de la mismas para extraerlos mediante “fracking” en el yacimiento de vaca muerta, uno de los más prometedores en la región.

Introducida la cuestión, toca mirar el contexto que esta situación brinda al paisaje. Es buen indicador para un investigador desprevenido de la Constitución argentina verificar en el método el lugar de importancia que tienen las unidades principales de este sistema: las provincias. Se advierten dos partes, la primera es la denominada “dogmática” y la segunda referida a las “Autoridades”, repartida en dos títulos: el Gobierno Federal y el Gobierno de las Provincias. En el último título, se detalla todo un reparto típico de un federalismo moderado como el argentino donde las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación²¹⁰ pero dentro de un marco

²⁰⁸ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa. *El fortalecimiento del federalismo argentino*. RADA N°27 Ene-Abr. 2014, pp. 246.

²⁰⁹ Art 124 in fine CN.

²¹⁰ Artículo 121. *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

de autonomía, no de soberanía²¹¹ y es en éste contexto que la Constitución en el mencionado artículo 124 dice... "Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio"... Si enfocamos al paisaje como un recurso natural, es lógico responder que las provincias son sus propietarias como cualquier otro recurso. Sucede que no todos están de acuerdo con tal enfoque según se verá, se discute su naturaleza y por lo tanto si pertenece a la categoría de recurso natural. Además, no siempre es un recurso destinado a producir dinero, también trata de un puro goce estético que puede ser indemnizable con fondos afectados²¹² o puede ser indiferente a la población según examinaremos en la oportunidad de indagar en los sistemas provinciales²¹³. Por otra parte ¿Qué clase de dominio, es aquel denominado "originario" por el texto constitucional? ¿Opera como sustantivo definiendo una categoría, o es un simple adjetivo que limita el espectro propuesto? Estas dos preguntas no tienen respuesta categórica con una simple lectura en la Constitución argentina. Buscaremos tal devolución en las próximas páginas de este capítulo, donde nos ocupamos de buscar el paisaje en el Derecho Provincial, porque en el Derecho Constitucional Federal solo queda espacio para formular la pregunta pero no hay letra para dar respuesta acabada. Solo sabemos que a las provincias les corresponde el dominio originario de los recursos naturales²¹⁴ ubicados en su territorio (Art 124 CN) luego si el paisaje ingresa en la definición de éstos términos lo indagaremos en el Derecho Público Provincial. En el punto siguiente, nos queda por estudiar si la Constitución nos brinda herramientas para dar respuesta a estos interrogantes.

²¹¹ Artículo 122. *Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.*

Artículo 123. *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

²¹² *Municipalidad de Tandil vs Transportes La Estrella y otro s/D y P.* CACyC de Azul S2 22/10/1996 ED, pp. 171

²¹³ Razón por la cual disentimos con Lorenzetti cuando aprecia como no monetizable todo interés colectivo.

²¹⁴ «Ni la Declaración emitida en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Estocolmo, 1972), ni la similar sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río, 1992) los definen, pero la primera identifica algunos de ellos cuando proclama que "los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga" (Principio 2)». VALLS, Mario F., "Las reservas sobre los recursos naturales y el ambiente del artículo 8 del Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires no facilitan su gestión", JA t. 2000-III, pág. 1209. Citado por ROSATTI, Horacio, *La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales* 07/09/2011. Microjuris Buenos Aires. Cita: MJ-DOC-5516-AR | MJD5516.

3.2. El estatuto constitucional de la Propiedad

El segundo caso que habíamos reservado para esta oportunidad trata del tema del Derecho de Propiedad, del cual sólo haremos rápidas consideraciones en este punto, postergando para el capítulo pertinente los detalles. En principio es importante destacar que el Derecho de Propiedad, considerado en la parte dogmática de la Constitución tiene una regulación amplia, de marco teórico, más que nada enfocada a tutelar la propiedad individual²¹⁵ suavizada en la jurisprudencia²¹⁶. Y posteriormente reserva al Congreso de la Nación en el artículo 75 inciso 12 dictar el Código Civil donde se encuentra el estatuto de la propiedad con todas sus defensas en el plexo jurídico argentino. Se prohíbe²¹⁷ expresamente a las provincias legislar sobre el Derecho de Propiedad en la parte que estamos examinando dedicada a regular los Gobiernos de Provincia.

En conclusión, el contenido del estatuto de la propiedad se encuentra en el Código Civil, la Carta Magna nos dice bien poco desde el punto de vista constitucional respecto de la propiedad del medio ambiente, excepto que interpretemos que las voces recursos naturales y medio ambiente y con éste el paisaje son sinónimas, tampoco facilita la manera de hilvanar un interés privado con uno difuso. Para ello es necesario

²¹⁵ Artículo 17. *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.*

²¹⁶ CSJN 136 -161, 24/04/1922 Ercolano c/ Lanteri de Renshaw s/ consignación...”ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de derecho absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de ésta última”...

²¹⁷ Artículo 126. *Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.*

agregar otros elementos que no tienen integración en el texto constitucional pero que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹⁸ ha aceptado por integrar que es el de la función social de la propiedad, y ahora sí es posible hacer un paso más hacia el paisaje en clave del Derecho de Propiedad.

3.2.1. Función social de la Propiedad

Si la propiedad tiene una función social, avanzamos un paso más en la incorporación del paisaje como un bien jurídico protegido, porque es natural pensar que el territorio tiene dueño, y que la proyección de esa imagen, sino admite un fin social tendrá dificultades para su disfrute, sin ingresar en la discusión sobre quién es el propietario del paisaje. Alcanza con cerrar la tranquera, *a quien viene a observar el paisaje y guardarlo para mi propio e individual disfrute por encontrarse dentro de mi perímetro catastrado*, para que el cometido esencial del artículo 41 de la Constitución argentina sea de imposible cumplimiento y se deba ingresar en el farragoso terreno de la acción de amparo ambiental del artículo 43 de la Constitución y hacer valer los derechos subjetivos que surgen del mencionado artículo 41, a saber que...*“todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica”*...Después de todo, quien tiene un Derecho no quiere un pleito, simplemente quiere ejercer el Derecho.

Sin pretender agotar el tema de la “función social de la propiedad” que está reservado para otro acápite, basta recordar que la Constitución de 1853 no consideraba ésta función por el individualismo de la época. La redacción primigenia del Código Civil

²¹⁸ CSJN 136 -161, 24/04/1922 ya citado; Tomo 136 pp 161, 21/08 1922; Tomo 136 pp 59 07/12/1934; 27/12/1990 LL 1991-C-140. Cit. por PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* Dirigido por Eduardo Zannoni y Coordinado por Aída Kelmelmajer de Carlucci Ed. Astrea Buenos Aires 2005, comentario al artículo 2513, Tomo 10, pp. 713 y ss.

que entró en vigor en 1871 dejó de lado estas inspiraciones, hasta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1922²¹⁹ incorporó este enfoque. La Constitución Justicialista de 1949, derogada en 1955 por un golpe de estado en su artículo 38, y posteriormente la ley 17711 de 1968 dieron cuenta de la función social de la propiedad, plenamente en el primer caso y de tono moderado en el segundo a través del vehículo de la teoría del “abuso del derecho” reformando el articulado²²⁰ que resaltaba el carácter absoluto del derecho de propiedad tornándolo ahora a un ejercicio regular antes que a su arbitrio, suprimiendo las facultades de “desnaturalizar”, “degradar” o “destruir” que reforzaban el carácter absoluto del dominio en clave revolucionaria y en congruencia con el nuevo artículo 1071 CC que regulaba el abuso del Derecho. Tal es así que hoy algunos autores no se ponen de acuerdo en la existencia misma del carácter absoluto en el derecho de dominio. El autor de la reforma de 1968, lisa y llanamente afirma que ya no existe²²¹, otros sostienen que sí existe pero vinculado al abuso de derecho²²², y afirman su existencia con restricciones²²³.

Actualmente, en la Constitución de 1994 no ha incorporado una cláusula expresa en este sentido, pero es posible considerarla incluida a través del vehículo del artículo 75 inciso 22 de ese cuerpo²²⁴, dado que los Tratados Internacionales incorporados en

²¹⁹ CSJN in re “Lanteri Ercolano de Renshaw s/ consignación”, citado en este título.

²²⁰ Arts 2513 y 2514 CC 1871.

²²¹ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*, actualizado por Delfina Borda 5° Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires 2008. Tomo 1 pp. 222 N° 259.

²²² LAQUIS, Manuel. *Derechos Reales*. Depalma. Buenos Aires 1975, Tomo 2 pp. 75 y ss.

²²³ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Tomo 1. Zavallía. 2° Reimpresión. Buenos Aires 1986 pp. 225.

²²⁴ Art 75: Corresponde al Congreso. Inciso 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

dicha norma forman parte de la Constitución misma. Y en este sentido es preciso traer a colación uno de estos tratados incorporados que hemos subrayado en la cita que es la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 21 inciso primero dice...*"toda persona tiene derecho a uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"*... lo que claramente define la función social de la propiedad dentro del texto constitucional y puede ser operativa sino para disfrutar el paisaje mediante la técnica de la propiedad como en el caso de un área protegida, al menos el de su acceso para disfrutar del paisaje así como la Constitución defiende en el artículo 41, el derecho a disfrutar de un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y en el que las autoridades deben proveer a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, lo que permite pensar que el paisaje puede estar incorporado en estos parámetros. Porque la consideración de aplicación de esta norma ambiental, lleva consigo la tutela de uno de los elementos naturales (recurso natural) que no está en nuestras manos reproducir que es el recurso tierra, porque Dios no habrá de crear más, se trata de asegurar el derecho a disfrutar del ambiente (parr 1), pero utilizando racionalmente los recursos que este comprende (parr 2) para preservarlo (parr 1) como el recurso tierra. De modo que asumir la necesidad de una imprescindible expresión de voluntad del órgano que la Constitución ha elegido para legislar sobre la propiedad que es el Congreso de la Nación a través del artículo 75 inciso 12, es al menos una cuestión discutible desde la perspectiva de este Derecho invasor que es el ambiental.

Máxime que las Provincias en su ley magna han considerado subordinar tal uso y goce al interés social en muchos casos, tal es por ejemplo la constitución de la Provincia del Chubut, establece la función social de la propiedad²²⁵, sometida a las obligaciones de la ley provincial. Idéntica propuesta lleva la provincia de Entre Ríos²²⁶

²²⁵ Const. Pcia Chubut: Art 20º.- *La propiedad privada es inviolable. Tiene también una función social y está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley.*

²²⁶ Const. Pcia Entre Ríos. Art 23.- *La propiedad privada es inviolable y tiene función social.*

Santiago del Estero²²⁷, La Pampa²²⁸, San Luis²²⁹, San Juan²³⁰, Santa Fe²³¹, Misiones²³² y la de Chaco²³³. La provincia de La Rioja tiene una redacción importante sobre el punto porque establece no sólo la función social de la Propiedad sino la función social de la economía lo que amplía aún más el espectro social de actuación en la ley²³⁴. La provincia de Formosa amplía el concepto a la colonización y privatización de tierras públicas²³⁵. En cambio la provincia de Corrientes restringe el concepto a lo

²²⁷Const. Santiago del Estero. Artículo 16.- *Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: Inc 8. El Estado garantiza la propiedad y la iniciativa privada y toda actividad económica lícita y las armoniza con los derechos individuales, sociales y de la comunidad.*

²²⁸Const. Pcia de La Pampa. Artículo 33.- *La propiedad debe cumplir una función social y su explotación conformarse a la conveniencias de la comunidad. La expropiación, fundada en el interés social, deberá ser autorizada por ley y previamente indemnizada, beneficiando a la comunidad el mayor valor del suelo que no sea producto del esfuerzo personal o de la actividad económica del propietario, de acuerdo a la reglamentación que fije la ley.*

²²⁹Const. Pcia San Luis Artículo 35.- *La Propiedad es inviolable. Todos los habitantes tienen derecho a la propiedad de sus bienes. La propiedad privada tiene una función social y en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley y de expropiación por causa de utilidad pública, la que es calificada por ley y previamente indemnizada*

²³⁰Const. Pcia. San Juan Art 111. *El derecho de propiedad es inviolable. La propiedad tiene una función social y en consecuencia está sometida a lo que la ley establezca. Incumbe al Estado, fiscalizar la distribución y la utilización de las tierras fiscales urbanas y rurales, e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su aprovechamiento en interés de la comunidad, a fin de procurar que cada trabajador o familia pueda adquirirlas en propiedad.*

²³¹Const. Pcia Santa Fe Art 15. *La propiedad privada es inviolable y solamente puede ser limitada con el fin que cumpla una función social. El Estado puede expropiar bienes, previa indemnización, por motivos de interés general calificado por ley. La iniciativa económica de los individuos es libre. Sin embargo, no puede desarrollarse en pugna con la utilidad social o con mengua de la seguridad, libertad o dignidad humana. En este sentido, la ley puede limitarla, con medidas que encuadren en la potestad del gobierno local. Ninguna prestación patrimonial puede ser impuesta sino conforme a la ley.*

²³²Const. Pcia de Misiones Art 51. *En el Territorio de la Provincia la propiedad es inviolable y cumple una función social. La expropiación será calificada por ley especial y previamente indemnizada.*

²³³Const. Pcia Chaco Art 40. *La propiedad privada es inviolable y el ejercicio de ese derecho está subordinado al interés social. La expropiación, fundada en el interés social o por causa de utilidad pública, deberá ser calificada por ley y previamente indemnizada en efectivo.*

²³⁴Const. Pcia La Rioja. Art 60. *La actividad económica estará al servicio del hombre y se organizará conforme a los principios sociales de esta Constitución. El Estado garantiza la libre iniciativa privada, armonizándola con los derechos de la persona y la comunidad, debiendo regular las actividades económicas a esos efectos. A tal fin se crearán los institutos y se arbitrarán los medios necesarios con intervención de representantes del trabajo, sociedades, cooperativas, asociaciones de productores, trabajadores, empresarios e instituciones oficiales de crédito para la defensa efectiva de la producción básica, la distribución de la tierra pública, el aprovechamiento de los recursos naturales, la radicación de industrias, especialmente en el interior de la provincia y la comercialización de la producción en beneficio de los productores y consumidores.*

Artículo 61. *El capital debe tener por principal objeto el desarrollo y progreso de la provincia y sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo.*

Artículo 62. *La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia la misma queda sometida a las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.*

²³⁵Const. Pcia. Formosa Art. 45. *La Provincia considera la tierra rural fiscal como factor de producción y fomentará su adjudicación a quién la trabaja, evitando la especulación, el desarraigo y la concentración de la propiedad. Es legítima la privatización en función social de la tierra y constituye un derecho para todos los habitantes de acceder*

urbanístico²³⁶ También lo hace la Provincia de Río Negro pero con una orientación mayor que es la dirigida a la economía en general y refiriendo a la tierra como un medio de producción más de los que deben asumir función social²³⁷. La Provincia de Tierra del Fuego lleva una redacción indirecta pero direccionada a idéntica finalidad de equilibrio entre lo público y lo privado²³⁸. La provincia de Jujuy tiene una redacción constitucional que crea incertidumbre en su aplicación, pero lleva esta cláusula en su texto²³⁹.

Se ve que las unidades federales al interior de la Nación, en su mayoría, adoptan una obligación para con las tierras públicas, que es materia sobre lo cual pueden legislar y sobre las privadas articulando su ejercicio para hacerlo compatible al interés general (vgr: ord. territorial uso de suelo), se trata de una autolimitación del poder público que tiene el alcance que la letra magna dispone en cada caso, pero que llevan gran amplitud de términos tal como las citas al pie lo denotan. Son pocas las Constituciones provinciales que no siguen esta línea, entre ellas las provincias más numerosas en población tales como la de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza y la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otra que es la que mayor extensión territorial tiene

a ella. Se propenderá la ejecución de planes de colonización. La Ley establecerá las condiciones de manejo de la tierra pública como recurso natural renovable. Promoverá la adjudicación mediante ofrecimiento público de las tierras libres de ocupantes. La unidad productiva máxima será de cinco mil hectáreas, salvo excepciones que precisarán de una ley especial que las justifique.

²³⁶Const. Pcia. Corrientes Art 62 Inc. 4) *El cumplimiento de los fines sociales de la actividad urbanística mediante la intervención en el mercado de tierras y la captación del incremento del valor agregado por planes u obras del Estado.*

²³⁷Const. Pcia Río Negro. Artículo 86. *La economía está al servicio del hombre y debe satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. El capital cumple una función social. Su principal objeto es el desarrollo de la Nación, de la Región y de la Provincia y sus diversas formas de utilización no pueden contrariar el bien común. La ley desalienta la usura, la especulación y todas aquellas formas económicas que tiendan a dominar los mercados, eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias. Los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativa y solidariamente. Los empresarios, los trabajadores y el Estado son responsables de la eficiencia, productividad y progreso de los factores económicos que participan en el proceso productivo.*

Artículo 90. *La propiedad y la actividad privadas tienen una función social; están sometidas a las leyes que se dicten. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley, previa y justamente indemnizada.*

²³⁸Const. Pcia de Tierra del Fuego. Art 2. Derecho del ciudadano. 13 A la propiedad. *El Estado garantiza la propiedad y la iniciativa privadas y toda actividad económica lícita, y las armoniza con los derechos individuales, sociales y de la comunidad.*

²³⁹Const. Pcia de Jujuy. Artículo 36. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA. 1°. *Esta Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada. Toda persona puede usar, gozar y disponer de sus bienes. El ejercicio de este derecho debe ser regular y no podrá ser efectuado en oposición a la función social o en detrimento de la salud, seguridad, libertad o dignidad humanas. Con esos fines la ley lo limitará con medidas adecuadas conforme a las atribuciones que le competen al Gobierno Provincial. 2°. La propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley.*

pero con poca población como Santa Cruz. Lo paradójico de este detalle, es que justamente cuatro de estas cinco provincias son las que ya han aprobado normas locales sobre ordenamiento territorial, que justamente encuentra su fundamento último, según veremos en el capítulo donde tratamos la función social de la propiedad.

IV.El paisaje en el Derecho Público Provincial

1.Introducción

Es una fuente importante del Derecho en la Argentina, fundamentalmente del Derecho Ambiental, respetando lo prescripto por el artículo 31 de la Constitución Nacional que establece una jerarquía superior para el Derecho Federal por encima del Derecho provincial o local²⁴⁰. En este contexto, pretendemos respaldaremos dos posiciones centrales que hacen a esta investigación: (1) Que las provincias pueden ser propietarias del paisaje; y lo sean o no: (2) que pueden legislar sobre paisaje.

La metodología de trabajo se iniciará buscando en el primer caso (1) respuesta a algunas de las preguntas que dejamos inconclusas en el título 3.1. Daremos cuenta de la clase de dominio que constituye el denominado “Dominio Originario” por el texto constitucional. Y buscaremos determinar si opera como sustantivo definiendo una categoría, o es un simple adjetivo que limita el espectro propuesto. Pretendemos justificar estas posiciones, que reiteramos, en las próximas páginas.

En el caso siguiente (2) investigaremos la integridad de la legislación de las provincias para detectar legislación paisajística y de encontrarla someterla a una clasificación para conocer los detalles de la misma, a saber: la técnica utilizada para la protección, el carácter primario o secundario que juega en la misma, y el rol que juega el Derecho de Propiedad. De esta manera pretendemos respalda la última de las posiciones: la que dice que las Provincias pueden legislar sobre paisaje.

²⁴⁰LÓPEZ ALFONSIN, Marcelo. *Derecho Ambiental*. Astrea. Buenos Aires 2012, pp. 45 y ss.

2. La propiedad del paisaje en las Constituciones de provincia

El camino de investigación por donde transitamos sigue siendo el mismo que esbozamos en la primera página de este capítulo: seguimos eliminando juncos y en esta tarea de eliminar juncos, examinaremos la legislación de las Provincias buscando un concepto común con el cual trabajar. En este caso pretendemos demostrar la propiedad provincial del paisaje, mediante la técnica del Dominio originario de los recursos naturales (el paisaje es uno²⁴¹) que según la Carta Magna, si se trata de recursos naturales pertenecen acabadamente a las provincias (*Art 124 CN in fine*) y que tiene íntima relación con el “dominio eminente” según daremos cuenta, en una extensión cuantificada que será mayor o menor con el apellido de “originario” según veremos en las conclusiones liminares de las próximas páginas y que las provincias se han reservado en el momento de constituir la Nación²⁴².

3. El Paisaje como Dominio Originario, art 124 CN.

Nos ocupamos en este título del Dominio Originario, referido en la última parte del artículo 124 de la Constitución que pone al mismo en cabeza de las provincias tratándose de recursos naturales. El análisis desarrollado hasta este punto, no ha despejado todas las dudas, pero alcanza para mostrar al objeto de pesquisa: que el paisaje existe como tal, y debe ser protegido. Nuestra hipótesis secundaria para trabajar este punto es que el derecho de propiedad y demás derechos subjetivos no comprendieron al paisaje que seguía durmiendo inadvertido, en el momento de la creación, y diseño de las primeras ramas del Derecho²⁴³, porque trataba de una perspectiva utilitaria que no era el rubro de aquel paisaje...”*tradicionalmente inadvertido para la ciencia del Derecho hasta que comenzó a sufrir alteraciones graves*

²⁴¹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol 3, cit.

²⁴² Artículo 121. *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

Artículo 123. *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

²⁴³ No está en el diseño del Derecho de Propiedad por más que paradójicamente protegiera el ambiente en algún caso y más específicamente el paisaje en otros.

que trasladaron a primer plano su necesidad de tutela²⁴⁴, El derecho de propiedad decimonónico plasmado en la Constitución de 1853 y el Código Civil de 1871 posee todavía un carácter absoluto y es el que mayor grado de protección tiene en el Derecho continental romanista, concibe sus autolimitaciones dentro de su propio contexto para compatibilizar su ejercicio en la comunidad en la reforma de 1968²⁴⁵ según vimos en las páginas anteriores, totalmente alejado de una mínima noción de “*función social de la propiedad*”. Ello, porque cada derecho subjetivo de propiedad no puede ser tomado como una comunidad misma. Así nacen conceptos como el de molestias, bien destacado por el artículo 2618 del Código Civil argentino²⁴⁶ o los conceptos de abuso de derecho²⁴⁷; pero siempre se trata de una composición en términos civiles, no intervienen aquí motivos ambientales y menos paisajísticos. Se ve que si el Derecho de Propiedad decimonónico no comprendía al ambiente, menos aún al paisaje.

²⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría de la Decisión Judicial, fundamentos de Derecho*. Cit., pp. 432.

²⁴⁵ Artículo 2513 Código Civil 1871: *Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.*

²⁴⁶ Art. 2.618 Código Civil 1871: *Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente.*

Artículo 1973 Código Civil y Comercial 2014. Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

²⁴⁷ Art. 1071 Código Civil 1871: *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

Artículo 10 Código Civil y Comercial 2014. Abuso del Derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Artículo 11 Código Civil y Comercial 2014. Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los DOS (2) artículos anteriores se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

3.1. Dominio Originario como Dominio Eminente

Las últimas letras del párrafo anterior son las que dan contexto al carácter más importante del paisaje: el de formar parte del Dominio Eminente. Ofrecemos las nociones preliminares y necesarias respecto del concepto que asumimos sobre el Dominio Eminente y posteriormente daremos cuenta de nuestras razones para considerar al paisaje incluido en sus contornos.

El Dominio Eminente, no es un concepto de fácil lectura en la Argentina, fundamentalmente después de la Reforma constitucional de 1994, que agregó un párrafo al artículo 124...“*corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”...Este Dominio Originario es el que identificamos con el de Dominio Eminente.

Según Marienhoff, el Dominio Eminente es...“*un poder supremo vinculado a la noción de soberanía interna que, potencialmente, se ejerce sobre los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los particulares...es la expresión político jurídica de la soberanía...se trata, en suma, de una potestas y, en este sentido, es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes...no reconociendo como expresión de soberanía interna otras limitaciones que las preceptuadas en el ordenamiento constitucional*²⁴⁸”... En definitiva, en esta categoría de dominio...“*el Estado es potencialmente el propietario de toda la masa de bienes situados en su jurisdicción*²⁴⁹”. Vélez Sarsfield²⁵⁰, dice que el dominio eminente es aquel que todo Estado detenta respecto de los bienes de su territorio representando por tanto un poder o derecho superior de legislación, jurisdicción y contribución que aplicado a los inmuebles no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial superior y llega a afirmar que no es un verdadero Derecho de

²⁴⁸ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot –Lexis Nexis, 4º ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, Tomo V, pp. 38.

²⁴⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo IV. Buenos Aires, TEA, 1952, pp. 11.

²⁵⁰ Cita al artículo 2507.

Propiedad. El Címero Tribunal nacional sostiene desde más de un siglo esta posición²⁵¹ y así mismo ha definido que corresponde a las provincias el Dominio Eminente²⁵².

Los autores no se ponen de acuerdo con el sentido y alcance de la expresión Dominio Originario del artículo 124 de la Constitución argentina. Juan Carlos Cassagne llega a afirmar en un trabajo reciente que la falta de definición de estos términos constituye una laguna constitucional²⁵³. No afirmamos que Dominio Eminente equivale conceptualmente a Dominio Originario, pero sí es dable advertir que los constituyentes del 94' sí efectuaron una asimilación del concepto de Dominio Originario al de Dominio Eminente por las siguientes razones:

1. Porque la definición de Dominio Originario tiene relación con el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica, a diferencia del dominio derivado que reconoce la existencia de un dueño anterior. Ello es porque mientras la expresión del Dominio Eminente proviene del Derecho Público por ser manifestación de la soberanía, la expresión Dominio Originario proviene del más específico Derecho Minero, donde se “reconoce un Dominio Originario en manos del Estado, el cual se desmembra al otorgar el derecho de *“propiedad minera”* a los particulares”²⁵⁴. Por esta razón frecuentemente -y es la parte central de nuestro argumento- se ha vinculado este concepto con el de Dominio Eminente, porque si *“el dominio originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental”*, el mismo *“podría caracterizarse como una*

²⁵¹ CSJN 104 - 247. “ARIAS MURÚA, Nicolás vs Provincia de Salta” 12/06/1906...”*El dominio eminente del Estado, del que se deriva el Derecho de crear impuestos y el de disponer de la propiedad enemiga por causa de utilidad pública, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior, usando los términos del codificador en su nota al artículo 2507 del Código Civil, y tanto un derecho como el otro, son igualmente necesarios a la existencia y desenvolvimiento de las provincias que forman la base de nuestro sistema federativo de gobierno*”...

²⁵² CSJN Tomo 108 - 240 “Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires vs Busto de Silva, Gregoria” 18/02/ 1908...”*que el artículo 1 de la ley 189 no es inconstitucional en concepto de vulnerar el dominio eminente que sobre sus respectivos territorios corresponde a las provincias, según implícitamente y explícitamente ha sido resuelto en numerosos casos por la jurisprudencia*”...

²⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos. *La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, su relación con las potestades nacionales y provinciales*. LL del 30/05/2007, pp. 5.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 4.

*manifestación del regalismo o del dominio eminente*²⁵⁵, ...

2. Porque otra interpretación sólo nos puede llevar a concluir que se trata de una *aberratio ictus* gramatical. Si las referencias son opuestas, el constituyente no puede haber equivocado el camino conceptual.

3. Porque tratándose de los bienes naturales²⁵⁶, como es el caso, juega además el artículo 41 de la Constitución argentina... que pone en concurrencia al Estado Nacional y los Estados Provinciales la jurisdicción sobre este Dominio Eminente, estableciendo la facultad nacional de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas²⁵⁷. Se trata de un Dominio que no tendría jurisdicción si solamente fuera originario, que haría referencia a un mero desmembramiento privado, donde la Provincia como propietaria del recurso sólo reserva el Dominio Originario.

4. Porque si el Dominio Originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental, es otra prueba de que el Dominio Originario referido, se puede considerar equivalente al regalismo o Dominio Eminente²⁵⁸.

5. Porque las regalías que produce el ejercicio de la propiedad de estos bienes originarios cuando se trata de Derecho Minero, no pueden ser enajenadas, dado que son un atributo o una consecuencia de la soberanía y por lo tanto *extracomercium*. Ello nos da otra razón para no tomar al dominio originario del artículo 124 como otro concepto que no sea el Dominio Eminente.

6. Porque si el denominado Dominio Originario no fuera el Eminente, la Nación no

²⁵⁵ *Ibíd*em, pp. 3.

²⁵⁶ No ingresamos – en este punto- en la discusión sobre si los bienes públicos deben ser declarados tales por ley o si por el contrario requieren de una declaración atributiva. Referimos específicamente a la terminología de artículos 124 y 41 de la Constitución argentina.

²⁵⁷ Artículo 41 - Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

²⁵⁸ Dictamen del Procurador General de la Corte Suprema, Elías P. Guastavino, y a lo resuelto por la sala 4° de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario en autos “Rosario Rowing Club”. Citado por Cassagne en Op. Cit., pp. 3.

podría conservar el poder de jurisdicción sobre los recursos naturales²⁵⁹ que el artículo 124 puso en cabeza de las Provincias. Demostraría una incoherencia constitucional, y suponemos que la Constitución no puede exhibir tal violación al principio de congruencia.

Despejado el problema de la referencia al Dominio Eminente en forma equívoca en el texto constitucional, luego nos queda por concluir que este Dominio tiene el máximo nivel de protección en nivel constitucional, y que es el que comprende al paisaje en los términos del artículo 41 del citado texto magno.

3.2. Dominio Eminente y paisaje en la privatización del recurso tierra

En un principio, todos los bienes en América eran posesión de la corona española. Los conquistadores, adelantados y virreyes tomaron posesión de estas tierras en nombre de sus reyes. Y éste es el origen del sistema regalista o realista. Los bienes los concedía, vendía o permitía en su uso el rey que tenía el Dominio Eminente, y posteriormente por sucesión los Estados Americanos como la Argentina. Cuando el Estado civil desamortizó o privatizó las primeras tierras para incorporarlas a la producción, jamás se pensó ni concibió a aquellos derechos que daban marco a la transferencia de recursos con una perspectiva paisajística, tan sólo con una perspectiva productiva. En consecuencia: en la Argentina nunca paisaje alguno fue desamortizado²⁶⁰ o transferido por enfiteusis o por simple cesión de las tierras públicas como premio por servicios prestados en la denominada “Lucha del desierto”, recordemos que ya en 1825 hay disposiciones en la Provincia de Buenos Aires de guardar una legua alrededor de cada pueblo para agricultura²⁶¹, pero la ley importante

²⁵⁹ Ver subrayado en nota anterior.

²⁶⁰ Para un estudio de la desamortización española se puede ver JIMENEZ BLANCO, José Ignacio. “*Historia agraria de la España contemporánea*”, 3. El fin de la agricultura tradicional (1900-1960). Editorial Crítica. Barcelona 1986, pp. 13. Ver también: MARTIN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Trivium. Madrid 1992, pp. 457 y ss.

²⁶¹ Ley de 24 de Octubre de 1825 Tomo 3 pp. 95. Citado por GARBARINI ISLAS, Guillermo *Derecho Rural Argentino*. Ed Restoy y Doeste, librerías editores. Buenos Aires 1925, pp. 51.

de la época en materia rural fue la Ley de enfiteusis²⁶², por medio de la cual el Poder Ejecutivo de entonces repartía tierras a particulares y se reservaba el Dominio Eminente. Y si alguna disposición se refería al paisaje, lo era en un sentido colateral y como indicador del interés principal de la legislación de la época que era esencialmente productivo, caso de la Ley de Arrendamientos y Aparecerías Rurales²⁶³ con obligaciones de las partes de contribuir al 50% de los gastos en el mantenimiento libre y en la lucha contra las plagas y malezas (Art 18), así como se regula la nulidad de todo pacto que establezca la explotación irracional del suelo rural que origine su erosión o agotamiento (Art 8)²⁶⁴.

Y no es que la legislación que operaba la transferencia de tierras públicas no siguiera teniendo efectos sobre el paisaje. En 1905 se dicta la ley de defensa agrícola²⁶⁵, contra la invasión de animales y vegetales parásitos que constituyan o puedan constituir una plaga por su carácter extensivo y calamitoso (Art1º), pudiendo ordenar el Poder Ejecutivo Nacional la destrucción total o parcial de sembrados o plantaciones (Art 2 Inc. 2). Posteriormente, las denominadas leyes nacionales de colonización²⁶⁶, sancionadas en aplicación del antiguo inciso 16 del artículo 67 de la Constitución de 1853, que disponía entre las atribuciones del Congreso Federal el dictado de leyes para la prosperidad general y la colonización de tierras de propiedad Nacional, aplicación de planes agrarios destinados a poblar el interior de la Argentina, racionalizando las explotaciones rurales, subdividiendo la tierra, estabilizando la población rural sobre la base del arraigo a los productores preferentemente mediante la propiedad, radicando inmigrantes agricultores y con la intención de dar, lo que hoy denominaríamos “calidad de vida” al poblador rural. Sólo podían calificar quienes acreditaran ser productores rurales que accederían a una unidad económica cuya

²⁶² GIBERTI, Horacio C. E. *Historia económica de la ganadería argentina*. Hyspamèrica. Bs. Aires 1986, pp. 120.

²⁶³ Ley 13246. BORA 18/09/1948

²⁶⁴ En 1961, el Proyecto de Ley de los Diputados Rodolfo Ricardo Carrera y Evers Nelson Fossati, sobre nueva ley de arrendamientos y aparecerías rurales, que no tendría éxito legislativo, agregaba en el Art. 19 inciso “e”, en las obligaciones del arrendatario, plantar 5 árboles por hectárea en la zona que lo determine el arrendador en los primeros tres años del contrato. *Revista de Derecho Agrario, revista mensual de doctrina, legislación, jurisprudencia y derecho extranjero*. Año 1 N° 4, Noviembre de 1962. Editorial Foro Argentino. Junín 1962, pp. 201.

²⁶⁵ Ley 4863. BORA 03/10/1905.

²⁶⁶ Leyes N° 12636, ADLA 1940 pp 862. Ley 14392 BORA 21/01 / 55 N° 17820 y Decreto- Ley 2964/58 ADLA 1940 pp. 862/ 870.

superficie variaba de acuerdo a la región geográfica, pero debía abastecer las necesidades de una familia agraria y permitir su evolución económica y social. Con la colonización de tierras que eran denominadas "desierto" por la poca población existente en las mismas -y porque se partía de la hipótesis de la eliminación de la originaria se aprueban las primeras leyes de inmigración como la 817 de 1876²⁶⁷ durante la presidencia de Nicolás Avellaneda regulando la colonización y la inmigración, dentro del contexto del artículo 20 de la Constitución de 1853²⁶⁸. Por medio de la Ley se creó el Departamento General de Inmigración, dependiente del Ministerio del Interior (Art.1º); designando agentes en Europa o América para fomentar la inmigración para la República Argentina, y realizarían propaganda, informar a interesados, certificar sobre la conducta y actitud industrial del inmigrante²⁶⁹, intervenir en los contratos de transporte y, en algunos casos, pagar sus pasajes" (Art.4). En 1903, al sancionarse la ley 4167²⁷⁰ "de venta y arrendamiento de tierras fiscales", quedó derogada la parte correspondiente a la colonización. Con esta ley se prepararon las condiciones para explorar y medir las tierras fiscales, es decir mensurar, determinar aptitudes productivas y saber con qué recursos se cuenta, ya sea para establecer explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, algodón, trigo, yerba, etc., o la simple instalación de poblados en territorios inmensos que carecían totalmente de ellos. Otra ley que contribuiría en el mismo sentido es la 5559²⁷¹ de fomento de territorios nacionales que autorizaba a construir ferrocarriles, y puertos y estudiar la navegabilidad de los ríos interiores, todo financiado con la venta de tierras lindantes con las áreas beneficiadas. La ley 13995 de

²⁶⁷ Ley 817. BORA: 06 de Octubre de 1876.

²⁶⁸ Art. 20: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión....no están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias..."

²⁶⁹ Art 12 "todo extranjero jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor, que siendo menor de sesenta años y acreditando su moralidad y sus aptitudes, llegase a la república para establecerse en ella, en buques a vapor o a vela, pagando pasaje de segunda o tercera clase, o teniendo el viaje pagado por cuenta de la Nación, de las provincias o de las empresas particulares, protectoras de la inmigración y la colonización. Gozaba del derecho de ser alojado y mantenido a expensas del Estado durante los cinco días siguientes a su desembarco (Art.45). El Poder Público se hacía también cargo de su traslado a la región de la Argentina que escogiera para vivir o podría solicitar trabajo en la Oficina pertinente. El éxito de esta ley superó las expectativas con un importante aumento de la población extranjera que ha quedado registrado en el censo nacional de 1914. Sobre un total de 7.885.237 habitantes, 2.357.952, es decir el 29.9 por ciento son extranjeros y del total de hombres mayores de 20 años, los extranjeros sumaban 1.150.000 y los nativos 950.000. MARQUIEQUI, Dedier Norberto. *La inmigración española de masas en Buenos Aires*. Biblioteca Política Argentina N°401. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires 1993.

²⁷⁰ Ley 4167. Registro Nacional 1903 1 pp. 240.

²⁷¹ Ley 5559. Registro Nacional 1909 2 pp. 18 (D. Ses. Senado).

1959²⁷², inicia un nuevo ciclo en la política de tierras que es observar la función social de la tierra, mediante su arrendamiento y enajenación progresiva y orgánica²⁷³ que comentamos una página atrás en la nota al Artículo 67 inciso 16 de la Constitución de 1853. Posteriormente, casi todas las Provincias habrán de incorporar en sus textos disposiciones similares.

En conclusión, se advierte ausente toda referencia al paisaje en esta transferencia de recursos del sector público al privado, en donde sólo se trazó un marco de referencia para lo que podía ser productivo en el momento crítico. Se pensaba en el *panllevar* y en la *minería*, pero no en la estética del lugar, que justificaba su planificación para tierra arrasada, como los quebrachales en el Noroeste, produciendo tierra que ya no serviría para nada. La razón estaba dada en el hecho de que se transfería naturaleza en su faz productiva y no la cultura que apreciaba belleza en ese factor de producción que se privatizaba, por una sola razón y es que sólo se transfería naturaleza, pero no el otro elemento inescindible del paisaje que es la cultura que podía apreciar un increíble escenario o belleza natural, según ilustramos en el capítulo 1. Finalmente, cabe concluir que si la soberanía que detenta el Dominio Eminente no ha transferido al paisaje en el momento de transferir al sector privado el factor de producción tierra, aún lo retiene para sí porque nadie puede ser dueño de un derecho más grande que aquel que le ha sido transferido. Por lo tanto, el paisaje forma parte del Dominio Eminente del Estado, con todas sus consecuencias por lo que las Provincias como unidades conservadoras de tal soberanía mantienen jurisdicción sobre el mismo, sin necesidad de considerar los artículos 41 y 124 del nuevo texto constitucional.

3.3. Dominio Eminente y Paisaje en el espacio aéreo

El caso del espacio aéreo es funcional para ilustrar la tesis que seguimos de guardar para el Dominio eminente, todo lo que no fuera expresamente conferido en el momento de la desamortización de las tierras públicas. El principal instrumento de

²⁷² Ley 13995. BORA 13/ 10/ 1950. ADLA 1950-A- pp. 198.

²⁷³ PIGRETTI, Eduardo. *Derecho de los Recursos Naturales*. FEDYE – La Ley. Buenos Aires 1971, pp. 81.

organización de la vida económica de los ciudadanos de un Estado de Derecho contemporáneo en el siglo XIX es el Código Civil, porque establece la implementación del programa constitucional también en lo económico, determinando el sentido y alcance del Derecho de Propiedad como uno de los derechos subjetivos de mayor relevancia en la era burguesa porque es principio ordenador de su forma de vida.

En el momento de la promulgación de la ley 340²⁷⁴, nadie imaginaba sobre la tierra que ordenaba el Código Civil un espacio como el aéreo con interés económico y por esa razón se recogía la vieja fórmula romana desde el cielo hasta el infierno²⁷⁵, porque no se imaginaba un contenido en éste (el aire, en definitiva: *res nullius*) susceptible de apreciación económica como la tierra. De modo que todos los accesorios, sin mucha distinción, seguían una regla general hacia lo principal que era lo que valía. Y por tal razón tampoco podía especularse con la posibilidad de otro dueño, en otras palabras no se pensaba en diferentes titularidades dominiales por capas de atmósfera, término que todavía resultaba abstracto²⁷⁶. Por estos motivos no resultaría extraño que cuando llegara el tiempo de la navegación aero-comercial, o de guerra en la primera contienda mundial, se... "buscaran nuevos sistemas"²⁷⁷... y se limitara el

²⁷⁴ El 29 de Septiembre de 1869 promulgó el Congreso de la Nación Argentina el Código Civil, como ley 340.

²⁷⁵ Artículo 2518 Código Civil 1871: *La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio.*

Artículo 1945 Código Civil y Comercial 2014. Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

²⁷⁶ Aquí, debemos admitir que seguimos la última etapa de la regla del artículo 16 del Código Civil 1871. Es un principio general del Derecho admitir que "lo principal sigue la suerte de lo accesorio"... Conf. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V, pp 152. Buenos Aires 1998. Artículo 16. *Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

²⁷⁷ Los autores clásicos entendían esta evolución... "Frente a condiciones tan diversas, hay que cambiar también de sistemas – y desde luego, por la simple razón del interés aducida por Ihering – podría sostener el derecho del dueño para impedir que un aeroplano volara a miles de metros de la superficie ni a una altura tal, en que no pudiese turbar la explotación del suelo"... LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil Tomo III. Tratado de los Derechos Reales*, Vol 1, pp. 387 N°486. Ediar, Buenos Aires 1943.

alcance del ahora denominado “espacio aéreo” hasta donde el superficiario tuviera interés práctico en su uso, de manera que y a partir de este límite con una extensión variable, dado que un uso útil puede tener en una localidad de mil habitantes y otro diferente en otra localidad con rascacielos, el espacio aéreo pasa a pertenecer al Estado²⁷⁸. Pero el Código Aeronáutico, si bien hubo proyectos en 1935 (Francisco Méndez Goncalvez, Isidoro Ruíz Moreno y Gonzalo García), tuvo que esperar hasta la ley 14.307 en 1954 y posteriormente el código actual Ley 17825 aprobada en 1967.

Dado que no existe un texto legal que declare o constituya, al espacio aéreo como un bien del dominio público, aceptamos la opinión de los autores que hacen analogía con la condición jurídica del mar territorial²⁷⁹ y por tal motivo se lo considera de dominio público. Estos hechos y estos derechos, no evitan que el Espacio Aéreo se encuentren dentro de la soberanía argentina y con ello en su Dominio Eminente; justamente en el momento de constituirse la Argentina en 1853, las Provincias que preexistieron a la Nación formándola con delegación de sus poderes, no delegaron este poder en parte alguna de la Constitución, ni en la de 1853²⁸⁰ ni en la de 1994²⁸¹.

El caso del espacio aéreo es operativo para graficar una situación similar a la que ocurre con el paisaje. Nadie veía el espacio aéreo para escribir normas en el siglo XIX en la era de la gran codificación, y cuando las posibilidades aero-comerciales

²⁷⁸ No ingresamos en esta discusión por ahora.

²⁷⁹ MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit. Supra pp 723. Sólo que el espacio aéreo está literalmente apoyado sobre el territorio y el mar territorial y llega desde lo vertical hasta una altura en que llegue su interés práctico. Tal la posición de Marienhoff que confiesa seguir a Rudolf Von Ihering en el punto y que es la seguida por el Código alemán, suizo, brasilero, ley francesa de aeronavegación, entre otros. El Convenio de Chicago de 1944 –OACI, reiterando los conceptos del Convenio de París de 1919 (ley 12512) reconoce soberanía plena a los Estados contratantes en el espacio aéreo sobre su territorio, aplicado solamente a las aeronaves comerciales. En la Argentina, el Código Aeronáutico vigente (Ley 17825) no establece disposiciones al respecto siguiendo en lo general al Convenio de Chicago firmado y ratificado por la Nación. Sigue lo dispuesto por el art 2º Decreto-ley 9358/1945... “la Nación ejercerá soberanía completa y exclusiva sobre el espacio existente sobre su territorio y aguas territoriales existentes al mismo”... Posteriormente este concepto será reiterado por el Decreto-ley 12507/1956. El especialista en Derecho Espacial argentino, Manuel H. Ferrer, opina que cesa la soberanía aérea de un Estado al llegar a la órbita geostacionaria, basando su opinión en el Tratado del Espacio de 1967. FERRER (h), Manuel. *Derecho Espacial*. Buenos Aires. Plus Ultra, 1976, pp 177 y ss. LENA PAZ. JUAN A. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Plus Ultra. Buenos Aires 1987, pp. 78 y ss.

²⁸⁰ Artículo 104º Constitución de 1853.-*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

²⁸¹ Reitera en el Artículo 121º una norma idéntica a la del artículo 104 de 1853.

fueron advertidas a simple vista por las nuevas posibilidades de la economía y de la tecnología, la importancia y el valor del aire llevó a un punto que de aire pasó a espacio aéreo, de mero contenido pasó a continente de bidimensional pasó a tridimensional²⁸² como el paisaje. Y no es que el aire no estuviera ínsito en el derecho de propiedad, sólo que no se había advertido la nueva perspectiva que podía ofrecer lo que todos habían visto siempre. Lo mismo sucede con el paisaje. Por estos motivos hay que ir a buscar al paisaje en el mismo lugar donde hace una centuria había quedado olvidado el aire: en la soberanía y en el Dominio Eminente. Luego el régimen legal dependerá de la ley del Estado dado en el caso dado, y preguntas tales como si pertenece al Dominio Público o privado llegan en un segundo momento.

3.4. Dominio Eminente y paisaje en el Derecho Provincial

Las constituciones de los Estados Federales en la República Argentina, no tienen normas unívocas o congruentes al respecto; más bien conservan distintos alcances en el punto que nos interesa, que es en referencia al Dominio Eminente. Y se advierten diferencias tratándose de las Provincias más antiguas que son las que declararon el nacimiento de la Nación en 1853, de las nuevas que siguieron a los primeros territorios nacionales que serían declarados Provincia entre 1940 y 1950, siendo en último el de Tierra del Fuego en 1986, que juraría su nueva Constitución en 1991. Pero en todos los casos existe una suerte de unificación hermenéutica con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que tiene dicho que el poder de las Provincias es originario e indefinido y el de la Nación derivado y definido²⁸³.

Describiremos esta parte del Derecho Provincial relacionado con el tema que nos ocupa, presentando un análisis normativo constitucional que buscará detectar la posición que en cada caso asume cada Estado Provincial con el tema del Dominio Eminente de sus recursos naturales.

²⁸² MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit. Supra pp. 720, párrafo 1919.

²⁸³ CSJN 304:1186 y 321:0152.

En el primer grupo destacamos los textos constitucionales de aquellas Provincias que son portadoras de una declaración directa, expresa y categórica y en el segundo caso las que poseen un texto más indirecto y tácito. En casi todos los casos, salvo alguna excepción con vieja redacción anterior a la reforma constitucional nacional de 1994, hay una voluntad dominial que es posible rastrear entre las disposiciones que confirma la regla que impulsamos como aceptable y explicativa de nuestro caso.

3.4.1. Declaraciones directas y expresas sobre Dominio Eminente

En este primer caso expositivo sobre textos de Constituciones de Provincias Argentinas que expresamente declaran su dominio eminente u originario sobre sus recursos naturales, detectamos que poco más de la mitad en estudio pertenecen a este grupo. A continuación el material seleccionado que pretende formar convicción:

El primer caso lo reservamos a una de las más claras exposiciones en este sentido. La Provincia de Buenos Aires, en su artículo 28 establece una clara definición de ejercicio del Dominio Eminente:

Artículo 28 - Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras.

La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.

En materia ecológica, deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.

Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna.

Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.

En congruencia con los artículos 41²⁸⁴ y 124²⁸⁵ del texto constitucional federal que ya han sido citados, se advierte plenamente que el Dominio Eminente es ejercido por la Provincia con exclusión de los municipios que sólo pueden ejercer las facultades permitidas por las Provincias²⁸⁶. Y este Dominio Eminente, con los alcances que determinamos en el presente, se ejerce sobre todo el ambiente natural provincial²⁸⁷, asumiendo el compromiso de defender el ambiente y los recursos naturales y culturales. En estos párrafos comentados, nos esforzamos por detectar elementos que brinden fundamentos de Derecho para respaldar la tesis de lo que por ahora denominamos una nueva perspectiva: el “paisaje”, exquisita mixtura de naturaleza y cultura.

Es señero el artículo 99 de la Provincia del Chubut que establece que...*“El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales renovables y no renovables, migratorios o no, que se encuentran en su territorio y su mar, ejerciendo el control ambiental sobre ellos. Promueve el aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo, conservación, restauración o sustitución”*... En esta descripción, nosotros detectamos campo para fundar la existencia del paisaje dentro de este derecho eminente.

²⁸⁴ ...”Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”...

²⁸⁵ ...”Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio“...

²⁸⁶ FALBO, Aníbal. “El dominio eminente provincial del ambiente y de los recursos naturales frente a las competencias impositivas municipales”. RDA Abril – Junio 2010 N°22. Buenos Aires, pp. 227. El autor comenta una sentencia del Címero Tribunal Provincial bonaerense que excluye directamente a los Municipios (Berazategui) de la aplicación de un impuesto municipal que aplica una tasa a la explotación de agua que es un recurso natural y por ende propiedad de la Provincia, posteriormente asume una postura sobre el dominio eminente que no acompañamos.

²⁸⁷ En contra: QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1995, pp 72. Sostiene que el Dominio Eminente lo ejerce la Nación y en la Provincia es eminente al solo efecto de la gestión adecuada del ambiente. HUTCHINSON, Tomás – FALBO, Aníbal J. *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*. LEP. La Plata 2011, pp 99. Estos autores continúan esta idea y la desarrollan en el sentido de que se debe entender en el sentido de privilegiar el cuidado y protección ambiental por sobre la titularidad privada y pública de bienes y actividades...”El dominio eminente significa –interpretando el párrafo como una unidad- el dominio “ a los fines de interpretar una gestión ambiental adecuada”... No obstante el alto respeto que nos merece la opinión de estos calificados autores, estas definiciones no nos conforman. Trátase de una definición política instrumentada jurídicamente y que la hermenéutica pretende desvirtuar. Por la propia evidencia de la lectura no es posible entender conceptos de naturaleza obvia y diferente en una regla tan clara. El centro inconfesado del debate aquí es la organización constitucional argentina, que desde 1853 luce Federal en las palabras y Unitaria en los hechos. Ceder el dominio eminente a las Provincias, desde luego debilita la posición de los Unitarios, paradójicamente fortalecería a la Argentina como Estado Nacional y como País Federal porque favorecería la vida de las instituciones de la República y mejoraría la suerte administrativa de los gobernados que dejarían de pensar que Dios atiende sólo en Buenos Aires y sus Ángeles en las capitales de Provincia, reproduciendo los Gobernadores hacia abajo, el trato celestial que reciben de arriba, matizado por cierto despotismo ilustrado.

La Provincia de Entre Ríos, pertenece también a este primer grupo con una cláusula constitucional expresa que declara a los recursos naturales existente dentro de sus límites geográficos parte de su dominio originario, utilizando esta expresión como sinónimo de eminente en la posición que para el caso asumimos²⁸⁸.

La Provincia de Formosa no solamente destaca protección constitucional al paisaje²⁸⁹, si bien como parte integrante del patrimonio cultural provincial, sino que también declara su dominio sobre todos los bienes ubicados en el territorio de la Provincia, excepto los que no lo sean por pertenecer a otros (Nación, municipios, otras entidades públicas y privadas)²⁹⁰ y sobre los recursos minerales, hidrocarburos, fuentes de energía²⁹¹, declarándolos bienes de su dominio inalienable, imprescriptible y exclusivo en una definición que si no equivale a la del Dominio Eminente, se le parece.

La Provincia de La Rioja, establece su dominio originario de todos los recursos naturales²⁹² en un contexto en donde hace referencia a la soberanía ahora en cabeza

²⁸⁸ Artículo 85°. Constitución Provincia de Entre Ríos.- *Los recursos naturales existentes en el territorio provincial corresponden al dominio originario del Estado entrerriano, que ejerce el control y potestad para su aprovechamiento, preservación, conservación y defensa. Las leyes que establezcan su disposición deben asegurar su uso racional y sustentable y atender las necesidades locales. La Provincia reivindica su derecho a obtener compensaciones del Estado nacional por los ingresos que éste obtenga, directa o indirectamente, por el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales”...*

²⁸⁹ Artículo 38° Pcia Formosa. *Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana, así como el deber de conservarlo. Es obligación de los poderes públicos proteger el medio ambiente y los recursos naturales, promoviendo la utilización racional de los mismos, ya que de ellos dependen el desarrollo y la supervivencia humana. Para ello se dictarán normas que aseguren: 1. El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética, y la protección, recuperación y mejoramiento del medio ambiente. 2. La compatibilidad de la planificación económica, social y urbanística de la Provincia con la protección de los recursos naturales, culturales y del patrimonio histórico y paisajístico.*

²⁹⁰ Artículo 48 Pcia Formosa.- *Todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, ubicados en el territorio de la Provincia son del dominio de ésta, con excepción de los que pertenezcan a la Nación, municipalidades u otras personas o entidades de derecho público o privado, y los pertenecientes a comunidades aborígenes.*

²⁹¹ Artículo 51 Pcia Formosa.- *La Provincia ejercerá la plenitud del dominio exclusivo, imprescriptible e inalienable sobre los recursos minerales, incluyendo los hidrocarburíferos, las fuentes de energía hidráulica, solar, eólica, geotérmica, nuclear y toda otra que exista en su territorio, con excepción de la vegetal. El aprovechamiento podrá realizarlo por sí o por convenio con la Nación, con otros países, con otras provincias, con particulares, con empresas, públicas o privadas ya sea en lo referente a su prospección, exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización, reservando para sí el derecho de fiscalizar las etapas de aprovechamiento del recurso.*

²⁹² Artículo 62° Constitución Pcia de La Rioja.- *DOMINIO DE LOS RECURSOS NATURALES. La Provincia en el ejercicio de la soberanía inherente al pueblo, es dueña originaria de todas las sustancias minerales y fuentes*

del pueblo de esa Provincia en una fórmula de dudosa redacción. Y en artículo aparte dispone como de dominio público los lagos, ríos y afluentes y todas las aguas públicas existentes en la provincia.

La Provincia del Neuquén, pertenece también al grupo de nuevas Provincias argentinas creadas a mediados del siglo XX, a partir del antiguo sistema de Territorios Nacionales que funcionaba con delegados del Gobierno Nacional. En el artículo 2, la nueva Constitución asume la jerarquía de Provincia con similar derecho a las anteriores, lo que la ubica con voluntad política para capitalizar los mismos derechos sobre sus recursos naturales canalizado en este sistema a partir de la consideración del denominado “dominio eminente”²⁹³. Asimismo, establece que los recursos naturales y fuentes energéticas pertenecen a su jurisdicción²⁹⁴ y dominio²⁹⁵. La propiedad de estos recursos se refuerza cuando se establece un procedimiento específico para la explotación de sus recursos con una autoridad autárquica nacional con facultades de nulificar el eventual convenio que amerite ser firmado para ello²⁹⁶.

naturales de energía, incluidos hidrocarburos, que existen en su territorio con excepción de los vegetales. Podrá proveer a su aprovechamiento por sí o mediante acuerdos con la Nación, otras provincias o terceros, con el fin de efectuar la exploración, explotación, industrialización, preferentemente en el departamento de origen, y comercialización de las mismas, fijando de común acuerdo las regalías o retribuciones pertinentes, en lo que tendrá participación el municipio donde se ubique el yacimiento minero. la Nación no podrá disponer de dichos recursos sin previo consentimiento de la Provincia prestado por ley.

²⁹³ Artículo 2° Pcia de Neuquén. *La Provincia del Neuquén se incorpora a la Nación Argentina en absoluta igualdad con las demás provincias, con los mismos deberes y derechos que corresponden a las demás, acatando todas las delegaciones de poder al gobierno nacional que las otras hubieran hecho, en igual medida que todas ellas y reclamando por las invasiones sobre sus derechos y patrimonio que se le impongan con carácter particular, por considerarlas violatorias de la organización federal que la Constitución Nacional establece.*

²⁹⁴ Esta noción parecería contradecir el espíritu del artículo 41 de la Constitución Nacional que establece los presupuestos mínimos de legislación para los bienes de dominio provincial. Esta discusión entre jurisdicción y dominio, por el momento parece estar zanjada por la actual opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho que “dominio” y “jurisdicción” son conceptos... “que no son ni equivalentes ni correlativos, pudiendo subsistir el uno sin el otro”... CSJN Fallos 154:312. Algunos administrativistas aceptan esta distinción sólo para el caso de bienes del Dominio Privado del Estado (BIELSA, Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*. 5° Ed Tomo3, pp 401. Depalma. Buenos Aires. Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo* Tomo IV, pp. 15. TEA. Buenos Aires 1952).

²⁹⁵ Artículo 228 Pcia de Neuquén. *El espacio aéreo, los yacimientos mineros y todo lo contenido en el subsuelo del territorio de la Provincia del Neuquén, pertenecen a su jurisdicción y dominio. Las fuentes energéticas son de propiedad provincial exclusiva y no podrán ser enajenadas ni concedidas en explotación a personas, entidades o empresas que no sean organismos fiscales competentes, nacionales, provinciales, municipales y/o consorcios de tipo cooperativo regidos por el Estado.*

²⁹⁶ Artículo 229 Pcia de Neuquén. *No podrá otorgarse ninguna clase de concesión para la explotación, industrialización y comercialización de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos y minerales nucleares, salvo a*

La Provincia de San Juan tiene una clara descripción de la estructura del sistema de poder construido en 1853. Comienza aclarando que conserva todo el poder no delegado a la Nación en el momento de su concepción, junto a las demás Provincias hermanas²⁹⁷, y posteriormente efectúa una declaración de su propiedad eminente sobre sus recursos naturales con una fórmula que sin mencionar la palabra básica, reúne todos sus elementos como para considerar su existencia: imprescriptible e inalienable. Finalmente acota el poder de la Nación requiriendo una ley especial del Congreso de la Nación para fijar las regalías que cobra la Provincia por conceder la explotación de sus recursos²⁹⁸.

La Provincia de Santa Cruz forma su tesoro por venta y arrendamiento de tierras públicas lo que anuncia su temperamento constitucional asumiendo la posibilidad de ser propietario de tierras fiscales desde el momento del nacimiento de la Provincia²⁹⁹, pero más adelante reafirma esta cuestión afirmando que se detenta el dominio originario de los recursos naturales con una extensa enumeración que no tiene pretensión de ser exhaustiva, estableciendo las condiciones de explotación y ejercicio de poder de policía. Se trata de una disposición incorporada por la reforma constitucional de 1994³⁰⁰.

una entidad autárquica nacional, que no podrá ceder ni transferir el total o parte de su contrato, y si así lo hiciera quedaría de hecho anulado el mismo y todas sus instalaciones y derechos en el ámbito provincial pasarían a ésta.

²⁹⁷ Artículo 1° Constitución Pcia San Juan. *La Provincia de San Juan, con los límites que por derecho le corresponde, como Estado autónomo e inescindible de la República Argentina, organizado bajo sistema republicano, democrático, representativo y participativo, mantiene para sí todo el poder no delegado expresa y literalmente al Gobierno Federal en la Constitución Nacional a la que reconoce como Ley suprema, sumando las que sean de ejercicio compartido, concurrente o conjunto.*

²⁹⁸ Artículo 113° Constitución Pcia San Juan. *La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidroeléctrica, solar, geotérmica o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio. Su aprovechamiento puede realizarlo por sí o por convenio con la Nación, con otras provincias o con terceros, nacionales o internacionales para su prospección, exploración y/o explotación, como también su industrialización, distribución y comercialización, fijando de común acuerdo el monto de las regalías o retribución a percibir. El Estado nacional no podrá disponer sobre estos recursos de la Provincia sin el previo acuerdo de ésta, expresado por ley.*

²⁹⁹ Artículo 37° Constitución Pcia Santa Cruz. *La Provincia proveerá sus gastos con los fondos del Tesoro Provincial, formado por la actividad económica que realice y servicios que preste; venta y arrendamiento de sus tierras públicas y demás bienes propios; cánones y regalías para la explotación de sus minas, yacimientos y fuentes de energía; contribuciones, impuestos, tasas y derechos que imponga y operaciones de crédito que efectúe.*

³⁰⁰ Artículo 73° Constitución Pcia Santa Cruz. *Toda persona tendrá derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal. El Estado y los particulares estarán obligados al cuidado y a la preservación del medio ambiente, así como a una explotación racional de los recursos naturales, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Por ley se reglarán las acciones tendientes a impedir toda agresión contra el medio ambiente y se crearán los organismos a los que se*

En la Constitución de la joven Provincia de Tierra del Fuego, creada en 1990, se encuentran claras disposiciones tanto para la custodia del ambiente³⁰¹ como para la declaración de propiedad de sus recursos declarando como dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la Provincia el espacio aéreo, los recursos naturales, superficiales y subyacentes, renovables y no renovables y los contenidos en el mar adyacente y su lecho, extendiendo su jurisdicción en materia de explotación económica hasta donde la república ejerce su jurisdicción, inclusive los que hasta la fecha fueren administrados y regulados por el Estado Nacional. Esta fórmula programática es una clara definición sobre la posición de una Provincia frente a sus recursos y la forma de organizar la explotación con la participación ineludible del capital privado³⁰². Posteriormente hace una clara y detallada composición y detalle de principios para todos y cada uno de los recursos naturales aludidos.

Finalmente, en este grupo de Provincias contamos el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que para el caso ostenta un estatus similar, equiparable al de las Provincias, en su peso político en el Congreso Nacional y con el armado de su

Universitat d'Alacant

encomendará la aplicación de estos preceptos. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley y se asegurarán estudios del impacto ambiental en los emprendimientos que se realicen. Se prohíbe el ingreso al territorio provincial de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos o los de cualquier otra índole o naturaleza comprobadamente tóxicos, peligrosos o susceptibles de serlo en el futuro. Modificado por: Constitución de Santa Cruz.

³⁰¹ Artículo 25°. Constitución de Tierra del Fuego. *Todo habitante tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y fauna.*

Artículo 54°. Constitución de Tierra del Fuego. *El agua, el suelo y el aire, como elementos vitales para el Hombre, son materia de especial protección por parte del Estado Provincial. El Estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y aprovechamiento y resguarda el equilibrio de los ecosistemas, sin discriminación de individuos o regiones. Para ello dictará...*

³⁰² Artículo 81°. Constitución de Tierra del Fuego. *Son del dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la Provincia el espacio aéreo, los recursos naturales, superficiales y subyacentes, renovables y no renovables y los contenidos en el mar adyacente y su lecho, extendiendo su jurisdicción en materia de explotación económica hasta donde la república ejerce su jurisdicción, inclusive los que hasta la fecha fueren administrados y regulados por el Estado Nacional. El Estado provincial sólo podrá intervenir en la explotación y transformación de los recursos naturales con carácter subsidiario, cuando exista manifiesta y probada incapacidad o desinterés para ello en la actividad privada, promoviéndose la industrialización en su lugar de origen. Los convenios de concesión de recursos energéticos asegurarán, en todos los casos, el total abastecimiento de las necesidades de la Provincia en esa materia. La Legislatura dictará leyes de protección de este patrimonio con el objeto de evitar la explotación y utilización irracionales.*

policía de seguridad y Poder Judicial propio, con un Jefe de Gobierno elegido por sus ciudadanos. Establece en su artículo 8°...”*el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos*”...

3.4.2.Declaraciones indirectas y tácitas sobre Dominio Eminente.

En este segundo caso expositivo destacamos los ejemplos normativos en los que es preciso realizar un pequeño esfuerzo de hermenéutica para encontrar la intención del legislador que no se muestra en forma categórica pero sí indudable en sus intenciones. Son diferentes las técnicas en que se manifiesta la voluntad del legislador constituyente provincial, pero en todos los casos la manifestación respecto de la declaración dominial puede ser despejada sin mayores dificultades. Las provincias con textos constitucionales más antiguos, no son por lo general ejemplo de claridad expositiva en este preciso punto, lo que no es indicador de un cambio de temperamento con los tiempos y de la nueva redacción del artículo 124 de la Constitución Nacional.

La Provincia de Córdoba, no incorpora normas en referencia al Dominio Eminente, solamente establece la propiedad de los recursos mineros y reconoce las facultades de la Nación en la jurisdicción. Pero asume la responsabilidad de proteger al paisaje, en el artículo 65³⁰³ en referencia al patrimonio cultural, y posteriormente en el artículo 68³⁰⁴ en referencia al patrimonio natural.

La Provincia de Catamarca, no establece disposiciones directas sobre el Dominio Eminente de sus recursos naturales, pero sí establece normas que tácitamente lo comprenden. Por ejemplo cuando establece que los ríos y sus cauces son del dominio

³⁰³ Artículo 65°. Constitución Provincia de Córdoba.- *El Estado Provincial es responsable de la conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, en especial arqueológico, histórico, artístico y paisajístico y de los bienes que lo componen, cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad.*

³⁰⁴ Artículo 68°. Constitución Provincia de Córdoba.- *El Estado Provincial defiende los recursos naturales renovables y no renovables, en base a su aprovechamiento racional e integral que preserve el patrimonio arqueológico, paisajístico y la protección del medio ambiente.*

público de la Provincia³⁰⁵, o la necesidad de tratados para aprovechar ríos interprovinciales³⁰⁶, o que los minerales y las fuentes de energía, con excepción de los vegetales pertenecen al dominio público de la provincia así como la fuente de energía hidráulica³⁰⁷, o la facultad de percibir cánones por la explotación de sus recursos naturales³⁰⁸.

La Provincia de Corrientes, sigue el ejemplo de la Provincia anterior en declaración a su territorio, estableciendo claramente sus límites geográficos y efectuando declaraciones sobre islas ubicadas en los ríos limítrofes³⁰⁹.

La norteña Provincia de Jujuy, tampoco tiene disposiciones expresas sobre el dominio eminente, pero surge plenamente de una rápida lectura a sus cláusulas que este Estado Provincial adopta similar tesitura respecto de los bienes que obran en su territorio. Esta idea sugiere el artículo 74 sobre tierras fiscales que las asume como

³⁰⁵ Art. 61. Constitución Provincia de Catamarca - *Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, son del dominio público de la provincia....*

³⁰⁶ Art. 62. Constitución Provincia de Catamarca - *Compete a la Provincia reglar el aprovechamiento de las aguas de los ríos interprovinciales que atraviesan su territorio mediante tratados con las provincias vecinas.*

³⁰⁷ Art. 66. Constitución Provincia de Catamarca *Los minerales y las fuentes naturales de energía, con excepción de las vegetales, pertenecen al dominio público de la Provincia. La exploración, explotación, industrialización y comercialización de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, de los minerales fisiónales y de las fuentes de energía hidroeléctrica, no podrán ser objeto de ninguna clase de concesión, salvo a una entidad autárquica nacional que no podrá ceder o transferir el total o parte de su contrato. Las sustancias minerales que por ley de la Nación pertenecen al propietario de la superficie y se encuentren en terrenos fiscales de la Provincia, pertenecen al dominio privado de ésta. La ley podrá conceder a las municipalidades o cooperativas de usuarios, la explotación de las fuentes de energía hidráulicas.*

³⁰⁸ Art. 68. Constitución Provincia de Catamarca - *Las tarifas, el canon, las regalías o la contribución a percibir por la Provincia, serán fijados por ella o de común acuerdo con la Nación y por la ley se asignará una participación en los mismos al departamento donde se encuentre situado el yacimiento minero. La ley reglamentaria establecerá sanciones para el caso de minas abandonadas inactivas o deficientemente explotadas.*

³⁰⁹ Artículo 2. Constitución Pcia de Corrientes- *Los límites territoriales de la Provincia son: al noreste y sud, los que por derecho le correspondan; al este el Río Uruguay, que la separa de los Estados Unidos del Brasil y de la República del Uruguay, y al oeste, el Río Paraná, que la separa de las Provincias de Santa Fe y Chaco. Forman parte de su territorio, en lo referente a los Ríos Uruguay y Alto Paraná las islas que quedan entre sus costas y el Canal principal del río, y aquellas que por tratados o convenciones internacionales hayan sido o sean declaradas argentinas. En lo relativo al río Paraná, forman también parte de su territorio las islas que queden entre sus costas y el canal principal del río así como las que le sean reconocidas por convención interprovincial o por la Ley del Congreso de la Nación. Toda ley que se dicte modificando la jurisdicción actual de la Provincia sobre parte de su territorio, ya sea por cesión, anexión o de cualquier otra manera, como igualmente la que ratifique tratados sobre límites que se celebren; deberá ser sancionada dos veces por ambas Cámaras Legislativas. Se requerirá que la primera y segunda sanción estén espaciadas por un período legislativo, exigiéndose en ambas oportunidades los dos tercios de votos del total de los miembros de cada Cámara. Se dará amplia difusión a la primera sanción haciéndose saber que en el subsiguiente período legislativo se considerará por segunda vez el asunto.*

tales y las destina a su colonización³¹⁰, nadie puede pensar en una privatización de bienes que no sean propios; o cuando asume en la norma siguiente la potestad para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas, otorgando concesiones y permisos³¹¹, siguiendo la misma idea para los bosques fiscales³¹². Lo que permite ratificar esta idea es el hecho de radicarse en la norma que forma el Tesoro de la Provincia justamente con la venta de sus tierras y otros recursos naturales³¹³.

La Provincia de Mendoza no tiene disposición alguna en su Carta Magna Provincial sobre Dominio Eminente, originario o sobre protección del paisaje, hecho también llamativo por ser una de las Provincias argentinas con un patrimonio paisajístico más espectacular, tales como el Aconcagua, o sus muchos ríos y lagos dueños de una belleza incomparable en el mundo. Sin embargo no se anotan estos instrumentos en su máxima norma jurídica.

La Provincia de La Pampa no hace referencia explícita a considerar como Dominio Eminente u originario sus territorios, cabe deducir que si planifica

³¹⁰ Artículo 74°. Constitución Pcia de Jujuy - Tierras fiscales. 1. *La tierra es un bien de trabajo y de producción.* 2.- *Las tierras fiscales deben ser colonizadas y destinadas a la explotación agropecuaria o forestal mediante su entrega en propiedad, a cuyos efectos se dictará una ley de fomento fundada en el interés social....*

³¹¹ Artículo 75°. Constitución Pcia de Jujuy - Régimen de las aguas 1. *Corresponde a la provincia reglar el uso y aprovechamiento de todas las aguas de su dominio y de las privadas.* 2. *Todos los asuntos que se refieran al uso de las aguas superficiales o subterráneas estarán a cargo de un organismo descentralizado, cuyos miembros serán nombrados por el Poder Ejecutivo y tendrán las atribuciones y deberes que determine la ley.* 3. *Mientras no se haga el aforo de los ríos, lagos, diques y arroyos de la provincia, únicamente podrán acordarse nuevas concesiones de agua previo informe técnico del organismo competente. Esas concesiones quedarán sujetas a modificaciones conforme al resultado de los aforos posteriores a sus otorgamientos. La metodología de esos aforos será determinada por la ley.* 4. *Se otorgarán las concesiones y permisos para los usos siguientes: doméstico, municipal y de abastecimiento a poblaciones; industrial; agrícola; pecuario, energético, recreativo, minero, medicinal, piscícola y cualquier otro para beneficio de la comunidad.*

³¹² Artículo 76°. Constitución Pcia de Jujuy - Régimen forestal. 1.- *La provincia debe proteger sus bosques y tierras forestales y promover la forestación y reforestación de su suelo.* 2.- *La ley debe contemplar: a) La explotación racional de los bosques para el aprovechamiento integral y científico de sus productos; b) Las condiciones de los planes de forestación y reforestación que aseguren el acrecentamiento de las especies; c) La adopción de principios de silvicultura que se adecuen a las técnicas más adelantadas; d) La instalación de industrias madereras en condiciones ventajosas; e) La promoción económica de las actividades.*

³¹³ Artículo 79°. Constitución Pcia de Jujuy - Tesoro provincial. *El gobierno de la provincia provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro provincial, formado por: 1. El producido de la venta o locación de sus tierras; 2. Las regalías, los derechos y cánones sobre explotaciones mineras, petrolíferas, gasíferas y otras fuentes de energía; 3. El producido de la venta de los productos o bienes, de su pertenencia; 4. Los frutos y rentas de sus bienes;*

constitucionalmente la colonización de tierras³¹⁴, debe disponer en su patrimonio tierras fiscales³¹⁵ para respaldar tal política y por lo tanto las detenta en virtud de ser continuadora de la Nación que le ha cedido sus tierras para constituirse como Provincia en cesión efectuada por el Congreso de la Nación. En este caso, de una Provincia creada cien años después de la fecha de constitucionalización de la Nación Argentina en 1853, es dable aclarar que la Provincia de La Pampa es sucesora de la Nación que la ha creado que a su vez actúa por sucesión de la Corona Española que tomó posesión de estas tierras por sus Adelantados que poseían estos derechos en sus capitulaciones reales. También establece herramientas para custodiar al paisaje, si bien no lo menciona explícitamente, en una norma que refiere al patrimonio cultural, declarándolo como bien colectivo³¹⁶.

La Provincia de Misiones es otra de las Provincias nacidas con fecha posterior a la constitucionalización de 1853, no tiene disposiciones explícitas sobre Dominio Eminente ni sobre protección del paisaje, pese a ser dueña de uno de los paisajes más impactantes del mundo: las Cataratas del Iguazú, estableciendo solamente su carácter de propietaria de tierras fiscales³¹⁷. Establece solamente su dominio (sin establecer sus alcances) sobre las fuentes de energía de su territorio y reivindica su facultad de percibir cánones y montos de regalía con lo que asume la facultad de establecerlas, hecho imposible sin ser heredero del poder regio y por ende de su Dominio Eminente³¹⁸.

³¹⁴ Artículo 34° Constitución Pcia de La Pampa.- *La Provincia promoverá la colonización de tierras fiscales destinadas a la explotación agropecuaria mediante la participación de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.*

³¹⁵ Artículo 35° Constitución Pcia de La Pampa. *La colonización social será ejecutada por el Estado mediante la entrega en propiedad con pago a largo plazo o en concesiones vitalicias hereditarias, a trabajadores rurales u otras personas físicas que no sean propietarias de una unidad económica, y se ajustará a las siguientes bases...*

³¹⁶ Artículo 19°. *El acervo cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico, documental y lingüístico de la Provincia es patrimonio inalienable de todos los habitantes. El Estado provincial y la comunidad protegerán y promoverán todas las manifestaciones culturales y garantizarán la identidad y pluralidad cultural.*

³¹⁷ Artículo 53 Constitución Pcia de Misiones.- *La tierra actualmente en el patrimonio de la Provincia y la que en cualquier forma se adquiriera en el futuro, deberá ser colonizada mediante entrega en propiedad de lotes que constituyan una unidad económica familiar, cuya superficie fijará la ley.*

³¹⁸ Artículo 58 Constitución Pcia de Misiones s.- *La Provincia tiene la plenitud del dominio, imprescriptible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en el territorio. Es facultad de la Provincia realizar por sí o convenir con la Nación o con otras provincias su exploración, cateo y extracción, así como su explotación,*

La Provincia de Santa Fe, con una constitución que es típica expresión de la época de la segunda generación de Derechos Humanos, todavía tiene una redacción muy tibia en materia de derechos ambientales y referencia a sus bienes naturales. No obstante tiene una norma que es tutelar del recurso tierra evitando la degradación, deforestación y erosión y resguarda la fauna y flora autóctona³¹⁹. Asimismo estimula políticas de colonización, imposible sin tierras públicas de las cuales sea propietaria, por similar mecanismo que las viejas provincias que formaron la Nación en 1853.

La Provincia de Salta, es una Constitución modélica de la época de la primera generación de Derechos Humanos, con un claro desarrollo dogmático de protección de los Derechos Individuales, reparto de los poderes desagregado en tres partes, régimen electoral y municipal. Por lo demás no hay normas que hagan una clara y expresa referencia al paisaje, al Dominio Eminente u originario o a la defensa del ambiente o alguno de sus elementos.

La Provincia de Santiago del Estero, posee una extensa redacción normativa dedicada a los recursos naturales de su territorio, especialmente sobre aguas que es el

industrialización, distribución y comercialización, fijando de común acuerdo el monto de la regalía o contribución por percibir.

³¹⁹ Artículo 28. Constitución Pcia de Santa Fe. *La Provincia promueve la racional explotación de la tierra por la colonización de las de su propiedad y de los predios no explotados o cuya explotación no se realice conforme a la función social de la propiedad y adquiera por compra o expropiación. Propende a la formación, desarrollo y estabilidad de la población rural por el estímulo y protección del trabajo del campo y de sus productos y el mejoramiento del nivel de vida de sus pobladores. Facilita la formulación y ejecución de planes de transformación agraria para convertir a arrendatarios y aparceros en propietarios y radicar a los productores que carezcan de la posibilidad de lograr por sí mismos el acceso a la propiedad de la tierra. Favorece mediante el asesoramiento y la provisión de los elementos necesarios el adelanto tecnológico de la actividad agropecuaria a fin de obtener una racional explotación del suelo y el incremento y diversificación de la producción. Estimula la industrialización y comercialización de sus productos por organismos cooperativos radicados en las zonas de producción que faciliten su acceso directo a los mercados de consumo, tanto internos como externos, y mediante una adecuada política de promoción, crediticia y tributaria, que aliente la actividad privada realizada con sentido de solidaridad social. Promueve la creación de entes cooperativos que, conjuntamente con otros organismos, al realizar el proceso industrial y comercial, defiendan el valor de la producción del agro de la disparidad de los precios agropecuarios y de los no agropecuarios. Protege el suelo de la degradación y erosión, conserva y restaura la capacidad productiva de las tierras y estimula el perfeccionamiento de las bases técnicas de su laboreo. Resguarda la flora y la fauna autóctonas y proyecta, ejecuta y fiscaliza planes orgánicos y racionales de forestación y reforestación.*

único caso que pone énfasis en mencionar la expresión dominio público³²⁰. En todos los demás recursos, expresiones en alusión a toda definición del tipo de dominio ejercido permanece ausente, dedicando su preocupación en políticas de promoción de los recursos, desentendiéndose de aclarar quién es el propietario de los mismos.

La Provincia de Tucumán, tiene disposiciones sobre protección del ambiente, y como la de la Provincia de Neuquén, se reserva la jurisdicción sobre sus recursos naturales en colisión aparente con el artículo 41 de la Carta Magna Provincial y sus disposiciones que inauguran el denominado “federalismo concertado”³²¹. Establece un marco para proteger el paisaje, pero sin mencionarlo³²², pero no hace mención alguna al Dominio Eminente u originario, bastando una tibia declaración a la existencia de tierras públicas³²³.

4.Poder provincial legisferante en materia paisajística. Paisaje en la legislación provincial

El título tiene relación con el marco jurídico ambiental, y el difícil entramado que la nueva redacción del artículo 41 de la Constitución Argentina, ofrece para el ambiente, porque se otorga el dominio originario de los recursos naturales a las provincias por el artículo 124 in fine pero la Nación se reserva de legislar sobre presupuestos mínimos ambientales (Art 41), que no aparece para hacer vigente el principio de subsidiaridad (Art 4° ley 25675) sino para limitar la eficacia jurisdiccional de las provincias sobre sus

³²⁰ Artículo 108°. Constitución Pcia Santiago del Estero: *Régimen del agua. Las aguas de dominio público de la provincia están destinadas a satisfacer las necesidades de consumo y producción. Declarase que el derecho natural de usar el agua para bebida de las personas y para las necesidades domésticas de la familia, queda sujeto a los reglamentos generales que dicte la autoridad competente. Los poderes públicos preservan la calidad y reglan el uso y aprovechamiento de las aguas superficiales, subterráneas y termales que integran el dominio de la Provincia. El uso de las aguas del dominio público destinadas al riego es un derecho inherente a los predios, en beneficio de los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por la ley y en atención a su función social y económica.*

³²¹ Artículo 41 inciso 12° Pcia de Tucumán. *Reservará para sí la jurisdicción sobre toda cuestión que se suscite en materia ambiental dentro de su territorio, y su sustanciación será de competencia administrativa y judicial provincial.*

³²² Artículo 41 inciso 1° Pcia de Tucumán. *Arbitrará los medios legales para proteger la pureza del ambiente preservando los recursos naturales, culturales y los valores estéticos que hagan a la mejor calidad de vida.*

³²³ Artículo 41 inciso 1° Pcia de Tucumán. *Fomentará la forestación, especialmente con plantas autóctonas, tanto en tierras privadas como en las del Estado.*

recursos bajo la excusa de una interdicción para la protección efectuada desde Buenos Aires. Qué propiedad extensa será aquella en la que el propietario no tiene *juris-dictio* sobre la misma... No obstante ello, hay provincias que lo hicieron y es importante estudiar el nivel de protección alcanzada para el paisaje en tales casos.

En la búsqueda de un concepto común de paisaje con el cual trabajar en el desarrollo de este trabajo, habíamos prometido un análisis doble. Habiendo realizado el primero ocupado fundamentalmente en el texto constitucional provincial, nos ocupamos ahora del segundo análisis que lleva la finalidad de revisar e indagar en la legislación provincial para detectar muestras de legislación paisajística examinables y susceptibles de aprobar un test que las considere operativas en la protección del paisaje y den cuenta *-si pueden o si fuera su finalidad-* sobre su disfrute y propiedad. En este sentido seleccionamos dos tipos de normas donde esperamos encontrar respuesta: en las de “áreas protegidas” y en las de “áreas paisajísticas”, si las hubiera, y en la legislación general del ambiente de cada unidad provincial.

La metodología, como en el caso anterior es citar provincia por provincia, ley por ley hasta encontrar, si fuera posible un concepto de paisaje que sea funcional a nuestra búsqueda.

En el caso de la Provincia de Córdoba, sus consideraciones al paisaje son tempranas en la Argentina³²⁴ ya sea en miras a definir Reservas Provinciales de uso múltiple³²⁵ o en el ámbito de las prohibiciones en las Reservas Recreativas Naturales (Art. 65º Inc.2). La ley 7343 de la Provincia de Córdoba, es pionera en introducir un

³²⁴ Así la ley 6964 de 1983 hace figurar entre sus objetivos en el artículo 5º inciso c,...”*conservar destacados paisajes, bellezas escénicas, rasgos fisiográficos y formaciones geológicas*”...y en el inciso h...” *Preservar en su estado actual, paisajes de excepcional belleza o valor creados por el hombre, considerando en particular la creciente desaparición de los modos de vida que los originaron*”...que es reiterado en el artículo 29º- *Los Parques Naturales Provinciales tendrán como objetivo conservar el estado más prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.*

³²⁵ Artículo 42º *Considérense Reservas Provinciales de Uso Múltiple las áreas: Que necesitan un régimen regulador que garantice el armónico desarrollo y conservación de su potencialidad productiva, vida silvestre y paisaje.*

tratamiento diferencial al paisaje intentando una definición³²⁶, pero se trata de una reiteración de conceptos reduccionistas³²⁷ que asumen a un área protegida tan sólo por su belleza y no por los otros elementos que el paisaje resume o en todo caso corona con su estética que son: biodiversidad, ecología, identidad, calidad de vida, que amerita considerar un futuro sostenible para el mismo si se lo quiere legar a las generaciones futuras. Tampoco se medita y acredita protección sobre el problema de la insularización del paisaje protegido o del área protegida y las consecuencias paradójicas para su conservación. Introduce una cláusula aislada e ineficaz que tan solo dice regular la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente pero destacando entre sus objetivos la necesidad de utilizar racionalmente el paisaje en función de los valores del ambiente con un régimen especial de gestión³²⁸.

En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, la ley 10.907 de 1990 reformada por la ley 12459, que regulan las áreas protegidas en esa Provincia consideran al “paisaje” como un elemento más de las mismas. Es elocuente el artículo 1 cuando refiere a las finalidades de la norma³²⁹. Entre las características a reunir por un área para ser considerada “Reserva Natural”, en términos de la ley, se encuentra justamente la paisajística³³⁰. Y entre las categorías de Reserva Natural por su tipo, enumera en el artículo 10 apartado c.5) *Reservas escénicas: (sitios naturales). Aquellos lugares protegidos en razón de su valor estético con el objeto de prohibir todo lo que pueda alterar su belleza, pudiendo realizarse mejoras tendientes a facilitar su acceso y*

³²⁶ Art. 2 Inc. m) *Paisaje o Escenario: El contexto interactuante de elementos constitutivos naturales y artificiales del ambiente que, por la particular combinación en un cierto espacio provocan en el hombre sensaciones visuales y estados psíquicos de distinta índole.*

³²⁷ Parece desligarse de las demás finalidades de un área protegida en las que el paisaje es un elemento más de tutela.

³²⁸ En el apartado que destaca los elementos que comprenden estos objetivos, destaca en el Art. 2° Inc. b) la...”*utilización racional del paisaje en función de los valores del ambiente*”... Y en el Inc. c)...”*los elementos culturales o paisajes, merecen un régimen especial de gestión*”... Cuando la ley define al concepto “degradación” en el artículo 4° Inc. i) entiende por tal...”*no sólo el deterioro de los ecosistemas y sus componentes en general, y del agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna sino también el paisaje como resultado de las actividades deteriorantes del ambiente*”...

³²⁹ ...”*por razones de interés general, especialmente de orden científico, económico, estético o educativo deban sustraerse de la libre intervención humana a fin de asegurar la existencia a perpetuidad de uno o más elementos naturales o la naturaleza en su conjunto, por lo cual se declara de interés público su protección y conservación*”...

³³⁰ ...”*Art 4°: Podrán ser declaradas reservas naturales, aquellas áreas que reúnan, por lo menos, una de las características que se enumeran a continuación: 1. a) Ser representativas de una Provincia o Distrito fito y/o zoográfico o geológico. b) Ser representativa de uno o varios ecosistemas donde los hábitats sean de especial interés científico o encierre un paisaje natural de gran belleza o posean una gran riqueza de flora y fauna autóctona*”...

umentar su atractivo natural. Otro detalle importante de esta ley es la creación de una “zona de amortiguación”³³¹, así denominada a los sitios dónde se evalúan los efectos de las actividades antrópicas sobre el ambiente.

Más, lo verdaderamente importante de la legislación de esta Provincia argentina es el dictado de la ley 12.704 de “Paisaje Protegido” que estudiaremos con más detalle en otro capítulo, por lo que sólo caben notas adicionales en esta oportunidad. No podemos soslayar que el texto es pasible de algunas críticas metodológicas, porque la técnica de tutela se realiza con la creación de categorías definidas como superficies o perímetros demarcados que serán protegidos por la ley, igual que el caso de las Áreas Protegidas, lo que no podrá evitar el “problema de la insularización” y del financiamiento, ni en todo caso la necesidad de expropiación de todo o parte del menoscabo a la propiedad privada, del cual se habla en España, desde fines de los 60`. Así el artículo 1º, exhibe la creación de dos nuevas categorías que no existen en la ley de áreas protegidas examinada en el párrafo anterior³³², que sí pueden ser subsumidas pero que no tienen vida en el sistema más genérico. Asimismo las finalidades de la ley tampoco coinciden con las de las áreas protegidas, imprimiendo aristas de futuras confusiones hermenéuticas que sobre abundan. El artículo 2³³³ de esta norma detalla explícitamente lo que protege y enfatiza la belleza escénica pero no hace mayores precisiones de carácter amplio con pretensión de usar al paisaje como un instrumento que califique la biodiversidad de un lugar, evitando la división política o jurisdiccional que menoscabe la protección eficaz del medioambiente. Se advierte la tutela a

³³¹ Art. 13º. *Las Reservas de Uso Múltiple estarán zonificadas de la siguiente manera: 1. Zonas Intangibles: subdivisión de la reserva dedicada a la conservación. 2. Zona de Amortiguación: área que circunda y protege a la zona intangible, y en la cual pueden evaluarse los efectos de la manipulación del paisaje sobre la estructura y función de los ecosistemas.*

³³² Artículo 1º. *Por el régimen de la presente Ley se establecen y regulan las condiciones para las áreas que sean declaradas "Paisaje Protegido de Interés Provincial" o "Espacio Verde de Interés Provincial", con la finalidad de protegerlas y conservarlas. Las áreas, que deberán ser declaradas por ley, poseerán carácter de acceso público, tendiendo al bienestar común, con el fin de elevar la calidad de vida de la población y la protección del medio.*

³³³ Artículo 2º. *Determinése para la aplicación de la presente norma legal como "Paisaje Protegido de Interés Provincial" a aquellos ambientes naturales o antropizados con valor escénico, científico, sociocultural, ecológico u otros, conformados por especies nativas y /o exóticas de la flora y fauna, o recursos ambientales a ser protegidos. Los ambientes deberán poseer una extensión y funcionalidad tal que resulten lo suficientemente abarcativas como para que en ellos se desarrollen los procesos naturales o artificiales que aseguren la interacción armónica entre hombre y ambiente”...*

elementos culturales y naturales y la falta de definición de una técnica jurídica que le otorgue al paisaje autonomía y elementos de protección. A favor, debemos conceder la posibilidad de cooperación entre los Municipios para cumplir los fines de la ley³³⁴. Todavía no hay muchos ejemplos de creación de las áreas definidas con una superficie relevante, salvo el caso de Tandil o del Rio Quequén que veremos en otro capítulo, con lo que no parece ser posible evaluar todavía su eficacia, toda vez que los instrumentos de protección que lucen el derecho comparado³³⁵, lucen por su ausencia. Pareciera una legislación pensada para la “insularización” y las pequeñas superficies urbanas o peri-urbanas antes que para las grandes extensiones geográficas que caracteriza a una Provincia Federal de la superficie geográfica de España.

La Provincia de Chubut en su sistema provincial de áreas protegidas cuenta con la Ley 4617/2000 que contempla dentro de la categoría áreas naturales silvestres, sub-categorías tales como “Paisaje Terrestre y Marino Protegido” (Categoría V), definiendo al paisaje en su artículo 3º inciso “n”, como...*“porción de superficie, con límites naturales, en donde los componentes naturales forma un conjunto de interrelación e interdependencia”*...y el artículo 4º inciso “b” establece al paisaje como uno de los objetivos de conservación. La norma que amplía el concepto se encuentra en el artículo 16º que define al “Paisaje Terrestre y Marino Protegido”³³⁶.

³³⁴ PETERS, Edson Luiz. *Gestión transfronteriza de espacios naturales protegidos*. RDA N°18 Abril/ Junio 2009. Abeledo Perrot, pp. 205.

³³⁵ Tales como las que surgen de la ley de paisaje de Valencia o la de Cataluña, que veremos en detalle en otro capítulo, tales como Políticas de paisaje, Plan de Acción Territorial, Instrumentos de ordenación y gestión del paisaje, Estudios de Paisaje, Catálogo de Paisajes, Delimitación de los Sistemas de Espacios Abiertos, Normas de Integración Paisajística, y guías para una adecuada ordenación del paisaje, Programas de Paisaje, Estudios de Integración de Paisaje.

³³⁶ LEY 4617. BOPCh 06/08/ 2000. Artículo 16 Paisaje Terrestre y Marino Protegido: *área protegida manejada principalmente para la conservación de paisajes y con fines recreativos. Comprende superficies de tierra, con costas y mares, según el caso, en las cuales las interacciones del ser humano y la naturaleza a lo largo de los años han producido zonas de carácter definido con importantes valores estéticos, ecológicos y/o culturales, y que albergan una rica biodiversidad. Las directrices para la selección de esta categoría son las siguientes: a) El área debe poseer un paisaje terrestre y/o marino con costas e islas, según el caso, de gran calidad escénica, con diversos hábitat y especies de flora y fauna asociados, así como manifestaciones de prácticas de utilización de tierras y organizaciones sociales únicas o tradicionales, de lo que deben dar testimonio los asentamientos humanos y las costumbres, los medios de subsistencia y las creencias locales; b) El área debe brindar oportunidades al público para disfrutar de ellas a través de la recreación y el turismo, en el marco de sus estilos de vida y actividades económicas habituales.*

La Provincia de Mendoza en la Ley 6045³³⁷ que establece el régimen de áreas naturales y ambientes silvestres, establece en su artículo 5º incisos “D”, “H”, “I” varios objetivos de protección al paisaje³³⁸. Y en el artículo 20 en la categoría 5º, se considera como categoría la Reserva de Paisaje Protegido, prohibiendo en las zonas restringidas, toda acción u omisión que pudiera originar alguna modificación al paisaje o del equilibrio ecológico (Art 24 inc. “I”). También figura como requisito del Artículo 30 para considerar la creación de un Parque Provincial³³⁹ y el artículo 33º define dos tipos de reserva de paisaje protegido caracterizándose ambos casos por su participación antrópica³⁴⁰.

En la Provincia de Tierra del Fuego, la Ley 272³⁴¹, solamente prohíbe en zonas restringidas acciones u omisiones que puedan modificar el paisaje (Art 28), entre los objetivos de protección de un Parque Natural Provincial (Art 33º) se encuentra justamente el hecho de encerrar bellezas paisajísticas y la norma que sigue (Art 34º) destaca como objetivo de los Parques Naturales Provinciales conservar el estado prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.

³³⁷ Ley 6045. BOPM. 18/10/93.

³³⁸ *Ibíd.* Artículo 5º C) *Conservar destacados paisajes, bellezas escénicas, rasgos fisiográficos y formaciones geológicas. Y en su inciso H) Preservar en su estado actual, paisajes de excepcional belleza, o valor creados por el hombre, considerando en particular la creciente desaparición de los modos de vida que los originaron.-I) Proporcionar oportunidades para fomentar en las personas el conocimiento de los valores citados y también para que accedan al goce de paisajes naturales, vegetación, vida animal y recreo al aire libre por medios y en lugares adecuados.*

³³⁹ *Ibíd.* Artículo 30: *Esta categoría comprende áreas no afectadas por la actividad humana que gozan de representatividad biogeográfica y/o que contengan ecosistemas acuáticos o terrestres, especies de flora y fauna, elementos geomórficos o paisajes naturales de belleza o intereses excepcionales cuya protección necesaria para fines científicos, educativos, y recreativos dada su función deben ser relativamente extensas”...*

³⁴⁰ *Ibíd.*, Artículo 33º: *El carácter de las zonas que forman parte de esta categoría será muy diverso, debido a la gran variedad de paisajes seminaturales y culturales existentes en el país, dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Se pueden diferenciar dos tipos de áreas dentro de esta categoría: A) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluirán zonas naturales o modificadas, situadas a lo largo de zonas lacustres o fluviales, de rutas, en zonas de montañas o periurbanas, que presenten panoramas atractivos, siempre que no sean netamente urbanas; B) Paisajes que por ser el resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (costumbres, técnicas de uso y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas. Dadas las características de estas áreas, los esfuerzos deberían estar dirigidos a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas.*

³⁴¹ Ley 272. BOTdF 12/ 01/ 1996.

En la Provincia de Catamarca luce la Ley 5070³⁴² que crea el sistema provincial de áreas protegidas, en la definición de área protegida uno de los requisitos es justamente la tutela del paisaje (Art 3º) y en el artículo 5º se establece una equivalencia con las categorías de la UICN, donde Monumento Natural es equivalente a las categorías III (Monumento Natural Nacional o Provincial), V (Paisaje Protegido) y X (Sitio de Patrimonio Mundial Natural). Por esta razón se aclara en su artículo 9º “a”, que *...“considera Monumento Natural a aquella área que contenga sitios especiales, dentro de ambientes naturales, con paisajes de particular singularidad por su belleza escénica, sitios arqueológicos o históricos, o hábitats únicos de especies de flora y fauna amenazada o endémica y que requieran protección”...*

La Provincia de La Rioja, sancionó su Ley 7138³⁴³ y observa entre sus objetivos de protección al paisaje prístino³⁴⁴ (Art 5º inciso “4”) y el antropizado (Art 5º inciso “4”) con una magra regulación de protección del paisaje.

La Provincia de Rio Negro regula su sistema de áreas protegidas con la Ley 2669³⁴⁵, define en su artículo 2º al paisaje como...*“porción de la superficie terrestre, provista de límites naturales, en donde los componentes naturales (rocas, relieve, clima, aguas, suelos, vegetación, fauna) forma un conjunto de interrelación e interdependencia”...*y entre los objetivos de protección de un área protegida en el artículo 3º inciso “F” el de preservar el paisaje natural, y en la Categoría II de Parque Provincial (Art 15º) se establece al paisaje como uno de sus requisitos³⁴⁶ y en la misma norma pero en la categoría V Paisaje Protegido, se incluye el máximo de tutela estableciendo que...*“el carácter de las zonas que forman parte de esta categoría será muy diverso, debido a la gran variedad de paisajes naturales, seminaturales y culturales*

³⁴² Ley 5070 BOPCa 09/05/2002.

³⁴³ Ley 7138. BOLR 11/09/ 2001.

³⁴⁴ Artículo 21: *Los Parques Naturales Provinciales tendrán como objetivo conservar el estado más prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.*

³⁴⁵ Ley 2669. BORN 10/01/2008.

³⁴⁶ Artículo 15: *Esta categoría comprende áreas no afectadas por la actividad humana, que gozan de representatividad biogeográficas y/o que contengan ecosistemas acuáticos o terrestres, especies de flora y fauna, elementos geomórficos o paisajes naturales de belleza o interés excepcionales, cuya protección es necesaria para fines científicos, educativos y recreativos. Dada su función, deben ser áreas relativamente extensas.*

existentes en la Provincia, dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Se pueden diferenciar dos tipos de áreas dentro de esta categoría:

a) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluirán zonas naturales o modificadas, situadas a lo largo de costas marinas, lacustres o fluviales, de rutas, en zonas de montañas o periurbanas, que presenten panoramas atractivos, siempre que no sean netamente urbanas.

b) Paisajes que por ser el resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (costumbres, técnicas de uso y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas). Dadas las características de estas áreas, los esfuerzos deberían estar dirigidos a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas”...

En la Provincia de Salta, la Ley 7070³⁴⁷ de “protección del ambiente” hace referencia al paisaje en varias disposiciones. Incluye al paisaje dentro del concepto de medio ambiente y le asegura protección en tanto y en cuanto se trata de relaciones del hombre con su entorno³⁴⁸. Se establecen directivas con conceptos paisajísticos³⁴⁹, ausentes en otras normativas argentinas, y se lo define en el artículo tercer como...”porción de espacio de la superficie terrestre captada visualmente, en sentido más preciso, parte de la superficie terrestre que en su imagen externa y en la acción conjunta de los fenómenos que lo constituyen presenta caracteres homogéneos y cierta unidad espacial básica. El paisaje es resultado de la combinación dinámica de elementos físico-químicos, biológicos y antrópicos que en mutua dependencia generan un conjunto único e indisoluble en perpetua evolución”...pero también se lo considera

³⁴⁷ Ley 7070. BOPS 17/ 01 /2000.

³⁴⁸ *Ibidem* Art. 2° La presente ley conforme al art. 30 y capítulo VIII, título II, de la Constitución de la Provincia de Salta, tiene por objeto establecer las normas que deberán regir las relaciones entre los habitantes de la provincia de Salta y el medio ambiente en general, los ecosistemas, los recursos naturales, la biodiversidad, en particular la diversidad de ecosistemas, especies y genes, el patrimonio genético y los monumentos naturales, incluyendo los paisajes; a fin de asegurar y garantizar el desarrollo sustentable, la equidad intra e ínter generacional y la conservación de la naturaleza; sin perjuicio de las materias que se rigen por leyes especiales.

³⁴⁹ Artículo 3: Calidad del paisaje: Grado de excelencia de sus características visuales, olfativas y auditivas. Mérito para no ser alterado o destruido, para que su esencia, su estructura actual se conserve.

un recurso natural en el glosario que dispone la misma norma³⁵⁰, disponible para ordenamiento territorial³⁵¹, o declara de interés provincial³⁵². Es importante destacar que esta norma consagra un capítulo a la protección del paisaje considerándolo un recurso natural y por tanto un patrimonio provincial³⁵³, con lo cual es la primera norma argentina que llega a una conclusión tan definida sobre este aspecto de la naturaleza jurídica del paisaje. Un autor nativo de esta Provincia, hace una interesante observación a las versatilidad de este cuerpo normativo como alternativa para la sostenibilidad social...”*sobre todo si consideramos que, en gran parte del territorio provincial donde persiste la biodiversidad, la población está por debajo de los índices de pobreza*³⁵⁴. *La planificación y gestión de un área protegida privada, sujeta a una estrategia participativa con los pobladores de la finca y vecinos, permite instrumentar acciones de conservación efectivas, ya que los habitantes y/o propietarios del territorio pueden advertir los beneficios de la conservación de manera más directa y evidente*³⁵⁵...”

En la Provincia de Santa Cruz, la Ley 786³⁵⁶, establece el sistema provincial de áreas protegidas en el año 1972 y en su artículo 4º entre las prohibiciones de afección, figura con gran adelanto a los tiempos el inciso 9) que incluye...”*toda otra acción que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico*”...Y en el

³⁵⁰ Recursos naturales: Bienes naturales. *En sentido amplio, bienes procedentes de la naturaleza no transformada por el hombre, entre los que se incluyen el aire, el agua, el paisaje, la vida silvestre, entre otros, en cuanto son capaces de satisfacer las necesidades humanas.*

³⁵¹ e) *El ordenamiento territorial y las actividades o proyectos destinados a la utilización racional y sustentable de los recursos naturales, incluyendo monumentos naturales y paisajes, que integren el patrimonio de la Provincia.*

³⁵² Art. 62. *A los fines de alcanzar los propósitos de estas disposiciones especiales los poderes públicos de la Provincia, reconocen, aceptan y declaran de interés provincial: a) La preservación del carácter de recurso natural de: Ríos y sus márgenes, aguas subterráneas, lagos, humedales, atmósfera, fauna, paisajes, patrimonio genético y patrimonio cultural.*

³⁵³ Capítulo VI - De los paisajes naturales y su protección: Art. 92. - *Los paisajes naturales, sus valores escénicos y recreacionales constituyen un recurso natural con un valor intrínseco que forma parte del patrimonio provincial.* Art. 93. - *Es deber de todos los habitantes de la provincia proteger y conservar los paisajes en su forma nativa.* Art. 94. *El Estado provincial debe regular todo tipo de acción o proyecto que implique modificaciones negativas del paisaje.*

³⁵⁴ FERNANDES SANTIAGO, Alex. *¿Colisión entre derechos fundamentales? El derecho a la vivienda y el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas.* RDA N°25. Enero – Marzo 2011, pp. 197. Este autor estudia el interesante contrapunto y se pronuncia en favor de la prevalescencia de la protección del Medio ambiente en Brasil.

³⁵⁵ MÈNDEZ MACÌAS, Diego. *Las áreas protegidas privadas, una estrategia para el desarrollo sustentable.* RDA N° 5 Enero-Marzo 2006. Lexis Nexis. Buenos Aires., pp.33. Ver Artículo 4º de la Ley que contiene no sólo la propiedad pública provincial sino también la privada.

³⁵⁶ Ley 786. BOPSC 30/ 12/ 1972.

artículo 8º se establece prioritario la...”*conservación de la fauna, de la flora y de las principales características fisiográficas y bellezas escénicas y de las asociaciones bióticas del equilibrio ecológico*”...

En la Provincia de Santa Fe, no hay hasta el presente ley de áreas protegidas pero sí una Ley Marco Ambiental 11717³⁵⁷ que establece entre sus principios generales...”*la creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas naturales protegidas de cualquier índole y dimensión que contuvieren suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas o no, rasgos geológicos, elementos culturales o paisajes*”. Asimismo, hay otras normas tutelares que reconocen al paisaje tanto un recurso natural como un elemento a ser tutelado en un área protegida³⁵⁸. Por esta razón en el artículo 25 se considera una conducta de daño al ambiente las que atenten contra el paisaje³⁵⁹.

En la Provincia de Santiago del Estero, la ley 6321³⁶⁰, declara de propiedad de la Provincia al ambiente de la misma en una redacción de dimensiones tan amplias que se pierde de vista el objeto de la misma. De todas formas incluye al paisaje en estas consideraciones³⁶¹ como recurso. Y en el artículo 21 pone a cargo de la Autoridad de Aplicación...”*c) La evaluación de la incidencia de los contaminantes sobre los bienes y recursos estéticos -"Servicios Naturales"-, tales como el paisaje, la luz solar, el silencio*”...Y en el artículo 70 se incorpora en un ejemplo normativo excepcional al paisaje como materia de evaluación de impacto ambiental.

³⁵⁷ Ley 11717. BOPSF 11/ 04/ 2000.

³⁵⁸ Artículo 2.- *La preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo: b) La utilización racional del suelo, subsuelo, agua, atmósfera, fauna, paisaje, gea, fuentes energéticas y demás recursos naturales, en función del desarrollo sustentable f) La creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas naturales protegidas de cualquier índole y dimensión que contuvieren suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas o no, rasgos geológicos, elementos culturales o paisajes.*

³⁵⁹ Artículo 25.- *Se consideran conductas dañosas contra el medio ambiente a las siguientes: d) Destrucción, modificación perjudicial u otras acciones u omisiones susceptibles de causar daño al paisaje natural o ambiente humano.*

³⁶⁰ Ley 6321. BOPsDE 08/ 11/ 1996.

³⁶¹ *Ibíd.* Artículo 5º: El Poder Ejecutivo Provincial y los Municipios garantizarán la preservación, conservación, defensa y recuperación de los ambientes degradados y fiscalizará a través de sus órganos de control las acciones antrópicas que puedan producir una alteración del equilibrio ambiental y que a los fines propuestos comprenden: a) El uso y el aprovechamiento racional de los recursos naturales, materiales y energéticos, renovables y no renovables, paisaje, patrimonio históricos y culturales, funciones sensoriales: visión, audición y olfato.

En la Provincia de Tucumán, la Ley 6.292/ 1991³⁶² de Recursos Naturales Renovables y Áreas Naturales Protegidas, las referencias al paisaje son excepcionales e indirectas. En el artículo 76 que refiere a los requisitos para considerar un área natural protegida, se visualiza como tal a aquella de jurisdicción del Estado Provincial, fiscales o privadas, sobre las que la *autoridad de aplicación considere necesaria su preservación o conservación, de acuerdo a los siguientes objetivos: d) Mantener bajo manejos protectivos o recuperativos, según correspondan aquellas especies que constituyen muestras de ecosistemas, paisajes y formas de relieves singulares o únicos. Tal acción tenderá a asegurar la preservación de todo el material genético existente y la libre ocurrencia de los procesos dinámicos esenciales que se dan en la naturaleza, tales como evolución biótica, edáfica y geomórfica, los flujos genéticos, los ciclos biogeoquímicos y las migraciones animales. k) Preservar el paisaje natural.*

La Ley N° 4358 /96³⁶³ en la Provincia de Chaco, establece, entre sus objetivos, que el Sistema de Áreas Protegidas se constituya en una red interconectada a través de corredores para contribuir al desenvolvimiento normal de los ecosistemas, aunque no prevé instrumentos privados de conservación; asimismo las áreas naturales protegidas serán beneficiadas con una ley específica, y si es un predio privado, la celebración de convenios con los propietarios del mismo, para su conservación y manejo. Se establece entre los objetivos de la Ley (Art 5º inc. "c")..."conservar destacados paisajes, rasgos fisiogeográficos, formaciones geológicas o áreas de interés científico, educativo y/o turístico para la Provincia; en el inciso i)..."promover el acceso al goce de paisajes naturales, vegetación, vida animal y recreo al aire libre, por medios y en lugares adecuados"..."y como requisito para considerar un parque natural³⁶⁴o reserva natural cultural³⁶⁵.

³⁶² Ley 6292. BOTu 01/10/1991.

³⁶³ Ley 4358. BOPCh 20/ 12/ 1996.

³⁶⁴ *Ibídem.* II – Parque Natural Provincial : *Serán consideradas Parque Natural aquellas áreas que gozan de representatividad biogeográfica y/o contengan ecosistemas, especies nativas, elementos geomórficos y paisajes naturales de interés excepcionales, cuya protección es necesaria para fines científicos, educativos o recreativos.*

³⁶⁵ IV –Reserva Natural Cultural: *Serán así consideradas las zonas naturales o modificadas que presenten panoramas atractivos, aprovechados por el hombre para esparcimiento o turismo (costas de ríos, lacustres, de rutas, zonas periurbanas, etc.) o aquellos paisajes que por ser el resultado de la interacción del hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (modalidad del uso de la tierra, costumbres, organización*

La Provincia de Corrientes, sancionó su ley de áreas protegidas 4736³⁶⁶ de 1993 pero con pocas referencias al paisaje como por ejemplo la del artículo 1º ³⁶⁷ en los motivos de aplicación de la ley y en el artículo 3º inciso “K” que prohíbe...”*toda otra acción u omisión que pudiere originar modificación del paisaje o del equilibrio ecológico*”...y se les otorga protección parcial (Art 8º) a las áreas que sean declaradas Reservas Naturales zonas circundantes o de transición con los Parques Provinciales. En ellas tendrán prioridad a todo otro interés, la conservación de la flora y fauna autóctonas, las bellezas panorámicas y el equilibrio de sus ecosistemas. En la jurisprudencia, un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en decisión del 26/11/2007 en autos “Leiva, Bruno c/ Forestal Andina S.A. s/ sumarísimo³⁶⁸” hizo lugar a un amparo para detener la construcción de una obra que se había iniciado sin previa evaluación de impacto ambiental...”*dejar la obra como está implica modificación del relieve con la consiguiente alteración en los patrones de drenajes naturales; pérdida de la cubierta vegetal y su fauna asociada. Alteración de la unidad ecológica; modificación del paisaje; evidencia de actividad antrópica en la zona de Reserva Natural (fs. 122), y si bien a fs. 123 el experto da cuenta que destruir podría causar mayores daños, esta última conclusión no obsta a la que arribó la Cámara desde que el mismo perito da cuenta que aceptar el “hecho consumado” es algo netamente negativo especialmente porque hacer perder de vista el valor del carácter previo que posee el Estudio de Impacto Ambiental*”... Se ve que el Tribunal ve al

social, infraestructura o construcción típicas) que muestren una relación armónica. Se incluye en esta categoría a las expresiones o realizaciones de las comunidades indígenas, que por sus valores antropológicos e históricos, asociados a rasgos culturales de valor, es necesario mantener con propósitos múltiples. Los planes de manejo que se apliquen en estas áreas estarán dirigidos a mantener la calidad e integridad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas, contribuyendo a lograr equilibrios globales y evitando la ruptura del proceso milenario de aculturación de la biósfera.

³⁶⁶ Ley 4736 BOC 12/ 10/ 1996.

³⁶⁷ *Ibíd*em Artículo 1.-Règimen: La presente Ley se aplicará a aquellas áreas del territorio provincial que sean declaradas Parque Provincial, Monumento Natural o Reserva Natural en razón de sus extraordinarias bellezas panorámicas, o riquezas en flora y fauna autóctonas o especiales características de sus ecosistemas, las que deberán ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, goce espiritual y enriquecimiento cultural de las presentes y futuras generaciones.

³⁶⁸ VALLEJOS, Juan Carlos. *La saga del terraplén que atraviesa el Iberá. Apostillas procesales sobre un nuevo fallo que intenta proteger ese humedal.* RDA N°26, Abril-Junio 2011, pp. 129.

paisaje como un elemento más del ambiente natural a proteger, pero le otorga una protección principal y no parcial como señala esta Ley.

La provincia de Formosa no cuenta con una ley que regule específicamente las áreas naturales protegidas, pero tiene una Ley General de Medio Ambiente³⁶⁹, la cual determina las políticas de manejo de los recursos naturales, contemplando expresamente las áreas protegidas y los recursos paisajísticos, y estableciendo sólo respecto de las primeras su pertenencia al dominio público. En el artículo 19 inciso “F” considera al paisaje un recurso natural y en el artículo 110 la autoridad de aplicación regulará todo tipo de actividades o construcción que pudiere transformar el paisaje, requiriendo a los responsables un estudio de impacto ambiental previo a la aprobación de las actividades o el inicio de las obras.

La Provincia de Jujuy, aprobó la Ley 4203³⁷⁰, de preservación de recursos naturales, parques reservas y monumentos naturales incluyendo al paisaje como prohibición de afección solamente (Art 3º Inciso “J”)y entre los objetivos de la ley se encuentra en el artículo 4 inciso n) la formulación de pautas para la creación y gestión de áreas naturales protegidas y para la conservación y defensa de los paisajes; y entre los factores que deterioran el ambiente (Art 6 Inc “J”) la alteración parcial de los paisajes naturales. Pero quizás el hallazgo más importante de esta normativa es la incorporación de una Sección (VII) intitulada Del Paisaje, que declara en forma novedosa para el Derecho Argentino el derecho de todos los habitantes de la Provincia(Art 121)...”a disfrutar de los paisajes naturales y urbanos que, por sus especiales valores escénicos y estéticos, contribuyen a su bienestar físico y espiritual”... También dicta en forma inédita para el Derecho argentino verdaderas normas de ordenamiento y directivas³⁷¹e

³⁶⁹ Ley 1063 BOPF 01/06/1993.

³⁷⁰ Ley 4203 BOJ 31/ 03/ 1986.

³⁷¹ *Ibíd.* Artículo 122º.- *Corresponde a la autoridad de aplicación, en coordinación con los organismos provinciales con injerencia en la materia, o, en su caso, a los municipios, dentro de sus respectivas jurisdicciones:*
a) *Identificar los recursos panorámicos o escénicos que, por sus especiales características, serán protegidos;* b) *Prohibir, en aquellos paisajes protegidos, todo tipo de obra o actividad que pudiera alterar los mismos;* c) *Fijar límites de altura o determinar estilos de construcción para preservar valores estéticos, históricos o culturales;* d) *Procurar que las actividades turísticas se desarrollen preservando la integridad natural, cultural e histórica de cada lugar.*

integración de paisaje³⁷², quizás en forma muy genérica todavía pero que abren el campo a la reglamentación.

En la Provincia de La Pampa la Ley de áreas protegidas N° 1321/91³⁷³ establece que las mismas deben ser declaradas por una ley especial, y que los inmuebles de particulares que quedan comprendidos en ellas podrán ser afectados por servidumbres y otras limitaciones al dominio -dispuestas por decreto-, las cuales deben ser anotadas en el Registro de la Propiedad Inmueble. La referencia a valores paisajísticos es muy laxa con una tibia referencia a valores estéticos en su artículo 1º³⁷⁴. Y en su decreto reglamentario se realiza la integración del concepto paisaje como elemento de un área protegida provincial³⁷⁵.

La Provincia de San Luis, creó el sistema de áreas protegidas mediante Ley 5421³⁷⁶, adoptando la protección al paisaje desde que adopta la definición de UNESCO para sus áreas protegidas en el artículo 2º³⁷⁷ y área natural modificada al final de dicha norma³⁷⁸. También tiene presencia el paisaje en la definición de parque natural provincial³⁷⁹, y se crea la categoría de paisaje protegido³⁸⁰, sin reglamentación ni ampliación de conceptos pero con el marco teórico adecuado para hacerlo en el futuro.

³⁷² *Ibíd*em Artículo 123.- *En la ejecución de obras públicas o privadas, se procurará la integración de las mismas al entorno, manteniendo la armonía y estética del paisaje natural y urbano.*

³⁷³ Ley 1321. BOLP 31/05/1991.

³⁷⁴ *Ibíd*em. Artículo 1º.-*Los espacios naturales o seminaturales ubicados en territorio provincial que revistan importancia ecológica, económica, social, histórica o estética podrán ser declarados “áreas protegidas” bajo el régimen establecido por la presente Ley, a los efectos de su conservación, recuperación, aprovechamiento de sus recursos naturales y armonización de las actividades que se cumplan en los mismos.*

³⁷⁵ Decreto 1283/1995. Artículo 4º. 2) Parque provincial: *son áreas con representatividad biogeográfica, no afectadas por la actividad humana, que contienen ecosistemas y especies de flora y fauna, geo formas o paisajes naturales de belleza excepcional con fines científicos, educativos y recreativo.*

³⁷⁶ Ley 5428. BOSL 08/12/2003.

³⁷⁷ *Ibíd*em Artículo 2: *Entiéndase por Áreas Naturales Protegidas a aquellas áreas comprendidas dentro de ciertos límites bien definidos, especialmente consagradas a la protección, que sobresalen en el contexto natural, destacándose por sus condiciones ambientales, por su flora y fauna, por sus bellezas escénicas, convirtiéndose por estas razones en ámbitos de un valor excepcional para las regiones que las contienen.*

³⁷⁸ *Ibíd*em. Áreas Naturales Modificadas: *son aquellas en las que el medio natural ha sido modificado por el hombre, generando un cambio distinguible en el paisaje y en los ecosistemas locales (Diques y Embalses), y que fundamentalmente inciden significativamente en el Desarrollo Regional.*

³⁷⁹ *Ibíd*em. Categoría II. Parque Nacional o Parque Provincial: *Conservar áreas con representatividad biogeográfica, no afectada por la actividad humana, que contienen ecosistemas y especies de flora y fauna y/o paisajes naturales de belleza excepcional, con fines científicos, educativos y recreativos.*

La Provincia del Neuquén crea su sistema de áreas protegidas mediante Ley 2594³⁸¹, que entre sus objetivos establece el de tutelar la biodiversidad (Art 2º) y lo hace mediante la conservación del paisaje natural y cultural, las bellezas escénicas, los rasgos fisiográficos y las formaciones geológicas (Inc 5º). En el artículo 5º crea la categoría de paisaje protegido definida como *área manejada principalmente para la conservación de paisajes y con fines recreativos, en la cual las interacciones del ser humano y la naturaleza a lo largo de los años ha producido una zona de carácter definido con importantes valores estéticos, ecológicos o culturales, y que puede albergar una rica diversidad biológica. Salvaguardar la integridad de esta interacción tradicional es esencial para la protección, el mantenimiento y la evolución del área*...

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe desde la época anterior al actual régimen de autonomía, por Ordenanza del entonces Concejo Deliberante³⁸², la Reserva Ecológica de la Costanera Sur que encierra toda un área aledaña al Río de la Plata y la ciudad que desde 2005 es sitio Ramsar pero no trae específicas disposiciones paisajísticas.

En la Provincia de Misiones la Ley de Sistema de Áreas Protegidas³⁸³, considera generosamente al paisaje entre sus institutos de conservación y cuidado. Entre sus objetivos, se encuentra justamente el cuidado del paisaje³⁸⁴, tal es así que una de las categorías de área creada por la ley es justamente la de paisaje protegido (Art. 5 inciso g) que es explicitada en los artículos 28 a 29 de la Ley, en un prisma de 3 subcategorías que van desde la tutela a un paisaje más natural a uno donde prevalecen

³⁸⁰ *Ibíd.* Categoría V. Paisaje Protegido: *Mantener la calidad escénica de paisajes seminaturales o culturales dignos de ser preservados en su condición tradicional.*

³⁸¹ Ley 2594. BOPN 31/ 12/2008.

³⁸² Ordenanza 43609. BOHCDBA 20/07/1989.

³⁸³ Ley 2932. BOMi 20/ 07/ 1992.

³⁸⁴ *Ibíd.* Artículo 4º: Los objetivos generales de conservación del Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas son: i) Mantener bajo manejo protectorio o recuperativo, según corresponda, aquellos espacios que constituyen muestras de grandes ecosistemas terrestres o de ríos o arroyos de la provincia y paisajes y formas de relieve singulares o únicos. Tal acción tenderá a asegurar la preservación de todo el material genético existente y la libre ocurrencia de los procesos dinámicos que se dan en la naturaleza, tales como la evolución biótica, edáfica y geomórfica, los flujos genéticos, los ciclos biogeoquímicos y las migraciones animales. k) Preservar el paisaje natural.

las dotes más antrópicas, con una cierta nota elitista tendiente a proteger un lugar especialmente elegido por sus dotes excepcionales³⁸⁵, pero donde debe rescatarse una intención del legislador de proteger lo que se podría denominar parte de un paisaje inmaterial o patrimonio cultural intangible en otras legislaciones tendientes a tutelar, no sólo lo estética que una cultura deja a la tierra, sino los saberes de la misma para darle su fisonomía³⁸⁶. Asimismo, vale destacar el ejemplo de participación a la actividad privada³⁸⁷ en la conservación del paisaje lo que ponen a esta Ley en la vanguardia de su tema en la época de sanción. El primer ejemplo de aplicación de esta directiva es la de Uruguay³⁸⁸. Otra propuesta normativa de esta Provincia que es digna de relieve paisajístico es la denominada “Área integral de conservación y desarrollo sustentable corredor verde de la Provincia de Misiones³⁸⁹”; no tiene una sola mención a la palabra “paisaje” pero resulta de indudables consecuencias paisajísticas a fines de mantener el verde del bosque subtropical distintivo de esta región en franca retirada en algunos sitios de la misma por la explotación forestal (Ej. corredor Ruta 12). Los objetivos de

³⁸⁵ *Ibidem.* artículo 28: *Se considerarán paisajes protegidos, a los paisajes naturales, seminaturales y de carácter cultural dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Dentro de esta categoría se pueden diferenciar dos tipos de áreas: a) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluyen zonas naturales o modificadas situadas en la costa de ríos, arroyos y lagos, a lo largo de rutas, en zonas diversas, que presenten panoramas atractivos siempre que no sean netamente urbanas. b) Paisajes que por ser resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas, como por ejemplo, costumbres, técnicas de uso, y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas. La autoridad de aplicación tomará las medidas necesarias dirigidas a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas. Las tierras de esta categoría estarán sometidas al régimen de regulaciones y controles que por vía reglamentaria determine la autoridad de aplicación en relación a los objetivos de conservación establecidos para el caso. Artículo 29.- La autoridad de aplicación podrá convenir con los propietarios de tierras donde se encuentre esta categoría de paisaje protegido para su uso, cuidado y conservación y eventual acogimiento a lo establecido en el artículo 25 de la presente ley.*

³⁸⁶ Tiene coherencia con la norma contenida en el artículo 30 de la Ley, con una inconfesada orientación a las notas de la FAO que hemos detallado en este trabajo en otro capítulo. artículo 30: *Artículo 30. La categorización internacional de Reserva de la Biosfera, será un área extensa, con protección jurídica a largo plazo, que permitirá la conservación y el aprovechamiento armonioso de los recursos naturales. Comprenderá: a) Ejemplos representativos de biomas naturales. b) Comunidades únicas o territoriales con características naturales o habituales, de interés excepcional. c) Paisajes armoniosos resultantes de modelos tradicionales de aprovechamiento de la tierra.*

³⁸⁷ MÈNDEZ MACÌAS, Diego. Op. Cit.

³⁸⁸ Artículo 66.- *Declárense Áreas Naturales Protegidas sujetas al régimen establecido en la presente ley, sin perjuicio de las que se incorporen en el futuro, a los denominados Parques Provinciales, Monumentos Naturales, Reservas Naturales Culturales, Reservas de Uso Múltiple, Parques Naturales Municipales, Reservas Privadas y Paisajes Protegidos creados por las leyes que a continuación se enumeran: Inciso 18. Área Natural Protegida con el rango de Paisaje Protegido, al lago formado por la presa del Arroyo Uruguay-í hasta su máxima cota de embalse, sus islas y costas con más de 200 metros a partir del máximo nivel de embalse declarado por Ley N. 3302.*

³⁸⁹ Ley 3631. BOMi 30/11/1999.

esta norma llevan la intención de generar condiciones (art 2 inciso a) favorables para la preservación de las masas selváticas para unir los tres principales bloques de las Áreas Naturales Protegidas existentes en la Provincia³⁹⁰; proteger las nacientes y altas cuencas de los ríos y arroyos que constituyen el sistema hidrográfico (Inc. “b”); prevenir el aislamiento progresivo de las Áreas Naturales Protegidas, permitiendo así la continuidad de los procesos naturales de migración y desplazamiento estacionales de la fauna silvestre, y los relacionados con la dispersión y reposición natural de la flora silvestre de los bosques nativos (Inc. “c”); y otros objetivos comunes en estos ordenamientos tales como la calidad de vida (Inc. “d”); planeamiento bioregional (Inc. “h”); efecto invernadero (Inc. “g”); servicios ambientales reconocidos (Inc. “e”); contribución a compromisos asumidos por el Estado en la ratificación de los convenios: Cambio Climático y Diversidad Biológica (Inc. “f”).

V- El paisaje como Derecho de Incidencia Colectiva

Habíamos adelantado en el capítulo primero, y de alguna manera la Convención de Protección del Patrimonio Natural y Cultural de París 1972 lo sugiere, que el paisaje reproduce los valores de la comunidad, representa su historia, su presente y permite percibir su futuro y por eso se lo protege para preservarlo para las generaciones futuras, porque es un valor intergeneracional³⁹¹. Se trata siempre de un colectivo, que representa la identidad social y garantiza la calidad de vida de la población, es decir una vida digna y por ende la protección del valor dignidad que es lo que está en juego cuando se discute el legado natural, social e histórico que se asegura protegiendo al paisaje. Durante más de un siglo los paisajes fueron un simple objetivo del derecho de las áreas protegidas, o sujeto pasivo de protección individual a través del Derecho de Propiedad, pero a partir de la constitucionalización de los derechos de tercera

³⁹⁰ *Ibíd.* Artículo 2, inciso 1: 1.- Al Norte, los parques provinciales Yacui, Uruguái y Foerster, y previa suscripción de acuerdo o convenio con la Administración de Parques Nacionales, el Parque Nacional Iguazú; 2.- al Este, la Reserva de Biosfera Yabotí y los Parques Provinciales Esmeralda y Moconá; 3.- al Sur, los Parques Provinciales Salto Encantado y Cuña Pirí.

³⁹¹ ...En el daño ambiental y en la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación”... CSJN 30/08/2006 “Mendoza, Beatriz S. c/ Estado Nacional y otros. LL Tomo 2006 E pp 425.

generación y el aseguramiento político del Estado de derecho democrático y ahora ambiental, el paisaje deja de ser un mero objetivo secundario de tutela, un “mero escenario” o “belleza panorámica”. Para esto, sólo recordemos redacciones que soslayaban al paisaje en sus textos, tales como en la ley 18594³⁹² de 1970 que sólo menciona al pasar, una sola vez y casi por error la palabra “paisaje” entre las prohibiciones de afección³⁹³, pero sin darle al objeto paisaje el lugar de una categoría diferenciada, toda vez que el objeto de la ley es según el artículo 1 citado: crear parques nacionales, reservas naturales y monumentos naturales, con referencia a nociones tales como “bellezas escénicas” (Arts. 1º, 20 Inc. f) o “escenario natural” (Art. 20 Inc. h), en otros ordenamientos se habla de “formaciones geológicas sorprendentes”³⁹⁴, y bueno es traer a colación la primera ley de áreas protegidas, ley 12.103 en 1936 que crea los Parques Nacionales Nahuel Huapí e Iguazú pero que no menciona la palabra “paisaje” pese a las dos grandes maravillas de la naturaleza que está considerando para su protección³⁹⁵. Todavía la vigente ley de áreas protegidas de 1980 no le da al paisaje un lugar diferente a la arriba comentada de 1970 que fue reemplazada por aquella.

El nuevo estado democrático y de derecho ambiental cambia esta percepción y las figuras colectivas que hacen a la identidad pública aparecen como una construcción de la sociedad con nuevas políticas públicas de protección como la inspiradora Convención Europea del Paisaje de Florencia 2000, con una norma abierta que apunta a su objetivización para la posibilidad de protección porque es parte de un proyecto

³⁹² ...”Art 1º A los fines de esta ley podrán declararse Parque Nacional, Monumento Natural o Reserva Nacional, las áreas del territorio nacional que por su extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctonas o en razón de un interés científico determinado deban ser protegidas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones”... BO 23 /02 /1970 ADLA T XXX-A pp. 159.

³⁹³ ...”Art. 5º Sin perjuicio de la prohibición general establecida y excepciones referidas en el artículo anterior, queda expresamente prohibido a los parques nacionales: Inciso J-Toda otra acción que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico”...BO 23 /02 /1970 ADLA T XXX-A pp. 160.

³⁹⁴ Convención para la protección de la flora, fauna, y bellezas escénicas naturales de los países de América. Washington 1942. Art. V.

³⁹⁵ Solamente el artículo 10 de esta norma trae ciertos elementos que eventualmente pueden ser considerados a efectos de proteger el paisaje, aunque no se mencione esta expresión...”será de competencia exclusiva de la dirección (de Parques Nacionales, creada por esta ley) propender a la conservación de los parques y su embellecimientos; estimular las investigaciones científicas e históricas, organizar y fomentar el turismo a los mismos; y en general, todas aquellas actividades que por su índole puedan ser comprendidos dentro de esos fines”. Ley 12103. BORA 29/ 10 /1934. ADLA 1920-1940 pp. 548.

social colectivo y europeo. La idea con el paisaje es la misma en todas latitudes, es una noción más compleja que la de ambiente porque es una lógica diferencia a su representación física o su representación social, se requiere de los dos al mismo tiempo. Se trata de la protección de símbolos con anclaje natural que tienen un significado social y contribuyen a la construcción y sostenimiento de la identidad de un pueblo que lo construye participando, informándose y decidiendo, sólo posible a partir de la democracia como sistema de gobierno en un ámbito que no puede ser individual sino en el que “todos” estamos involucrados, porque se trata de un problema de “todos” y por lo tanto “todos” debemos contribuir a su mantenimiento³⁹⁶.

Esta es la razón por la cual el artículo 41 de la Constitución Nacional dice que “todos” tienen el deber de preservar el ambiente (dentro de él consideramos al paisaje) por lo tanto todos tienen el derecho de salir en su defensa en miras a esa preservación. Claro que este esquema no puede tener virtualidad en la clasificación clásica de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple porque quien pedía preservación del ambiente podía no estar comprendido en alguno de ellos o tener serias dificultades para presentar evidencia que lo acredite. Se trataba de un proceso visto como una relación dialéctica entre uno que perjudica y otro que reclama en donde sólo el perjudicado puede acreditar derecho subjetivo o interés legítimo si se trata de acción u omisión de autoridad o el simple interés de que se cumpla la ley. Cuando el hombre comenzó a impactar a la naturaleza a escala regional primero y planetaria después, este concepto de deudor y acreedor, de daño y posterior reparación comenzó a desdibujarse y con él todo interés de conocer la identidad del perjudicado para identificar concretamente su derecho o interés y la magnitud de su daño o reclamo. Ahora ya no importaba quién reclama ni quién es el perjudicado, lo que importa es el daño al ambiente y en tal empresa toda la humanidad va corriendo su suerte, por eso el artículo 41 habla de habitantes y no de ciudadanos para legitimar la intervención o preservación a favor del ambiente y en nuestro caso preciso a favor del paisaje porque se trata de la defensa de

³⁹⁶ CUSTODIO, Maraluce María. *Conceito Jurídico da Paisagem, contribuições a su estudo no direito brasileiro*. Belo Horizonte, DG UMFG 2012, pp 134 y ss. De la misma autora: *Introdução ao Direito de paisagem, contribuições ao seu reconhecimento como ciencia no Brasil*. Lumen Juris Direito. Belo Horizonte 2014.

derechos de goce colectivo. Todo ello abrió camino a nuevos legitimados³⁹⁷, a los habitantes³⁹⁸ (Art 41 CN) o las personas³⁹⁹ (Art 43 CN) se agregaron las ONGs⁴⁰⁰, el particularmente afectado y el Defensor del Pueblo⁴⁰¹ que es un organismo constitucional que opera como control externo del aparato público de gobierno⁴⁰². Toda esta ampliación de la legitimación opera a nivel de nuevos derechos y así de considerar al principio meros intereses difusos pasaron a reconocer verdaderos derechos de incidencia colectiva que ameritan tutela legal, entre ellos el acceso a la vivienda digna, la lucha contra la miseria, el acceso al agua, los desastres petroleros o el nuclear reciente en Japón o el de la vieja URSS en la recordada Chernóbil, y asimismo y como reza el artículo 41 de la Constitución de la Argentina... "derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas

³⁹⁷ Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

³⁹⁸ La condición de ciudadano fue aceptada para legitimar la presentación de demanda contra el Municipio de Rosario para solicitar la anulación del permiso para construir un edificio-torre de 39 pisos que emularía la altura del Monumento a la Bandera de esa ciudad argentina. CAFFERATTA, Néstor A. "La defensa del patrimonio histórico cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la protección del medioambiente. JA 2004 III pp. 306.

³⁹⁹ "Kattan, Alberto vs PEN" Sentencia firme de 1º Instancia 10/05/1983 que diera origen al contrapunto entre MARIENHOFF, Miguel S. "Delfines o Toninas y acción popular" El Derecho (ED) Tomo 105 pp. 244 en contra, y CANO, Guillermo J. "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino" LL 1983D pp. 508, a favor.

⁴⁰⁰ CSJN Fallos "Asociación de grandes usuarios de energía eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) LL 1997C pp 322.- "Prodelco" Tomo 321 pp 1252; "Consumidores libres" Tomo 321 pp. 1352 (1998).

⁴⁰¹ Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados en ley especial.

⁴⁰² Defensor del Pueblo de la Nación s/ Dto 1738/ 1992". CSJN. LL 2005C pp 858 y ED 31/10/2005.

satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”...y en nuestra interpretación también el paisaje.

Finalmente la jurisprudencia del Címero Tribunal Nacional ha progresado en este desarrollo teórico hasta alcanzar efectos a quienes no han sido ni esperados ser parte en un proceso colectivo. El caso es conocido en la Argentina solo basta resumir sus principales aristas: el actor, Ernesto Halabi⁴⁰³ promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, n° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención policial de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos” puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor que junto al ambiente está protegido por la Acción de Amparo del Artículo 43 de la Constitución Nacional y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado. La Corte hizo lugar al reclamo de la actora con lo cual virtualmente ha creado la acción de clase para proteger derechos homogéneos, en el marco de una causa en la que se analizó la inconstitucionalidad de las normas que autorizan la intervención de comunicaciones telefónicas y por Internet, pero que es válido y aplicable también para el ambiente y el paisaje por el vehículo elegido por el actor y sobre el que ha tenido que pronunciarse la Corte que es la Acción de Amparo del Artículo 43 CN⁴⁰⁴. La decisión de la Corte admite que ahora una sentencia tenga efectos para todos los ciudadanos que padecen un mismo problema, sin necesidad de tener que iniciar un juicio. Es más, en sintonía con “Ekmedján c/ Sofovich⁴⁰⁵” la sentencia destaca que hubo una mora del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia.

⁴⁰³ "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”.

⁴⁰⁴ No obstante es necesario destacar que: No hay un bien colectivo (como podría ser el caso del ambiente, previsto en el Art 43 1° parr CN) y se afectan derechos individuales divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre.

⁴⁰⁵ Ekmedján, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho.

VI. Resumen. Definición de paisaje.

Nos preguntamos en la Introducción a este capítulo si la toda la importancia que rodea al tema del paisaje estriba en justificar su necesidad de protección. Al finalizar este análisis parcial debemos dar respuesta afirmativa a tal interrogante. Para ello hemos detectado el correcto anaquel donde se ubica la categoría que corresponde al paisaje. Primero determinamos que el paisaje es un bien jurídico, destacando todas sus notas: la de ser un bien que es colectivo, indivisible, identitario y de tutela necesaria social y colectiva, matizado por la necesidad de prevenir acciones contra el mismo y de afectar recursos a su favor porque su protección es necesaria y de uso masivo, atípico y sin exclusión en su disfrute.

Sentado que es un bien para saber a qué orden del Derecho pertenece debemos indagar por los diferentes ordenamientos al interior de la República para encontrar la regulación que eventualmente lo proteja. Así hemos buscado en la Constitución Nacional sin encontrar referencias directas al tema y también en las leyes del Congreso Federal, sin suerte. También en el Derecho provincial, con más fortuna, en donde detectamos dos técnicas operativas para su protección: la primera de ellas es mediante el ejercicio del Derecho de Propiedad porque el propietario puede proveer a su disfrute colectivo, voluntariamente, si se trata del Estado o un particular aprensivo para con el ambiente y el paisaje, o en aras de la función social de la propiedad que llevaría a facilitar el acceso al particular en aplicación de este principio en la forma de ejercer el derecho de propiedad donde se asienta un paisaje. Y sino, mediante la propiedad pública del paisaje, lo que lo convierte en patrimonio cultural bajo el vehículo del Dominio originario de los recursos naturales que es propiedad originaria provincial en términos del artículo 124 in fine Constitución Nacional⁴⁰⁶, y a través de éste Dominio, el Eminente considerado por el artículo 128 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tomado como arquetipo con su ley de protección del paisaje por ser un modelo

⁴⁰⁶ ...”el paisaje es un recurso natural, en el sentido de que es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacciones a los que lo perciben. Los beneficios pueden ser exclusivamente extraeconómicos, consistentes en el mero placer estético...MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo III. Trivium, Madrid 1997, pp. 507.

prototipo para la protección, asumiendo una facultad delegada que todavía no delegó la Nación cuál es la de dictar una ley básica o de presupuesto mínimo de protección del paisaje, así como tampoco ha dictado una ley de ordenamiento territorial similar.

Ahora esta protección está limitada al área geográfica demarcada por ley y la motivación legal estriba en la aplicación del principio de identidad, uno que es de aplicación en la Convención de Florencia 2000, artículo 1°.

Si el paisaje lleva entonces una protección objetiva, sobrevuela cualesquier Derecho Subjetivo aplicado sobre su territorio. El acceso es libre para todo habitante porque perteneciendo al Estado como Dominio Eminente pertenece a todos los ciudadanos su disfrute que es colectivo y por ende público en su uso y goce independientemente de la titularidad dominial. Por esta razón, entendemos que este bien tiene toda la protección del artículo 41 de la Constitución argentina y del artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; en consecuencia se encuentra armado con la Acción de Amparo creada al efecto por el artículo 43 de la Constitución otorgándole la jerarquía de Derecho Fundamental que puede ser defendido por un órgano de contralor externo del Estado como el Defensor del Pueblo, las ONGs que representan intereses colectivos y los particularmente afectados en virtud de intereses difusos.

Habiendo desarrollado este análisis, estamos en condiciones de esbozar una definición de paisaje que nos guiará en todo el desarrollo de este trabajo. La labor es ardua, y no es disparadora de una definición final, por lo espinoso del concepto para ser definido y atrapado conceptualmente.

Ricardo Lorenzetti⁴⁰⁷, por ejemplo, comenta la definición efectuada por la Convención de Florencia 2000 pero no arriesga una definición para la Argentina, tan huérfana de legislación en la materia. Michel Prieur afirma que el paisaje es un

⁴⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Teoría de la Decisión Judicial, fundamentos de Derecho*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2008, pp 432 y ss.

componente del medio ambiente, y constituye parte del patrimonio colectivo, independientemente de su valor y localización y citando a la Convención de Florencia dice que..."*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. Es la porción de espacio de la superficie terrestre aprehendida visualmente. En sentido más preciso, parte de la superficie terrestre que en su imagen externa y en la acción conjunta de los fenómenos que lo constituyen, presenta caracteres homogéneos y una cierta unidad espacial básica. El paisaje es el resultado de la combinación dinámica de elementos psíquico-químicos, biológicos y antrópicos que en mutua dependencia generan un conjunto único e insoluble en perpetua evolución*"⁴⁰⁸ ...

Ramón Martín Mateo⁴⁰⁹, en similar metodología, esboza una definición de paisaje para luego pasar a estudiar sus elementos, adelantando que paisaje natural es..."*un conjunto estable de componentes naturales socialmente percibidos como relevante y jurídicamente tutelado*"...Lorenzetti, en la obra citada renglones arriba no coincide con esta definición, al menos respecto del elemento "estabilidad" que él lo considera en permanente cambio. Quizás una posición intermedia entre ambos referentes está dada por la posibilidad de buscar "estabilidad" no en los aspectos naturales sino en los culturales, los que hacen al principio de identidad, tan caros al paisaje y que le dan existencia misma. Porque en la medida que la identificación con el lugar permanezca estable, en la medida que la población siga percibiendo un mensaje de esa naturaleza circundante, ese paisaje tendrá un valor para la comunidad que lo identifica y su Estado que lo protege, ya sea por razones históricas si se trata del sitio de una batalla o sociológicas si se trata de una construcción o monumento enigmático o simbólicas como lo son los paisajes que derivan hacia la heráldica o los íconos que a partir de ellos utiliza la memoria y el marketing después.

Definimos analíticamente a nuestro objeto de estudio como: la exquisita mixtura de naturaleza y cultura que materializan la imagen de un territorio, y que la particular

⁴⁰⁸ PRIEUR, Michel. Citado por Cafferatta, Néstor. En *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental*. Tomo 1. La Ley Buenos Aires 2012, pp. 167.

⁴⁰⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Trivium. Tomo III. Madrid 1997, pp. 505 y ss.

mirada humana imprime una estética y valores que lo convierte en un nuevo objeto del Derecho que es subsistema del ambiente, y con ello comparte alguno de sus caracteres tales como el de ser bien colectivo, indivisible, unitario, identitario, de tutela legal preventivo y prioritariamente reparador, de uso común, por ahora atípico y ubicable indistintamente en el anaquel del Dominio Eminente⁴¹⁰ provincial y la función social de la propiedad.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁴¹⁰ Esta definición jurídica de carácter analítico que arriesgamos es susceptible de admitir distintas desde otros enfoques, por caso desde el punto de vista político o antropológico podríamos definir al paisaje como lo hizo el hijo de este ponente con sus 16 años y el inmenso sentido común y sencillez de los jóvenes de hoy que harán otro Derecho; partiendo de la definición de Estado y sus componentes, que estudiaba en su Colegio Secundario, Juan Bautista (06/04/2013) arriesgó que: ...*"El paisaje es la imagen del territorio, la parte visible de ese espacio terrenal donde el Estado ejerce la soberanía"*...*"te parece pá?"*... Conf. PREDIERI A. Significatto della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, in *"Urbanistica, Tutela del paesaggio, Espropriazione"*. Milano, 1969, pp., 17. Citado por ALIBRANDI, Tomaso e FERRI, Piergiorgio *"I beni Culturali e ambientali"* Dott a Guiffre Editore. Milano 1985 pp., 55...*"il paesaggio si identifica con la stessa conformazione visuale del territorio che é forma ed immagine dell'ambiente"*...*Il paesaggio in senso geográfico assume una connotazione che é essenzialmente storicistica. Come forme del paese che é necessariamente la risultante del simultaneo di agenti naturale e dell'opera dell'uomo, il paesaggio non se atpeggia come qualcosa di statico ed immutabile, postulando in vece un continuo divenire. Se il paesaggio é in un certo senso la traccia lasciata dalla storia sul territorio, che dá emergenza visibile dell'envolversi dei rapporti economici e social"*... Entre nosotros, sigue esta doctrina PASTORINO, Leonardo Fabio. *"El daño al ambiente"*. Lexis Nexis. Buenos Aires 2005, pp 273 in fine.

CAPÍTULO III. DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL DEL PAISAJE

I.Introducción

Frecuentemente, en las investigaciones jurídicas, los estudios internacionales aparecen después de examinar el doméstico, esta razón se debe a que el principal interés del lector siempre estará volcado a lo más cercano, a su vida mundana y local. Si se trata de trabajos dirigidos a la vida profesional en los Tribunales, con más razón se aborda primero lo que probablemente se encuentre más cercano a la rutina diaria y solo mediatamente se examinan las experiencias comparadas o de hecho las comunitarias en España o internacionales por más que el mundo interrelacionado de hoy ponga en serias dificultades la separación de ambos temas, siempre interrelacionados.

La razón para intercambiar esos términos en este capítulo es la necesidad imperiosa de presentar el Derecho Comunitario, porque ahí se recogen los valores precisos e inmediatos de un Derecho que ha penetrado en el segundo nivel de competencia constitucional, pero que luce por su ausencia en el primero, al no haberse aprobado todavía en España una Ley Básica de Paisaje por parte del Estado. Por tal motivo iniciamos el capítulo con la Convención Europea del Paisaje y exploraremos al final las distintas experiencias competenciales, y algunas de sus principales figuras a fin de observar los ejemplos posibles de tener presente en una futura ampliación del concepto del paisaje en la Argentina.

II. La Convención europea del paisaje

1.Antecedentes

La Convención Europea del Paisaje, celebrada en Florencia en el año 2000, no puede soslayarse en estudio jurídico alguno que pretenda abordar del tema del paisaje

como objeto del Derecho⁴¹¹. Por ello y por ser gran inspiradora de muchas de las páginas que se escriben en esta tesis, lleva este capítulo dedicado íntegramente a su análisis y a nuestra particular interpretación que de la misma hacemos, como americanos que se miran en la vieja Europa y sus instituciones, pero de la cual solo pueden copiar y adaptar –*si fuera posible*- lo mejor de sus experiencias.

Lo primero que es preciso señalar es que esta Convención deja toda una impronta perceptible desde el artículo primero que aborda una definición de paisaje que no tiene mucho parentesco con las que estamos acostumbrados a recoger en los diferentes ordenamientos y que abrevaran en las Convenciones de Washington de 1942 y París de 1972, vinculada a la protección de espacios y lugares emblemáticos, así como de bellezas naturales que pueden ser detectados en las áreas protegidas a través de sus distintas categorías de protección y en el patrimonio cultural ya sea en su versión histórica, etnológica, etc. Por esta razón en las leyes que siguen esta metodología, el paisaje siempre se encuentra ubicado en un lugar relegado, como un objetivo más de la política ambiental a llevar a cabo en esa área protegida: tutela del paisaje. Pero esta Convención interviene los términos de la litis porque en el artículo 1 citado, entiende al paisaje como...*“cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”*...

La novedad más importante viene en las consecuencias, porque la protección la efectuarán los Estados parte, (en España, por ahora la experiencia pasa por la Comunidad Autónoma) mediante el ordenamiento (Art 3º Convención), una técnica que estaba diseñada para trabajar en dos dimensiones que es la del territorio: ahora la tutela debe darse de manera global, transversal e integral⁴¹², porque ahora no sólo se protege un territorio, también se protege la imagen de éste. Así los modelos de

⁴¹¹ ...*“El paisaje, ya es objeto del Derecho”*...PRIEUR, Michel. *“La convención europea del paisaje”*. RAADA. 50/2003. Univ. de Sevilla IAAP. Vid. También, LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *“La protección del paisaje tras el convenio de Florencia”*, en: M.A. Torres López y E. Arana García (dir.), *Energía eólica. Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 421-430.

⁴¹² AGUDO GONZALEZ, Jorge. *“Paisaje, gestión del territorio y patrimonio histórico”*. RPCyD. Fundación Aena. Madrid 2007, pp. 108 y ss.

ordenamiento requieren ser reformulados para hacerlos funcionales a esta nueva visión.

2. Definición

En esta Convención, se define al paisaje (Art 1º) 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*"... Dejando de lado las definiciones que hemos visto en los antecedentes, algunas exageradamente analíticas y difíciles de recordar, en este caso se ha optado por una definición breve y sencilla en la que se compone lo natural con lo cultural o humano lo suficientemente ambigua y versátil como para ser un punto de partida en la evolución del concepto, tal como lo es su materia que siempre esta en movimiento y progresión. Pero al mismo tiempo establece una viga conceptual susceptible de ser captada por el Derecho para convertirlo en un objeto del mismo y cuyo desarrollo será una deuda de la futura trasposición que cada Estado parte de la Unión Europea asume en el momento de la firma. Esta idea se ve reforzada por las disposiciones del artículo 5º ⁴¹³ que hace referencia a las políticas específicas que cada parte debe llevar a cabo una vez aprobada la Convención e ingresada directamente en el Derecho Positivo vigente de cada signatario.

3. Ámbito de aplicación.

Paradójicamente, la Convención no ofrece una definición perfecta que cierre para siempre la discusión que propone la pregunta ¿Qué es el paisaje? Por el contrario, y como se lee en los renglones anteriores se trata de una definición de tipo abierta y lacónica que rompe también con toda una metodología destinada sólo a identificar

⁴¹³ Artículo 5 – Medidas generales. Cada Parte se compromete a: 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. 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. 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.

lugares especiales ya sea por su belleza, monumentalidad, carácter extraordinario o su significado histórico. Frente a esta posición que Priore denomina elitista⁴¹⁴ y Zoido Naranjo restringida o excepcionalista⁴¹⁵, la Convención Europea del Paisaje desarrolló una hermenéutica amplia, en una tentativa por comprender al territorio y bautizarlo como paisaje cuando recibe la mirada humana con un tono subjetivo, especial y con la intención de aprehensión que sólo nuestra especie puede realizar. Ahora no sólo hay que viajar para contemplar al paisaje, porque éste se halla inmerso en lo cotidiano, y por ello todo paisaje merece protección. Esta idea se sigue del artículo 2 del Convenio que manda a aplicar su letra...”*a todo el territorio de las Partes y abarcará las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas. Comprenderá asimismo las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que puedan considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados*”...

4. Objetivos

El objetivo general está expuesto en el artículo 3 y es categórico: promover la protección⁴¹⁶, gestión⁴¹⁷ y ordenación⁴¹⁸ de los paisajes y organizar la cooperación europea para alcanzar estos fines. Para ello, se consideran objetivos políticos (Art 1 b) para formular directrices que permitan la gestión ordenación del paisaje pero no con un tono autista o de maestros que indican a sus alumnos qué paisaje se debe proteger sino con un tono amplio, participativo, democrático para que sea la comunidad la que trace los objetivos de calidad paisajística con su participación en los procesos de toma de decisiones (Art. 5c y Åarhus) en donde la tarea del político será escuchar a la

⁴¹⁴ PRIORE, Riccardo. Derecho del Paisaje. *La evolución de la concepción jurídica del paisaje en el Derecho Comparado y en Derecho Internacional*. RIGA. Año 3 N° 31, julio de 2001. La Ley. Madrid.

⁴¹⁵ ZOIDO NARANJO, Florencio. La Convención europea del Paisaje y su aplicación en España. En “*Forum tutela e gestione del paesaggio ferrarese questiom aperte e oportunitá*”. Ferrara (Italia), marzo de 2001.-

⁴¹⁶ Art 1 d...”por “protección de los paisajes” se entenderán las acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre”...

⁴¹⁷ Art. 1 e...”por “gestión de los paisajes” se entenderán las acciones encaminadas, desde una perspectiva de desarrollo sostenible, a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales”...

⁴¹⁸ Art 1.F...” por “ordenación paisajística” se entenderá las acciones que presenten un carácter prospectivo particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes”...

sociedad para conocer sus aspiraciones e inclinaciones respecto de su entorno y en un momento posterior prepararse para elaborar la norma juspaisajística (Art. 1C).

5. Políticas institucionales

El Artículo 6 bajo el título de “Medidas Específicas” desarrolla de manera minuciosa los aspectos puntuales que no pueden estar ausentes en una buena política de paisaje que siga los lineamientos de este ordenamiento. Se trata de una idea verdaderamente fundante, en donde lo primordial es hacer de un tema que por ahora pasa desapercibido, si se trata de las mayorías, a un tema agenda de la política nacional y europea.

Lo primero es el compromiso para llevar a cabo políticas que tengan por objetivo instalar en la sociedad la idea del paisaje y el papel social y valor nacional del mismo. Para ello es necesario lograr la “sensibilización” de la sociedad civil, las organizaciones privadas y las autoridades públicas (Art. 6 A). En esta inteligencia, los Estados parte asumen el compromiso de invertir en formación académica con programas que asuman un carácter transversal e interdisciplinario (Art 6 B) y en aplicación a cursos de tercer nivel a fin de lograr un conocimiento masivo de la temática(6 C).

Otro de los temas de política institucional está dado por el inciso siguiente de la misma norma en comentario, que manda realizar una tarea de identificación precisa de los paisajes de cada país, pueblo o región con sus signos y caracteres que lo distinguen de los demás. Una vez identificados se debe proceder a realizar un seguimiento del mismo, con lo cual se advierte ya la necesidad de armar una verdadera burocracia especialista en el tema, que tiene coherencia con la primera parte de esta norma que diseñaba la política educativa del paisaje. Llegados a este punto, se supone que con el tiempo y las adjudicaciones presupuestarias que guarden coherencia con la dimensión e importancia que tiene el tema objeto se procederá a trabajar con los actores civiles para calificar estos paisajes de acuerdo a los valores que la misma sociedad les adjudica y encontrar así el paisaje de cada pueblo, el paisaje que identifique a cada

sociedad, y que se parezca a su población⁴¹⁹. Una tarea para la cual el informe Dobříš ya nos ofrecía algunas posibilidades y la cooperación europea a través de las medias dispuestas en el artículo 8 ofrece el resto.

6.Cooperación

El Capítulo III bajo el título “cooperación europea” desarrolla el último de los objetivos dispuesto en el artículo 3, en donde todos los Estados parte asumen el compromiso de cooperación⁴²⁰, a fin de reforzar la eficacia de las políticas activas dispuestas en virtud de este Convenio, y en particular: asistencia técnica y científica en la materia; intercambio de experiencias, expertos e información.

Quizás el detalle más notable de este capítulo sea el del artículo 9 que refiere a los paisajes transfronterizos y enfatiza la cooperación con posibilidad de realizar programas paisajísticos comunes, lo que da una idea cabal sobre las intenciones de este Instrumento Internacional que persigue no sólo la protección del paisaje de los Estados parte, sino del todo europeo. De Europa como unidad política que trasciende a sus componentes y se identifica con un rostro único formado por territorio común sin fronteras y ahora con una fisonomía única. Todo esto tiene una idea de permanencia en el tiempo porque hay un Comité de Expertos designados nada menos que por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa para ocuparse del tema (Art 10.1) a quienes deberán reportarse sobre la marcha del Convenio. Hasta tal punto llega la dirección de esta política que establece un denominado “Premio del paisaje del Consejo de Europa” para quienes mejor hubieran conseguido los objetivos de esta Convención con una eficacia que pruebe ser mantenida en el tiempo.

⁴¹⁹ Art 6 C: *C Identificación y calificación*. 1 Con la participación activa de las Partes interesadas, de conformidad con el artículo 5.c y con vistas a profundizar en el conocimiento de sus paisajes, cada Parte se compromete: a) i a identificar sus propios paisajes en todo su territorio; ii a analizar sus características y las fuerzas y presiones que los transforman iii a realizar el seguimiento de sus transformaciones b) calificar los paisajes así definidos, teniendo en cuenta los valores particulares que les atribuyen las Partes y la población interesadas. 2 Los procedimientos de identificación y calificación estarán guiados por los intercambios de experiencia y metodología, organizados entre las Partes a nivel europeo con arreglo al artículo 8.

⁴²⁰ Artículo 7 – Políticas y programas internacionales: Las partes se comprometen a cooperar en el estudio de la dimensión paisajística de las políticas y programas internacionales y a recomendar, en caso necesario, que se incluyan en los mismos consideraciones relativas al paisaje.

Como se puede ver, se trata de un desafío político sin precedentes, de una dimensión descomunal y con proyección para los próximos siglos en donde la apreciación estética de la naturaleza europea no justifica tamaña empresa sino lleva consigo objetivos implícitos que coadyuven a formar (¿consolidar?) una identidad europea y en dónde es válido preguntarse qué es Europa para que luego el paisaje buscado, catalogado y registrado se le parezca⁴²¹. En esta definición, algunos paisajes serán identitarios y plenamente paradigmáticos de esa creación que hoy se llama Europa, y otros jamás llegarán a tener vigencia por no parecerse al modelo buscado, del cual por ahora no parece haber muchos datos para identificar su fisonomía en la legislación pan-europea y en los modelos jurídicos conocidos desde la ciencia del Derecho. Podemos especular con que el Derecho, todavía esté aguardando la formación del hecho que habrá de proteger, dado que el hecho siempre antecede al Derecho.

7.Valores que surgen del Convenio Europeo del Paisaje

7.1.Introducción

Son pocos los valores que enumera el Preámbulo de la Convención, y se hallan presentes con cierto desorden metodológico. Lo primero que subraya el Preámbulo es que el objetivo del Consejo de Europa, es alcanzar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común y que este objetivo se persigue por lo general con acuerdos en los campos económico y social para alcanzar un desarrollo sostenible, dentro del cual el paisaje genera interés transversal en los campos cultural, ecológico, ambiental, social, económico y de empleo. Ya en el quinto párrafo del preámbulo se descubre la contribución del paisaje a la cultura local como elemento del patrimonio cultural y natural de Europa para la consolidación de la identidad europea. Se ve una mixtura no

⁴²¹ ...”El hecho de que el Consejo de Europa, que actualmente agrupa a 43 Estados con casi 800 millones de habitantes, sea el organismo que ha elaborado e impulsado la Convención establece un primer nivel de cooperación que debería ser recogido y transformado cuanto antes en políticas y programas de la Unión Europea”.... ZOIDO NARANJO, Florencio. Op. cit. 2001 punto 11.9.

exquisita de elementos que jamás podría prever un operador jurídico desprevenido. Un plato en donde se ha cocinado al desarrollo sostenible en sus tres dimensiones convencionales, con la ecología, la política económica, de empleo, con la política intra-europea, sazonado con los valores y principios de la Unión que se asumen como de patrimonio común, no habiendo transcurrido más de una década desde Maastricht.

En cuanto a los principios y valores que se protegen en una Convención Europea, no es dable recurrir a otros que no sean los de Occidente. Porque Europa puede estar compartida en estos momentos por todos los Estados Parte de la Convención Europea del Paisaje, o aún más pensando en Maastricht, pero lo que hace trascender a Europa es la formación de la cultura occidental que viene desde Parménides, Heráclito, Platón y Aristóteles, y porqué no Trasímaco⁴²² que tuvo el atrevimiento de discutir con Sócrates camino al Pireo⁴²³. Este legado para las generaciones futuras, esta fuente de trabajo para las actuales, esta economía y sociedad para el presente y el porvenir es lo que se pretende custodiar con la protección del paisaje, una herramienta como otras, en donde el objetivo paisajístico es sólo una meta de objetivos considerados superiores.

Estos principios, arriba comentados, se distinguen fácilmente de los denominados “principios de la Convención” que tratamos por separado en el punto que sigue⁴²⁴, porque antes que pilares de la Convención son meras orientaciones para asegurar la mejor labor de los operadores que habrán de hacer realidad los fines de la misma.

⁴²² Platón. La República. Libro 1.

⁴²³ ...”Hemos encontrado un camino. La pregunta misma es un camino que conduce desde la existencia de los griegos, hasta nosotros mismos, si es que todavía no nos sobrepasa”...HEIDEGGER, Martín ¿Qué es la filosofía? Herder 2004. Barcelona. pp. 40. Se trata de la meta de Europa, en este caso a través de una Convención del paisaje. En otro pasaje, este autor dice...”la filosofía es algo que, por primera vez, determina la existencia del mundo griego. Y no sólo eso, la filosofía también determina el rasgo más íntimo de nuestra cultura europea occidental”...Heidegger, Martín, Op. Cit. pp. 34. Citado por Feinmann, José Pablo en Op. Cit. pp.179.

⁴²⁴ Integridad del paisaje, conocimiento del paisaje, sensibilización del paisaje, estrategia paisajística, integración, participación pública, calidad, información libre, educación, evaluación paisajística, subsidiaridad.

Por lo expuesto, sólo tres valores nos interesa poner de relieve en este punto, por ser lo suficientemente testimoniales como para ilustrar con su detalle el sistema de ideas que parece flotar sobre este instrumento jurídico en análisis: el trabajo, la identidad y la calidad de vida.

7.2.El trabajo

7.2.1.Introducción

Uno de los hallazgos del preámbulo de la Convención es la referencia a las fuentes de trabajo que va a crear esta política europea del paisaje. Este hecho que es imposible de cuantificar *ad initio*, es sin embargo incuestionable si tenemos en mente la dimensión geográfica y demográfica de la tarea, su carácter multidisciplinario y la movilidad de rubros laborales en esta actividad que es ahora un cometido estatal. La introducción del trabajo como valor tiene tres lecturas posibles, que no son excluyentes, las dos primeras, más superficiales, pueden ser señaladas breve y rápidamente, dejamos para el final la que nos ocupará algunas páginas en su desarrollo y que no es tan fácil de advertir a primera vista.

En las próximas páginas abordaremos el desarrollo de esta valoración en dos segmentos, en el primero analizaremos las notas más superficiales del Tratado marcando un comentario a la valoración misma del elemento “trabajo” y la segunda referida a una observación que pretende ser descriptiva de la manera en que se desenvuelve la relación trabajo – ambiente, y el papel que aparentemente queda reservado a nuestra disciplina en esta ponderación. Finalmente, ocuparemos algunas páginas en desarrollar las consecuencias evidentes que tendrá en Europa la aplicación de este convenio cuando tenga que asumir la decisión de incorporar a su paisaje no sólo al trabajador europeo, sino al trabajador que vive, labora y tiene hijos en Europa, sin asumir su cultura o sin poder asumirla en otros casos: los inmigrantes.

7.2.2. Significado del “trabajo” y el paisaje

La primera nota susceptible de ser identificada tiene relación con uno de los valores del Occidente actual: expresa el valor del trabajo como la reivindicación del esfuerzo del propio ciudadano para realizar sus fines, en este caso la conservación del paisaje, efectuado en sus más variadas formas, desde lo más intelectual a lo más llano laborando en un jardín. Desde luego, se refiere al trabajo en relación de dependencia, efectuado a cambio de un salario digno y no a la máxima del Génesis... “*ganarás el pan con el sudor de tu frente*”... que puede ser originario en éste en lo filosófico, pero que no se confunde después de la revolución industrial.

La segunda lectura, nos indica lo sugestivo de un tratado que tiene relación con la naturaleza, que subraye un aspecto que en nuestra experiencia, si ha permanecido ausente en los prólogos convencionales jus-ambientales lo ha sido por su carácter superficial y ajeno al tema en discusión: la protección de la fuente de vida planetaria. Es evidente, entonces, que esta temática pasa a ser secundaria, en otras palabras, lo que siempre ha sido principal en un Tratado ambiental que es la naturaleza, no parece estar en el primer lugar de la agenda, porque importa la producción de empleo, con lo cual el ambiente puede ceder ante este tópico si se satisfacen los requerimientos culturales de la política paisajística. Si estas políticas fueran a implementarse de este modo, estaría claro que la política paisajística pasaría por mantener el césped postergando la sostenibilidad del agua y del aire, por ejemplo, que no son operativas para mantener la fisonomía identificada, registrada y con decisión de mantener o conservar. Estaríamos haciendo referencia a un ambiente, en el caso un paisaje, que debe ser sostenible.

7.2.3. Trabajo e inmigración, el inmigrante y su paisajización.

La dirección que damos al valor trabajo en este punto, se ocupa sólo de una parte de la mano de obra a la que refiere en este punto la Convención Europea del paisaje: los inmigrantes. Incorporados esta gran cantidad de millones de extranjeros al

paisaje de Europa, es preciso dar cuenta de su “paisajización”⁴²⁵, es decir, la manera en que estos trabajadores son incorporados al paisaje europeo, y disuadidos para incorporarse voluntariamente en el proceso de conservación del mismo, según un diseño que es el europeo y cuya fisonomía responde a la identidad europea, tema que trataremos en el punto siguiente donde estudiaremos el tema de la “identidad”. En la Argentina a principios del Siglo XX ante una experiencia similar se implementó políticamente lo que se denominaría más adelante: proceso de asimilación cultural, que llevó a los hijos de cientos de miles de inmigrantes turcos a comulgar en misa. Hoy sus nietos se han casado con nietas de inmigrantes españoles e italianos por el rito católico, nadie recuerda los ritos ni los idiomas de sus abuelos.

La preocupación de Europa por el tema que nos ocupa ha tenido las más diversas manifestaciones. Es el caso destacar que a nivel macropolítico, este asunto encuentra su inordinación en la política europea laboral dentro de la cual tiene virtualidad también la política migratoria, dado que ésta provee de puestos de trabajo a aquella a fin de proveer a la cohesión social como requisito de eficacia económica⁴²⁶. Esta idea se manifiesta en una política de asimilación cultural en donde el inmigrante debe...”*respetar las normas y los valores fundamentales de la sociedad de acogida y participar activamente en el proceso de integración, sin por ello tener que renunciar a su propia identidad*⁴²⁷...Pero lo más novedoso en este tipo de políticas es la implementación de un planteo denominado “holístico”⁴²⁸, que tenga en cuenta no sólo los aspectos económicos y sociales de la integración sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa, la ciudadanía, la participación y los derechos políticos. En donde la política de migración puede tener el objetivo de facilitar la integración tanto como preparar el regreso al país de origen de manera que regrese un ciudadano con la experiencia y los valores de Europa.

⁴²⁵ Proponemos este neologismo, ahorra renglones explicar la incorporación espontánea de personas a un paisaje.

⁴²⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo. Bruselas, 3.6.2003 COM (2003) 336 final. Comisión de las Comunidades europeas, pp. 19 y ss.

⁴²⁷ *Ibidem* pp. 20. Identidad que en dos generaciones desaparecerá rápidamente si responde el proceso de asimilación fundamentalmente expuesto en el Programa de Estocolmo.

⁴²⁸ Comunicaciones de la Comisión de las Comunidades europeas: COM (2000) 757 y COM (2001) 387.

Entre los problemas más notables, advertimos el abrupto cambio que produce en el paisaje urbano europeo, la concentración de inmigrantes en los últimos años. La misma, es relativamente más alta en áreas urbanas e industrializadas, en particular en las zonas de diversidad étnica —y a menudo deprimidas—, en las que el racismo y la xenofobia son obstáculos al sentimiento de pertenencia y a la participación de los inmigrantes⁴²⁹. No puede soslayarse que éstos representan una proporción cada vez mayor de la población de las ciudades y las zonas urbanas europeas⁴³⁰, en donde el acceso a la vivienda es un elemento básico de integración y su falta en áreas de diversidad étnica es un problema que afecta a muchos inmigrantes y refugiados porque es millonaria la inmigración que recibe Europa, de una magnitud tal que ameritó el rediseño de las políticas de recepción de esta numerosa y heterogénea inmigración⁴³¹. Una buena política de vivienda que proporcionará, *-aunque parezca redundante -* viviendas europeas y el ingreso al sistema de vida y valores de Europa, no sólo favorecerá a una buena política laboral sino también la asimilación de los inmigrantes y con esto decimos su europeización y paisajización europea, con la adquisición de sus valores y su paisaje. Y con esta utilización tan amplia del término paisaje, muy en boga, afirmamos que permitiría evitar la formación de guetos, que en todo el mundo tienden a aislar a las comunidades e impedir su participación en la sociedad general y aislarlas del paisaje, en este caso europeo, lo que solo puede llevar a reproducir lo peor de lo propio, con tensiones entre inmigrantes y población local por alta concentración y la segregación espacial. No hace falta el lúcido discurso del mejor Ministro de Seguridad disponible para conocer de antemano las consecuencias: generación de delitos, inmigración ilegal e incremento de la discriminación por estas razones adicionales.

⁴²⁹ Comunicación...pp. 23.

⁴³⁰ Solamente en España en quince años se recibieron 5,7 millones de extranjeros empadronados, 12% de la población en 2010. RMTEI 85, pp. 13 editorial.

⁴³¹ ANDREU, Domingo – GIL ALONSO, Fernando – GALIZIA, Francesca. “*De La expansión económica a la crisis: cambios en los factores demográficos de inserción laboral de la población de España e Italia*”. En RMTEI N° 85, Madrid 2010. pp. 81 Este autor muestra un cuadro en donde destaca los nacimientos en valor absoluto desde 1969 hasta 2008 en España e Italia exhibiendo que han caído desde casi un millón de nacimientos anuales a la mitad y en donde Rumanos y Marroquíes (además albaneses en Italia) llevan las mayores cifras de inmigración, con casi un millón para los primeros en cada país, medio millón para las marroquíes en cada país y la misma cifra de albaneses en Italia. Fuera de estos países hay una marcada tendencia de inmigración latinoamericana en España y del Este de Europa para Italia.

Llegados a este punto, a quien se lo introduce en el paisaje europeo por asimilación, por más que se respete su cultura e identidad, es un hecho que se trata de un tránsito lento hacia la integración. Es un dato que es bien conocido en la Argentina, donde sus emigrantes con apellido italiano emigran en abrumadora mayoría a España⁴³², por su cultura familiar e idioma común, dado que jamás aprendieron el idioma del Dante, perdido en la primera generación de inmigración, entonan las palabras del himno patrio, lucharon en Malvinas y dan Presidentes a partidos políticos nacionalistas con un sentimiento patrio construido a partir de una precisa política migratoria de asimilación, en un país en donde muchos nietos de italianos prefieren emigrar a España, fundamentalmente por el idioma.

En esta sintonía, en Europa también se dan posibilidades para la ciudadanía como una forma de facilitar la integración...*“aunque no debe convertirse necesariamente en el objetivo final del proceso de integración y, por sí sola, no evita los problemas de exclusión social y de discriminación”*⁴³³, ... La obtención de la nacionalidad es importante, sin embargo, porque refuerza el sentimiento de pertenecer a la vida nacional. La nacionalidad otorga a su beneficiario el conjunto de los derechos de los ciudadanos que garantizan la participación *de iure* en la vida política, civil, social, económica y cultural del Estado miembro⁴³⁴, aspecto muy importante porque favorece la creación de un sentimiento de...*“pertenencia a una comunidad y a un sociedad en general. A su vez, este sentimiento animará a los inmigrantes a participar en la vida de*

⁴³² ANDREU, Domingo – GIL ALONSO, Fernando – GALIZIA, Francesca. “De La expansión económica a la crisis: cambios en los factores demográficos de inserción laboral de la población de España e Italia. En RMTEI N° 85, Madrid 2010, pp. 81.

⁴³³ Comunicación...pp. 24.

⁴³⁴ *Ibíd*em pp. 25....”Partiendo de la premisa de que es deseable que los inmigrantes se conviertan en ciudadanos, es razonable condicionar el acceso a la ciudadanía al tiempo de residencia en el país en cuestión, y aplicar principios diferentes a los inmigrantes de primera y segunda o tercera generación. Las leyes sobre la nacionalidad deberían permitir a estos últimos acceder de manera automática o semiautomática a la ciudadanía, mas es razonable que los inmigrantes de primera generación deban hacer una solicitud formal. La naturalización debería ser rápida, segura y no discrecional. Los Estados pueden exigir un período de residencia y el conocimiento de la lengua y tomar en consideración cualquier antecedente penal “...

la comunidad y en las actividades sociales, culturales y políticas”....a participar en su paisaje en términos de Riccardo Priore⁴³⁵.

En este punto, algunos autores españoles⁴³⁶ ya destacan la necesidad de vincular el modelo de desarrollo urbano sostenible con la preocupación...”*con el modelo de desarrollo social en donde se rompe con la planificación urbanística clásica: preocupación por la vivienda digna, preocupación por los centros urbanos, evitación de la exclusión social, la marginación y la segregación espacial, especialmente en relación con los más desfavorecidos y la inmigración⁴³⁷”...La Ley Urbanística Catalana⁴³⁸, por ejemplo, configura la Memoria Social como un nuevo documento de Plan General a contener en los objetivos de la construcción de la vivienda protegida y precio accesible justificando reserva de tierras, en otras palabras toda una filosofía a entender que el Urbanismo no es mera Obra Pública, no es cosa sólo de Ingenieros. Y no sólo en España, por caso la Ley de 13 de Diciembre de 2003 en Francia sobre solidaridad y renovación urbana con objetivos a cargo de la ciudad para determinación de zonas sensibles en toda Francia en donde se aplicarán políticas tales como reducción del desempleo, desarrollo económico, diversificación y mejora de la vivienda rehabilitación y reestructuración de espacios, mejora de servicios públicos, acceso a sistemas educativo y sanitario, formación profesional, construcción de 200.000 viviendas sociales en cinco años etc. En Inglaterra la reforma contenida en la “*Planning and Compulsory Purchase Act*” de 13 de mayo de 2004 también apuesta por la vivienda social y rehabilitación urbana. Todo ello sigue el artículo II.94 de la Constitución europea...”*con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las**

⁴³⁵ PRIORE, Ricardo. Op. Cit.

⁴³⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. “*Urbanismo, política territorial y marco legal general*”. En RDUYMA N° 200, marzo 2003; BASSOLS COMA, Martín. “La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible”. En Obra Colectiva: *Derecho del Medioambiente y Administración Local*, Coordinada por José Esteve Pardo. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona 2006, pp. 705.-

⁴³⁷ BASSOLS COMA, Martín. “La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible”. Cit, pp. 705.

⁴³⁸ Ley 10/2004 de 24 de Diciembre, Art 59.1.h.

*modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por la legislación y prácticas nacionales*⁴³⁹ ...

Sólo cabe preguntarse si esto ha sido suficiente y si es lo máximo que puede hacerse en la materia con la emigración que ha recibido y recibe Europa.

A.Migración en España

Esta percepción de la política migratoria, ha sido especialmente admitida en España, en donde el Gobierno que desde 2004 presidió las Cortes implementó políticas de tono global e integral, reconociendo la inmigración como factor de desarrollo socioeconómico y fuente de riqueza sociocultural en una sociedad que se reconoce cada vez más diversa con una filosofía política definida en tres principios básicos: igualdad, ciudadanía e integración⁴⁴⁰. Este ideario se ha visto sostenido por la adjudicación de importantes partidas presupuestarias a favor de estas políticas sostenidas aún en medio de la crisis económica de 2009 en adelante⁴⁴¹. Pero el dinero no alcanza cuando la marginación es mucho más profunda que la economía, porque llega a la cultura, por esta razón...*los inmigrantes ponen de manifiesto que experimentaron actitudes de rechazo desde que llegaron a España, y que se manifiestan en cada momento de su vida cotidiana, sea cuando buscan un empleo, en el lugar de trabajo, en los empleos, en los colegios, etc. Son tantas barreras que se imponen a la convivencia, establecen muros invisibles, pero presentes, entre la población española y la población inmigrante, y que, a largo plazo, podrían dificultar la convivencia*⁴⁴² ...

⁴³⁹ BASSOLS COMA, Martín. *Exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda*. En REAL, Núm. 291, enero abril de 2003, pp. 103.

⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ PARDO, Estrella. Directora General de Integración de los Inmigrantes, funcionaria del gobierno socialista del Presidente José Rodríguez Zapatero. En *“Una apuesta por la integración”*. RMTEI N° 85, Madrid 2010

⁴⁴¹ Año 2004: 7.615.222 de Euros; 2005: 120.000.000 de Euros; 2007: 188.000.000 de Euros y 2009: 196.949.120 de Euros MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA, Antidio. En *“La Incidencia del Fondo de Apoyo y el PCI en las políticas autonómicas de integración de inmigrantes”*. RMTEI N° 85, Madrid 2010. pp. 34.

⁴⁴² DOMÍNGUEZ, Marta y BREY, Elsa. *Los retos de la inmigración de España: Análisis comparativo de los discursos de la administración y la población inmigrante*. RMTEI N° 85, Madrid 2010, pp. 76.

B. Programa de Estocolmo

Las últimas manifestaciones sobre la política europea en la materia están sentadas en el denominado “Programa de Estocolmo”⁴⁴³ un programa estratégico, transversal, diseñado para aumentar y consolidar la seguridad ciudadana en la Unión Europea presentado por la Presidencia del Consejo y la Comisión Europea y adoptado en 2009 hasta 2014 bajo la forma y denominación de “*Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea*”. El terrorismo, la seguridad informática, la delincuencia organizada y el control fronterizo son algunos de los temas abordados de un Programa que sustituyó al de La Haya, que expiró en diciembre 2009⁴⁴⁴. De este menú de temas que hacen a la seguridad según la percepción del legislador europeo, el que nos interesa es el de la inmigración en donde se insta a los Estados miembro a adoptar una estrategia común a fin de administrar mejor las fronteras y satisfacer las necesidades del mercado de trabajo, abogando por leyes que garanticen la igualdad de derechos de los inmigrantes en toda la UE y por una mayor supervisión de las pautas de inmigración y las tendencias del mercado laboral cooperando con los terceros países a la hora de gestionar los flujos migratorios, manteniendo la política de detención y expulsión de inmigrantes ilegales, combinándola con incentivos al retorno voluntario en un contexto en el cual se calcula la existencia de ocho millones de inmigrantes “sin papeles”⁴⁴⁵.

Todavía es temprano para analizar el impacto en España y si puede producir eventuales modificaciones a la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre y por la crisis económica y social y su incidencia sobre la población inmigrada⁴⁴⁶. El programa de

⁴⁴³ Programa de Estocolmo — una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/c 115/01) Información de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Consejo Europeo. 4.5.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 115/1.

⁴⁴⁴ ABC “*El programa de Estocolmo incluye la inmigración estudiantil*”. <http://www.abc.es/20091212/canarias-canarias/programa-estocolmo-incluye-referencia-20091212.html> (Última revisión 01/09/2014)

⁴⁴⁵ Novedades en Europa. Sección: Justicia y Derechos de los ciudadanos. Comisión Europea. Publicado el 10/06/2009. Asequible en el link http://ec.europa.eu/news/justice/090610_es.htm (Última revisión 01/09/2014)

⁴⁴⁶ Es importante destacar aquí los datos recientemente hechos públicos (el día 29 de abril de 2010) por el Instituto Nacional de Estadística sobre la población empadronada en España a 1 de enero de 2010 (datos provisionales), un total de 46.951.532 habitantes, un aumento del 0,4 %, más exactamente 205.725 personas, sobre el año anterior; de esta población, 5.708.940 personas son extranjeras, un 12,2 % del total, con un dato añadido muy importante que conviene destacar por el cambio de tendencia que significa con respecto a años anteriores: el incremento de la población extranjera ha sido sólo de 60.269 (1,1 %), mientras que el de la española ha sido de 145.456 personas (0,4

Estocolmo y su plan de acción, destacan la importancia de la migración laboral para dar respuesta a las carencias de mano de obra con las que se encontrará la UE en un próximo futuro por el proceso de envejecimiento de la población, y llama a la adopción de una política proactiva en materia de inmigración y que perciba esta “no como una carga sino como una oportunidad”. Asimismo, se detectan ciertos problemas migratorios comunes y se propugna un tratamiento idéntico en el marco de los Derechos Humanos, favorecedor de la integración de grupos más cerrados e impermeables a las políticas culturales⁴⁴⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo ocasión de ocuparse de favorecer a esta perspectiva integradora en el caso “*Coster contra el Reino Unido*”⁴⁴⁸, los actores, ciudadanos gitanos, nómades decidieron afincarse y adquieren un lote en la localidad de Headcorn, para establecer en forma permanente su carreta. Una vez instalados tramitaron la autorización municipal que sería denegada, argumentando que la carreta afectaba indebidamente el paisaje rural cambiando su carácter, contrariando los objetivos de la ordenación municipal con lo que hicieron primar el interés público perseguido en la conservación del paisaje sobre el interés individual de sedentarizarse por parte de los actores gitanos⁴⁴⁹. El asunto llegó a la Comisión Europea alegando una violación de su derecho al respeto de la vida privada y su domicilio, de su derecho al respeto de los propios bienes (artículo 1 del Protocolo núm. 1), y violación del derecho a la educación de sus hijos (artículo 2 del Protocolo núm. 1). El fallo del Tribunal constató que la vida nómada hace a la identidad de los actores y que su domicilio está amparado

%), y el incremento de la población extranjera se debe al aumento de la población comunitaria (73.289 personas, que significan un total de 2.346.515), mientras que la población extracomunitaria se ha reducido en 13.020 personas y queda ahora en 3.362.425.

⁴⁴⁷ Párrafo 2.3.3. *Grupos vulnerables* Todas las formas de discriminación son inaceptables. La Unión y los Estados miembros deben hacer un esfuerzo concertado para integrar plenamente en la sociedad a los grupos vulnerables, en especial a la comunidad gitana, promoviendo su inclusión en el sistema de educación y en el mercado laboral y adoptando medidas para prevenir la violencia en contra de ellos. Con este fin, los Estados miembros deberían asegurarse de que se aplique correctamente la legislación existente para abordar la posibilidad de discriminaciones. La Unión brindará apoyo práctico y promoverá las mejores prácticas para ayudar a los Estados miembros a lograr lo anterior. La sociedad civil tendrá que desempeñar un papel especial.

⁴⁴⁸ *Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94 – (18.1.01).

⁴⁴⁹ El antecedente de esta Sentencia del TEDH es el caso “*Buckley v. the United Kingdom* – Rep. 1996-IV, fasc. 16 (25.9.96)”. Se analizó un caso similar de autorización municipal de instalación de un carretón gitano, que fuera denegado por razones paisajísticas por parte del municipio.

en el artículo 8 del Convenio inclusive frente a amenazas al ambiente, sin necesidad de efectuar distinciones respecto del título jurídico en virtud del cual habite en dicho espacio. Concluyó que la Autoridad de Aplicación respetaba tales exigencias: *“el interés general en la preservación del entorno (representado en este caso por el respeto al paisaje natural) constituía un fin legítimo, las medidas sin duda estaban amparadas por la Ley, y, además, respetaban el principio de proporcionalidad. para el Tribunal, el paisaje es un interés que se sitúa plenamente dentro del bien jurídico medio ambiente en un plano de igualdad con cualquier otro interés contenido en el mismo; en definitiva, con la suficiente entidad como para justificar limitaciones en los derechos individuales de los particulares⁴⁵⁰”*. Con lo que se advierte una notable expansión del concepto ambiente reconociendo en el mismo al paisaje.

El Programa, muestra el contexto que da a la inmigración en el Artículo 6, en donde aclara que la inmigración legal tiene en cuenta prioridades europeas según necesidades de cada Estado Miembro, en donde combatir la inmigración irregular es un objetivo, con lo que se deben incrementar controles fronterizos, proveer a las condiciones para asilo con el principio de cooperación para favorecer al retorno a sus países de los asilados, con lo que ahora la inmigración es parte de la política exterior europea (Art 6.1.1.) y cooperando en primer término con países de África y Europa oriental y en segundo lugar los países de América Latina.

7.3.El paisaje como “calidad de vida”

7.3.1.Introducción

La Unión Europea en su tratado constitutivo vigente hasta el 1º de Diciembre de 2009 (Tratado de Roma), es decir, vigente en el momento en que se firmó la

⁴⁵⁰ SAN MARTÍN SEGURA, David. *La «ecologización» de los Derechos Fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR N° 3. Año 2005. Asequible en el link: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/home.htm> (Ultima revisión 01/09/2014)

Convención Europea del Paisaje, diferenciaba en su artículo 2^o⁴⁵¹ la calidad del ambiente con la calidad de vida, un feliz párrafo que no tiene similar redacción en el texto actual del Tratado de Lisboa pero que sí explica la importancia que en Florencia 2000 se da a la cuestión⁴⁵².

El sexto párrafo del Preámbulo de la Convención Europea del Paisaje, reconoce que el paisaje es un elemento de la “calidad de vida” de las poblaciones...”*en todas partes: en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos*”...

Lo primero que advertimos es que asumimos la “calidad de vida” como un concepto que en todo caso puede ser perseguido como un objetivo de la política del Estado. No le adjudicamos estatura teórica, ni siquiera consideramos que nos ofrezca posibilidades de esbozar una definición, dada la ambigüedad que rodea sus contornos y la extensa heterogeneidad de los temas sobre los que ofrece su intervención. No es casual que el concepto “calidad de vida” sea tan utilizado en la política por la versatilidad que ofrece para ubicarse dentro de una alta gama de políticas de Estado, todas diferentes entre sí, en donde la “calidad de vida” tiene fácil ubicuidad en cualquier cartera ministerial. En términos históricos, este concepto sustituye al anterior de “Bienestar” más relacionado al denominado Wellfarestate de post guerra, por lo que se puede advertir una continuidad evidente entre ambos términos pero con manifestaciones que serían muy dispares. Así, los teóricos del Mayo 68, asocian al concepto “calidad de vida” a la crítica del Estado de Bienestar” acusándolo de insuficiente para responder a la felicidad del hombre y la irracionalidad de sus reglas de producción, distribución y consumo, y, muchos años después para El Tribunal Europeo

⁴⁵¹ Artículo 2. *La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*

⁴⁵² ANTIK, Analía. *¿Planeamiento urbano sin calidad de vida?* Revista de Derecho Público 2010-1. Derecho Ambiental III. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fé 2010, pp. 74 y ss.

de Derechos Humanos el concepto “calidad de vida” es detectado en el concepto de domicilio y con él elevado a la categoría de Derecho Humano desde que los artículos 8.1 CEDH y 18.2 CE no sólo amparan la intimidad (y privacidad), sino que llegan a tutelar la libertad de acción en el propio domicilio. Ello porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se sirve de un concepto inusitadamente amplio de privacidad domiciliar: Privacidad es “calidad de vida” o “disfrute de las comodidades del propio hogar”⁴⁵³.

Veremos en primer término, los primeros usos sociales de esta expresión en ejemplos históricos que no siempre la usan expresamente pero que la consideran e incluyen a pesar de su omisión, posteriormente daremos cuenta de la calidad de vida ubicando la expresión en nuestro problema de estudio.

7.3.2. Primeras experiencias con la “calidad de vida”

Desde la gran depresión, es en los Estados Unidos donde se han realizado mayor cantidad de estudios sobre el tema, en este sentido es dable destacar: “Recent Social Trends” (metas sociales recientes) de 1933 para el Presidente Hoover, en 1942 la revista “American Journal of Sociology” publica un trabajo dirigido por William Ogburn con un elaborado balance sobre la calidad de vida en los Estados Unidos. En 1960 se publica “Goal for Americans” (metas para los americanos) dirigido por H M Wriston como asesor presidencial. En 1966 se publica “Indicadores Sociales” de Rayn Bauer y “Contabilidad Social” de Bertrand Gross. En 1967 el Entonces Senador Walter Mondale presenta su Proyecto de “Ley de oportunidades sociales y contabilidad social” y en 1969 “Hacia un informe social” entre otros tantos trabajos. En Gran Bretaña es posible rastrear inquietudes de esta naturaleza a fines del Siglo XIX en su Ley de Pobres (Poor Law), posteriormente se publicarán “Vida y trabajo de la gente de Londres” de Charles Booth y “Pobreza y estudio de la vida urbana” (Poverty: a study of town) de B. Rowntree; a principios del siglo entrante la Comisión Real de las Leyes de la Pobreza y

⁴⁵³Caso “*Powell and Rayner c. Reino Unido*”, cit., párr. 40. En el mismo sentido, decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso “*S. c. Francia*” (citada por DESGAGNÉ: ob.cit., pág. 273, nota 82)

Alivio de Necesidades (Royal Commission on Poor Laws and Relief of Distress), cierra esta etapa de inquietudes legislativas por la “calidad de vida” o temas relacionados que la suponen⁴⁵⁴.

Por la misma época en la Argentina, a principios de 1904 Joaquín V. González ministro del Interior del Presidente Julio A Roca encomendó a un médico y jurisperito español, afincado en la Córdoba argentina, la preparación de un informe sobre la situación de las clases trabajadoras en las provincias interiores de la Argentina, que ponía de manifiesto la entonces denominada “cuestión social” por la conflictividad que de ella podía emerger. Antes de poner a trabajar al Congreso, quizás por la falta de Internet y la facilidad del procedimiento de “copy and paste” que caracteriza a los legislativos actuales, se encomendó a un estudioso la elaboración de los hechos sobre los cuales debía recaer el Derecho. Se realizó un inagotable recorrido, visitando talleres, obrajes, puertos, estancias, explotaciones mineras, y meses después daba cumplimiento al encargo presentando tres gruesos volúmenes que serían fundamento del primer proyecto de Ley Nacional del Trabajo, es hoy una fuente indispensable para conocer la calidad de vida del trabajo de las clases obreras a principios del siglo XX en la Argentina. En las conclusiones, haciendo referencia al Proyecto Nacional de trabajo, dice el autor... “no se trata tampoco de una ley administrativa y transitoria, sino de reglas que arrancan de los principios fundamentales del Derecho, y de las ciencias antropológicas, porque afectan a lo más interesante del hombre: su actividad, su libertad, su personalidad misma y su bienestar⁴⁵⁵... En Estados Unidos se han realizado varios estudios similares al de la Argentina, tales como Encuesta sobre la calidad de empleo (Quality of Employment Survey) y en Japón “Encuesta sobre las actitudes de los trabajadores ante la vida, en Irlanda “Actitudes en la industria irlandesa (Attitudes in Irish Industry), en España “Estudio de las actitudes ante el empleo y la formación” promovido por el Ministerio de Planificación en 1975⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Encuesta sobre la calidad de vida en España. Subsecretaría de Ordenación del Territorio y M. Ambiente – Dirección General del Medio Ambiente. Ed. Mopu Cima. Madrid 1978. pp. 25.

⁴⁵⁵ BIALET MASSÉ, Juan. *Informe sobre el estado de la clase obrera*. Tomo II, pp. 1012. Hyspamérica. Buenos Aires 1986.

⁴⁵⁶ Encuesta sobre la calidad de vida en España. Op. Cit. pp. 26.

Es Alemania desde la década del 70 del siglo pasado el país europeo con más bibliografía dedicada al tema con utilización explícita de la expresión “calidad de vida” más que a temas conexos o circunloquios. Fue señera la Conferencia convocada por los el Sindicato de Metalúrgicos Alemanes (IG Metal) en Oberhausen, sobre la “calidad de vida”. A partir de entonces el tema tomaría dimensión gubernamental porque el Ministro de Cooperación económica Erhard Eppler lo haría agenda.

La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) en reunión de su Consejo en 1970, se avocó al tema a partir del análisis del crecimiento económico y sus problemas durante 1960 – 1980 dedicando especial atención a dilucidar la manera en que...*“las riquezas adicionales creadas por el proceso de crecimiento económico podrían ser orientadas al mejoramiento de la “calidad de vida” de las poblaciones”*...de los países miembros y de la satisfacción de las aspiraciones sociales. Para esta tarea desde 1974 el Consejo constituyó un grupo de trabajo que desde entonces produce *papers* sobre los diferentes aspectos de la denominada “calidad de vida” tales como: salud y seguridad personal, desarrollo personal intelectual y cultural a través de la enseñanza, desarrollo y satisfacción profesional, tiempo y ocio, disposición de bienes y servicios, el medio físico, el medio social, el entorno político, etc⁴⁵⁷. Pero en este año también realizó una Declaración de Política Ambiental, señalaba que la capacidad de asimilación del ambiente es limitada y que los recursos naturales no son inagotables, y que los esfuerzos para mejorar el ambiente deberán proponer un enfoque nuevo de crecimiento económico, teniendo en cuenta todos los elementos de la calidad de vida y no solamente la cantidad de los bienes producidos⁴⁵⁸.

7.3.3.Calidad de vida desde los 70´

Es en Estocolmo 72 que la calidad de vida toma partido en el movimiento ambiental, a través de cristalizar entre los principios sancionados en la Conferencia en

⁴⁵⁷ *Encuesta sobre la calidad de vida en España*. Op. Cit. pp. 30.

⁴⁵⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *La calidad de vida como valor jurídico*. RAP N°117 Sep-Dic 1988, pp. 51.

primer lugar la convicción común de que el hombre...*"tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras"*...⁴⁵⁹

Pocos meses después en París, se celebró una cumbre de Jefes de Estado de la CEE en la que se resaltó la importancia de orientar el progreso económico hacia la mejora de la calidad y del nivel de vida de los europeos, que posteriormente originaría el primer Programa de Acción de las Comunidades Europeas (1973-1977)⁴⁶⁰, y en su introducción se recuerda que entre los objetivos del Tratado se encuentra la mejora constante de las condiciones de vida de sus pueblos, señalándose en el Título 1...*"que la política ambiental tiene por objeto mejorar la calidad y el marco de vida, debiendo concurrir a poner expansión al servicio del hombre procurándole un entorno que le asegure las mejores condiciones de vida posible"*...

Antes de esto, es justo recordar que Michel Bosquet, discípulo de Sartre, Es unas de las primeras fuentes detectadas que apunta a este estándar con un marco propio del Mayo del 68 en donde se produce una reacción al sistema imperante después de la Segunda Guerra mundial que enfatizaba la maximización de la producción, los términos cuantitativos en desmedro de los cualitativos, que lejos de eliminar la pobreza produce malestar en la riqueza...*"ya es hora de poner término a la hipertrófica producción de automóviles y a la costosísima construcción de autopistas. No es el número de televisores, de lavadoras y de lavavajillas vendidos, ni son las ilusorias evasiones de fin de semana lo que caracteriza el grado de una civilización sino el estado de las escuelas y los hospitales, los espacios verdes, los paisajes intactos, la calidad de los alimentos...y demás anhelos semejantes del hombre moderno...el*

⁴⁵⁹ UN Conf. 48/14 Rev. Chapt 1. NY 1979.

⁴⁶⁰ Consejo CEE 22/11/1973 JO N° C 112/1.

calificar la vida, no se trata ya del menor consumo posible de unidades energéticas, sino de las cantidades de aire puro que respiramos”⁴⁶¹...

Que el crecimiento siga expresándose en cantidades no implica su expresión exhaustiva porque el bienestar de cada hombre requiere otro tipo de satisfacciones que las meramente materiales. Algunos autores⁴⁶², hacen planteos más concretos, pero que indudablemente dispersan la cuestión desde el concepto paisaje, aunque asegurando que el concepto de “calidad de vida” es multifacético....”*podemos reducir vivienda a metros cuadrados construidos por persona? ¿No tenemos debemos tomar en consideración la totalidad del hábitat del individuo? ¿podemos reducir salud a longevidad y acceso a la asistencia médica? ¿No debemos tomar en cuenta la “calidad de vida” y la capacidad de cuidar nuestra salud y la de todos los demás?”...*

Finalmente deseamos destacar una perla, y es la ausencia total de consideración de la Encuesta sobre Calidad de Vida en España⁴⁶³ publicada en 1978, respecto del paisaje. En esta encuesta hay diversos tipos de nociones en las que se consulta a la población su grado de satisfacción con la existencia, entre ellas figuran temas disímiles tales como calidad de vida en: el trabajo, ocio y empleo del tiempo, entorno humano, niveles y estándares de vida, pobreza y condiciones de vida, crecimiento económico y perspectivas de desarrollo, problemas en los barrios, calidad del hábitat y movimiento migratorio, deterioro – mejora del hábitat urbano, medio rural, vivienda, trabajo femenino, trabajo doméstico, relaciones personales y familiares. Pero en página alguna de la publicación se hace referencia al paisaje como calidad de vida. Esto nos lleva a suponer, en primer término, que en la misma época de la sanción de la actual Constitución española que rige desde el 29 de diciembre de 1978, no se consideraba en la última encuesta sobre calidad de vida de gobierno de facto al paisaje o a temas

⁴⁶¹ BOSQUET, Michel. *Critique du capitalisme quotidien*. Éditions Galilée, París 1973. Seudónimo de André Gorz.

⁴⁶² GALTUNG, Johan. *La Comunidad Europea: Una superpotencia en marcha*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1973. En 1973 a propuesta de éste autor se inaugura el WIP (World Indicators Program) que se origina en la reunión mundial del Congreso de Ciencias Políticas de Montreal donde se decidió constituir un programa que tuviera como objeto el bienestar y no el simple crecimiento de las sociedades. Frente al tradicional Producto Nacional Bruto (Gross National Product) se habla de Gross National happiness, literalmente felicidad nacional bruta, y declara su propósito de ocuparse de los objetivos sociales finales: “felicidad personal”, “bienestar”, “realización personal”.

⁴⁶³ Encuesta sobre la calidad de vida en España. Op. Cit.

relacionados con los artículos 45 y 46 de la Constitución actual. No obstante, la amplitud con que la Constitución española aborda esta temática no ofrece dudas sobre la vocación social de la misma⁴⁶⁴ (Arts 27 y 35) aunados a los principios rectores citados anteriormente y que comprenden al paisaje dentro del proyecto social que comprende al medioambiente. Así lo revelan las menciones a la calidad de vida o al bienestar de los Estatutos de Autonomía para Andalucía y Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, Murcia y Principado de Asturias⁴⁶⁵. Tal parece ser también la idea que surge del artículo 3.30 de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad⁴⁶⁶.

7.3.4. Calidad de vida y paisaje.

Lo desarrollado hasta este punto sobre “calidad de vida⁴⁶⁷” nos muestra por lo menos el carácter heterogéneo de los objetos mismos que bajo el título de “calidad de vida” se abanica⁴⁶⁸. Todo esto dificulta esbozar una definición y mucho menos una teoría que pueda ser aplicable al paisaje o a la Convención Europea del paisaje. Por estos motivos, precisaremos el concepto, a fin de explicar la ubicuidad en donde lo consideramos operativo, a los fines de interpretar la Convención Europea del Paisaje.

También es preciso dejar sentado *-aunque parezca obvio-* que por definición, refiere a la especie humana no sólo de esta generación sino de las que vienen, y que ocupará un lugar más adelantado o atrasado del listado de necesidades humanas de acuerdo a las circunstancias del caso.

Hemos exhibido ejemplos suficientes como para considerar caracterizada la ambigüedad de este concepto de “calidad de vida”, que puede interpretarse de tantas

⁴⁶⁴ TEROL BECERRA, Manuel José. “Conservación de la naturaleza versus derecho al medioambiente”. En Obra colectiva: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. Atelier. Barcelona 2010, pp.73.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

⁴⁶⁶ *...”todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de las necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural”...*

⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. Op. Cit 2007, pp. 244.

⁴⁶⁸ PIGRETTI, Eduardo A. *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley. Buenos Aires 2003, pp. 15 y ss.

formas como habitantes tenga Europa⁴⁶⁹, porque puede referir al ambiente puro y prístino de toda una ciudad, o al dinero que ofrece la industria petroquímica de Huelva, para proveer de excelentes vacaciones en Tahití a sus accionistas. Quién podría dudar que en ambos casos sus beneficiarios estarían acertados en calificar sus vidas como de alta calidad. Sólo que en algunos casos los beneficiarios son un colectivo y en otro tan sólo unos pocos. Encontramos aquí una primera limitación a este estándar que se relaciona con la amplitud del concepto, que entiende al medioambiente como una parcela de la calidad de vida⁴⁷⁰.

La expresión “calidad de vida” debe ser considerada en el contexto subjetivo o de pluralidad subjetiva en el que es referida, no es posible realizar combinaciones que a primera vista podrían ser consideradas absurdas, tales como la calidad de vida de un sibarita que canalizará el placer y su refinamiento a través de la buena mesa, con la experimentada por un *surfer* para quien vivir consiste en una buena tabla y saber escoger el lado correcto de Gibraltar o de Florianópolis para maximizar su goce. En otras palabras, una segunda limitación conceptual debería referir al contexto fáctico en el que se ubica a este concepto.

Por otra parte, cuando abordamos este concepto desde una visión científica, es preciso distinguir que en nuestro caso particular lo que nos interesa es el Derecho, y cómo se asocia este concepto a nuestra ciencia y la manera en que la “calidad de vida” se convierte en un objetivo del orden jurídico ambiental lo que importa otra limitación.

Asimismo, nuestro interés de juristas, no es exhaustivo. No examinamos este concepto desde el Derecho de Familia persiguiendo la unidad familiar, o desde el Derecho del Consumidor para proteger la alimentación óptima de la población, a través

⁴⁶⁹ En algunos casos se lo confundió como sinónimo de ambiente, como la creación del Ministerio de “Calidad de Vida” en Francia en 1974, absorbiendo las facultades del recientemente creado Ministerio de Medio Ambiente. BRAÑES, Raúl. *Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental – Fondo de Cultura Económica. México 2000, pp. 25 y ss.

⁴⁷⁰ MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental. Volumen 1. Trivium. 1º Edición Mayo 1991. pp. 103. - Ver también del mismo autor: “La calidad de vida como valor jurídico” En REDA N° 117. Septiembre – Diciembre 1998. pp. 51.

de un consumo sin infracciones a su legislación, basado en la adquisición de productos alimenticios seguros por una aplicación vigilada de las reglas de calidad alimenticia. Nuestro interés tiene relación con asegurar el acceso al ciudadano y al habitante, de los recursos ambientales de la nación que le da ciudadanía o del lugar que habita. Por esta razón, Ramón Martín Mateo hablaba de la inutilidad de un macro-concepto de la calidad de vida⁴⁷¹.

Finalmente, desde el Derecho Ambiental, no nos interesa cualquier manifestación del mismo, en este caso, nos interesa el acceso al paisaje. No es algo que estimula su digestión o aire puro que respira en condiciones óptimas de manera que su salud esté asegurada y el valor vida realizado. Se trata de lo que ve, contempla, goza y disfruta con sus ojos; de esa naturaleza que sólo su particular mirada es capaz de convertir y elevar a la categoría de paisaje, se trata ya no de la vida sino de la dignidad del hombre, se trata de facilitar su acceso al paisaje.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el concepto “calidad de vida” para esta generación y las futuras, funciona dentro de un contexto colectivo, que a su vez considera un sustrato fáctico para el Derecho con condiciones mínimas⁴⁷² o estándares para que sea posible asegurar a la población el acceso irrestricto a los bienes ambientales y dentro de ellos los paisajísticos, en estos términos referimos a la “calidad de vida” que puede interesar a un orden jurídico cuando toma este parámetro para convertirlo en uno de los fines de su regulación y protección: en este caso, la Convención Europea del Paisaje respecto de su objeto. Tratándose de nuestro tema, parece redundante destacar que el placer y goce estético de contemplación de un paisaje, ocupa el último lugar de las necesidades humanas calificadas por el ambiente y que sólo movilizará interés cuando necesidades más primarias como las de un ambiente adecuado estén cubiertas. Por esta razón no incluimos al paisaje dentro de los elementos que satisfacen o contribuyen a conservar la vida sino a respetar la dignidad humana. En consecuencia, cubierto el valor vida, es posible hablar de calidad

⁴⁷¹ MARTÍN MATEO, Ramón. *La calidad de vida como valor jurídico*. RAP N°117 Sep-Dic 1988, pp. 51.

⁴⁷² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho Ambiental, fundamentación y normativa*. Buenos Aires 1995 pp. 41.

de vida o derecho a una vida digna⁴⁷³. Así, vida y dignidad se ubican en la jerarquía de valores de Occidente. Estos dos elementos “ambiente” y “calidad de vida” van juntos pero no se confunden, tempranamente el Programa de Trabajo de la CEE para 1988 dice...“*el ámbito del medio ambiente representa el marco indispensable para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida*”⁴⁷⁴...El Tribunal Constitucional español equilibra este concepto con el límite de protección de los denominados recursos naturales. Siempre la protección y el estímulo a la protección racional de los recursos naturales debe tener como límite la calidad de vida...“*para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida*”⁴⁷⁵...

En este contexto, este principio orientador de política paisajística, debe ser circunscripto al caso y considerado relativo a su contexto ambiental y paisajístico.

7.4.La “identidad” europea

No es casual que un segmento tan importante como el prólogo, reúna tal proliferación de intenciones coincidentes o al menos concordantes con la idea de la “identidad⁴⁷⁶” y en particular europea”. No es nuestro interés distinguir lo natural de lo cultural, con lo cual lo cultural se lleva la nota, y en consecuencia cabe interpretar que la idea del paisaje puede ser una oferta más dentro de un menú que pretende unir identidades. En este último caso, el paisaje sería una oferta más, sólo apreciada con importancia para quienes nos acercamos a estos temas desde la visión del ambiente y la naturaleza, y distraídos por estos objetos del Derecho que nos parecen consolidados por nuestra disciplina. Debe aceptarse la posibilidad de otras perspectivas bien

⁴⁷³ La constitución española en su preámbulo dice que se debe estimular el progreso de la cultura y la economía para asegurar...“*una digna calidad de vida*”...Concepto reiterado en el artículo 45.2.- Asimismo la Convención de Estocolmo de 1972 declara que...“*el hombre tiene el Derecho fundamental a la libertad, a la igualdad, y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*”...

⁴⁷⁴ BCE, Sup 1/1998 pp. 48. Ramón Martín Mateo. Op. Cit. 1991 pp.104.

⁴⁷⁵ TCE. Sentencia del 4 de noviembre de 1987. Citada por MARTÍN MATEO, Ramón en Op. Cit. 1991 pp. 104. BIBILONI, Homero, MORA, Sonia, FLORES, Marcela y SYBUT, María Laura. “Calidad de Vida, Derecho Administrativo y Medio Ambiente”. En Obra Colectiva: *Calidad de Vida y Derecho*. Ed Universidad de La Plata. La Plata 1993, pp. 20 in fine.

⁴⁷⁶ La idea de la “identidad” es tan fuerte y tan fácil de percibir que es lo primero que ataca un grupo agresor, impugnando primero la dignidad de un pueblo y a través de ella la identidad, caso de los genocidios armenio y judío.

diferentes en los formuladores de política de las distintas carteras del Gabinete europeo, en donde lamentablemente el ambiente no siempre es el que lleva la mayor parte de los votos de los electores en una democracia.

7.4.1.La “identidad” como elemento de un sistema

Antes de comenzar con el estudio del concepto “identidad” dentro de la Convención, por la importancia relevante que damos al mismo a partir del contexto generoso que los Convencionales le otorgaron. Se sigue que apreciamos a la Unión Europea como un sistema, igual que el paisaje que es otro sistema, ambos de diferente índole, pero con indudable vocación de caminar juntos desde nuestro examen jurídico, que no puede ignorar los demás enfoques susceptibles de ser aplicados a estos conceptos.

De manera tal, que abordar brevemente un estudio del vocablo “identidad” para determinar su correcta ubicuidad sistémica paisajística nos parece apropiado antes de examinarlo con lente jurídica. En esa inteligencia, cabe preguntar: ¿Cuál es la ubicuidad conceptual de este término: “identidad”? ¿Se trata de un objetivo meta-jurídico? ¿Qué alcance tiene –en consecuencia- en la Convención europea de Derecho del paisaje?

En un análisis ecológico, a nivel sistémico⁴⁷⁷, es útil plantear mecanismos de autorregulación para describir las propiedades de un sistema paisajístico como el

⁴⁷⁷ A esta altura del trabajo, se puede verificar que no seguimos un ideario positivista, que en algunos casos reduce al Derecho a un puro formalismo, riesgo que se corre al centrar y fundamentar el Derecho en el estudio de la norma en sí, independientemente de cualquier otra consideración. Tampoco sostenemos la idea de un estructuralismo jurídico o del Derecho como sistema. No ingresamos en este análisis, simplemente captamos una realidad compleja, que como tal requiere de muchas lecturas para su comprensión y tratamos de desentrañar su lógica, el perno que une todas las ideas, y a la faz dinámica de este conjunto lo asumimos como sistema jurídico. Antonio Hernández Gil, en un maravilloso pasaje de su obra “*Metodología*”...dice que...“*el Derecho y el Lenguaje, expresan relaciones inter subjetivas de comunicación humana: mediante el lenguaje se logra la inteligibilidad; mediante el Derecho se logra la convivencia. La inteligibilidad es al lenguaje lo que la convivencia es al Derecho. Ambos son formas de comunicación....la lengua y el habla, en su conjunto, esto es, el lenguaje, lo forman todo lo que puede ser dicho y cómo es dicho. Las realizaciones concretas son los actos del habla que se dan entre interlocutores determinados. Correlativamente el derecho como conjunto se integra por la totalidad de las relaciones que pueden ser configuradas y realizadas con base en los signos jurídicos*”...HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho*. Tomo II. Espasa Calpe. Página 462, 2º edición, Madrid 1971.

europeo, que halla su nivel óptimo en el estado de equilibrio o en sustentabilidad, palabra ésta última más de moda. Un sistema como el paisajístico, o cualquiera otro, se encuentra en equilibrio cuando puede superar perturbaciones, de manera que determinadas condiciones del mismo puedan mantenerse por tiempos más prolongados, tales como su denominación, pertenencia, carácter, etc., impreso por una cultura determinada, en este caso la europea. Estas condiciones, pueden administrarse para mantener sus efectos en el tiempo con diversas herramientas tales como el mercado, la integración o prohibición de especies exógenas, la veda o la autorización de caza, la emigración o inmigración, la legislación, la actividad de la Autoridad de Aplicación, etc.

Por esta razón, se dice que un ecosistema o un sistema paisajístico es sustentable o está en equilibrio cuando se da un compromiso entre las estrategias de “elasticidad” (resilience) y estabilidad⁴⁷⁸. Se entiende por elasticidad, la propiedad de un sistema de mantener su “identidad” incluso en presencia de intensas perturbaciones, por ejemplo el paisaje capaz de resistir catástrofes graves como una inundación pero pagando una fuerte regresión de las condiciones ambientales del sistema, puede resistir la incorporación de una especie exógena pero aceptando el cambio de su biodiversidad en donde algunas especies darán espacio a otras, o la inmigración humana aún aceptando que pueda ser fácilmente asimilable por la cultura receptora asumida como más poderosa, pero aceptando que ciertos cambios en la fisonomía de la sociedad van a ser aceptables⁴⁷⁹. Por estabilidad entendemos una estrategia de atajar en lo posible, las desviaciones lo más íntegramente posible, lo cual se hace a costa de una gran susceptibilidad frente a perturbaciones externas. Un sistema estable por tanto, tendería a una duración corta pero con alta complejidad. Un sistema elástico sería de larga duración, pero amenazado por la pérdida de su identidad, un sistema en equilibrio sería de duración media, variable y estaría amenazado en su identidad tan

⁴⁷⁸ HARDESTY, D. L. *Ecological Anthropology* New York 1977 pp. 21 y ss.

⁴⁷⁹ La inmigración italiana en la Argentina, no cambió el idioma, pero ha dejado marcas en la cocina de los argentinos que son permanentes, huellas en la arquitectura, y hábitos y costumbres que hasta el presente no se han podido medir completamente en sus alcances, no se trata solamente de teñir con determinados apellidos la mitad de la Guía telefónica, se trata de determinar los alcances sociológicos de esta inmigración o de cualquiera otra.

sólo tangencialmente⁴⁸⁰. En consecuencia el límite y estabilidad de un ecosistema o sistema paisajístico son términos heurísticos que sólo describen características inaccesibles a un nivel inferior⁴⁸¹. Lo mismo pasa con la identidad de un sistema, ya sea un ecosistema, o un sistema paisajístico como el europeo. ¿Qué es realmente la identidad de un sistema, o la identidad del sistema paisajístico creado por la Convención europea del paisaje, entonces? No puede basarse en la durabilidad de sus elementos⁴⁸² porque el sistema dura más que sus elementos y ante su colapso los elementos pueden reagruparse y formar otro sistema⁴⁸³. Es ante estos cambios, que parecen ser olvidados, o asumidos como de producción imposible en el futuro, que la identidad europea que menciona la Convención pasa a ser por lo menos problemática en lo cultural, y en lo natural⁴⁸⁴, se da un campo propicio para exigir como cuestión permanente que permita la vida. Porque la naturaleza que oficia hoy de soporte a una identidad puede ser soporte de otra bandera en el siglo que viene. Con lo que asumimos que esta identidad europea no está acabada, no llegó al fin de su historia, todavía hoy no podemos asumir una idea terminada de Europa que puede cambiar con irrupciones externas como las emigraciones e inmigraciones, las enfermedades, las guerras, sin contar las naturales como los terremotos o inundaciones. Asimismo debe contarse la evolución de sus unidades que pelean entre sí por el poder como las luchas y conflictos sociales ya sea de religión, poder político etc. Se ve que la noción “identidad” está condicionada por varios factores y es difícil encontrar valores permanentes e inmutables que nos ofrezcan idéntico rostro de la misma. De estos

⁴⁸⁰ SIEFERLE, Rolf Peter. “*Perspectivas de una investigación medioambiental histórica*”. En Debats. Nº45 Septiembre de 1993. pp. 55 y ss. Edicions Alfons El Magananim. Diputación Provincial de Valencia.

⁴⁸¹ *Ibidem* pp. 56.

⁴⁸² Los elementos de la Convención europea del paisaje, en primer lugar son las unidades al interior de la Unión Europea, los Estados que han firmado la Convención y ahora las trasponen, sus unidades políticas al interior de la misma con identidad diferencial, por ejemplo en España, la identidad de los catalanes y la de los manchegos, la de los vascos y los andaluces, los gallegos y murcianos sólo por citar algunos. Estas unidades, históricamente han estado en permanente cambio, hecho comprobable sólo con observar los diferentes colores del mapa europeo en el último siglo pasado.

⁴⁸³ La ex república de Checoslovaquia, que al desintegrarse del sistema comunista mayor, dio lugar a uno de los conflictos ambientales más importantes de los últimos tiempos como el que tuvo lugar por la represa Gabčíkovo – Nagymaros. O el caso de la ex Yugoslavia, en donde su desintegración dio lugar a destrucciones de paisaje protegido por la UNESCO como el célebre puente de Mostar. En los dos casos tenemos sucesiones de estados, algunos de los cuales, actualmente integran la Unión Europea.

⁴⁸⁴ Se comprueba aquí la sabiduría de la Constitución española en este punto y la de los maestros que concibieron esta fórmula de redactar artículos como el 45 y 46 separando lo que se puede acompañar pero jamás unir, mezclar o confundir.

factores la cultura, en este caso europea, condiciona al individuo porque los cambios que ella produce operan a nivel colectivo e histórico y cada generación hereda sin cuestionamientos su nacionalidad europea con todo lo que ella implica, replicando cuidadosamente sus modelos, que además cambian permanentemente.

La idea de “identidad” que tanto ha preocupado a los convencionales europeos en Florencia, pareciera asumir la idea de una identidad terminada, que ya no tendrá progreso, en síntesis se trata de una idea positivista. Y el positivismo⁴⁸⁵ es la idea que busca llevar al altar algunas ideas, el canon profano de lo que hoy consideramos inmutable, invariable, integrado, para encenderle velas que jamás se apagarán, porque la llama de estas ideas serán permanentes e inagotables, como el fuego de la Estatua de la Libertad en la Isla Ellis, actualmente alimentada por electricidad porque es más eficaz y porque el paisaje nocturno desde el Ground Zero es el mismo, la luz de un antorcha que siempre iluminará a la diosa razón para orientar a aquellos que vagan por las tinieblas, pensando que encontrarán el camino de los cielos.

Esta glorificación de los hechos, de las tejas rojas ya terminadas en los pueblos de montaña, cuyos colores nunca más habrán de variar, habitadas por los choznos de los germanos, francos, godos y romanos es una realidad consumada y terminada que no habrá de variar, y llegados a esta cima, la alta política será conservar lo consumado e inmutable: la vieja Europa. Por lo que la idea de Europa sólo puede realizarse dentro del Paisaje de Europa, y como Europa está consumada, su paisaje también y defendiendo lo uno defendemos y protegemos la inmutabilidad de lo otro, porque el devenir histórico europeo ya se ha consumado. ¿Es esta la idea subyacente?

⁴⁸⁵Cuenta Norberto Bobbio, que Arturo Carlo Jemolo, en “Confesiones de un jurista”, escribía en 1947..”*juristas y no juristas, sobre todo en las partes de Italia que han sufrido la ocupación alemana, nos hemos dado cuenta de que la vida moral no puede reducirse a fórmulas, por más que sean las más seguras y omnicomprendivas*”...Y Piero Calamandrei, al inaugurar en 1950, en Florencia, el Congreso Internacional de Derecho Civil, rechazaba aquella especie de cortesía científica que lleva a los juristas a creer que...”*nuestras construcciones lógicas, nuestros sistemas, son más verdaderos, más reales, podría decirse que aquella realidad práctica que se vive en los tribunales*”... BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. EUDEBA, Colección Ensayos. Buenos Aires 1965, pp. 7.

7.4.2. La “identidad” como elemento de la Convención

Estas ideas surgen tan sólo con una rápida mirada al segundo párrafo del preámbulo que confiesa el objetivo de alcanzar la unión más estrecha entre los integrantes del Consejo de Europa, o sea de sus Estados miembro, para promover ideales y principios que son un patrimonio común, entendemos de Europa, que normalmente se alcanzan con acuerdos en los campos económico y social. Es decir que el paisaje está dentro de este contexto en donde no está precisamente la naturaleza que es lo que estamos acostumbrados a leer los científicos con formación jus-ambiental. La pregunta natural es ¿Qué tiene que ver la economía y lo social en la parte más importante de un texto legal, si de lo que éste habla trata de proteger es un paisaje? Seguramente la respuesta nos dirá que no se trata sólo de ambiente sino también de cultura, y ¿qué parte de la cultura? Podremos responder que en este caso sólo la que se ocupa de copular con la naturaleza para parir el término paisaje, mientras la otra parte de la cultura se mantiene operativa para fungir otras políticas con la misma finalidad de fundar o consolidar (no está claro) una “identidad” europea que si se destinan tantos recursos para ella será porque todavía no existe, porque hay necesidad de fundarla para definir quiénes la integran y quienes no, o bien, porque habiendo sido creada y consumada o terminada ahora es preciso conservarla. Se ve cómo el Derecho ocupa un lugar secundario, operativo para responder a las acciones de los diseñadores de Altas Políticas Públicas en el espacio pan-europeo⁴⁸⁶. Algo en todo esto es tranquilizador, hay democracia directa en este diseño, y hacia donde apunte el barco europeo es respuesta de su población, no sólo de una elite ilustrada que hila políticas para el próximo milenio.

⁴⁸⁶ La duda que surge en consecuencia es si la referida “identidad” como creación positivista se define en términos teóricos o ideológicos. Damos cuenta de la cuestión con la reflexión de un autor positivista...”por “teoría” entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descriptos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después de un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por “ideología” entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola si la valoración es negativa”... BOBBIO, Norberto. Op. Cit. 1965 pp. 40.

Otro tema que mueve a la reflexión en este prólogo es que el paisaje...*"contribuye a la formación de las culturas locales y que es un componente fundamental del patrimonio cultural europeo, que contribuye al bienestar de los seres humanos y a la identidad europea"*...Vale preguntarse que si Europa ha tenido una Edad Media que duró mil años, una Edad Moderna -con Renacimiento e Imperios donde no se ponía el sol, con descubrimiento de América- que duró trescientos años y una Edad Contemporánea con nacimiento del Estado Moderno, surgimiento de los Derechos Humanos, consolidación de su pensamiento filosófico y sentimiento religioso, que llevo otros dos siglos, otra pregunta que cabe formularse es qué identidad europea se puede formar con un catálogo paisajístico que si es patrimonio cultural de Europa (ya no de un Estado parte solamente) lo es desde hace 1500 años en que los germanos llegaron al Rin o los Visigodos a la Iberia o más aún desde que las mujeres latinas se dejaron tomar por los romanos. Cuál es la identidad de la que se habla, acaso no hay identidad desde siempre. O acaso hay otras identidades que no deben pertenecer, cambiar o alterar esta identidad que se quiere mantener⁴⁸⁷? ¿O se trata de conservar una identidad positiva que es considerada como finalizada? Sólo se cuida lo que lleva amenaza por otros, para la desertificación ya hay convenciones que tratan el problema. No afirmamos que el elemento ambiental no sea relevante en esta Convención pero ciertamente no ocupa el centro de la escena, que sí es desempeñado por el tema cultural que se agrega a ese sustrato natural que ahora se denomina paisaje.

7.4.3.Seguridad, identidad y paisaje

En consecuencia. ¿Qué se protege con una Convención sobre paisaje además del paisaje? ¿Cuál es el elemento que yace desapercibido y que es tan importante identificar y proteger? La única respuesta que admite especulación es el mantenimiento de la seguridad europea, con una de las políticas más sutiles que se puedan haber diseñado para tal fin. Ante la amenaza de una millonaria "inmigración" que recibe Europa de países que antiguamente pusieron nombre a muchos de sus lugares tales

⁴⁸⁷ Solamente en España en quince años se recibieron 5,7 millones de extranjeros empadronados, 12% de la población en 2010.-RMTEI N°85, pp. 13 editorial.

como Guadalquivir, Alicante o Andalucía, y que han regresado con una lenta inmigración como la de México en los Estados Unidos, en un contexto en donde la población nativa decrece⁴⁸⁸, cambiando la fisonomía de la población con un tono más oscuro y profesando religión de manera practicante, que contrasta con el laicismo europeo, y que construye una idea central del Occidente cual es la idea de la verdad en un matiz que no coincide precisamente con sus términos. Sus prácticas familiares son diferentes y como si fuera poco su arquitectura tiene una lectura propia, es decir provienen y (re) producen un paisaje diferente. Si se trata de cuidar el patrimonio europeo cabe preguntarse si es más importante conservar el castillo y la colina sobre la cual está construido o sólo el castillo y la colina queda para otro ordenamiento. Al mismo tiempo evitar la construcción de una mezquita en la colina siguiente, o si esto es indiferente para el ciudadano europeo medio, la proliferación de barrios con carteles con otros alfabetos y vestimentas que recuerdan a otras culturas y no la europea, con paros y piquetes que muestran el lado oscuro de la ciudad que permanece callado para denotar su presencia con un estallido cada tanto. De manera que los únicos paisajes existentes para el sistema europeo serán los catalogados, registrados y ordenados y serán excluidos los paisajes que no ingresen en este paisaje europeo, de la misma manera que para el Estado solo son delincuentes los que impactan la legislación penal y son penados por el sistema judicial. Ahora, tanto como la criminalidad es un fenómeno normativo, el paisaje seguirá en la misma tónica hasta convertirse en una categoría legal, en una creación del Estado de Derecho. De qué manera se impondrán los valores paisajísticos dominantes en la Europa de la Convención Europea del Paisaje y la legislación que la complementa, todavía no hay respuesta. No es posible afirmar si se corregirán con el Código Penal que es el instrumento jurídico diseñado para corregir todo tipo de distracciones a los valores sociales de nuestra sociedad, o con otro tipo de metodologías, pero es evidente que cabe esperar algún tipo de reacción por parte del Estado a fin de imponer su decisión de mantener la identidad europea. De manera que en tanto y en cuanto se acepten los valores europeos, un inmigrante podrá

⁴⁸⁸ ANDREU, Domingo – GIL ALONSO, Fernando – GALIZIA, Francesca. “De La expansión económica a la crisis: cambios en los factores demográficos de inserción laboral de la población de España e Italia”. En RMTEI N° 85, Madrid 2010. pp. 81 Este autor muestra un cuadro en donde destaca los nacimientos en valor absoluto desde 1969 hasta 2008 en España e Italia exhibiendo que han caído desde casi un millón de nacimientos anuales a la mitad.

considerarse en armonía con el sistema legal ocupando la función que la sociedad le hubiere reservado.

Si el concepto de “paisaje” puede ser operativo para montar un gran marco teórico social que pueda nivelar y controlar la inmigración en una Europa cuya elite pretende que siga siendo Europa, es la gran interrogante de los próximos años. Es evidente que el ciudadano europeo medio comparte valores que son masivos y unánimemente aceptados. El laicismo para algunos, la religión cristiana para otros, el Estado de Bienestar, la Democracia, los Derechos Humanos, el Derecho Romano, la equiparación femenina, por mencionar algunos caracteres. ¿Cómo se insertan y conviven guetos de comunidades con valores contradictorios a estos? en donde se reza 5 veces al día, la mujer cubre su rostro, y acepta compartir su status matrimonial junto a otras esposas del mismo marido, en donde los comedores no tienen sillas y los platos no llevan cubiertos y en donde en definitiva el Corán está por encima de la ley del Estado. ¿Qué reacciones pueden surgir con las comunidades europeas más conservadoras, en su lenta emigración a las ciudades por la actual división internacional del trabajo que torna ineficiente la producción de alimentos europea por su altísimo costo y que tarde o temprano chocará con estos sectores peleando por un mismo puesto de trabajo? El paisaje urbano será el escenario de este choque de civilizaciones que traen en sus alforjas paisajes tan diferentes como los de Cézanne y los del Sáhara, dos escenarios que por generaciones producen hombres muy diferentes, ahora conviviendo en el mismo arrabal de una gran ciudad europea armando la dinámica del mismo paisaje con las mismas viviendas de alquileres bajos y habitaciones con humedad, periféricas, lejos del consumo de los buenos empleos y equiparados a la postergación de un magrebí, pero compartiendo el mismo hábitat. La pregunta que surge es ¿De qué manera se puede controlar la evolución de este paisaje? Aparentemente, una propuesta para mantener este equilibrio es esta Convención, se trata de un equilibrio dinámico con una hipótesis de precariedad que siempre deberá ser gerenciado por la política para que no se note que el paisaje cambia, para que parezca que siempre se trata del paisaje europeo, quizás para mantenerlo por más que los acuíferos cambien su composición química sin alterar el verde que crece sobre el

tapiz, pero con un lento cambio de la genética cultural y racial de quienes prestan la dinámica a este paisaje. Como todo conflicto, requiere de una propuesta de paz, en donde elementos tan inofensivos como el paisaje pueden fungir de argamasa para la quietud de las pasiones y unificar con los otros elementos del Estado de Derecho, tales como el Derecho, el trabajo y el consenso en el pago de impuestos, la asistencia social y la educación pública: osea las políticas de inclusión del Estado Social de Derecho, el que aspiramos a denominar Estado Ambiental de Derecho para controlar una sociedad posiblemente armónica. La adhesión a estos valores identitarios que menciona el preámbulo de la Convención Europea del paisaje no lleva los alcances del sentimiento de nacionalidad, pero alcanza para encuadrarlo en sus fines, al menos presuntamente, pero que legitiman al Estado de Derecho y al Consejo de Europa porque disciplinar al desviado sirve para reinsertarlo a la sociedad.

Si es verdad que el control social, es el fantasma que anima estas sutiles políticas culturales de la vieja Europa, es cierto que las elites de este continente han decidido disimular el brazo de hierro de la represión de hace solo 60 años en la Segunda Guerra Mundial (no hace 600 años, tan sólo 60) por un guante de seda que se ha dado en llamar “paisaje”, pero aquí los jus-ambientalistas dejamos de ser científicos para ser militantes políticos de una verdad institucional que opera a nivel del control social.

7.4.4.Últimas observaciones

Esta es la razón por la cual nuestro punto de partida en esta tesis no es la norma, sino el hecho del “paisaje”, hemos construido ese fáctico remontándonos a la Edad Media para volver y encontrarnos con la conducta estatal reciente respecto de lo que damos en llamar “paisaje”. No se ignora en esta tesis el estudio de los procesos a través de la cual la ley ambiental y paisajística es producida, no se ignora el status quo legal es decir la objetividad del sistema, se aprecia que esta Convención trata de consolidar, dar por finalizado o en todo caso terminar de construir un paisaje en el que todos estén incluidos y acepten su lugar en el cuadro. Esta meta social que no proviene

del cielo sino del Convenio Europeo del Paisaje es fruto de una elite europea que tiene la finalidad de mantener a la vieja Europa como tal con tanta fuerza que el principio de subsidiaridad (Art 4º) está preparado para intervenir, si el Estado parte demora sus responsabilidades asumidas y fracasa la cooperación. Ello se verifica si se tiene presente que en la interpretación del Consejo Europeo el principio de subsidiaridad no se refiere al ejercicio de sus competencias atribuidas a la Comunidad sino al ejercicio de esas competencias a nivel comunitario. Su ejercicio debe mantener...”*Íntegramente el acervo comunitario, no debe afectar la primacía del Derecho Comunitario ni cuestionar el artículo F del Tratado de la Unión según el cual la Unión se dotará de los medios necesarios para llevar a cabo sus políticas. Además el Consejo Europeo caracteriza el principio de subsidiaridad como concepto dinámico; es decir permitirá que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e inversamente se restrinja o abandone cuando deje de ser justificada*⁴⁸⁹...Asimismo las acciones de la Unión no exceden de lo necesario para alcanzar sus objetivos, es decir con proporcionalidad (Art 3º del Tratado de la Unión).

8.Orientaciones o Principios Generales del Paisaje

En las denominadas “orientaciones para la aplicación del Convenio del Paisaje se anotan una serie de consejos como medidas para mejor proveer a una buena política paisajística, lo que en España se denomina la “gobernanza”, en el caso del paisaje⁴⁹⁰. Estas orientaciones⁴⁹¹ o consejos, tienen diferente índole, algunas de tipo

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *El Principio de Subsidiaridad en el Ordenamiento Europeo*. Mc Graw – Hill. Madrid 1996.

⁴⁹⁰ El grupo de trabajo responsable de elaborar las orientaciones para la puesta en práctica del Convenio Europeo del Paisaje se ha reunido en varias ocasiones, a invitación de la Secretaría del Consejo de Europa produciendo varios informes reunidos en documentos tales como: T FLOR (2004); T FLOR (2005) 1, 5, y 6; T FLOR (2007) 1, 2. Participaron en estas reuniones de trabajo Jean François Seguin (Presidente) y Mireille Deconinck, Ana Di Benne, Lionella Scazzosi, Giuseppe Raaphorst, Niek Hazendonk, María José Festas, Cristina Hertia, Joan Ganyeti i Sole, Florencio Zoido, Enrico Buergi, Andreas Stalder, Graham Fairclough. Participan como observadores Alexander Kiss, Domenico Amirante, Laura Asunta Scialla, Viaceuzo De Falco, Jérôme Fromageu, Isabelle Jeurissen Jessica Makowiak, Etienne Orban de Xivry. Expertos del Consejo de Europa: Lionella Scazzosi, Yves Luginbül, Michel Prieur, y Regis Ambroise, Secretaría del Consejo: Maguelonne Dejean Pons. Cita tomada de Convenio Europeo del Paisaje, textos y comentarios. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio ambiente. Madrid 2007. pp. 112.

⁴⁹¹ Designaciones éstas últimas que preferimos a las utilizadas por el texto en análisis en el Título de su primera parte: “Principios Generales”, que de existir a nuestro juicio deben encontrarse en el Texto del Convenio y no en un comentario al mismo por más que provenga de expertos. Los principios deben emanar de la fuente misma o de la

teórico, otras metodológicas y hasta prácticas. Pero todas llevan la intención de coadyuvar a una mejor aplicación de las políticas que surgen desde la Unión, teniendo en cuenta lo inusual del instrumento y que ante las dimensiones actuales de la Unión Europea, es casi natural que existan diferentes grados de avance en esta política y diferentes definiciones de los términos de la voz “paisaje” no sólo en lo idiomático sino en lo político y científico. Y todo ello pasando por alto el notable desarrollo y evolución que ha tenido esta palabra en los últimos años, cambiante como el universo que define, y que aún parece no haber encontrado su lugar definitivo.

Los criterios generales que surgen de estas orientaciones, según nuestra interpretación, son los siguientes⁴⁹²:

**Integridad del paisaje*⁴⁹³: Se toma en consideración el conjunto del territorio, espacios, rurales, naturales, urbanos y periurbanos, concierne tanto a aguas interiores como las marítimas, sin discriminación de regiones o soberanías.

**Conocimiento del paisaje*: Se debe identificar, catalogar, ordenar y registrar el paisaje conocido por toda la comunidad y el conocido por pocos pero significativo tanto reciente como histórico, porque nadie se sensibiliza con lo que no conoce.

**Sensibilización del paisaje*: Para que el paisaje sea masivo debe ser conocido y accesible para todos, los paisajes no son para sólo para los especialistas porque deben producir arraigo social para que la población identifique sus vínculos con el paisaje y sus entornos cotidianos lo que asegura su calidad de vida.

**Estrategia paisajística*: Para alcanzar conocimiento masivo, el Estado en todos sus niveles debe trazar estrategias políticas y programas con objetivos de calidad paisajística.

práctica consuetudinaria, uniforme, aceptada como obligatoria y justa de las naciones de la tierra. No es lo que sucede con esta novedad como creatura jurídica que es el paisaje, que en todo caso le serán aplicables los principios generales del Derecho Ambiental, de factura tan novedosa que ni siquiera la Declaración de la CNUMAD 92 se atreva a elevar a la categoría de tal en su Principio 15 al Precautorio, una de las instituciones señeras de esta disciplina.

⁴⁹² Ibídem pp. 115.

⁴⁹³ T-FLORE (2007) 8.- Convenio Europeo del Paisaje. Consejo de Europa sobre la Conferencia Convenio Europeo del Paisaje. Palais de l'Europa, Estrasburgo 22 a 23 marz, 2007. Proyecto de directrices para la aplicación de Convenio Europeo del Paisaje. Estrasburgo, 20 de marzo 2007.

**Integración:* Se debe integrar el paisaje a las políticas de ordenación territorial para su mejor protección y gestión. Asimismo se debe integrar la dimensión paisajística en todas las demás dimensiones políticas del Estado, tales como la gestión energética, el transporte, la cuenca hidrográfica, turismo, agricultura, áreas protegidas, etc.

**Participación pública:* Toda decisión política sobre paisaje debe estar precedida por procesos de participación de la población en la toma de decisiones.

**Calidad:* Cada proyecto de ordenación debe llevar como premisa mantener o mejorar el paisaje con reglas adecuadas y compatibles, sintonizando la gestión al paisaje y no el paisaje a la gestión. Se trata de proveer calidad para el conjunto y no sólo para lugares excepcionales, constituyendo una defensa pasiva para lugares aislados del territorio con habilitaciones sólo por especialistas en su modificación.

**Información libre:* El intercambio de información, experiencias y estudios debe estar asegurado para fortalecer el desarrollo del paisaje.

**Educación:* Los paisajes deben ser objeto de estudios profundos para conocer el conjunto del territorio, incluyendo programas escolares y carreras universitarias y publicidad masiva para lograr la sensibilización popular con sus paisajes.

**Evaluación paisajística:* Se proveerá a la aplicación de técnicas de evaluación de impacto ambiental común (EIA) y estratégica (EAE) para evaluar las consecuencias de estos proyectos de ordenación. Para ello es importante incorporar la dimensión paisajística a estos planes de paisaje, ordenación territorial paisajística, etc. Pero sucede que no todas las obras están sujetas a evaluación de impacto ambiental, pero si requiere autorización administrativa debería requerir evaluación paisajística por lo que es indiferente que no sea exigible EIA para el paisaje porque la problemática que se evalúa con el paisaje es complementaria con la EIA pero diferencial.

**Subsidiaridad:* La política de paisaje es una responsabilidad compartida por todas las dimensiones del Estado desde la Unión hasta el último de los municipios, conforme la aplicación subsidiaria del organismo jerárquicamente superior por defecto del inferior, que actuará en forma proporcional y complementaria a la demanda paisajística, sin suplir la actividad estatal competente y en la medida de su inactividad.

III. Derecho autonómico del paisaje en España

1. Antecedentes

Desde mucho antes de la Convención de Florencia de 2000, el legislador español en materia de suelo urbano ha legislado sobre la cuestión sin perder de vista el tema del paisaje, sobre el cual ya había centrado su importancia en la ley con una disposición que puede ser apreciada actualmente como aislada pero que en su momento, marcó un hito estético en el Derecho español por requerir una suerte de congruencia con su contexto que era absolutamente novedosa. Pretendemos hacer referencia a una norma de 1992⁴⁹⁴... *“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”*... Se puede ver que la intención de mantener la armonía del paisaje, lo que los ingleses de 1950 denominaron la “amenidad del paisaje”, era una idea presente, que permitía ya advertir la legislación que vendría pocos años después.

Pero esta legislación tuvo críticas, por su complejidad y demora en los trámites administrativos que poco a poco fue incidiendo en una inevitable limitación de la oferta del suelo, y produjo el efecto contrario del que busca toda ley: desorden de su contenido⁴⁹⁵. Ante esta situación se sancionó una nueva Ley, de tono más flexible que pudiera garantizar condiciones básicas de equiparación de oportunidades en el acceso

⁴⁹⁴ Art. 138 de la Ley del Suelo, R.C.L. 1992/1468. BOE N°156 del Martes 30 de Junio de 1992, pp. 22238.

⁴⁹⁵ GARCÍA, Antonio Román. “Medio Ambiente, planificación urbanística y turismo”. Ponencia presentada en las *Segundas Conferencias sobre el Medio Ambiente: Turismo y Medio Ambiente*. Castellón, 8 al 12 de Noviembre de 1999... *“han provocado una complejidad y demora hasta extremos verdaderamente irrazonables de las actuaciones urbanísticas, lo que unido a la inevitable limitación de la oferta del suelo, producirá una grave dificultad en la ordenación técnica territorial, una multiplicidad de actuaciones de naturaleza administrativa, que inciden en la adecuada y conveniente fórmula de desarrollo de las actividades empresariales del sector y en el encarecimiento del producto final, con el consiguiente perjuicio para empresarios, propietarios y particulares en general”*...

al recurso regulando materias puntuales como el régimen de expropiación forzosa, las valoraciones, normas sobre responsabilidad en la actuación pública, etc., son las Comunidades Autónomas quienes tendrán a cargo desarrollar y regular estas materias.

2.La regulación del recurso suelo en España

La Ley 6/1998 de 13 de abril⁴⁹⁶, sobre régimen del suelo y valoraciones es la norma que da marco a este pedido de flexibilización para facilitar la regulación del recurso en todo el territorio español, posibilitando que el suelo no incorporado a la categoría de urbano, pueda serlo fácilmente siempre que no existan razones poderosas para su impedimento. Entre estas razones se encuentra una que introduce directamente a nuestro tema de estudio porque se refiere al paisaje como una razón para su tutela, entre otros valores que también serían amenazados por el urbanismo y que por ello ameritan su protección y preservación tales como los ambientales, históricos, arqueológicos, científicos o culturales, de su riqueza agrícola, forestal, ganadera o de otra índole, o de su justificada inadecuación para el desarrollo urbano.

No obstante, es necesario destacar que esta ley no tiene competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio en un sentido propio. Sólo puede poner a disposición de las Comunidades Autónomas...*regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común*⁴⁹⁷...Esta decisión del Tribunal Constitucional fue el marco conceptual incorporado a la ley 6/1998 de 13 de abril estableciendo entonces que el Estado⁴⁹⁸ no tiene competencia constitucional en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, de lo que se sigue que no puede *per sé* conducir este cometido estatal, tan sólo acompañar a las Autonomías regulando las condiciones básicas referidas en la Sentencia.

⁴⁹⁶ Ley 6/1998 de 13 de abril. BOE N° 89 del 14 de abril de 1998, pp. 12.296.

⁴⁹⁷ TCE 20 de marzo de 1997 (BOE N° 99 (Suplemento) del Viernes 25 de abril de 1977, N° 8872, pp. 3.

⁴⁹⁸ Lo que en la Argentina se denomina “Estado Nacional”.

El criterio que discierne la Ley reenvía a la razonabilidad del legislador local, brinda las armas necesarias para protegerlo, otorgando razones que sin estar reglamentadas tienen un amplio espectro de aplicación para su tutela, pero también para la negación de la misma para el caso de enfoques políticos desaprensivos para con el ambiente y el paisaje entre otros, dirigidos a enfatizar las razones de mercado y parte de la necesaria reforma estructural de la economía, con las competencias del artículo 149.1.13.a de la Constitución Española. El grado de apertura será propio de cada tiempo, no obstante para quienes persiguen la conservación del paisaje y el ambiente en todo tiempo y lugar, es verdad que el tono de aplicación de esta norma bajo los escudos reguladores disponiendo un escenario en donde los embates del mercado tendrán más posibilidades de éxito en sus misiones pecuniarias antes que ambientales y paisajísticas. Esta idea surge desde que las actuaciones urbanísticas que seguirían tienen la posibilidad de delimitar planes sectoriales, asegurando con cada promotor la ejecución, a su costa, de las infraestructuras de conexión con los sistemas generales que la naturaleza e intensidad de dichas actuaciones demande en cada caso e, incluso, el reforzamiento y mejora de dichos sistemas generales cuando ello resulte necesario, exigencias mínimas éstas que por su carácter de tales contribuyen a delimitar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, pero en donde el margen de maniobra del mercado es muy amplio, y tentador para un Estado siempre necesitado de fondos para servicios urbanos tan costosos y requirentes de financiación. Si es posible mantener un equilibrio entre los objetivos de las partes: paisaje, ambiente y servicios por un lado y mercado y lucro por otro, no debe haber objeciones. El problema es que este equilibrio es demasiado sensible con frecuencia y permite suponer una razonable desconfianza a que las poblaciones que aprueben cada ordenamiento territorial de acuerdo a un determinado planeamiento autonómico puedan obtener lo más preciado que es conservar la imagen de la ciudad que la comunidad que lo aprueba considera deseable, como verdadero interés público que no desvirtúe el

Derecho de Propiedad⁴⁹⁹. Evidentemente esto último no es fácil, pero la faena política trata justamente de esto, de mantener en sintonía de posible armonía los conflictos de la sociedad de su tiempo.

3.La fractura hidráulica (fracking) y su potencialidad subversiva al bloque de protección ambiental y paisajística

La crisis de los energéticos primero y la de los denominados “hidrocarburos convencionales” después, llevó a las modernas economías a exprimir las últimas gotas del zumo de la naranja, con el descubrimiento de los “hidrocarburos no convencionales⁵⁰⁰”, ahora de extracción posible con la tecnología actual mediante un procedimiento de extracción denominado fractura hidráulica o “fracking”⁵⁰¹, que es un método para extraer petróleo ya no de un lago subterráneo sino de una gigantesca “miga de pan” impregnada del fluido. El fracking permite que este fluido presente en una masa geológica compuesta de pelitas, y otras rocas sedimentarias de grano fino se extraiga a la superficie; como insertar un sorbete para absorber el zumo que impregna una miga de pan en el fondo de un vaso, arrastra no sólo materia líquida sino semi

⁴⁹⁹ Artículo 1. Ley 4/ 2004, de 30 de Junio, Objeto de la Ley. *Es objeto de la presente Ley definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional.*

⁵⁰⁰ ...”El término hidrocarburo no convencional es poco afortunado, ya que “no convencional” no es un rasgo intrínseco del recurso (tanto el gas como el petróleo obtenidos son, composicional y genéticamente, exactamente iguales), sino de las características geológicas del yacimiento donde se ubica, de las condiciones en las que están atrapados en la roca madre y de la técnica empleada para su extracción. Como digo, la explotación de un yacimiento no convencional exige la estimulación de la roca madre donde se encuentra atrapado el recurso, y para eso se utiliza una técnica de estimulación conocida como fractura hidráulica (del inglés hydraulic fracturing o fracking) que —simplificadamente— consiste en inyectar a muy alta presión millones de litros de agua mezclados con productos químicos y arena en los yacimientos del subsuelo, a unas profundidades en torno a los dos kilómetros, para conseguir que la roca se rompa y libere el recurso a través de una serie de pozos (cientos de ellos) excavados en la superficie”... MOREU CARBONELL, Elisa. “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)” Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. III Núm. 2 (2012), pp. 4.

⁵⁰¹ El Fracking, es la tecnología utilizada para la extracción de gas y/o petróleo no convencional, es un proceso mediante el cual se logra extraer gas natural o petróleo alojado en poros muy pequeños, en rocas con alta concentración de materia orgánica depositada y descompuesta durante millones de años. Estas fuentes de hidrocarburos fósiles o reservorios no convencionales, son la fuente madre del petróleo. Se denomina a esta fuente, la roca generadora o roca madre ya que es la que “produjo” el hidrocarburo a que expulsa el mismo hacia los reservorios convencionales de petróleo que más comúnmente conocemos y que por muchos años extrajimos y seguimos extrayendo de la tierra. Fracking Argentina, informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en la Argentina. Ed CEDHA y ECOJURE. Buenos Aires 2013

líquida y semisólida porque la permeabilidad en un medio menos fluido es diferente. Las poblaciones cercanas a estas explotaciones padecen ruido, vibraciones y ...”*olores propios de las operaciones de perforación, y las molestias provocadas por los miles de viajes que realizan los camiones para transportar los fluidos de fractura, que también suponen una degradación del paisaje. No obstante, estas operaciones duran apenas unas semanas por cada yacimiento, y aproximadamente uno o dos meses después del comienzo de la perforación la mayoría de equipamientos se retiran*⁵⁰²... siendo incompatible su práctica con la habitabilidad, la agricultura, la ganadería, la viticultura y el turismo⁵⁰³. A menudo se relacionan determinados sismos en los lugares de explotación con el fracking, porque lisa y llanamente se eliminan los cimientos geológicos de la civilización que ha construido el patrimonio cultural encima del natural.

El problema con esta metodología en relación al paisaje es que no figuraba en el inventario para ser ordenada desde el punto de vista territorial y paisajístico, ni siquiera

⁵⁰² MOREU CARBONELL, Elisa. Cit, pp 10.

⁵⁰³ Agua: Un pozo de fracking necesita miles de millones de litros de agua. Una única plataforma puede incluir de 1 a 6 pozos, lo que multiplica las necesidades de agua en el lugar. Una zona afectada puede tener varias plataformas de extracción por km². El uso de sustancias químicas tóxicas puede contaminar los acuíferos, puesto que el fluido que queda bajo tierra podría filtrarse. El fluido recuperado se bombea al exterior para ser almacenado en balsas que, si se desbordan o rompen, contaminarían las aguas superficiales. Aire: La evaporación del fluido recuperado y almacenado en balsas produce emisiones de productos químicos a la atmósfera. A esto hay que sumar la emisión de gases de efecto invernadero (CO₂) y partículas contaminantes producidas por la maquinaria de extracción. Efecto invernadero: A las emisiones de CO₂, producidas por la maquinaria de extracción, se suma la fuga de metano producido por los propios pozos de fracking. El metano contribuye al efecto invernadero 25 veces más que el propio CO₂. Riesgo Sísmico. El fracking interfiere en la sismicidad de una zona y puede activar una falla cercana, lo que provocaría pequeños seísmos. Además, a veces se deshacen de los líquidos contaminantes que se extraen del proceso inyectándolos en pozos subterráneos a gran profundidad, lo que puede producir terremotos de magnitudes de hasta 5,7° en la escala Richter. Pérdida del paisaje y del terreno para cultivo: Cada plataforma de fracking necesita una hectárea libre de vegetación, la construcción de carreteras, gaseoductos, instalaciones, etc.; siendo incompatible su práctica con la habitabilidad, la agricultura, la ganadería, la viticultura y el turismo. Contaminación de suelos al cerrar los pozos: Una vez acabada la explotación de una plataforma, el terreno nunca volverá a estar como antes y el suelo quedará permanentemente contaminado. Esta situación puede agravarse en caso de negligencias y las incorrectas descontaminaciones de aguas y lodos tóxicos. Contaminación sonora: Las perforadoras, motores de maquinaria, bombas hidráulicas y el tráfico intenso de camiones de transporte producen ruidos imposibles de mitigar. CAMPERO ARENA, Claudia. “Impactos socio-ambientales en los procesos de fractura hidráulica”. En ROBLES MONTOYA, Benjamín (Coord). *El impacto social y ambiental del fracking*. Senado de la República - Alianza mexicana contra el fracking. México 2014, pp 41-47. Ver también NATURAL GASS, *Flow Back, How the Texas natural gas boom affects health and safety*. Texas Ogap – Earthworks. Fort Worth 2011. Éste último es el mejor estudio al que hemos accedido en relación a los efectos del fracking.

minero⁵⁰⁴, que es un simple método para posibilitar el acceso a energía en un mundo de escasez que relaja conciencias, y que la “energía” en la arena jurídica es depositaria de una competencia diferencial que puede ser influida con lo ambiental y paisajístico pero que no se confunde⁵⁰⁵. No es casual que se mire este tema con desconfianza dada la importante cantidad de licencias otorgadas en el mundo y en particular en España por algunas Comunidades Autónomas⁵⁰⁶, y es la razón que justifica la idea que encierra este título. Sintéticamente, la Unión Europea señala el problema⁵⁰⁷ pero deja librado a los Estados miembros la decisión de utilizar la técnica del fracking⁵⁰⁸ que no siempre pueden tener un marco jurídico adecuado para controlar temas energéticos en conflicto⁵⁰⁹. España no ha sido hasta ahora uno de los países que por ley del Estado hubiera rechazado claramente la técnica del fracking⁵¹⁰ y por ello hay señales de

⁵⁰⁴ En el derecho español de minas, como ocurre en Francia, no existe un marco jurídico propio para los hidrocarburos no convencionales, cuya explotación se somete al mismo régimen que los convencionales (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, LSHi; RD 2362/1976, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos, RHHi; y demás normativa de desarrollo) MOREU CARBONELL, Elisa. Cit, pp 25.

⁵⁰⁵ Al menos en España debe tenerse presente lo dispuesto en la Ley 17/2013, Disposición final cuarta...”tiene carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1.13 y 25 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para determinar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y las bases del régimen minero y energético, respectivamente”. Así, aunque la voluntad del legislador sea imponer “la unidad de criterio”, el carácter básico de la norma sólo le permite, en principio, establecer un mínimo común denominador normativo que puede ser objeto de desarrollo autonómico”... Ver SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. “Las claves jurídicas del debate sobre el fracking”. En: Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. V Núm. 1 (2014), pp 17.

⁵⁰⁶ DOGC 27/09/2012. Por la que se autorizan en la Generalitat de Catalunya dos permisos de exploración que afecta a 70 municipios. DOGC 02/10/2012. Por la que se extiende autorización a Teredo Oil Limited.

⁵⁰⁷ El primer informe del Parlamento Europeo cree que deberían reconsiderarse estos umbrales para incluir la fractura hidráulica, puesto que la explotación no convencional requiere la instalación de un gran número de pozos que, pese a su baja tasa de extracción, tienen graves repercusiones sobre el paisaje, el consumo de agua y los recursos naturales. MOREU CARBONELL, Elisa. Cit, pp 14.

⁵⁰⁸ Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro. Recomendación de la Comisión 2014/70/UE, de 22 de enero de 2014, relativa a principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen. En ambos casos queda claro que la decisión primaria corresponde a los Estados miembros. En concreto, son ellos quienes “deben decidir” si quieren permitir el fracking. LOPEZ RAMON, Fernando, “En la polémica del <<fracking>>”, en: F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 52 y ss, pondera, no obstante, la importancia de esta Recomendación en relación con lo que él denomina las “carencias en el régimen jurídico del fracking”, especialmente notorias a su juicio en el caso español.

⁵⁰⁹ Es sintomático que el *Code Minier* francés no contemple la información pública para el otorgamiento de permisos de exploración, ni siquiera para iniciar los trabajos mineros de perforación. Esto lo lleva a incumplir la Directiva 2003/4/CE, sobre información ambiental, sino también la Convención de Aarhus, ratificada por la UE, y, por supuesto, la propia Carta constitucional del Medio Ambiente (art. 7) MOREU CARBONELL, Elisa. Cit, pp 24.

⁵¹⁰ Tales como Francia. Ley n° 2011-835, de 13 de julio de 2011. SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Las claves jurídicas del debate sobre el fracking*”. Cit., p 4.

alarma en este contexto que hasta han utilizado el ordenamiento paisajístico para frenar la aceptación del fracking, como el caso del Ayuntamiento de Valderredible, en el que la Corporación municipal ha decidido por unanimidad solicitar, con carácter de urgencia al Gobierno de Cantabria, que se aumenten la zonas BIC (Bien de Interés Cultural) para designar "Paisaje Cultural" a toda la extensión de Valderredible, como medida de protección patrimonial ante técnicas que pongan en grave riesgo la riqueza natural de este territorio⁵¹¹. La creatividad, aún la política, denota una posibilidad defensiva para el paisaje pero sino una laguna legislativa, al menos un marco teórico legislativo no definido en términos claros.

Por estas razones, cabe preguntarse si técnicas de ordenación paisajística convencionales como las citadas en el presente estudio o las empleadas por el Municipio de Valderredible pueden en definitiva ser operativas para regular harinas de otro costal. Se trata de marcos teóricos que hasta es difícil de ubicar en el de la minería que es donde debería, a primera vista, pertenecer, para proveer a su regulación y ordenación para que la devastación que lleva consigo el fracking no se lleve al paisaje. En los Estados Unidos algunas sentencias⁵¹² parecieran marcar alguna reacción ante la desolación que deja el fracking, también es preciso destacar que este país ha logrado el autoabastecimiento y después la exportación de excedentes mediante estas técnicas pero, los actuales precios del petróleo en este verano del 2015 que ha perforado la línea de 50 dólares el barril, ubica al mismo en niveles inferiores al costo de producción por fracking. Sean cuales fueren estas motivaciones, más bien ligadas a las Relaciones Internacionales que al Derecho, lo cierto es que han producido quiebras de muchas empresas petroleras pequeñas en los Estados Unidos, que además han disminuido las inversiones y que no se sabe a ciencia cierta si esta competencia con las monarquías árabes por el precio del crudo es sostenible aún para los Estados Unidos con esta producción a pérdida. Si ello fuera así, sería el mejor método de control del fracking y

⁵¹¹ <http://www.vivecampoo.es/noticia/valderredible-busca-declaracion-paisaje-cultural-defenderse-fracking-1882.html>

⁵¹² Parr v. Aruba Petroleum, Inc., Tex. County Ct., No. CC-11-01650-E, (Apr. 22, 2012). La familia Parr demandó en 2011 a la petrolera Aruba, que opera unos 22 pozos en un radio de 2 millas (3,3 kilómetros) de su terreno, exigiendo 9 millones de dólares como recompensa. Aruba Petroleum Inc fue condenada a pagar U\$S 2.925.000.

algunos análisis jurídicos pueden quedar entonces en especulaciones hasta que la política le muestre al Derecho sus estándares para proceder a la regulación estatal, lo que hasta ahora parece regulado sólo por el mercado.

En las próximas páginas, estudiaremos también algunos casos concretos de regulación autonómica de fracking, teniendo en consideración este marco general, a fin de buscar respuesta a nuestro interrogante ligado a la posibilidad del marco energético susceptible de subvertir los términos definidos por el marco ambiental, territorial y paisajístico en España, experiencia que entendemos un ensayo para lo que vendrá en el mundo y en especial en la Argentina y por ende capaz de anticipar experiencias para el futuro para tratar con tan importante adversario del paisaje.

4.La protección del paisaje en las comunidades autónomas

En este apartado se examinan las regulaciones que protegen al paisaje en el Derecho autonómico español, eligiendo para su estudio los casos más testimoniales y que de un modo sistemático y global abordan el tema. Para hacer una sistematización del disperso y fragmentado orden jurídico español en materia paisajística, nunca será posible hacerlo mejor que un español razón de más para dejar esa tarea a quienes les pertenece y de la cual algunos autores han tomado delantera⁵¹³.

Además, el destino de este capítulo es el de ser operativo para la futura legislación paisajística de la Argentina, y en este sentido, esta muestra cumple acabadamente con esas intenciones. Por lo tanto, daremos cuenta de aspectos relevantes y novedosos por el amplio despliegue de herramientas que manda a implementar la Convención, según vimos en las Orientaciones para la aplicación del Convenio a tenor de sus principios.

Posteriormente, damos cuenta de algunas de las técnicas más importantes en la protección del paisaje, algunas tomadas de la Convención de Florencia y otras del

⁵¹³ HERVÁS MAS, Jorge “*Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*”. Bosch, Barcelona 2009.

Derecho Urbanístico, así como la experiencia regulatoria del fracking como efecto inesperado para la regulación paisajística. Todas estas experiencias son un gran laboratorio donde la Argentina puede mirar conflictos que se avecinan.

4.1.La protección del paisaje en la Comunidad Valenciana

La norma principal es la Ley 4/ 2004 de 30 de Junio de Ordenación del Territorio⁵¹⁴ y Protección del Paisaje⁵¹⁵ que considera al paisaje como un elemento fundamental para el desarrollo sostenible, verdadero eje sobre el cual se debe articular el crecimiento urbano y la autorización y diseño de toda infraestructura, utilizando como herramienta el Estudio de Paisaje. Indica la necesidad de establecer una concepción dinámica de la ordenación del territorio⁵¹⁶, abarcando los medios rural, urbano y marino porque aplica la Convención europea del Paisaje (Título II) abarcando valores excepcionales, normales o degradados.

En este contexto el paisaje pasa a ser un elemento condicionante en la ordenación del territorio y del urbanismo ya que será una condición para la aprobación de nuevos planes de crecimiento urbano, infraestructura o gestión de espacios naturales, como recalcábamos supra. Es la Comunidad Autónoma la que protege al paisaje mediante los “Planes de acción territorial” que incluye “Estudios de Paisaje” que establecen objetivos de calidad paisajística, estudian la evolución del territorio e indican las acciones políticas para cumplir objetivos de calidad priorizando zonas para conservar o restaurar. Elementos que se encuentran ampliados por el Decreto 120/ 2006 de 11 de Agosto de la Generalitat Valenciana y la Ley Nacional 27/ 2006 de 18 de Julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación

⁵¹⁴ Artículo 3. *Colaboración y vinculación. 1. La ordenación del territorio es una función pública que corresponde a la Generalitat y a los municipios y provincias en el marco de esta ley (Ley 4/ 2004).*

⁵¹⁵ Ley 4/ 2994 de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana. BOE N°174 del Martes 20 de Julio de 2004, pp. 26294. N°13470.

⁵¹⁶ ...”Para que el sistema de planeamiento territorial se convierta en realidad, la ley parte de la necesaria simplificación y flexibilización de los instrumentos de ordenación territorial, elimina trámites innecesarios, apuesta por la operatividad y diseña procedimientos que recuerdan, en esencia, los de los planes urbanísticos recogidos en la legislación vigente, aprovechando la práctica surgida con ocasión de la aplicación de ésta” ...Ibíd. Preámbulo II, pp. 22965, Ley 4/ 2004.

pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente con participación e información pública en la política paisajística, especialmente en la elaboración de catálogos e inventarios del paisaje. Además hay obras locales que siempre cumplirán mejor ese cometido⁵¹⁷. Se crea el “Instituto del Paisaje de la Generalitat” que es la figura administrativa que estará destinada a elaborar planes y demás instrumentos previstos en la legislación paisajística, difundirá la actividad de la Administración en la materia y de la sensibilización de la población en referencia al paisaje. Asimismo tiene actividades de cooperación y extensión nacional e internacional⁵¹⁸.

La Diputación de Valencia aprobó una moción contra el fracking⁵¹⁹ para instar al Consell a declarar la Comunitat Valenciana «territorio libre de fracking», además de demandar la paralización de todo permiso concedido y la no concesión de ninguno nuevo. La propuesta también insta al Gobierno central a regular su prohibición en todo el territorio estatal. Mientras tanto, a fines de 2014 hay varias organizaciones que prevén la búsqueda de 30000 firmas para manifestar oposición al pedido de autorización de Montero Energy en Castellón que alcanza a 32 municipios que también se oponen a la medida y presentarlas a las Corts Valencianes⁵²⁰. La búsqueda de consensos para aprobar el fracking, continúa, no obstante la clara legislación valenciana examinada, que no amerita una destrucción de tal calibre en la naturaleza.

4.2.La protección del paisaje en Cataluña

La Ley de paisaje catalana es la Ley 8/2005 de 5 de Junio de protección, gestión y ordenación del paisaje⁵²¹, desarrollada por el Decreto 343/ 2006 de 19 de

⁵¹⁷ Entre ellas, habíamos adelantado la cita a Hervás Más, que reúne en forma minuciosa, ordenada y agotadora toda la legislación autonómica en la materia hasta fines de 2008 en una obra por demás exhaustiva. HERVÁS MAS, Jorge. “*Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*”. Bosch. Barcelona 2009. En lo que refiere específicamente a la legislación valenciana, una obra exhaustiva y con una mirada práctica para los desafíos que presenta la legislación valenciana es la de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Estefanía. *La protección del medio natural en la Ley 4/ 2004 de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Colección Temas de las Cortes Valencianas Nº 15. Ed. CorsValencians. Alicante 2007.

⁵¹⁸ Artículos 65 a 68.

⁵¹⁹ Levante, el mercantil valenciano, del 22/10/2013.

⁵²⁰ La Vanguardia. Comunidad valenciana 20/12/2014.

⁵²¹ Ley 8/ 2005 de 5 de Junio. DOGC núm. 4407 de 16 de Junio de 2005 y BOE núm. 162 de 08 de Julio de 2005

Septiembre⁵²². La metodología es transversal porque se integra con todas las políticas de los diferentes sectores afines, tales como la urbanística y la ordenación territorial y con mucho margen de actuación para la planificación a través de herramientas como las Directrices, las Cartas de Paisaje y los Catálogos que recogen las unidades de paisaje para la conservación y mejora estética o en su caso Cartas de Paisaje que documentan convenios entre particulares y Administración al respecto. También se prevé un fondo específico abierto a los aportes privados. Decíamos que la metodología es transversal y ello se debe a que está principalmente vertebrada en torno a la integración del paisaje en torno a los instrumentos de ordenación territorial urbanística y sectorial, sentando que las legislaciones sectoriales deberán regular el impacto paisajístico de todas sus actuaciones sobre el territorio, constituyendo su finalidad, la del reconocimiento, evaluación y catálogo de los paisajes de Cataluña⁵²³, la promoción de la protección, ordenación y gestión de estos paisajes, la integración de criterios de paisaje en el planeamiento territorial a través de las directrices, estratégicas concertadas y Cartas de Paisaje⁵²⁴ y la sensibilización social respecto al valor social que cada comunidad le dé a su paisaje.

La herramienta administrativa que habrá trabajar para auxiliar a captar la sensibilidad de la administración y sociedad de Cataluña es el Observatorio del Paisaje, cuya misión principal es estudiar propuestas, para la tutela, gestión y ordenación del paisaje catalán considerando los sentimientos de la sociedad sobre la que opera. Las técnicas de gestión son novedosas, si bien se construyen a partir de lo conocido no dejan de compartir estreno porque tratan de un tema específico, ahora se enfatiza al paisaje como objeto principal de las observaciones, el caso de los estudios e informes de impacto e integración paisajística. Los Estudios son documentos técnicos que persiguen conocer de antemano los efectos sobre el paisaje de determinados proyectos y los informes, que son públicos y emitidos por un organismo oficial⁵²⁵, evaluarán la

⁵²² Decreto 346/ 2006 de 19 de Septiembre. DOGC 4723 – 21.9.2006.

⁵²³ Arts. 9/12 Ley 8/ 2005 de 5 de Junio de protección, gestión y ordenación del paisaje de Cataluña.

⁵²⁴ Para un estudio exhaustivo sobre las “Cartas del Paisaje” en Cataluña se puede leer el interesante trabajo de CORTINA RAMOS, Albert. “*Las Cartas de Paisaje: un instrumento de concertación territorial y de compromiso ético a favor del Paisaje*”. RDUyMA N° 263 En-Feb 2011, pp. 167 y ss.

⁵²⁵ Dirección General de Arquitectura y Paisaje de la Generalitat de Cataluña.

suficiencia de los criterios volcados en los estudios para integrar el paisaje, usos, obras o actividades a realizar. Finalmente las ya referidas cartas de paisaje se definen en Cataluña como un instrumento voluntario de participación, concertación y mediación entre los agentes públicos y privados de un territorio, orientado a promover la mejora de los paisajes, la calidad de vida dentro del que se establecen objetivos de calidad, acuerdos sobre las estrategias de intervención y compromisos para ejecutar las actuaciones fijadas en un programa que atiende aspectos urbanísticos, agrarios, desarrollo, turismo, educación e información de paisaje⁵²⁶.

La habilitación para la exploración mediante fracking ha sido autorizada legalmente en Catalunya⁵²⁷. Se establece una redacción que lo prohíbe solamente en terrenos urbanos o urbanizables pero deja libre a la mayor parte del territorio catalán que es lo “no urbanizado” y deja librado a las administraciones locales y la autonómica la realización de prohibiciones locales, en donde la evaluación de impacto ambiental ni siquiera es una exigencia con poder de veto⁵²⁸.

4.3.La protección del paisaje en Galicia

La Ley 7/2008 de 7 de Julio de protección del paisaje⁵²⁹ con gran influencia en las dos leyes anteriores por lo que toma en cuenta muchos de los instrumentos que aparecen en las mismas. Entiende que el paisaje tiene una dimensión de interés global para toda la comunidad gallega, porque trasciende a los campos ambientales culturales, ambientales, sociales y económicos hasta constituirse en componentes del desarrollo sostenible gallego. Impulsa también la integración de la ley de paisaje en

⁵²⁶ CORTINA RAMOS. *Ibidem*, pp. 168.

⁵²⁷ Ley 2/2014, de 27 de enero, (BOE N° 69 Viernes 21/ 03/ 2014 pp 24329) de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, modifica numerosas normas. Entre ellas, el Texto Refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (BOE N° 218 Miércoles 08/09/2010 pp77011). En concreto, el artículo 167.1 de la Ley 2/2014 incluye un nuevo apartado en el precepto que regula el “régimen de uso del suelo no urbanizable”. De este modo, el artículo 47.10 de la Ley de urbanismo dice ahora lo siguiente: “*En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad*”. SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Cit.* pp 15.

⁵²⁸ SANTAMARÍA ARINAS. *Cit.* pp 15.

⁵²⁹ Ley 7/ 2008 de 7 de Julio. DOG: 18.07.2008, pp. 13815.

todas las políticas sectoriales que incidan en el mismo⁵³⁰, finalmente es interesante destacar en la Ley de Galicia los instrumentos de trabajo para operar en la gestión del paisaje gallego, siguen los ejemplos anteriores pero con una fisonomía propia, es decir enriquecidos con la impronta particular del legislador gallego. Es en este sentido que vale destacar en primer término los “catálogos de paisaje” que vienen a ser documentos de referencia que delimitan las diferentes áreas del paisaje gallego identificando los diferentes paisajes que integran Galicia y sus diferentes características. Las “Directrices de paisaje” se elaboran a partir de los catálogos los que identifican las diferentes unidades paisajísticas y eventualmente determinan objetivos de calidad a través de sus determinaciones. Los “estudios de impacto e integración del paisaje” son los documentos que evalúan el impacto que puede causar una obra en un paisaje y en todo caso las medidas de integración o eventualmente mitigación. Finalmente cabe considerar los “planes de de acción del paisaje en áreas protegidas”, que se ajustan a las Directrices pertinentes, conforme los objetivos de calidad planteados con una propuesta de restauración, mejora, de los paisajes del área escogida, se trata de planes que se integrarán en instrumentos de planificación y ordenación del área protegida objeto en materia de conservación natural⁵³¹. También se crea una Autoridad de Aplicación paisajística, se trata del Observatorio Gallego del Paisaje que asesora a la Xunta de Galicia con funciones de cooperación y extensión y sensibilización a la población. Esto último se subraya tanto como en los casos anteriores porque la finalidad es hacer carne en la comunidad gallega del significado de sus paisajes, los valores que les transmiten y en consecuencia la necesidad de respeto y cuidado a los mismos.

Todo este marco en Galicia ha sido sometido a prueba y aprobado satisfactoriamente, con la aprobación de una Declaración en la que el Parlamento Gallego pidió que su Gobierno impida el uso de esta técnica de extracción, en el caso

⁵³⁰ El artículo 5 de la Ley 7/2008 de 7 de Julio establece el deber de los poderes públicos de integrar la consideración del paisaje en las políticas de ordenamiento territorial y urbanístico, y en sus políticas ambientales, del patrimonio cultural, agrícolas, forestales, sociales, turísticas, industriales y económicas, así como cualquier otra política sectorial que pueda producir un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.

⁵³¹ DÍAZ OTERO, Antonio. *El valor jurídico del paisaje en el Derecho Público Gallego*. Corts Anuario de Derecho Parlamentario N° 21. Santiago de Compostela, 2010. pp. 139.

de gas natural “mientras no se garantice su seguridad e inocuidad para el medio ambiente y las personas a través de una legislación que la desarrolle”...Lo que se dice una aplicación acertada del principio precautorio⁵³².

4.4.La protección del paisaje en el País Vasco

El País Vasco dictó a mediados de 2014 su Ley de Paisaje. Debe reconocerse que si bien este texto normativo llegó con cierta demora a las anteriores Comunidades Autónomas, también es verdad que tenía un contexto jurídico de recepción porque el Parlamento Vasco tempranamente había dado su impronta sobre el tema, con la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco⁵³³, incluyendo entre sus objetivos la conservación del paisaje y la prohibición de todo tipo de actividad extractiva⁵³⁴, la Ley de la protección de la Biodiversidad del País Vasco⁵³⁵, contemplando la conservación del Paisaje entre los objetivos del capítulo de la Biodiversidad, la Ley de Desarrollo Rural⁵³⁶, que incluye entre sus objetivos generales temas relacionados con el paisaje al plantear aspectos vinculados a la conservación de la identidad y en las directrices de ordenamiento territorial de la Comunidad Autónoma.

Con estos antecedentes⁵³⁷, el 21 de julio de 2009 el Gobierno Vasco acordó su adhesión al Convenio Europeo del Paisaje. Dicha adhesión supone el compromiso de la Comunidad Autónoma del País Vasco de asumir los contenidos del Convenio Europeo del Paisaje y trasladarlos a sus ámbitos de responsabilidad, tales como integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y en línea con dicho principio, las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dictadas en

⁵³² SANTAMARÍA ARINAS. Cit. pp. 7.

⁵³³ Ley 16/1994 N.º 142 ZK. B.O.P.V. miércoles 27 de julio de 1994.

⁵³⁴ Introducido por la Ley 1/2010, de 11 de marzo (BOPV núm. 60 de 30 de Marzo de 2010 y BOE núm. 93 de 17 de Abril de 2010), que le había dado el siguiente tenor: “Dentro de los límites y zonas de afección de los espacios naturales protegidos no podrá llevarse a cabo explotación minera alguna, ni a cielo abierto ni de forma subterránea”.

⁵³⁵ Ley 3/ 1998 B.O.P.V. viernes 27 de marzo de 1998.

⁵³⁶ Ley 10/ 1998 B.O.P.V. lunes 4 de mayo de 1998, pp. 7387.

⁵³⁷ LASAGABASTER HERRARTE, I. y LAZCANO BROTONS, I. (2010): «El régimen jurídico de la protección del paisaje», en VV.AA.: *Derecho Ambiental. Parte Especial*, I, 2.ª ed., Bilbao, Lete, pp. 774-770. Legislación del País Vasco comentada por HERVÁS MÁS, J. (2009): *Ordenación del Territorio, Urbanismo y Protección del Paisaje*, Barcelona, Bosch, pp. 85-169.

desarrollo y ejecución de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco⁵³⁸ que establece la garantía de la conservación de los valores paisajísticos como uno de los criterios y objetivos de los instrumentos de ordenación territorial. Las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobadas por el Decreto 28/1997, de 11 de febrero⁵³⁹, recogen la necesidad de catalogar aquellas zonas visuales que deben tener un tratamiento paisajístico especial y la exigencia de que toda obra o actuación que rompa el actual modelado del paisaje se acompañe del correspondiente estudio paisajístico. Las Directrices especifican, además, que estas cuestiones deberán desarrollarse en los Planes Territoriales.

Por esta razón, afirmamos al iniciar este estudio sobre el País Vasco que había contexto, en este sentido no extraña una modificación⁵⁴⁰, en el texto legal diseñado para tener aplicación en el paisaje minero vasco que requiere plan de restauración minera aún para las concesiones ya otorgadas⁵⁴¹. La nueva Ley de paisaje del País Vasco aprobada en Julio de 2014 admite que su objeto (Art 1º) es establecer, en el ámbito de la ordenación del territorio, los instrumentos para la protección, la gestión y la ordenación del paisaje, así como las medidas oportunas de promoción, sensibilización, formación e investigación sobre el paisaje. Y confiesa entre sus objetivos (Art 2º) la conservación de los valores, la mejora y restauración paisajística urbana y rural, la articulación armónica con los paisajes más accesibles a la población y la puesta en valor de los paisajes, como factor económico y recurso turístico con énfasis en los caminos tradicionales. Entre los instrumentos nos encontramos con viejos conocidos, los catálogos⁵⁴², las determinaciones⁵⁴³, planes⁵⁴⁴, estudios⁵⁴⁵ y medidas de

⁵³⁸ Ley 4/ 1990 de 31 de Mayo. BOPV núm. 131 de 03 de Julio de 1990 y BOE núm. 51 de 29 de Febrero de 2012.

⁵³⁹ Decreto 28/1997, de 11 de febrero B.O.P.V. miércoles 12 de febrero de 1997 pp. 2257.

⁵⁴⁰ Modifica la disposición transitoria única de la Ley 1/2010, de modificación de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco.

⁵⁴¹”Las actividades extractivas autorizadas que a fecha de la aprobación de la presente ley se hallen en ejecución dentro de los límites y zonas de afección de los espacios naturales protegidos no podrán ampliar su explotación dentro de dichos espacios ni a través de nuevos proyectos ni por modificación de los que se hallen en ejecución, en tanto no se apruebe la modificación del correspondiente plan de ordenación de los recursos naturales”...En cualquier caso, en la modificación del plan se establecerán las medidas para la recuperación de la morfología adecuada de los ecosistemas y el paisaje que el titular del aprovechamiento deberá presentar en el correspondiente plan de restauración como condición especial de la autorización⁵⁴¹”....

⁵⁴² Los Catálogos del paisaje son los documentos de carácter descriptivo y prospectivo que abarcan la Vasco definidas en las Directrices de Ordenación Territorial.

sensibilización paisajística⁵⁴⁶, que no difieren sustantivamente de las mismas herramientas ya diseñadas por valencianos, catalanes y gallegos para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en Florencia. Con esta Ley el País Vasco pasa de la protección de algunos paisajes a la protección del “paisaje” vasco.

En referencia al fracking, adelantamos al iniciar este punto la prohibición de todo tipo de actividad minera en la Ley de Conservación de la Naturaleza⁵⁴⁷, aunque se trata de áreas protegidas solamente. Pero actualmente los estándares de protección han bajado con el Texto Refundido de la Ley de conservación de la naturaleza del País Vasco, artículo 19.4, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de abril⁵⁴⁸, que reza....”*los límites de los espacios naturales protegidos y sus zonas de afección se prohibirán las actividades extractivas que resulten incompatibles con los valores ambientales que se protegen. Serán los instrumentos de planificación y/o gestión de cada espacio natural protegido los que determinen dicha incompatibilidad, motivando adecuadamente la incompatibilidad de las actividades con los valores medioambientales y los criterios de protección de dichos espacios y de sus zonas de afección*”...Se advierte la destreza de la pluma del legislador para eludir una su responsabilidad ambiental y la manera en que elige dejar que continúe la incertidumbre en el texto legal⁵⁴⁹.

⁵⁴³ Las Determinaciones son criterios extraídos de los Catálogos del paisaje, que desarrollan los objetivos de calidad paisajística e identifican las medidas para su consecución, con vocación de incorporarse al correspondiente Plan Territorial Parcial

⁵⁴⁴ Planes de acción del paisaje son las herramientas de gestión que, basándose en los Catálogos del paisaje y en las Determinaciones del paisaje, concretan las acciones a llevar a cabo en el marco de las actuaciones para la protección, la gestión y la ordenación del paisaje.

⁵⁴⁵ Los Estudios de integración paisajística son los documentos técnicos destinados a considerar las consecuencias que tiene sobre el paisaje la ejecución de proyectos de obras y actividades así como a exponer los criterios y las medidas adoptadas para la adecuada integración de las obras y actividades en el paisaje.

⁵⁴⁶ TRIAS PRATS, Bartolomeu. *De los paisajes protegidos a la protección del paisaje: un reto pendiente*. R.V.A.P. núm. 94. Septiembre-Diciembre 2012. pp. 241-270.

⁵⁴⁷ Ley 16/1994, Cit.

⁵⁴⁸ BOE N°30 29/05/2014 S1 pp 41036.

⁵⁴⁹ SANTAMARÍA ARINAS, Cit, pp. 14.

4.5.La protección del paisaje en Cantabria

La última Comunidad autónoma en aprobar su Ley de paisaje protegido en el momento en que se terminan de redactar estas letras es la de Cantabria⁵⁵⁰. Reconoce jurídicamente al paisaje para su protección, gestión y ordenación en atención a sus valores naturales, patrimoniales, científicos, económicos y sociales y a su consideración como elemento diferencial de la región, seña de identidad y factor de competitividad, reconociéndose como un activo de singular valor para Cantabria que debe ser integrado en todas sus políticas sectoriales de incidencia (Art 1º) y en todo el territorio, mar y aguas interiores, en lo rural, urbano y periurbano, tanto los paisajes excepcionales como los cotidianos⁵⁵¹. No extraña entonces que también defina al 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 o humanos"*...y que entre sus objetivos sea preservar valores naturales, culturales y sociales en el marco del desarrollo sostenible sino de integrar al paisaje en el planeamiento y ordenación territorial y urbanística y toda política sectorial de incidencia en paisaje (Art 5).

La Autoridad de Aplicación tendrá a su cargo: preservar, restaurar, poner en valor y mejorar paisajes que requieran intervención, ya sea en lo urbano o en lo rural, especialmente los más accesibles a la población y los del ámbito marino con nuevas infraestructuras, medidas de fomento, educación y sensibilización en la población, amén de aplicar el principio de cooperación interadministrativa dentro de Cantabria y con las demás comunidades autónomas (Arts 6/8). Una medida singular es la identificación y caracterización de paisajes relevantes (Art. 12), tomados como aquellos que de acuerdo a criterios objetivos o de sus habitantes contengan hitos paisajísticos, sean representativos, identitarios, sobresaliente en su interacción antrópica, y que deberán ser delimitados y catalogados (tarea delegada en la Administración por

⁵⁵⁰ Ley 4/ 2014 de 22 de Diciembre del Paisaje. BOCA 29/12/2014.

⁵⁵¹ Art 4.2. 2. *Los poderes públicos, en su ámbito competencial respectivo, integrarán la consideración del paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística, medioambiental, del patrimonio cultural, agraria, forestal, social, turística, industrial y económica, así como en cualquier otra política sectorial que pueda producir un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.*

Disposición Adicional primera). En los instrumentos de gestión y ordenación, esta ley no es innovadora y sigue la línea de la doctrina que han sentado las leyes anteriores, con medios que han probado su eficacia tanto en el campo como en el Derecho: planes especiales del paisaje, directrices, estudios, proyectos de actuación y análisis de impacto e integración paisajística (Art 13 y ss) y se modifica la ley de Control Ambiental Integrado⁵⁵² para incorporar la variable paisajística.

En cuanto al fracking, la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de ésta técnica tiene una propuesta interesante porque justamente utiliza el material paisajístico para elaborar la prohibición. Así, el artículo 3 tipifica el empleo del fracking como “infracción urbanística” que, “por implicar un uso del suelo prohibido”, se castigará con arreglo a la legislación autonómica del suelo. La Disposición Transitoria dice que “será de aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida”. Y, destaca “tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor” (06/2013)⁵⁵³. Pero lamentablemente esta clara definición duraría lo que un sueño de una noche de verano porque la Ley de Cantabria sería prontamente anulada por el Tribunal Constitucional⁵⁵⁴.

4.6. Aspectos comunes

Se advierte la manera en que todas las legislaciones paisajísticas examinadas, marcan elementos comunes, como es natural observar, sus instrumentos (Cartas de paisaje, catálogos, etc.) que son muy similares no hacen más que confirmar que el paisaje se define por dos elementos primordiales: el territorio del cual constituye imagen y la percepción que de él tiene la población, aspecto éste último en el que pone especial énfasis la Carta de Paisaje de Cataluña. Sin embargo el paisaje, interpretado o

⁵⁵² Ley 17/2006, de Control Ambiental Integrado de Cantabria. Se añade un nuevo apartado 1 en el Grupo 3 del Anexo B1 de la Ley 17/2006 de Control Ambiental Integrado que se ocupará de las Plantas invasoras.

⁵⁵³ SANTAMARÍA ARINAS, Cit, pp.8.

⁵⁵⁴ Por Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 106/2014, de 24 de junio 2014, analizada críticamente por SANTAMARÍA ARINAS, *Las claves jurídicas del debate sobre el fracking*, Op. Cit., pp. 30 y ss.

no como un bien jurídico autónomo, no basta para su necesaria integración a la legislación urbanística o del ordenamiento territorial, porque es éste el elemento sobre el cual recae la competencia administrativa⁵⁵⁵, finalmente recae en el poder de policía.

Pero la falta de una ley estatal en España, hace que el análisis autonómico pierda su control, porque no queda integrada toda la legislación desde donde se subsume el concepto paisajístico: desarrollo territorial⁵⁵⁶, ambiental⁵⁵⁷, turística, urbanística, etc., planifican el eje a partir del cual gira el desarrollo sostenible de la región que no tiene patrones estéticos o al menos criterios con determinados presupuestos mínimos. Ello porque las prioridades siempre dependen del modelo de desarrollo sostenible, no es lo mismo un catálogo paisajístico de una región minera que de una agropecuaria o turística con centros de esquí, la estética no puede ser similar⁵⁵⁸. Esta regulación parcial produce desigualdad en la recepción de la participación de un proyecto paisajístico en toda España, caracterizado fundamentalmente por esta ausencia de una norma reguladora estatal y desde luego la de una Autoridad de Aplicación nacional, lo cual obliga a buscar en el único sitio normativo que es en el Convenio Europeo del Paisaje, laxo como todo Convenio.

Vale sí destacar el gran esfuerzo del legislador valenciano y cantábrico ahora que han ido lejos en la sanción de una ley de paisaje integradora de todos los sectores. Las leyes de paisaje de Cataluña (Art 12) y Galicia (10.4) ya comentadas sujetan la aplicación de las Directrices de Paisaje al plan territorial y que sea vinculante (dice la ley gallega) para la planificación sectorial. Asimismo no todos los Municipios interpretan el tema del paisaje de la misma manera y es importante destacarlo porque son quienes ejercen la competencia en la mayoría de los casos con las motivaciones estéticas

⁵⁵⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. “*Algunas consideraciones sobre el actual panorama del paisaje urbano en nuestro ordenamiento: desde su originaria y exclusiva protección por el ordenamiento urbanístico al incipiente ordenamiento paisajístico*”. RDEUyMA Ambiente N° 277 Nov. 2012, pp. 187 y ss.

⁵⁵⁶ Ley 45/ 2007 de 13 de Diciembre de Desarrollo Sostenible del Medio Rural. «BOE» núm. 299, de 14 de diciembre de 2007. Referencia: BOE-A-2007-21493.

⁵⁵⁷ Ley 42/ 2007 del Plan Estratégico Estatal de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. BOE N° 299, Viernes 14 de Diciembre de 2007, pp. 51275.

⁵⁵⁸ BUSTILLO BOLADO, Roberto O. “*La protección del Medio Ambiente y la Cultura como límite para las operaciones de reforma y renovación urbana, especial referencia a las actuaciones sobre cascos históricos*”. RAUyE. N° 30 En- Abril 2014.

locales, expresadas tanto en la señalización (nombre de calles en idioma local, cartelería, ...) como en el arte, etc. Las demás comunidades autónomas, continúan aplicando el Convenio Europeo del Paisaje como norma central y eventualmente con criterios deudores de la insularización y el elitismo paisajístico de antaño que algunos autores españoles⁵⁵⁹ detectaron en su tiempo en la Ley 4/1989, de 27 de marzo que era legislación común de “Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y fauna silvestre”⁵⁶⁰. Como dice Fernando de Rojas Martínez – Parets⁵⁶¹, se trata de un modelo desprovisto de funciones ecológicas...”*que trata de proteger elementos o rincones de la naturaleza, de notoria singularidad, belleza o rareza (Art. 16) por lo que su dedicación estriba principalmente en conservar unidades excepcionales por motivos estéticos o caprichos de los elementos*”...

El fracking no facilita como tema establecer unidad de criterios, tema que está claro para los profesores de geografía y aún para los geólogos o biólogos pero claro oscuro para los profesores de Derecho, porque es difícil explicar que mientras el paisaje es uno, los daños que se pretende conjurar con su ordenación puedan ser discriminados aceptablemente y así estimados por el Tribunal Constitucional, fundados en razones tan refractarias al ambiente como la competencia⁵⁶², donde no se precisa consultar principios emanados de Rio 92 para advertir que el ambiente se ríe de las fronteras que trazan los hombres. Pero, y como lo dice Santamaría Arinas⁵⁶³, el verdadero debate que es el de la sostenibilidad del fracking, es un tema en el que el Tribunal Constitucional todavía no ha expresado su permanente e inconfundible señal orientadora.

⁵⁵⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental* Volumen III. 1997, pp. 346.

⁵⁶⁰ MUÑOZ FERNÁNDEZ, Soledad – ARTIÑANO DEL RIO, Pablo. *La conservación de los espacios naturales*. La Ley. Madrid 2002 pp. 67.

⁵⁶¹ DE ROJAS MARTÍNEZ.- PARETS, Fernando. *Los espacios naturales protegidos*. Thompson Aranzadi. Navarra 2006 pp. 193 y ss.

⁵⁶² STC 24/06/2014. Citado por SANTAMARÍA ARINAS, pp 30.

⁵⁶³ SANTAMARÍA ARINAS. Cit, pp 36.

5. Técnica de los acuerdos voluntarios: protección del ambiente y el paisaje.

No nos es posible afirmar si se trata de una moda europea o si es un camino de trabajo que al calor de los tiempos han decidido seguir varias Administraciones, pero lo cierto es que por lo reiterado de su sanción en las distintas legislaciones pareciera que se ha introducido una técnica en la que el Estado define su relación con el administrado ya no por el carácter inconmensurable de su poder sino en tono de mayor paridad, ajustando en un contrato una ley para las partes, antes que una orden emanada de su imperium a la que el particular debe ajustarse una vez publicada en el Boletín Oficial. Es una nueva forma de ajustar las tensiones entre los derechos patrimoniales y los objetivos de conservación que debe perseguir el Estado garantizando ante todo el goce de los derechos consagrados en el artículo 45 de la Constitución española como derecho-deber para el ciudadano de gozar y proteger al ambiente.

Es la introducción del principio de autonomía de la voluntad mechado en el Derecho Administrativo, por el cual el particular ajusta determinados aspectos de su Derecho de Propiedad sobre una cosa de interés público, en forma voluntaria y de acuerdo a determinadas reglas que conoce de antemano y las cuales deberá ajustarse en lo sucesivo por una contraprestación que no necesariamente debe ser en dinero en forma positiva o negativa. También es introducirse con límites más o menos precisos en la idea de que la desregulación creará un marco en la cual empresas y particulares ajustarán sus diferencias y estos contratos coadyuvarán al desarrollo sostenible de mejor manera que lo harían las regulaciones del Estado, además las empresas de hoy siguen meticulosos códigos de conducta que les impide atentar contra el ambiente y el paisaje, en una suerte de autorregulación ecológica, porque es esa en definitiva la mano (invisible) que subyace en estas ideas. Ya no es necesario un pleito que finalice con la homologación de una transacción entre Estado y particular, comunes en la determinación del justiprecio en una expropiación por ejemplo, sino que ad initio, la Administración deja su actuación unilateral y escoge una en la que pretende sentarse en cuasi-paridad de condiciones con el particular. No se refiere a transacciones aquí. Debe tenerse presente, que hay criterios válidos para el Derecho Privado, no siempre

vigentes en el Derecho Público, pero en principio, se deja sentada esta paridad, por ello por ley debiera decirse qué cuestiones son transigibles en principio y cuál es el ámbito de discrecionalidad del funcionario firmante para que no avance el orden jurídico sobre el convenio y se lo trague, tampoco sirve que la Administración elabore un catálogo de prohibiciones más parecidos a una guía telefónica que a una norma razonable, porque es la forma de hacer que nada suceda. Se debe avanzar en la autonomía de la voluntad, de buena fé, todo lo que sea posible, siempre es mejor que sea la libertad con reglas la que guíe las relaciones entre Administración y administrado. Y ello, pese a que las primeras experiencias judiciales en España no han sido halagüeñas, ya en los 70' en el cumplimiento de determinados acuerdos por los Ayuntamientos, en la época del urbanismo desarrollista, se tuvo que pagar cuantiosas indemnizaciones en mérito a convenios todavía atípicos⁵⁶⁴. Pero se trata de hombres, y el negocio de la construcción es uno de especulación en todo el Planeta y el lugar que abandona el Derecho Administrativo lo ocupa el Mercado, el cual tiene ciertas desaprensiones que es razonable anticipar porque como sabemos, su mano es invisible. Se puede ahorrar burocracia, tiempo, y hasta dinero, pero siempre trata de un empresario cuyo fin es el lucro, ni el fomento, ni la vivienda digna, ni el *turismo*, *por tal motivo estas figuras no han estado exentas de críticas, hasta en el Parlamento Europeo*⁵⁶⁵.

En cuanto al ámbito donde pueden tener lugar, es claro que lo ambiental y lo paisajístico es uno apropiado. Fundamentalmente, si se tiene en cuenta que las regulaciones ambientales son más jóvenes y muchas veces las empresas requieren de un tiempo de adaptación para hacer sostenible ambientalmente su producción. De otras limitaciones como las urbanísticas, que son más viejas ya están al tanto, ninguna empresa se instalaría fuera del Parque Industrial al que fue destinada su actividad. Ahora todo esto no implica un paraguas legal generando una legislación particular que

⁵⁶⁴ TS 2000 del 28 de Noviembre y 13 de Diciembre respectivamente, Ar 9991 y 10525 respectivamente. Citado por HUERGO LORA, Alejandro. La aplicabilidad de las técnicas de los acuerdos voluntarios a la protección del medio natural. En obra colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004, pp. 359.

⁵⁶⁵ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. “*Agente urbanístico rehabilitador: transición urbanística e identidad cultural, económica y turística*”. *Revista de Urbanismo y Edificación*” N° 21. 2010-1.

viole el principio de soberanía⁵⁶⁶, se trata de un convenio que se ajuste al cumplimiento de la Ley no a un ajuste entre intereses contrapuestos.

Corresponde ahora analizar algunas de las categorías de convenio usuales en la Administración española que pueden servir de espejo a la Argentina para el cuidado del ambiente y del paisaje. En este sentido veremos seguidamente, algunos de los casos más comunes tales como el caso de los “compromisos voluntarios”, la “custodia del territorio”, los “contratos territoriales”.

5.1.Los compromisos voluntarios

Procede del Derecho Alemán, una vez planteado el hecho contaminante en la Inspección efectuada por la Autoridad de Aplicación, o en alguna observación todavía informal y anunciado por ésta como de futura regulación restrictiva, *per sé* si tiene norma de habilitación, o a través de un Proyecto de Ley, el particular se anticipa y presenta un proyecto con un cronograma de ingreso a los límites ambientales tolerables para la Administración. En estos términos, la Administración deja en suspenso la regulación y accede a firmar un convenio de monitoreo y seguimiento al particular para que cumpla con las inversiones y plazos de actualización de su planta a los mínimos de protección estipulados. Luego si hay cumplimiento, es posible que la regulación sea innecesaria o que lo sea. El acuerdo, en tal caso, pasa a ser un acto preparatorio de una futura Ley de manera de estar en autos, con los nuevos presupuestos mínimos de protección, antes de la sanción de la Ley, lo cual puede ser gravoso financieramente de no haber trabajado con tiempo. El punto de negociación consiste en que el Estado desiste de aplicar medidas unilaterales con el consecuente costo administrativo de tiempo y personal dedicado al mismo⁵⁶⁷, y los particulares conocen el presupuesto mínimo de protección actual y conocen de antemano el tiempo de adaptación que tendrán.

⁵⁶⁶ JORDANO FRAGA, Jesús. REDA, N° 9, 2003. Sevilla. (Última revisión 01/09/2014).

⁵⁶⁷ Sin abdicar de la tutela del interés público, sino estaríamos ante una nulidad.

En las comunidades autónomas⁵⁶⁸ hay ejemplos de esta figura, con sus diferencias, pero que permiten avizorar que éste camino está abierto en torno a la asunción de obligaciones ambientales voluntarias a cambio de beneficios económicos que a la aplicación de normas vigentes que en algunos casos no pueden ser exigidas porque sencillamente no existen, ganando en tiempo e imagen para unos y otros y así nacen nuevos conceptos como la responsabilidad ambiental de las empresas, por ejemplo y la evitación de sanciones ambientales que implican el movimiento de la pesada armadura burocrática del Estado que no siempre es tan eficaz.

5.2.La custodia del territorio.

La ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad⁵⁶⁹ define la custodia del Territorio como el 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”*...el subrayado que nos pertenece, indica que la Ley reconoce al paisaje como objeto de aplicación de esta figura. El acuerdo de custodia, como lo define Durán Sánchez⁵⁷⁰...*“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”*... Esto explica la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas con esta herramienta, como el caso de Catalunya, que ha implementado esta vieja institución anglosajona con fines

⁵⁶⁸ Ley gallega 1/1995 (arts. 2 y 25; Decreto 295/2000 de 21 de Diciembre), Ley del País Vasco 3/ 1998 de 27 de Febrero, art19. Esta última se plasma en un acto unilateral sólo que permite optar por el arbitraje cuyos integrantes se designan de mutuo acuerdo abriendo un ámbito de negociación.

⁵⁶⁹ «BOE» núm. 299, de 14 de diciembre de 2007, páginas 51275 a 51327. Art. 3.9.

⁵⁷⁰ DURÁN SÁNCHEZ, José Luis. *El nuevo concepto jurídico de paisaje*. CUIDES (Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible). N°9 Octubre 2012, pp. 31.

conservacionistas⁵⁷¹, la XARXA de Custòdia del Territori de Catalunya, la define como:...” *filosofía que se concreta en un conjunto de estrategias y técnicas que intentan generar la responsabilidad de propietarios y usuarios del territorio en la conservación de sus valores naturales, culturales y paisajísticos y en el uso responsable de los recursos*”... En Las Islas Baleares⁵⁷² se faculta al Gobierno a suscribir estos convenios sobre terrenos incluidos en espacios naturales protegidos a cambio de una contraprestación económica o de otro tipo para que acepten una gestión ambiental del territorio objeto que impliquen limitaciones a su uso y goce privado. Este convenio puede afectar total o parcialmente al predio y puede consistir hasta en la constitución de una servidumbre que si es el caso debe inscribirse en el Registro de Propiedad. En el futuro, algunos autores⁵⁷³ especulan con la idea de sustituir la compra de tierras, por estas figuras de custodia de territorios que estarían enmarcadas en una política participativa con la intervención de ONGs, sectores empresariales, turísticos, propietarios, etc, que requieran una presencia del Estado menor y consecución de fines estatales con mayor eficacia, actuando a nivel conciencia y modificando las conductas que solamente eran apreciadas desde un punto de vista sancionador.

5.3. Contratos territoriales

También existen otros institutos, que tienen fines productivos, pero que podrían volcarse a la protección, tales como los “Contratos Territoriales⁵⁷⁴” que siendo una innovadora herramienta para desarrollar funciones extra-productivas de la actividad

⁵⁷¹ Institución norteamericana de fines del S XiX con varios nombres, tales como “Conservation Easements”, “Real Covenants”, “Covenant “Running with the land”, “Equible Servitudes”, “Trustees of reservations”. En los 90 se populariza la expresión “Land Stewardship” (tutela del territorio) que engloba: la obligación a muy largo plazo de cuidar y gestionar una tierra desde una perspectiva de estricta autorregulación y La obligación que surge de un contrato entre propietario y una ONG o Agencia del Gobierno que limita en el tiempo determinados usos de la propiedad para proteger sus características naturales más relevantes. LLODRÁ GRIMAT, Francesca. Op, Cit., pp. 145. En Estados Unidos y Canadá, existen más de 1500 entidades de custodia, ONGs que trabajan con propietarios para proteger sus fincas mediante acuerdos de custodia. Tal es así que en algunos estados se ha planteado como una Servidumbre de conservación permanente acordada en el título de propiedad con ventajas fiscales para sus firmantes.

⁵⁷² «BOE» núm. 155, de 30 de junio de 2005, páginas 23243 a 23255. Ley 5/ 2005 de 26 de Mayo

⁵⁷³ MARCH CERDÁ, Miguel Ángel. L'experiència del Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la Naturaleza de Mallorca. En Obra Colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 383.

⁵⁷⁴ Son operativos para gestionar las medidas de los ejes 1 y 2 y Art. 53 del Reglamento (CE) 1698/ 2005 relativo al desarrollo rural a través del FEADER (Fondo Europeo de Desarrollo Rural).

agraria y la conservación del territorio mediante la gestión de medidas de desarrollo rural. Para ello se trata de comprometer a los agricultores con la realización de prácticas agrarias sostenibles no solo para lo rural o la explotación agrícola sino también para la conservación y gestión de otros espacios, como un parque natural o un paisaje. La Ley catalana 18/2001 de 31 de Marzo, de orientación agraria, en su artículo 21 d) establece la obligación para la Administración de establecer figuras contractuales que permitan el ejercicio de modelos específicos de actividad agraria en función de la adopción voluntaria de determinados compromisos entre el productor agropecuario y la Administración haciendo uso de recursos públicos. Se trata entonces de un contrato que persigue un modelo específico de actividad agraria con la contraprestación económica a cargo de la Administración con fondos comunitarios o del Estado. Claramente este modelo mira los contratos territoriales de explotación del modelo francés⁵⁷⁵ que refiere a un contrato individual voluntario que puede ser firmado por un productor agropecuario con el Estado, por cinco años para estimular a elaborar por el productor un proyecto económico global de la explotación que persiga la preservación de los recursos naturales para luchar contra la erosión, conservación de la calidad del suelo, del agua, biodiversidad, y el paisaje. En contraprestación el productor recibe una ayuda pública (subvenciones, préstamos, bonificación total o parcial de impuestos).

Andalucía con su Ley 5/2011 de 6 de Octubre del Olivar⁵⁷⁶, o la Ley 7/2010 de 14 de Julio para la Dehesa⁵⁷⁷, se adelanta a utilizar estos contratos para la conservación, fomento y gestión de ciertos ecosistemas tales como la Dehesa o el Olivar⁵⁷⁸. Catalunya en el artículo 1 del Decreto 2/2012 de 3 de Enero también regula un contrato de explotación. En todos los casos la aceptación del productor no es solo una condición de eficacia sino un elemento necesario para que nazca el negocio jurídico entre privado y Administración según el cual el productor se compromete a gestionar la producción de

⁵⁷⁵ Loi d'orientation agricole n°99-574 du 9 juillet 1999. JO 10 juillet 1999. Citado por CANTÓ LOPEZ, María Teresa en: "La protección voluntaria del ambiente agrario: de la subvención al contrato territorial de explotación". En Obra Colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 411.

⁵⁷⁶ Ley 5/2011 de 6 de Octubre del Olivar. BOE Núm. 268 Lunes 7 de noviembre de 2011 Sec. I. Pág. 116080

⁵⁷⁷ Ley 7/2012 de 14 de Julio para la Dehesa. BOE Núm. 193 Martes 10 de agosto de 2010 Sec. I. Pág. 69942.

⁵⁷⁸ CANTÓ LÓPEZ, María Teresa. *El régimen jurídico de los contratos territoriales del medio rural*. RDAM N° 21 En-Abr 2012, pp. 152.

acuerdo a los compromisos acordados y la Administración a pagar al agricultor por el cumplimiento de las externalidades positivas de la actividad agraria.

6. Técnica urbanística de (des) protección del paisaje. El agente urbanizador

El agente urbanizador es otra institución del Derecho Urbanístico, en este caso autonómico, que pretende abrir los trámites de la excesiva burocracia de la administración moderna⁵⁷⁹, que presenta a un particular participando de la función pública (Arts. 9.2 y 23 CE) lo que no implica una privatización del sistema, de acuerdo a lo sentado por la jurisprudencia del Superior Tribunal Constitucional, que aclara y reafirma la competencia autonómica, pero lo cierto es que el anterior constructor de una vivienda ahora tiene que construir infraestructura y obtener rentabilidad, y hacerlo en plazo de ley. Es muy claro que si de una manzana se subdividen, por ejemplo, 40 parcelas con cuarenta diferentes propietarios y constructores y modelos de fachada, etc, etc en lugar de 40 expedientes y por ende 40 problemas por manzana, la Administración tiene un solo expediente y desde luego un solo problema, la efectividad administrativa es superlativa, aunque la actividad privada persigue fin de lucro y eleva el coste de la vivienda. La primera ley autonómica es la Ley valenciana 6/ 1994 y la Ley Urbanística Valenciana 16/2005 y se centra en tres aspectos: primero la figura del urbanizador⁵⁸⁰ y sus relaciones con la Administración y los propietarios; segundo la figura del programa en que se plasman los actos necesarios para el desarrollo de la actuación urbanística; tercero la forma de seleccionar al urbanizador a través de un concurso con la adjudicación posterior del programa⁵⁸¹. De aquí en más la gestión del programa le corresponde a este particular dentro del marco legal adecuado. Este agente asume según las diferentes legislaciones autonómicas, participaciones en el programa con distinto contenido en la gestión. En algunos casos tales como en Aragón, Cantabria y Galicia, actuando como un mero contratista de obra pública. Otro modelo es el agente urbanizador que es el responsable de la gestión urbanizadora que es el caso

⁵⁷⁹ STC 61/1997 citado por GARCIA RUBIO, Fernando. “*La ejecución del planeamiento urbanístico*” Cit.

⁵⁸⁰ CORCHERO, Miguel. “*El agente urbanizador valenciano y la legislación de contratos de la Administración pública: referencia a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. RAUyE. Año 2007-2 N° 16.

⁵⁸¹ GARCÍA RUBIO, Fernando, Op. Cit., pp. 93 y ss.

de la legislación castellana, andaluza, asturiana, catalana, madrileña, canaria y navarra. Finalmente tenemos el caso del agente urbanizador como centro de la gestión urbanística que es el caso de Valencia, Castilla La Mancha y Extremadura. La diferencia en este último caso es la “*publicatio*” o reserva pública integral de la ejecución de urbanización que podrá asumirse directamente por la Administración o indirectamente por el agente urbanizador seleccionado, que puede ser cualquier persona, tenga o no terrenos. Se ve que es muy grande el cumulo de potestades transferidas a este particular, como elevar propuestas a la Administración de los proyectos de urbanización, presupuestos de las cargas de urbanización (entre los cuales se consigna el beneficio empresarial del propio agente urbanizador)⁵⁸².

7.La aplicación contractual-voluntaria de paisaje

Dejamos para el final una técnica que todavía no tiene ingreso legislativo. Entre las últimas medidas orientativas que recomienda el Consejo de Europa⁵⁸³ para la aplicación del Convenio del paisaje se encuentra una medida contractual, que aún no ha sido receptada por las Comunidades Autónomas pero es una de las medidas que podría serlo en aplicación de los principios generales que se advierten en la misma como medio de intervención destinados a la protección, gestión y/u ordenación del paisaje.” (Artículo 6 del Convenio Europeo del Paisaje - Medidas específicas).

La aplicación contractual se basa en acuerdos o contratos entre la Administración y los particulares que pueden incluir hasta disposiciones financieras para pagar las acciones propuestas y/o soportes técnicos necesarios al efecto. Pueden referirse a la protección, mantenimiento o rehabilitación de un paisaje determinado, o la compensación por la privación del uso, también pueden referirse a un soporte financiero o técnico para gestionar adecuadamente el paisaje por ejemplo en su mantenimiento, como el caso del mantenimiento de caminos, algunos de los cuales son de alto coste

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje. (adoptada por el Comité de Ministros el 6 de febrero de 2008, durante la 1017ª reunión de los representantes de los Ministros)

como los de montaña o riego para zonas de agua escasa donde el coste para su extracción mediante bombeo requiere de inversión. Se entiende que estos acuerdos deben ser apropiados en referencia al mantenimiento y gestión del paisaje.

Alina Celi⁵⁸⁴, avanza un paso más en esta dirección y en referencia a otro marco analiza instrumentos de mercado como alternativa a los denominados instrumentos jurídicos, para equilibrar la falta de eficacia estatal ante la crisis del Estado de Bienestar, desde luego el marco de esto es el liberalismo en su apogeo que compite con el Estado en la regulación de las necesidades de la sociedad. La tarea del estado es orientar sus políticas de estímulo y promoción inclusive de orientación hacia la actividad de determinados particulares con poder económico para captarlo a favor del Ambiente y en este caso del Paisaje. Las medidas de orientación dependerán del contexto que brinde el mercado y por ende de la interrelación entre las empresas y los consumidores, caso de la explotación por sistema de licitación pública de determinados segmentos de algunos parques públicos emblemáticos como las Cataratas del Iguazú.

8. Técnicas de intervención paisajística

Las denominadas técnicas de intervención paisajísticas no son muy conocidas en el mundo del Derecho Público en la Argentina, todavía retrasada en estas técnicas por el estado de evolución de su legislación de suelos y en consecuencia la de urbanismo y con más razón de paisaje. Examinamos a continuación rápidamente algunas de las técnicas de intervención, actuales en la legislación Española con la finalidad de examinarlas como espejo de una futura legislación de gestión del paisaje. Se basa en principios tales como la calidad de vida, información y participación ambiental, de urbanismo previo, integración urbanismo – paisaje, congruencia y eficacia en la toma de decisiones del ordenamiento territorial y paisajístico y muchas provienen de la arquitectura para ser erigidas en categorías del Derecho.

⁵⁸⁴ CELI, Alina. “Instrumentos de política económica e incentivos públicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y del cambio climático”. RDA N° 20, pp. 193. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009.

Estas técnicas de intervención no llegan aisladas, sino dentro del marco de una política de estado que persigue integrar al paisaje dentro de la legislación y la política urbanística y de ordenación territorial, ambiental, agraria, cultural, etc, con determinados objetivos tales como “medidas de protección”⁵⁸⁵, gestión del paisaje⁵⁸⁶, y ordenación del paisaje⁵⁸⁷. Estas políticas de paisaje deben ser congruentes con una política de estado⁵⁸⁸, que habilita varios instrumentos de actuación que analizamos en seguida.

8.1. Plan de Acción Territorial

Los planes de acción territorial definen y orientan las políticas paisajísticas, asumidas a partir de un estudio de paisaje que determinará al operador administrativo y al privado el marco dentro del cual se trazarán las acciones para operar sobre el paisaje, tales como catálogos, valorizaciones y protección⁵⁸⁹. Asumen la estrategia del desarrollo territorial, deben ser congruentes en forma horizontal con otros planes y vertical con la ley aplicable, siguiendo las previsiones de protección. Se distinguen los planes integrales de los sectoriales. Los primeros abarcan a varios sectores de la Administración inclusive incluir a varios municipios que juntos produzcan modificaciones integrales al paisaje y sean susceptibles de modificar planes de acción territorial o urbanísticos ya aprobados. Los segundos de idéntico contenido, se refieren a un específico sector de la Administración sobre el que actuará dicho plan, ejemplo, los planes de acción territorial sectorial sobre protección del paisaje (Art 11.2 Ley 4/ 2004),

⁵⁸⁵ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio de la C. valenciana, Artículo 29 Inciso 2. *Las medidas de protección del paisaje son acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje. Se propondrán para aquellos espacios en que esté justificado su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o de la acción del hombre.*

⁵⁸⁶ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio de la C. valenciana, Artículo 29 Inciso 3. *La gestión del paisaje está constituida por acciones encaminadas a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales desde una perspectiva de desarrollo sostenible.*

⁵⁸⁷ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio de la C. valenciana, Artículo 29 Inciso 4. *La ordenación del paisaje está constituida por acciones que tienen por objeto mejorar, restaurar o crear paisajes.*

⁵⁸⁸ Por ejemplo en la Comunidad valenciana la del Art 38 Ley 4/ 2004 que define la estrategia territorial de la Comunidad Valenciana, y es el primer peldaño de planeamiento paisajístico que describe en el umbral de sus autorizaciones los requisitos más elementales a cumplir. Fernández Rodríguez, Carmen. Op. Cit. pp. 128.

⁵⁸⁹ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Artículo 30 Inciso 3. *Los citados planes inventariarán y catalogarán los recursos paisajísticos, tanto naturales como culturales. Asimismo podrán establecerse catálogos paisajísticos de ámbito local o regional independientes de los citados instrumentos. Los primeros tendrán la tramitación de los planes generales y los segundos la correspondiente a planes especiales.*

ante riesgos sísmicos (Art 14.3Ley 4/ 2004), ordenación del litoral (Art. 15.1Ley 4/ 2004), aprovechamiento de recursos minerales y energéticos (Art 16Ley 4/ 2004), calidad de recursos hídricos (Art 18.1 Ley 4/ 2004) etc⁵⁹⁰.

8.2.Estudios de Paisaje

Los estudios de paisaje⁵⁹¹ establecen los objetivos y las medidas para alcanzar calidad paisajística, y las acciones que inciden sobre el paisaje⁵⁹², son en definitiva...”*los instrumentos de ordenación paisajística que tienen como función coadyuvar, en materia de paisaje, a la planificación territorial y urbanística de ámbito municipal y supramunicipal*⁵⁹³...”, estableciendo los principios, estrategias y directrices que permitan tomar decisiones para la catalogación, valoración y protección del paisaje en su ámbito de aplicación⁵⁹⁴. El objeto es variado: definir y delimitar las unidades paisajísticas a partir de las cuencas visuales más importantes para la percepción del territorio, delimitar áreas que han de ser objeto de atención prioritaria, establecer un régimen jurídico de protección para las unidades de paisaje de alto valor y de sus elementos singulares, con la finalidad de evitar su posible ocultación por la interposición de barreras visuales, proponer medidas para la mejora paisajística de los ámbitos degradados y de restauración. En cuanto al contenido deberá ser ajustado a: plan de participación pública (1), información del territorio (2), caracterización (3) y valoración de integración visual y de paisaje (4), fijación de los objetivos de calidad, y las medidas y acciones para cumplir con estos objetivos(5)⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Estefanía. Op. Cit pp.68.

⁵⁹¹ Art 31. Ley 4/ 2004.

⁵⁹² Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Artículo 29. Acciones. 2. *Las medidas de protección del paisaje son acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje. Se propondrán para aquellos espacios en que esté justificado su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o de la acción del hombre.* 3. *La gestión del paisaje está constituida por acciones encaminadas a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales desde una perspectiva de desarrollo sostenible.* 4. *La ordenación del paisaje está constituida por acciones que tienen por objeto mejorar, restaurar o crear paisajes”...*

⁵⁹³ DOGV - Núm. 5.325 del 16 08 2006, pp. 28257.

⁵⁹⁴ HERVÁS MAS, Jorge. *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje.* Bosch, Barcelona 2009, pp. 223. Fernández Rodríguez, Carmen. Op. Cit. pp. 140.

⁵⁹⁵ DOGV – Nº 5.325 del 16 08 2006, pp. 28257, Art 29.

8.3. Medidas y Acciones para los objetivos de calidad paisajística. El catálogo de Paisajes

Entre las finalidades de toda acción pública, en este contexto que analizamos, para la regulación del uso y aprovechamiento del suelo, o de utilización de éste se encuentra la de mantener y mejorar la calidad paisajística y cultural del entorno urbano⁵⁹⁶. Y entre los contenidos del Estudio de Paisaje se encuentra la de establecer la calidad paisajística⁵⁹⁷, por ello el objeto del Estudio es también la calidad⁵⁹⁸, palabra 54 veces repetida en la ley de rito, lo que da una idea de la importancia que se otorga a este concepto en el ordenamiento sub examen. Pero es el Reglamento⁵⁹⁹ el que fija estos objetivos, naturalmente, a partir del valor obtenido, determinándose que para cada unidad de paisaje o recurso se fijarán los siguientes objetivos: conservación y mantenimiento del carácter existente; restauración del carácter; mejora del carácter existente; creación de un nuevo paisaje; combinación de los anteriores. Los catálogos de paisaje⁶⁰⁰ parten de una descodificación del paisaje en sus diferentes elementos materiales y simbólicos y parten de la hipótesis de haber descifrado y reconstruido su historia y la motivación de sus cambios anteriores para anticiparse si es posible a los futuros; son herramientas que permiten conocer cómo es el paisaje y qué valores contiene, qué factores lo explican, cómo evoluciona en función de las actuales dinámicas económicas, sociales y ambientales y, finalmente, qué tipo de paisaje queremos y cómo podemos conseguirlo⁶⁰¹.

8.4.-Directrices, medidas y propuestas de actuación

Una vez formulados los objetivos de calidad paisajística, se deben establecer criterios y acciones concretas por la Administración para lograr objetivos de calidad. En

⁵⁹⁶ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Art 28.

⁵⁹⁷ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Art 31 Inciso "a".

⁵⁹⁸ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Art 32 Inciso "b".

⁵⁹⁹ DOGV – Nº 5.325 del 16 08 2006, pp. 28261, Art. 38.

⁶⁰⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. Op. Cit. pp. 95 y 134. Esta autora cita al sistema inventarial suizo con una Ley que desde 1966 realiza actividades tutelares similares a esta herramienta ahora europea.

⁶⁰¹ NOGUE i FONT, Joan. *Estudios Geográficos*, Vol. LXXI, 269, pp. 415-448, julio-diciembre 2010, pp. 422. Este autor comenta la legislación de Cataluña.

el planeamiento territorial, las propuestas de los catálogos deben adaptarse a las determinaciones que establece la normativa sobre planes territoriales parciales, que son de tres tipos distintos: “normas”: de cumplimiento obligatorio para el planeamiento urbanístico, infraestructuras y en general todas las actuaciones en el territorio reguladas. “Directrices” que son medidas que definen estrategias o pautas de actuación que deben ser desarrolladas en documentos administrativos para intervenir en el territorio corrigiendo los rumbos paisajísticos y, finalmente las “Recomendaciones” que son medidas asumidas por la Administración que se consideren adecuadas para un desarrollo positivo del territorio que oportunamente serán valoradas para el momento de la actuación⁶⁰². Las normas, directrices y recomendaciones están organizadas —y deberán ser respetadas— por el sistema de asentamientos urbanos, el sistema de infraestructuras de movilidad y las estrategias del sistema de espacios abiertos⁶⁰³.

8.5. Estudios de integración de paisaje

Los estudios de integración de paisaje⁶⁰⁴ valoran la incidencia en el paisaje de las actuaciones que tengan por objeto nuevos crecimientos urbanos o la implantación de nuevas infraestructuras. Es un Estudio que tratará de efectuar, dentro de su ámbito, las predicciones necesarias para evitar que las intervenciones a realizar lo desintegren y arrebaten su personalidad y valores que le adjudica la población. Naturalmente, este estudio tiene algo que decir cuando se inician trámites para considerar la calificación del suelo como urbanizable, lo que le da aptitud para su urbanización⁶⁰⁵ y aparece el

⁶⁰² NOGUE i FONT, Joan. Op. Cit.

⁶⁰³ NOGUE i FONT, Joan. Op. Cit. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. Op. Cit. pp. 153.

⁶⁰⁴ DOGV – Nº 5.325 del 16 08 2006, pp. 28265, Art. 45.

⁶⁰⁵ Ley 16/ 2005 de 30 de Noviembre. Artículo 12. Suelo urbanizable.1. *El planeamiento clasificará como suelo urbanizable los terrenos que pretenda incorporar al proceso de urbanización, a medida que el desarrollo de la red primaria de dotaciones y el grado de definición de la ordenación estructural permita integrarlos en dicho proceso dentro de un modelo territorial sostenible y coherente.* 2. *La clasificación como suelo urbanizable por el Plan General supone la mera aptitud de los terrenos para su urbanización, previa programación de los mismos. Hasta que se apruebe el Programa para el desarrollo de la correspondiente Actuación Integrada quedarán sujetos al régimen propio del suelo urbanizable sin programación, que se regula en el artículo siguiente. Dicha clasificación implica la sujeción de los terrenos al régimen de las Actuaciones Integradas para poder desarrollar su urbanización. Cuando la clasificación como suelo urbanizable sea establecida mediante Plan Parcial modificativo del Plan General, se exigirá la simultánea programación de los terrenos, y la caducidad de su correspondiente Programa comportará el decaimiento de su clasificación en tanto no se acuerden justificadamente otras medidas.*

peligro de desintegración de un paisaje que hasta ese momento no tiene intervención humana o tiene una que es universalmente aceptada.

8.6. Instituto de Estudios Territoriales y del Paisaje. Observatorio

En la Comunitat Valenciana la autoridad de aplicación es el Consell⁶⁰⁶ y justamente a estos efectos la Generalitat recibe el soporte del Instituto de Estudios Territoriales y del Paisaje, organismo autónomo de carácter mercantil adscrito a la Conselleria competente en materia de territorio, integrado en la Red Europea de Observatorios y el Observatorio Nacional Español. Este organismo opera en dos niveles claramente definidos en el ámbito de este plexo jurídico que hemos analizado: el del territorio, y el de su paisaje⁶⁰⁷. En el primero, ejerce funciones de análisis y diagnóstico efectuando propuestas con escenarios alternativos para cada problema presentado. En el segundo de ellos que es el caso del paisaje propiamente dicho opera como verdadero referente en esta materia estableciendo criterios técnicos, emitiendo informes y dictámenes, coordinando las políticas sectoriales con incidencia en el paisaje y realizando el seguimiento de las decisiones adoptadas para evaluar su eficacia. También es organismo de diagnóstico y formulación de propuestas a los foros de participación ciudadana de acuerdo a la viabilidad que debe establecer la Conselleria competente en materia de medio ambiente y urbanismo⁶⁰⁸ que es la que impulsa y desarrolla la política de paisaje del Consell de la Comunidad Valenciana mediante la elaboración y tramite de los planes de paisaje, inventarios y catálogos, así como aprobándolos o proponiendo su aprobación. En Cataluña esta figura se denomina Observatorio del Paisaje y tiene similares funciones de asesoramiento, ha sido concebido como un ente de asesoramiento, estudio y seguimiento para la Generalitat y sociedad en general en materia de los paisajes de Cataluña y actores que condicionan su dinamismo. Espacio de encuentro entre la Administración, universidades, colectivos profesionales y conjunto de la sociedad en relación con todo lo que tenga que ver con el paisaje, entre la ciencia y el planeamiento territorial.

⁶⁰⁶ Ley 4/ 2002 de 30 de Junio Artículo 8, BOE cit. pp. 26.298.

⁶⁰⁷ Ley 4/ 2004. Artículo 66, BOE cit. pp. 26.309.

⁶⁰⁸ Ley 4/ 2004. Artículo 92, BOE cit. pp. 26313. Fernández Rodríguez, Carmen. Op. Cit. pp. 154

IV-Resumen

La Convención de Florencia, no ofrece dudas sobre cuáles son sus valores y hasta sus fines. Una de los efectos no buscados en esta investigación y felizmente detectados es la manera en que las motivaciones normativas dejan con total claridad las intenciones del legislador, ya sea europeo o español. Con una atenta lectura a la exposición de motivos o a un mensaje de elevación y hasta la motivación de una norma administrativa de contenido general, es posible averiguar de inmediato qué es precisamente lo que persigue el legislador. Este requisito, no sólo de prolijidad administrativa sino de buen gobierno ya no luce por su presencia en la legislación argentina, y esto dificulta la tarea del intérprete.

Una comparación con las normas de parecido signo en la Argentina, deja a nuestra hermenéutica con muy pocas herramientas oficiales para la indagación y la construcción de políticas y estrategias de aplicación legal. Quizás ésta sea la mayor diferencia que se puede detectar a esta altura del análisis entre ambas legislaciones, no tanto el punto de ventaja que lleva determinada legislación en torno a unos temas sino la manera de implementarlos, con adecuado ejercicio de información, para que todo el mundo sepa a qué atenerse respecto del Derecho que lo rige.

En cuanto a la legislación autonómica, lo más importante es detectar las nuevas herramientas de trabajo para operar en el paisaje que exhibe esta legislación, y que son buen ejemplo para incorporar en la tarea diaria de proteger al paisaje en la Argentina. Lo demás es un buen debate entre regulación y mercado, uno más entre tantos, del que desde luego la legislación es protagonista, y en el que cada uno debe saber dónde ubicarse, por nuestra parte no vemos todavía a la Argentina suficientes mallas de contención para la auto regulación empresaria, ello requiere de presencia estatal y convicción empresarial nacional, que la Argentina parece haber perdido en estos días.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO IV: DERECHOS REALES Y PROTECCIÓN DEL PAISAJE

I. Presentación

El disfrute del paisaje, requiere de un marco legal, y el que ofrecemos no está precisamente desprovisto de conflictos. Una pregunta fundamental en los capítulos que siguen es si los Derechos Reales son funcionales a la protección del paisaje. Lo cual formula dos preguntas que intentaremos responder en otro capítulo, conformándonos con ofrecer el marco general en el presente, para revisar contenido porque en este capítulo sólo buscamos establecer conceptos. Primero, si el modo tradicional de relación entre el hombre y las cosas continúa vigente para proteger al paisaje, que no es un objeto de los Derechos Reales por carecer entre otros detalles del carácter de “cosa” en términos civiles. Segundo, si es posible agregar al paradigma anterior, el de “función social de la propiedad” para proteger al paisaje.

En este capítulo nos conformamos con presentar los dos paradigmas exhibidos en el párrafo anterior con la promesa de desarrollarlos después. Con carácter previo y para asimilar la presentación de las preguntas centrales de investigación de esta parte del presente trabajo es preciso establecer los cimientos de la construcción, a saber: establecer la necesidad de buscar un concepto de Derecho de Propiedad con el cual trabajar en relación al paisaje, y explicar cómo funcionan los Derechos Reales en la Argentina de hoy con un nuevo ordenamiento civil que ingresa en vigencia en 2015. Se ve que nuestro camino para indagar en los desafíos del presente es volver a las fuentes del Derecho Privado para determinar su funcionalidad en los desafíos del futuro.

Para ello, primero haremos un poco de historia y comenzaremos en rápida mirada al Derecho Romano para conocer qué heredamos y qué hicimos con dicha herencia jurídica y así obtener una conclusión doble: un concepto operativo de Derecho Real especialmente enfocado al Derecho de Propiedad y finalmente la aplicación de la “función social de la propiedad” a cada Derecho Real.

Con estos elementos generales afirmados, podremos operar para cruzar los conceptos y ponerlos a prueba en su capacidad de tutela: se trata de confrontar la propiedad con el paisaje, para responder a la pregunta si los Derechos Reales son operativos para proteger al paisaje, trabajo específico de esta tesis.

II. Concepto de Derecho Real en la Argentina. Funcionalidad en la protección del paisaje

1. Introducción

En la hipótesis que se plantea en este apartado, los derechos reales funcionan en la clave individualista concebida por el Codificador en 1871, moderado por la introducción del concepto de abuso del derecho en 1968. Dejamos para la segunda parte de este capítulo el tema de la “función social de la propiedad”, que estudiaremos por separado para favorecer el análisis y sin que implique por ahora una toma de posición por adelantado sobre la cuestión, en el sentido de considerar a la función social de la propiedad como parte del diseño del Derecho Real o como liso y llano elemento externo público que actúa de moderador de las relaciones individuales, como puede sugerir la teoría del abuso de derecho. Las conclusiones para el final.

Recapitulando entonces, nuestra hipótesis de trabajo en esta primera parte del análisis es considerar que el paisaje tiene lugar en un escenario que tiene al menos un titular de Derecho Real⁶⁰⁹, que el mismo es privado, y que no obstante y a pesar de ello, el habitante⁶¹⁰ o ciudadano de la Nación cuyo derecho reconoce tal señorío en determinadas circunstancias tiene derecho a acceder a ese paisaje solamente para

⁶⁰⁹Nótese que no afirmamos que el paisaje tenga un dueño o propietario, lo que afirmamos es que hay un propietario del escenario material donde la comunidad aprecia por su cultura una paisaje que elige y toma para sí. Para el caso la circunstancia que tiene lugar es la misma: depende de la voluntad de propietario del lugar para que el simple ciudadano tenga la posibilidad de disfrutar de paisaje.

⁶¹⁰Artículo 41 de la Constitución de la Argentina.- “*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*”.....

contemplar su belleza.

Luego la pregunta a responder es, por la manera en que el Derecho Real en cualquiera de sus categorías, se relaciona con el paisaje. En otras palabras ¿De qué manera resolvemos el conflicto entre el dueño del lugar donde se levanta el bellísimo escenario y aquel que sólo pretende mirar el paisaje para llenar su mirada con el puro goce estético?

Para responder este interrogante, estudiamos conceptualmente los Derechos Reales desde el Código Civil indagando sobre los problemas particulares y avanzamos a los problemas difusos utilizando como ariete al paisaje. En esa inteligencia, seguimos en el análisis el orden del artículo 2503 CC⁶¹¹ que con pocas diferencias sigue el nuevo 1887⁶¹² que enumera primero al Derecho de Dominio como Derecho Real sobre cosa propia y posteriormente a los demás Derechos Reales sobre Cosa Ajena que tienen relevancia paisajística: el Derecho de Uso, el Derecho de Servidumbre, y el de Superficie Forestal que si bien es cosa parcialmente propia, está ubicado al final del listado de la norma en estudio.

2. Antecedentes

Durante años, cuando el mundo romano no discernía sobre el paisaje ni el ambiente, el único Derecho que tenía a cargo su tutela en forma indirecta, parcial y hasta ignorada o tácita era el Derecho de Propiedad. La intervención del Derecho en el paisaje es reciente, más joven aún que el caso del Derecho Ambiental por lo tanto no es posible encontrar antecedentes cuya razón específica de tutela sea el ambiente o el paisaje. Pero siempre hubo experiencias jurídicas que diseñadas para fines diferentes a

⁶¹¹ Art. 2.503 Código Civil 1871: *Son derechos reales: 1° El dominio y el condominio; 2° El usufructo; 3° El uso y la habitación; 4° Las servidumbres activas; 5° El derecho de hipoteca; 6° La prenda; 7° La anticresis; 8° La Superficie Forestal. (Párrafo incorporado por art. 13 de la Ley N° 25.509 B.O. 17/12/2001.)*

⁶¹² Artículo 1887 Código Civil y Comercial 2014, Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad comunitaria indígena; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo; j) el uso; k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda.

los que hoy denominamos ambientales o paisajísticos, tangencialmente derivaban consecuencias tutelares a tales fines, y esa es la importancia del Derecho de Dominio para este estudio que se corrobora en sus antecedentes. La hipótesis de trabajo de este análisis, desde luego descarta el caso de la expropiación (aunque dediquemos unas páginas a su examen en otro capítulo), porque la simple instalación del Dominio Público destierra cualquier tipo de discusión. Si la técnica de protección es el Derecho de Propiedad, quien protege sea particular o Estado protege porque es el dueño, se trata de una perspectiva que ya tiene solución. Lo que nos convoca es el estudio de otros casos susceptibles de ser versátiles en la tutela a partir del Derecho de Dominio. A continuación, primero presentamos un puñado de normas que obran como evidencia de esta afirmación en donde el Derecho de Propiedad terminó jugando una actuación muy importante en la defensa del ambiente y del paisaje.

José Luis Zamora Manzano en su obra sobre la materia⁶¹³, hace un gran estudio sobre la contaminación de los recursos, pero que incluían ciertos conceptos sobre el dominio público como el delito de rotura de obras en los diques, que en el Código Penal argentino es una de las figuras del estrago doloso, porque sin estos diques las aguas del Nilo provocaban inundaciones con severos daños⁶¹⁴. Pero donde se ve una consecuencia más clara al paisaje es en la prohibición de tala indiscriminada de bosques en la que las XII tablas ya imponían una pena de 12 ases y posteriormente los emperadores Arcadio y Honorio protegieron una flora concreta: los bosques de los árboles de Dafne en Siria o del Perseo en Egipto, prohibiendo la comercialización de estas dos especies so pena del pago de una multa de 5 libras de oro por ejemplar. En el caso de otros bosques se solicitó licencia⁶¹⁵. Otro autor español, en una obra conocida⁶¹⁶ hace una exquisita investigación de antecedentes del Derecho Ambiental de las cuales citamos sólo algunos ejemplos, cree encontrar una simiente de la actual titularidad colectiva en algunos antecedentes que citaremos nuevamente en el capítulo

⁶¹³ ZAMORA MANZANO, José Luis. *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental*. Edisofer, Madrid 2002.

⁶¹⁴ *Ibíd.*, pp. 39.

⁶¹⁵ (C.11.72(73).2 *Ibíd.*, pp. 175.

⁶¹⁶ JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del Derecho a un medioambiente adecuado*. Ed Bosch. Barcelona 1995, pp. 16 y ss.

5. Así, recuerda que en el Derecho Romano....”*el aire, el agua corriente, el mar y con él, sus costas, se conceptuaron como cosas comunes a todos por el Derecho Natural (D.1821). En D.43.8.3. se consideraba que las costas del mar las tenía por imperio el pueblo romano pertenecían a éste, y que todos los hombres tenían un derecho a usar en común como el mar, como el aire*⁶¹⁷...es en estos detalles que Jordano Fraga ve nociones de titularidad colectiva que se reitera más adelante con el ejemplo del antiguo titular de un fundo que lo había vendido gravado con una servidumbre que prohibía a su titular pescar atún a lo que el pretor declaraba la improcedencia de la misma porque el mar por naturaleza...”*está a disposición de todos*⁶¹⁸...Debe destacarse como bien lo señala Jordano Fraga que no existía tecnología en la época susceptible de alterar o disminuir el disfrute colectivo, por lo que no podía surgir una necesidad de normas ambientales para impedir una degradación que perjudicara a un colectivo de personas. Y en *D.43.8.4*⁶¹⁹ se dan nociones de lo que hoy puede interpretarse como el carácter de Dominio Público de las cosas mencionadas con anterioridad cuando dice...”*que es lícito por derecho de gentes, edificar en la costa, a no ser que se impida el uso público de la misma*”...Y más adelante en el Título siguiente que es el 9 se establece un interdicto que puede ser interpretado como una norma de custodia del patrimonio cultural prohibiendo que por la violencia se prohíba instalar en lugar público bustos y estatuas para ornamento de la ciudad⁶²⁰.

El Digesto, refería a singulares problemas entre particulares como el humo por una fábrica de quesos, malos olores, contaminación de aguas, cloacas. Todos estos problemas carecen del carácter ambiental o degradación paisajística en el sentido que hoy consideramos por la ausencia de efectos colectivos, difusos, carácter irreversible, etc. Pero es posible advertir la firme presencia del Derecho de Propiedad en el cuidado de la naturaleza y en este sentido podemos asumir que el mismo ha intervenido desde siempre en el cuidado y protección del ambiente. Pero ya hay normas administrativas

⁶¹⁷ *Ibidem.*

⁶¹⁸ *Ibidem.*

⁶¹⁹ DIGESTO. (D: 43.8.4.) (Justiniano) Versión castellana por A. D’Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo. Editorial Aranzadi. Pamplona 1975. Tomo III de esta Edición Libros 37-50, pp. 391.

⁶²⁰ *Ibidem* (D.9.2), pp. 392.

que cuidan del paisaje urbano, y que hoy interpretaríamos como limitaciones al dominio para mantener el paisaje urbano, por ejemplo el caso citado en D.43, 11⁶²¹ con prescripciones a funcionarios similares a los actuales alcaldes o intendentes que debían cuidar las fachadas de las casas, debiendo los propietarios mantenerlas limpias y hacer reparaciones necesarias bajo pena de multa. En todos estos casos aludidos, y en los muchos que corresponden a otro trabajo más específico, se advierte la fuerte incidencia del Derecho de Propiedad asumiendo la protección de la naturaleza y con ella del paisaje⁶²² sólo que regulando conductas particulares, pero también la apreciación del Orden Público en asuntos como los de las fachadas que sólo se puede cumplir limitando por el Estado el derecho del propietario. Los antecedentes elegidos, entre muchos otros, bastan para ilustrar la importancia del desempeño del Derecho de Propiedad en esta zona de actuación inesperada para una técnica diseñada para otros objetivos, sin embargo nos detendremos a analizar solamente los aspectos negativos en miras a su ejercicio regular, porque son los que tienen relación con el paisaje. Se trata del tema de las “limitaciones y restricciones al dominio”, razón por la cual nos adelantaremos a detallar rápida y conceptualmente los aspectos más generales de este Derecho de Dominio tales como sus caracteres, para dar marco teórico a la segunda parte de esta tesis en donde cruzamos teorías, para explicar a partir de qué detalles operan las limitaciones que puedan hacer posible la protección del paisaje y tenerlos presente en el momento que toque definir las limitaciones que llevan consecuencias públicas y con ello lo que hoy denominamos consecuencias masivas o difusas, caracterizadas según el Código Civil argentino por el Derecho Administrativo.

3.El Derecho Real de Dominio como medio para proteger paisaje

El dominio, por su status jurídico, es uno de los derechos que ha sufrido mayor cantidad de controversias durante el siglo XX tornándolo colectivo, estatal, privado,

⁶²¹ *Ibíd.*

⁶²² Es paradigmática la opinión del titular de una cantera de piedra a quien se le retiró la licencia por motivos paisajísticos dirigidos a proteger la fisonomía de una serranía (Ley 12704 Pcia Bs As, analizada en el último capítulo) en Tandil....”CARBA fue una protección para las sierras”...y más adelante...”en vez del gran agujero en las sierra habría un bello paisaje”...El Eco de Tandil, 29/09/2014, pp. 7.

objeto de constituciones socialistas, liberales, encíclicas papales. Con Villegas Basavilbaso⁶²³ entendemos que el Dominio es un derecho natural, pero que requiere de una posesión material, algo que pueda ser propiedad del sujeto y su lesión por parte de los demás signifique un atentado a su propia personalidad⁶²⁴.

3.1. Concepto de Derecho Real de Propiedad

El Código Civil argentino 1871 utiliza en forma indistinta los términos propiedad y dominio pero el primero como sinónimo de Derecho Real (Arts. 2351, 2757, 2758, 3766) ídem el Código Civil y Comercial de 2014 (Arts 1888, 1954, 1973, 1983,) y aún de Derecho Patrimonial (Arts. 732, 1457, 1459) sólo en el caso del primero. El artículo 17 de la Constitución argentina habla de “propiedad” privada en la cláusula en la que garantiza su inviolabilidad (Art. 17) y también en la que garantiza el ejercicio de su derecho (Art. 14)⁶²⁵. Asimismo la Corte Suprema de Justicia, fiel intérprete de nuestro texto constitucional con sus sentencias fue reafirmando esta idea del legislador tendiente a elevar a este Derecho en un status máximo⁶²⁶: *todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*.

En cuanto al concepto, el Derecho de Dominio es el más amplio derecho de señorío que un hombre puede tener sobre una cosa, es el derecho que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre su objeto⁶²⁷ dentro de los

⁶²³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tea. Tomo VI N° 767 pp. 17. Bs Aires 1952.

⁶²⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*., pp. 569 y ss. Bosch. Buenos Aires 1943. Este jurista español expone que la propiedad es en primer lugar el propio cuerpo en que encarna la unidad sicofísica del hombre; en segundo lugar, todo lo que es necesario para la subsistencia corporal ya sea actualmente poseído o no y en tercer lugar, es propio de la persona todo el complejo de cosas que han sido adquiridas por cualquiera de los modos reconocidos como lícitos por la ley. Citado por PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derechos Reales II*., pp 25. Tea. Buenos Aires 1973.

⁶²⁵ MARANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Tomo 1, pp. 206. Zavalía. Buenos Aires 1986.

⁶²⁶ Así en autos “Horta, José c/ Harguindeguy” del 21/08/1922 Fallos 139-59...”*el derecho que confiere el contrato de locación al locador, constituye una propiedad en el sentido de la constitución*”...en autos Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto del 20/08/1925 Fallos 144-220”*la palabra propiedad- ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos- comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*”...Citado por MARANI de VIDAL, Marina. Op. Cit., pp. Cit.

⁶²⁷ La nota Art. 2509 CC 1871 sobre el dominio dice que es...”*la reunión de todos los derechos posible sobre una cosa, un derecho completo*”...

límites legales⁶²⁸. No quiere decir que sea ilimitado y sujeto al solo arbitrio individual porque como todo Derecho, el dominio tiene un estatuto regulador que implica la existencia de restricciones a la exclusiva voluntad del titular y que conforma su contenido normal⁶²⁹. La definición legal de dominio está contenida en el artículo 2506 del Código Civil 1871...*“derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y la acción de una persona”*...concretadas en los tres jus del Derecho Romano, jus fruendi, jus utendi, jus abutendi que en definitiva concreta el máximo poder jurídico sobre la cosa y sucede frecuentemente que el uso y goce de ella está sometido a la voluntad y acción de una persona distinta del dominus, como el que la usufructúa, la habita o la usa⁶³⁰. El nuevo texto de 2014 establece que...*“es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”*...en una definición que se aleja de las tesis decimonónicas más individualistas y excluyentes del contenido general, sin llegar a posiciones más claras en los límites establecidos a este Derecho⁶³¹.

Se ve, que la lectura que de este Derecho se haga cabalga con los tiempos, desde una individualista y casi ilimitada en el Siglo XIX, a una limitada por la ley, osea por el Estado en el Siglo XXI. O aún más, otras definiciones como el caso de España que pretende articular los derechos de todos los individuos para que toquen una misma música. Son varias las teorías que explican este punto que preferimos abordar detalladamente en la segunda parte de este capítulo donde analizamos la “función social de la propiedad” e introducimos sobre un tema trillado en la doctrina europea pero que admite reticencias en la Argentina que es la de concebir un Derecho de Propiedad como función social. Hasta tal punto, que algunos autores con gran lucidez

⁶²⁸ La nota al Art. 2508 dice que esto se hace...*“en los límites y bajo las condiciones determinadas en la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”*...

⁶²⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Ibíd.*

⁶³⁰ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derechos Reales II.*, pp 27 y ss. Tea. Buenos Aires 1973.

⁶³¹ *Puede definirse a la propiedad privada como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias. Corte Suprema Justicia Colombia. Sentencia C-189/06.*

han tratado de sortear esta valla, y con éxito en la doctrina, con la teoría de la función ambiental de la propiedad⁶³² como una manera de eludir de alguna manera el escozor que provoca la sola mención de la expresión “función social” en sectores de mirada más conservadora al Derecho en la Argentina, que aparenta ser mayoritaria pese a lo silenciosa, y ni siquiera este aspecto ambiental va a aceptar.

Es que el problema está planteado en la primera generación de Derechos y es preciso pasar lo la segunda antes de llegar a la Tercera, porque hay que tener función social primero para poder agregar lo ambiental después⁶³³, sino la figura de la Autoridad queda en el camino y no es posible esperar del Poder Judicial, lo que el Administrativo no sabe, no puede o no quiere hacer y porque se trata de límites diferentes al individuo, en el primero tal interés cede ante la colectividad y en el segundo lleva asociación más habitual al uso de los recursos teniendo en cuenta el ambiente. Causa Mendoza sólo puede haber una, pero no puede tornar en hábito político lo que es excepción jurisdiccional... En esta fórmula de la función social de la propiedad, es dable observar la existencia de lo que se denomina un “contenido esencial” que a fin de definir rápidamente sus contornos para ofrecer un adelanto en este punto, sólo diremos por ahora que admite tres grandes observaciones siguiendo a un autor español⁶³⁴.

Que siempre comprende una función individual, guiada por el propietario que persigue generalmente una renta económica o ganancia, y una social en la que este Derecho debe articular con los demás⁶³⁵.

Que la referencia es el contenido esencial de este Derecho que son las

⁶³² LORENZETTI, Ricardo. *Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente*. La Ley. Tomo 1998-A, pp. 1024. Ed. La Ley, Buenos Aires.

⁶³³ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La función ecológica de la propiedad en la ampliación y saneamiento de resguardos indígenas”. En *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, C. Ed. Univ. del Rosario. Bogotá 2004. pp 111.

⁶³⁴ BARNES VÁZQUEZ, Javier. “El componente ambiental de la función social de la propiedad privada y de la expropiación forzosa”. En obra colectiva “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Universidad Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp.63.

⁶³⁵ ...”utilidad social y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del Derecho de Propiedad sobre cada categoría de bienes...siempre que quede asegurada la rentabilidad del propietario...no puede llegar a anularse la utilidad meramente material del Derecho porque el contenido esencial del dominio impide la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien”...TCE 37/ 1987. Cit. Barnes Vásquez. Ibídem.

facultades indisponibles que lo integran como si fuera el caso de la abstención del trabajo en el Derecho de Huelga en lo laboral lo que no lleva a pensar que un paro puede practicarse con cualquier modalidad, tales como piquetes que cercenan el derecho de locomoción (Art 14 CN), tan comunes en la Argentina de hoy. En la propiedad esto se ve cuando desaparece para el propietario el contenido económico del bien, en cuanto a su utilidad, desnaturalizando al Derecho de tal forma que lo hace irreconocible como Derecho de Propiedad⁶³⁶.

Que el Derecho de Dominio está integrado por dos grandes facultades; la de “uso y goce” y asimismo la de “disponer”. Mientras que en lo privado estas facultades se ejercen directamente, cuando hay intervención pública esta cuestión puede mediatizarse porque actúa el legislador y posteriormente el reglamento define el tipo de uso y goce que tiene cada bien que ha puesto en su mira, ya sea para su ordenación determinando un uso urbanístico, o forestal o de interés cultural sujetándolo a la ley pertinente. Lo novedoso para un operador argentino, es advertir la segunda parte de esta idea y la manera en que esta concepción española construyó para su Derecho⁶³⁷, con el tiempo, lo que pareciera ser una consecuencia de la función social de la propiedad. Se trata del concepto de propiedad en función de diferentes variantes de la función social susceptibles de crear modelos de propiedad ligeramente distintos que reposan sobre el sustrato básico⁶³⁸.

Se ha creado una dogmática para la proliferación de leyes sectoriales que crean nuevos conceptos de propiedad con contenido acorde según el caso, manteniendo lo civil definido por la consideración de los derechos y deberes del propietario en relación con el concepto general de propiedad. Así se han generado nuevos modelos de

⁶³⁶ ...”en definitiva, si de la delimitación legal del contenido... desconociera el contenido esencial se habría producido una privación del Derecho”...”que aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”...TCE 227/1988. Barnes Vásquez. *Ibidem*. pp., 65.

⁶³⁷ Huelga decir que este sistema de propiedades no forma parte de la hermenéutica que proponemos.

⁶³⁸ STC 37/1987; STC 61/ 1997. Citado por LLODRÁ GRIMALT, Francesca. *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*. Edicions UIB. Palma 2008, pp.127 y ss.

propiedad totalmente consolidados, en las que una autora española⁶³⁹ hace una larga enumeración mencionando tales como: la “propiedad forestal⁶⁴⁰”; propiedad del suelo⁶⁴¹; propiedad agraria⁶⁴²; propiedad de espacios naturales protegidos⁶⁴³; propiedad minera⁶⁴⁴; propiedad hidráulica⁶⁴⁵; patrimonio histórico⁶⁴⁶. Se trata en síntesis de la denominada propiedad estatutaria que define el contenido del Derecho de Propiedad de manera tan diversa como lo son los objetos susceptibles de apropiación, delimitada por la función social y revalidada por la nueva legislación estatal de suelo⁶⁴⁷. Esta dispersión conceptual del Derecho de Propiedad, por novedosa, y seguramente útil después de su evolución de 60 años en el Derecho español, no forma parte de la tradición jurídica argentina y por tal motivo sólo señalamos brevemente su desarrollo sin hacerla formar parte del marco teórico que se propone para este estudio.

⁶³⁹ LLODRÁ GRIMAT, Francesca. Op, Cit., pp. 133.

⁶⁴⁰ Ley 43/ 2003 de 21 de Noviembre, de Montes...”*Los montes independientemente de su titularidad desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo, y del ciclo hidrológico, de fijación de carbono atmosférico, de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje*”...

⁶⁴¹ Ley 8/ 2007, de 8 de Mayo, de Suelo. «BOE» núm. 128, de 29 de mayo de 2007, páginas 23266 a 23284. Art 8º...”*el derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre y sin perjuicio del régimen al que esté sometido por razón de su clasificación, los deberes de dedicarlo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber de conservación*”...

⁶⁴² Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (aprob. por Decreto 118/1973 de 12 de Enero, «BOE» núm. 30, de 3 de febrero de 1973, páginas 1990 a 2026) Art 2.b. Política Agraria Común en la Unión Europea. Ley 19/ 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias «BOE» núm. 159, de 5 de julio de 1995, páginas 20394 a 20404.

⁶⁴³ Ley 4/ 1989 de 27 de Marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre. ...”*Aquellos espacios del territorio nacional...que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes, podrán ser declarados protegidos de acuerdo a lo regulado con la ley...podrá obedecer a las siguientes finalidades...proteger aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico y recreativo*”...

⁶⁴⁴ Ley 22/ 1973 de 21 de Julio («BOE» núm. 176, de 24 de julio de 1973, páginas 15056 a 15071), Art 2º...”*Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado puede asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen*”...

⁶⁴⁵ RDLeg 1/ 2001 de 20 de julio (BOE núm. 176 Martes 24 julio 2001, pp. 26791) del texto refundido de la Ley de Aguas, que salvando derechos adquiridos con anterioridad a su sanción establece que todas las aguas continentales del territorio español, superficiales, subterráneas fluyentes son de dominio público (Arts. 2/ 12).

⁶⁴⁶ En las Islas Baleares, por ejemplo el caso de la Ley 12/ 1998 de patrimonio histórico (BOE, núm 31 f 2 viernes 5 de febrero de 1999, pp. 5425).

⁶⁴⁷ Ley 8/ 2007 de 28 de mayo de Suelo, artículo 8 y actualmente artículo 7 del texto refundido de la Ley de Suelo Decreto Legislativo 2/ 2008 de 20 de Junio que dispone que el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”... Cit. AGUDO GONZALEZ, Jorge. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*. RAP N° 185 May-Ago 2011, pp. 11. Este autor critica a la propiedad estatutaria.

3.2. Caracteres, absoluto, exclusivo, perpetuo

El dominio, verdadero prototipo de su categoría al agrupar el máximo de facultades posible para un sujeto, encabeza la nómina de Derechos Reales del Artículo 2503 (1887 CC 2014) que establece el principio de *numerus clausus* en el sistema legal argentino. El análisis de sus cualidades legales que vemos seguidamente (absoluto, exclusivo, perpetuo) se ajusta a los principios de la escuela individualista y confirma esta designación⁶⁴⁸.

El **carácter absoluto**, toma evidencia desde que el Dominio confiere a su titular (al menos en la orientación de los clásicos) la potestad de emplear la cosa y disponer de ella a su arbitrio, sin que pueda impedírsele el Estado según las doctrinas más extremas en el sostenimiento de este principio⁶⁴⁹. Y aún más, en una nota al artículo 2513 CC⁶⁵⁰, Vélez Sársfield llega a decir que los excesos en el dominio... "no constituyen por sí mismos un modo de ejercicio del derecho que las leyes aprueben, ellas son la consecuencia inevitable del carácter absoluto del dominio... pero es preciso comprender que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye en juez del abuso... no tardaría en constituirse en juez del uso y toda verdadera idea de libertad y propiedad estaría perdida"... El ejercicio ilimitado del Derecho de Propiedad en otra perspectiva importa también consecuencias en propiedades vecinas y también la nuestra, es el viejo tema de las inmisiones que también está presente en este debate y que precisa de articulación justa de todos los derechos en ejercicio o esperar del vecino la conducta de un lobo para el hombre, en donde reina Trasímaco y el ejercicio del derecho de propiedad para cada uno de los

⁶⁴⁸ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tomo III *Tratado de los Derechos reales*, Vol. 1., pp. 372 N° 462. Ediar. Buenos Aires 1943.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ Art. 2.513 Código Civil 1871: (Ref Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968) *Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.*
-El carácter de absoluto desaparece en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

integrantes de la comunidad pasa a ser imposible, porque en palabras de Ihering...”*los vecinos estarían siempre en un estado de guerra permanente*⁶⁵¹”....

Este marco teórico se vería sustancialmente alterado por acción de la ley 17711 en 1968, año en que se comprendió que pagar el precio por vivir la libertad de ser dominus en términos infinitamente absolutos era muy caro y así éste carácter de absoluto tornó en una materia susceptible de ser compatible con un uso regular que no fuere abusivo⁶⁵². Esta reforma trajo otra limitación en el punto que se vinculó con la caracterización legal del abuso del derecho que permite al Juez actuante desconocer el derecho emanado de una norma legal si se lo ha ejercido abusivamente⁶⁵³.

Estas notas se consideraron suavizadas a tal punto que el autor de la reforma llegó a afirmar que en adelante este carácter era el de “No absoluto”⁶⁵⁴: ...”*sería notorio abuso degradarla o destruirla, derechos que reconocía el antiguo artículo 2513 y que quedan eliminados por la ley 17711/ 1968 que infundió al derecho de propiedad un espíritu nuevo impregnado de espíritu social. El artículo 2514 reafirma, con referencia concreta al derecho de propiedad, la regla general del artículo 1071 que condena el abuso del derecho*⁶⁵⁵”. No hace referencia el viejo Código Civil a la función social ni ambiental de la propiedad, y el ordenamiento de 2014 sólo refiere a la función ambiental sin pasar por la función social.

⁶⁵¹ ALGARRA PRATS, Esther. *Las disciplinas de las inmisiones en el Derecho Privado*. Tesis Doctoral Universidad de Alicante 1994, pp 38.

⁶⁵² Art. 2.514 Código Civil 1871: (Ref Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968) *El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.*

⁶⁵³ Art. 1.071 Código Civil 1871: (Ref Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968) *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

-Esta norma se mantiene con idéntica redacción en el artículo 10 del Proyecto Civil y Comercial.

⁶⁵⁴ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales* tomo 1. N° 259, pp. 222. V Edición. Actualizado por Delfina Borda. La Ley Buenos Aires 2008.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*

El **carácter de exclusivo** se da porque dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa⁶⁵⁶ consecuencia de ello es que el propietario pueda ejecutar respecto de la cosa objeto todos los actos jurídicos legalmente posibles⁶⁵⁷ excluyendo a otros del ejercicio de sus derechos con facultades de tomar medidas para asegurarlos⁶⁵⁸. No obstante ello, hay normas que restringen estas facultades⁶⁵⁹ o le imponen servidumbres⁶⁶⁰. En síntesis, si el dueño es uno, no es posible que otro también lo sea.

Las excepciones sólo estarán dadas, según veremos, cuando un tercero puede ejercer algunos actos de dominio sobre la cosa objeto y el propietario está obligado a compartir el uso y goce con tal tercero. Guillermo Borda, llega más lejos aún en esta definición con opinión en base a nuestro sistema legal. Este autor llega a negar este carácter como propio del Dominio, porque sostener que dos personas no pueden tener al mismo tiempo un dominio exclusivo sobre una cosa... "más que un carácter del dominio es una perogrullada. Porque lo cierto es que varias personas pueden ser condóminos de la misma cosa y que su derecho se extiende no a una parte concreta de ella, sin que se ejerce sobre toda la cosa"... pudiendo coexistir con otros derechos reales por lo que aprecia como imposible que la exclusividad sea un carácter propio del

⁶⁵⁶ Art. 2508 Código Civil 1871: *El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.*

Art. 1943 Código Civil y Comercial 2014. Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.

⁶⁵⁷ Art. 2515 Código Civil 1871: *El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla o arrendarla, y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar su propiedad, abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona.*

⁶⁵⁸ Art. 2516 Código Civil 1871: *El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes. Puede prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre o pase por ella. Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos, o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales.*

Art 1944 Código Civil y Comercial 2014. Facultad de exclusión. El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.

⁶⁵⁹ Art. 2627 Código Civil 1871: *Si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios, u otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo, siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare.*

⁶⁶⁰ Art. 3077 Código Civil 1871: *El que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar a éste a sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause.*

Dominio⁶⁶¹. Lo que ofrece factibilidad a que esta característica no sea argumento para impedir -con este marco- el disfrute de un paisaje dentro de la propiedad en cuestión.

El **carácter de perpetuo** se advierte desde que el propietario no precisa ejercerlo permanentemente para conservarlo...”*el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él*...dice el artículo 2510 CC y 1942 CCyCom, porque no se extingue por el no uso como otros derechos reales por ejemplo el usufructo que se extingue por el no uso por diez años según Art. 2924 CC y 2152 inc “c” CCyCom, igualmente el Uso y la Habitación⁶⁶² a los cuales se les aplican las mismas reglas que al Usufructo según veremos más adelante y las Servidumbres⁶⁶³. Ello no obsta a la aplicación de la Usucapión por aplicación de las reglas propias de esta institución, dado que no se trata del no uso sino de una prescripción adquisitiva efectuada a otro⁶⁶⁴ o la limitación por la caracterización de una propiedad fiduciaria por ejemplo la cual se extingue al final de cierto plazo o cumplimiento de ciertas condiciones o la propiedad intelectual que siempre se concede por un período fijo de duración o la aplicación del instituto de la expropiación.

Todo esto ha sido materia de discusión porque la sociedad está más interesada

⁶⁶¹ BORDA, Guillermo. *Ibíd.*

⁶⁶² Art. 2.969 Código Civil 1871: *Lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos.*

-El Código Civil y Comercial 2014 aplica las normas del usufructo a las del uso y habitación (Arts 2155 y 2159)

⁶⁶³ Art. 3.059 Código Civil 1871: (ref. Ley 17940 B.O.R.A. 04/11/1968) *Las servidumbres se extinguen por el no uso durante diez años, aunque sea causado por caso fortuito o fuerza mayor. El tiempo de la prescripción por el no uso continúa corriendo para las servidumbres discontinuas, desde el día en que se haya dejado de usar de ellas, y para las continuas desde el día en que se ha hecho un acto contrario a su ejercicio.*

Art 2182 Código Civil y Comercial 2014 Medios especiales de extinción. Son medios especiales de extinción de las servidumbres: a) la desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante; b) el no uso por persona alguna durante DIEZ (10) años, por cualquier razón; c) en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los CINCUENTA (50) años desde la constitución.

⁶⁶⁴ Art. 2.510 Código Civil 1871: *El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción.*

Art 1942 Código Civil y Comercial 2014. Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

en proteger la productividad de los bienes que el derecho individual de mantener una cosa en la órbita de un dueño que desea mantenerla improductiva⁶⁶⁵. Porque la perpetuidad es inherente a la naturaleza de la propiedad pero sin embargo no es esencial⁶⁶⁶.

4.El Derecho Real de Uso

4.1.Introducción

El Derecho Real que muestra una relación más versátil con el paisaje es el Derecho Real de Uso con diferencias en su evolución conforme pasa el instituto por diferentes épocas político-económicas. En el derecho romano antiguo, recuerda Salvat⁶⁶⁷ tratábase de una servidumbre personal que al principio sólo otorgaba el *jus utendi* pero negaba el *jus fruendi* al usuario⁶⁶⁸. Pero esta idea iría cambiando porque el simple uso confería en ciertas oportunidades un beneficio irrisorio y se fue ampliando a la concesión de ciertos y excepcionales frutos por ejemplo al usuario de un fundo se le confería el derecho a tomar legumbres, frutos o maderas para sus necesidades y las de la familia. Con Justiniano se amplía aún más la esfera del Derecho de Uso permitiendo al usuario percibir un alquiler de la casa dada en uso siempre que continuara viviendo con su familia⁶⁶⁹. Ya en el Derecho Moderno el uso de una cosa gravada con dicha servidumbre personal, abarca no sólo el uso de la cosa sino también, dentro de ciertos límites la percepción de frutos, límites que en nuestro régimen se circunscriben a las necesidades familiares del usuario⁶⁷⁰ y por disposición legal también al cónyuge

⁶⁶⁵ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit N° 628., pp 35 y N° 627. Cita 62., pp 34 y ss.....”la perpetuidad hace a la naturaleza mas no a la existencia del derecho”...

⁶⁶⁶ Ibídem. N° 628 pp. 34 y 35.

⁶⁶⁷ SALVAT, Raymundo M., *Derecho Civil Argentino*, Derechos Reales Tomo 3. Ed. Tea, Bs. As. 1959. Cuarta edición actualizada por Miguel Argañaraz, pp. , 411 y ss. Núm. 1738.

⁶⁶⁸ Instituta, 2, 5, pr. ...”de estos mismos modos que se constituye el usufructo, se acostumbra también a constituir el mero uso, que se extingue de las mismas maneras que el usufructo desaparece”... Citado por PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho Civil, derechos reales* Tomo 3, Tea. Buenos Aires 1973. Núm. 1557 pp. 146.

⁶⁶⁹ PEÑA GUZMAN cit. Núm. 1557 pp. 147.

⁶⁷⁰ Ibídem, pp. 147.

supérstite⁶⁷¹. Esta ampliación del objeto del Derecho Real de Uso, en nuestra apreciación, y en el último desarrollo de esta figura en los tiempos actuales llega a comprender algunas de las facetas del Derecho al paisaje. De modo que en la primera parte de esta exposición se irán quitando hojas a la cebolla para mostrar de a poco lo que a nuestro juicio constituye el instrumento actual más idóneo (no el único) para concebir jurídicamente al paisaje y adjudicarle un vehículo por donde transitar la vida en Derecho, dando a cada uno lo suyo, y respetando el Derecho de Propiedad advirtiendo sus alcances y posibilidades de relación con el paisaje, en el caso a través del Derecho de Uso. En definitiva, pretendemos mostrar otra faceta de esta vieja institución del Derecho Privado en la que subyace una idea fuerza que es la necesidad irreductible de usar la cosa a través de otro, y esta cosa siempre puede ser de uso común. De alguna manera todos usamos los bienes de la casa de todos. Esta idea es funcional al Desarrollo Sostenible.

Tratándose del análisis de una obra pensada para la Argentina, las normas civiles analizadas lo son solamente argentinas, pero ello no obsta a dar ubicuidad conceptual a otros regímenes cuyo marco general sea el sistema continental romanista, porque el Derecho de Uso es el mismo en cada Nación latina, con las particularidades legislativas que cada Congreso o Parlamento ha dado para su pueblo dadas las diferentes idiosincrasias y los problemas que enfrentan los juristas de cada lugar. Pero el Derecho de Uso escrito continental romanista sigue siendo el mismo hasta promediar el Siglo XIX y por lo tanto el análisis para uno es operativo para todos, al menos para imaginar soluciones posibles.

⁶⁷¹ Art. 3.573 bis. Código Civil 1871: (ref. Ley 20.798/1974)...*"Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias"*...Este derecho no opera de pleno derecho, debe solicitarse en el Sucesorio. Pero si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias el derecho se pierde. CURA GRASSI, Domingo. *Derechos Reales, Usufructo, Uso, Habitación y Servidumbres*. Buenos Aires, 2009. Ad Hoc, pp. 48.
Art 2383 Código Civil y Comercial 2014. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

4.2. Concepto, conservación substancia y divisibilidad

En el sistema legal argentino, el Derecho de Uso es considerado autónomo, y como tal legislado separadamente del de Usufructo y Habitación y no se lo considera una Servidumbre, teniendo como fuentes las mismas que sirvieron para atender la redacción legislativa⁶⁷² de aquel Derecho. Uso y Usufructo tienen su definición en el Código Civil y se puede destacar que el Derecho de Uso es muy similar al de Usufructo⁶⁷³ que es supletorio (Art 2158 CCyCom), sólo que el usuario puede servirse pero sin alterar la sustancia de la cosa ajena. La razón es que mientras el usufructuario tiene el jus utendi en toda su extensión el usuario sólo puede ejercerlo para atender las necesidades propias y de su familia, acorde su condición social⁶⁷⁴.

En esta inteligencia, es posible definir al Derecho de Uso siguiendo una metodología analítica con enumeración de sus caracteres destacando que se trata de un Derecho Real⁶⁷⁵ sobre cosa ajena⁶⁷⁶, enumerado⁶⁷⁷, divisible⁶⁷⁸, temporal⁶⁷⁹, y

⁶⁷² MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Tomo 2, pp. 287. Zavalía. Buenos Aires 1987.

⁶⁷³ LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil Tomo IV, Tratado de los Derechos Reales Vol II*. pp 467. Ediar. Buenos Aires 1944. "Usufructo restringido", tal la calificación que sobre el Derecho de Uso realiza este autor.

⁶⁷⁴ Art. 2.948. *El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia.* Artículo 2953 primera parte que limita el derecho de uso y el de habitación... "a las necesidades personales del usuario, o del habitador y su familia, según su condición social"... Conf. Henri Capitant. Josserand. Cit por OSORIO Y FLORIT, Manuel. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires 1969., Tomo XXVI pp., 541 y ss.

⁶⁷⁵ Dalmacio Vélez Sarsfield en nota al artículo 2502 de su Código Civil, dice que... "derecho real es el que crea entre una persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto"...

⁶⁷⁶ Viene de la aplicación del principio "nemini res sua servit", nadie puede tener una servidumbre sobre la cosa propia, por ello la cosa sobre la que recae el uso, y en su caso el usufructo, debe necesariamente pertenecer a otra persona.

⁶⁷⁷ Contenido en el artículo 2503 inciso 3° del Código Civil argentino. El sistema legal argentino para los Derechos Reales es el de *numerus clausus*, razón por la cual sólo pueden ser creados por disposición de la ley (Art 2502 CC).

-Idéntica posición sostiene el Proyecto de Código Civil y Comercial. Art 1887.

⁶⁷⁸ Antiguamente se lo consideraba indivisible. Por esa razón es dable advertir en viejos comentarios este carácter como si fuera un axioma. Actualmente no hay razones para considerarlo indivisible. Ampliamos en las próximas páginas.

⁶⁷⁹ Sólo es perpetuo por definición el Derecho Real de Dominio, subsistiendo independientemente del dominio que se ejerza sobre él (Art 2510 CC, y en Proyecto Código Civil y comercial Art 1942). Los demás derechos pueden tener una duración muy extensa alcanzando la vida de su titular pero no es perpetuo porque la vocación de un Derecho Real es la de consolidar sus desmembraciones en algún momento. El Derecho de uso lleva el régimen del usufructo y con él sus causas de extinción temporal.

estrictamente personal⁶⁸⁰, que consiste en...*“la facultad de servirse de la cosa de otro independientemente de la posesión de heredad alguna⁶⁸¹, con el cargo de conservar la sustancia de ella⁶⁸²; o de tomar los frutos de un fundo ajeno lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de la familia. Si se refiere a una casa y la utilidad de servirse de ella se llama en este Código derecho de habitación⁶⁸³”*... En el sistema legal argentino se distingue del Derecho Real de Usufructo que consiste en el uso y goce de la cosa aprovechando todos los frutos naturales, civiles e industriales que ella produce. El Derecho de Uso, por el contrario, solo confiere el uso con una denominación que no sólo define sus contornos sino también sus límites porque no tiene el usuario facultades para aprovecharse económicamente de la cosa ni percibir frutos como no sea para atender necesidades propias y de su familia, se refiere específicamente a un tono pragmático: la posibilidad útil, usar o utilizar la cosa y esta cosa tiene que ser ajena para que pueda ser operativa en esta figura. Luis Alberto Peña Guzmán, siguiendo una clasificación más clásica, todavía en la última impresión de su obra en 1973 incluye esta figura como servidumbre personal junto al Usufructo y la Habitación⁶⁸⁴, interpretación que en el régimen del Código Civil y Comercial 2014 no es posible.

Tiene una duración limitada en el tiempo, distinguiéndose del carácter perpetuo del Derecho Real de Dominio, en el que debe distinguirse el caso de las personas físicas de las jurídicas. En las personas físicas, si no se ha establecido plazo se lo entiende *ad vitam* del usuario (Art. 2822 C.C. y 2152 inc “a” CCyCom), dado que no es un derecho hereditario (Art. 2825 C.C. y 2142 CCyCom). Lógicamente si tiene plazo, éste se entiende hasta su vencimiento o muerte del usuario (Art. 2941 C.C. y 2142 CCyCom). En las personas jurídicas se entiende un plazo máximo de 20 años (Arts.

⁶⁸⁰ No puede ser transferido a otra persona como en el usufructo, ni siquiera puede ser arrendado. Es inherente a la persona del usuario.

⁶⁸¹ Ello porque se pone énfasis en explicar que el derecho de uso no es una servidumbre predial, establecida en mira a la posesión de un fundo vecino; sino que se trata de un derecho estrictamente personal independiente de que el titular posea o no otra heredad dado que es imposible ejercer este derecho sin posesión. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. 5° Edición. Tomo 2, pp. 96. La Ley. Buenos Aires 2008. Esta noción es importante para explicar la manera en que el Derecho de Uso funciona con la nueva idea del paisaje que presentamos.

⁶⁸² Aplicación del principio...*“salva rerum substantia”*...

⁶⁸³ Artículo 2948 Código Civil 1871: En el Código Civil y Comercial 2014 figura en el Art 2158. Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

⁶⁸⁴ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho Civil, derechos reales* Tomo 3, Tea. Buenos Aires 1973.

2828, 2920, 2929 C.C.) y 50 años en el CCyCom (Art 2152 inc “c”), sólo que en el nuevo régimen del Código Civil y Comercial se extiende sólo a personas físicas (Art 2154 CCyCom). Pero cualquiera sea el tiempo por el que se constituyó el usufructo de una persona jurídica, termina con la existencia del usuario (Arts 2920 y 2929 C.C.) y (Art. 2152 inc. “b” CCyCom).

En la aplicación del **principio conservación de la sustancia** (...*salva rerum substantia*...) del artículo 2948 C.C. transcrito en la Nota 622 de la página anterior debe considerarse la materia de la cosa a conservar que el Codificador en nota al artículo 2807 explica como ...*“el conjunto de cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan cierta forma y cierto nombre, que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan...a un género determinado designado por un sustantivo característico como una casa, un reloj”*...y nosotros agregaríamos un paisaje, hecho que se corrobora en esta posibilidad por el hecho que el paisaje no puede consumirse inmediatamente⁶⁸⁵, aunque se puede deteriorar lentamente por el uso de un modo que implica un cierto consumo que hace a la necesidad de sostenibilidad con el acceso de excursionistas o caminantes aunque nos explayaremos más adelante sobre este punto en particular. Pero se ve la funcionalidad con el cuidado del medio ambiente y el paisaje, porque su titular no puede consumir la cosa es la gran limitación que sufre y la gran diferencia con el derecho de propiedad, tiene que devolver el patrimonio recibido, en principio, después de haberle dado un uso dinámico, es decir con la devolución del mismo activo que recibió, si fuera un vivero venderá plantas pero devolverá otras, no puede consumir el negocio recibido⁶⁸⁶. Lo que lo obliga a un deber de prudencia porque no se trata sólo de no consumir el capital sino a conservarlo dinámicamente y con ello a no degradarlo ni destruirlo, ni agotarlo porque en esto el

⁶⁸⁵ La nota al artículo 2807 Código Civil 1871: establece que el uso y goce de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella y si se deteriora lentamente por el uso el artículo 2872 que es aplicable al derecho de uso establece que se tiene derecho a servirse de las cosas...*“que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinadas , y solo está obligado a devolverlas, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen salvo si se deterioran o consumen por su culpa”*...

⁶⁸⁶ SAMBON, Jacques. “Usufructo y Derecho de Uso del Patrimonio Medioambiental”. En Obra Colectiva: *La protección de los bienes comunes de la humanidad*, Coordinado por José Luis Gordillo. Trotta, Madrid 2006, pp.145.

propietario tiene más para perder que el propio usufructuario y además como es temporal siempre coadyuva en este sentido⁶⁸⁷. Esto es funcional al desarrollo sostenible y al nuevo Código Civil y Comercial que *-con cambios en la redacción-* mantiene este principio⁶⁸⁸.

Esta observación sobre la falta de derecho a “agotar la cosa” como norma típica de esta figura, nos permite identificar una segunda cuestión⁶⁸⁹, que es la relacionada con el destino de la cosa que conlleva la necesidad de no cambiar el destino que el dueño le daba, ni siquiera aumentando la utilidad y tampoco la forma exterior de las cosas⁶⁹⁰. Se ve que podemos adaptar esta idea en la actualidad para conservar la fisonomía del paisaje de la ciudad o en su caso del patrimonio cultural, noción ésta que integra la de paisaje eventualmente.

La **divisibilidad** del Derecho de Uso. Otra de las notas que parecen dignas de comentario por su versatilidad paisajística es la característica de la “indivisibilidad”. Héctor Lafaille, sostenía en 1944 el carácter de la indivisibilidad del Derecho de Uso a diferencia del Usufructo⁶⁹¹, basado en la redacción de la segunda parte del artículo 3031⁶⁹². Salvat, sin embargo, en una obra anterior⁶⁹³, discutía el punto sosteniendo que

⁶⁸⁷ REMOND GOUILLEAU. Op. Cit., pp. 134. Citada por SAMBON, Jacques *Ibidem*.

⁶⁸⁸ Artículo 2154 CCyCom 2014. Concepto. El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo.

⁶⁸⁹ REMOND GOUILLEAU. Op. Cit. Tomo Cit pp 242/243.

⁶⁹⁰ Art. 2.892 Código Civil 1871: *El usufructuario no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque sea para sustituirla por otra mejor, o para usar y gozar de otro modo el terreno, o los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir.*

Artículo 2145 Proyecto Código Civil y Comercial 2014. Destino. El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho.

⁶⁹¹ LAFAILLE, Héctor. Op Cit pp 404 Núm. 1331. El usufructo es divisible, dice...”cuando corresponde a diversos sujetos, cada uno de ellos tiene derecho a su respectiva cuota, a menos de haberse instruido el acrecimiento (Arts 2821, 2824 y 3031). Es una diferencia con el uso y la habitación y las servidumbres reales”...

⁶⁹² Art. 3.031. *Si la servidumbre personal pasare a ser por separado de dos o más dominantes, y fuere divisible, cada uno de los dominantes sólo tendrá derecho a ejercerla en la cantidad que le hubiese pertenecido. Si fuere indivisible, (la servidumbre personal) cada uno de ellos (los titulares) tendrá derecho a ejercerla, sin que los otros puedan oponerse.*

a falta...”de texto legal que lo prohíba nada impide al constituyente, atribuirlo a varios (art 2952) aunque con la limitación que impone el artículo 2953”...”la indivisibilidad que las leyes romanas establecían, se aplican si piensa que el uso, en sus orígenes solo tenía por contenido el *uti*, y no contenía el *fruí*; por lo que no podía acordarse *pro parte*, sino *in solidum* y *pro indiviso*. Ahora el derecho del usuario también puede comprender los frutos de la cosa (Art 1021 del nuevo Código Italiano y Art. 2448 segunda parte del Código Civil argentino); por lo que faltaría la base del razonamiento que justificaba el carácter indivisible de este Derecho. De esto se concluye que nada impide que el uso de la cosa sea dejado en común a mas de una persona, y que en tal caso, las necesidades de los co-usuarios y de sus respectivas familias se sumen para determinar las medidas del goce⁶⁹⁴...”Qué razón de lógica impide la concesión del uso o la habitación a dos o más personas simultáneamente se preguntaba Guillermo Borda en la segunda mitad del siglo XX⁶⁹⁵?...”Evidentemente ninguna. Ni existe tampoco ningún texto legal que lo prohíba. En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que en el derecho moderno, el uso no es indivisible⁶⁹⁶... El artículo 2130 por reenvío del 2155 del nuevo Código Civil y Comercial acompaña esta moderna interpretación.

En nuestro punto de vista es otra nota característica de este Derecho que lo separa de la Propiedad y lo acerca a una funcionalidad ambiental, porque no se trata de una co-propiedad en donde varios por un número determinado son propietarios del mismo derecho en forma directa. Se trata de una titularidad común donde varios son

El Proyecto de Código Civil y Comercial no trae una disposición semejante, además establece como disposición supletoria solamente las del usufructo, al parecer con carácter excluyente a otros derechos reales (Art. 2155)

⁶⁹³ La primera edición de comentarios al Código Civil Argentino es de 1917. No obstante que tuvimos a nuestra disposición la tercera edición de 1935 (SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Ed. La Ley, Bs. As.) y la cuarta actualizada por Miguel Argañaraz en 1959 Ed Tea). Este autor falleció en 1940.

⁶⁹⁴ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Derechos Reales Tomo 3. Actualizado por Manuel Argañaraz. Ed. Tea, Buenos Aires 1959. Núm. 1741, pp. 414, cita 12.

⁶⁹⁵ BORDA. Guillermo. *Tratado de Derecho Civil* 5° Edición, Derechos Reales Tomo II, pp. 96, Núm. 974, actualizado por Delfina Borda. La Ley, Buenos Aires 2008. Téngase presente que sólo tuvimos a disposición la segunda edición de este Tratado que fue presentado por Editorial Perrot en 1955.

⁶⁹⁶ *Ibidem* pp. 96 in fine.- Ver también FORNARI, María José. En ZANNONI, Eduardo (Director) y KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Tomo 11 (Arts 2611 – 2969) En comentario al artículo 2948 pp. 1242.- En contra PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho Civil, derechos reales* Tomo 3, Tea. Buenos Aires 1973. Núm. 1557 in fine pp 147. Este gran maestro del Derecho Civil argentino, otrora Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, expone la cuestión como si se tratase de un axioma.

titulares a través de otro pero que pueden tener derechos diferentes que pueden ser ejercidos de una manera diferente. Esto también rompe con la propiedad tradicional, lo que Sambon⁶⁹⁷ denomina característica solipsista del Derecho de Propiedad y que en este enfoque permite captar una figura clásica como el uso para una aplicación que puede ser sustentable.

¿Podemos, entonces, hablar de un Uso colectivo con esta interpretación? Dejamos pendiente esta respuesta para el capítulo específico, en éste sólo habíamos prometido fijar los conceptos con los que laboramos.

5. Derecho Real de Servidumbre como medio para proteger al paisaje

El concepto más básico de la Servidumbre *-según veremos-* refiere necesariamente a la carga de un fundo de soportar una limitación en beneficio de otro, tal es el caso de la servidumbre de vista que en nuestro caso si se constituye por contrato puede serlo de un paisaje y trata del espacio adyacente a un territorio o terreno permitiendo la vista de otro con la correspondiente obligación de no hacer para permitir la posibilidad del ejercicio de ese Derecho, por ejemplo no elevar la altura de una construcción. Entre estas servidumbres algunas son regidas por el Código Civil y rigen las relaciones entre particulares y otras por el Derecho Administrativo y normalmente operan como facilitadoras de la consecución de un servicio público como puede ser el servicio de teléfono por cable que tapa el cielo entre los edificios o las torres de alta tensión que producen contaminación visual.

Estudiaremos, en primer término, las servidumbres civiles con un detalle ligero pero no menos preciso de sus instituciones a fin de fijar los cimientos por donde discurriremos la explicitación de este Derecho Real y en la parte especial de esta tesis reservamos aquellas servidumbres que ocupan la atención del gran público y llegan a ser difusas en algunos casos: las servidumbres administrativas.

⁶⁹⁷ SAMBÓN. Op. Cit. pp. 130, punto 1.

5.1.La Servidumbre Civil y el paisaje

5.2.Concepto, funcionalidad paisajística

La servidumbre se define por el Código Civil en el artículo 2970 como ...*"derecho real , perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad"*...Lafaille⁶⁹⁸ en su comentario dice que es una definición elástica que abrazó a todos los derechos reales sobre cosa ajena lo que traería confusión hermenéutica de no ser por la nota del codificador y la metodología del Código que legisla a estos derechos en forma autónoma⁶⁹⁹. Es complementado por el artículo 2973⁷⁰⁰ que define al predio dominante como...*"aquél a cuyo beneficio se han constituido derechos reales"*...y al predio sirviente en el artículo siguiente...*"es aquel sobre el cual se han establecido servidumbres personales o reales"*... En este sentido, parece de mayor claridad expositiva la redacción del nuevo Código Civil y Comercial, mas lacónica pero no menos precisa que define la figura en el artículo 2162:...*"derecho real que se establece entre DOS (2) inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno"*...

Las Servidumbres pueden ser reales o personales, y siempre afectan los bienes muebles e inmuebles, pertenecientes a un extraño. La diferencia estriba en el carácter abstracto del sujeto en la Servidumbre Real porque la Servidumbre existe con prescindencia de quien es el titular dominial o del Derecho Real sobre cosa ajena, lo que abre la posibilidad de convenir un disfrute paisajístico en forma accesoria al objeto principal, se trataría de una servidumbre para pasar a ver un paisaje y hasta para cuidarlo en miras a su disfrute por persona determinada o por toda la comunidad de

⁶⁹⁸ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 359 N° 1267.

⁶⁹⁹ SALVAT, Raymundo M. Op. Cit. Pp 243 N° 1482. Este autor confiesa seguir a Aubrey et Rau T III, parágrafo 225, pp. 462.- ...*"derechos reales en virtud de la cual una persona está autorizada para obtener de la cosa de otra una cierta utilidad"*...Se trata de una definición en un sentido amplio sin distinguir de otros derechos reales sobre cosa ajena y menos los de crédito que sólo tratan de dar seguridad o garantía.

⁷⁰⁰ Art. 2165 Código Civil y Comercial 2014 Servidumbre real y personal.*" La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen"*...

acuerdo a lo establecido en su instrumento constitutivo en el que rige dentro de determinados límites la autonomía de la voluntad.

El material legal con el que el operador define un disfrute paisajístico por esta vía tiene dos variantes una personal y otra real. Ambos ordenamientos civiles, el entrante y el saliente, definen con cierta similitud estas variables, así el viejo Código Civil de 1871 en el artículo 2971 define...“*servidumbre real*”⁷⁰¹ es el derecho establecido al poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera”... y el artículo 2.972...“*servidumbre personal*”⁷⁰² es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y acaba con ella”...⁷⁰³

5.3.Elementos en común para servidumbres personales y reales en función de la protección del paisaje

Entre los elementos comunes más destacables encontramos el hecho de que se trata de Derechos Reales en ambos casos sólo que *in patiendo*, osea en soportar o permitir la acción ajena; nunca *in faciendo* porque entonces se confundiría con la obligación porque la ventaja se obtiene directamente sin el concurso de nadie⁷⁰⁴. Asimismo debe afectar una cosa ajena porque nadie tiene servidumbre sobre cosa propia (*nemo rem sua servit*)⁷⁰⁵. También debe limitar algunos de los derechos del titular dominial los cuales deben beneficiar ahora a la servidumbre. Es excepcional, por eso se lo presume libre de cargas⁷⁰⁶. Puede ser perpetuo o temporario⁷⁰⁷, sólo que en

⁷⁰¹ Art. 2165 Código Civil y Comercial 2014 Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

⁷⁰² En la Edad Media esta categoría refería a trabajos o servicios a favor del Señor Feudal.

⁷⁰³ Art. 2165 Código Civil y Comercial 2014. ...“Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor”... En caso de duda, la servidumbre se presume personal”...

⁷⁰⁴ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 361 N° 1268.

⁷⁰⁵ Cita al artículo 2970 CC. Partida III, Tít. 2 ley 26.

⁷⁰⁶ Artículo 2523 Código Civil 1871: (...“Cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro, debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e

lo referido a las personales sólo pueden ser temporarias⁷⁰⁸. Y si bien las reales se pueden aplicar solo a inmuebles, las personales también son aplicables a los muebles⁷⁰⁹ disposición ausente en el nuevo Código Civil y Comercial.

5.4. Caracteres, forma

Incumben al poseedor de una heredad, lo cual indica que no requiere el título de dueño, alcanza con ser poseedor. También debe reportar una utilidad al inmueble⁷¹⁰ porque con abstracción de quién es el dueño es la finca la que obtiene el beneficio, por lo que si la servidumbre es para disfrutar de un paisaje el fundo servido siempre tendrá ese servicio, independientemente de quien sea su poseedor⁷¹¹ en forma perpetua si no hay convención que las limite⁷¹² y es indivisible⁷¹³ su ejercicio lo que significa que la

ilimitado”...) por lo que si hay duda sobre la existencia de una servidumbre y si es personal o real, su extensión o modo de ejercerla se presume siempre a favor del propietario.

Art. 2165 Código Civil y Comercial 2014.- Servidumbre real y personal....”En caso de duda, la servidumbre se presume personal”...

⁷⁰⁷ Ver artículo 2970 que lo dice expresamente. Se mantiene esta disposición en el Código Civil y Comercial 2014 limitada a 50 años (Art. 2182).

⁷⁰⁸ Arts. 2822, 2825, 2828, 2929, 2949, 2969, CC 1871 etc. Lo que impide un desmembramiento perpetuo.

⁷⁰⁹ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 361 N° 1268.

⁷¹⁰ Art. 2419 Código Civil 1871.: *Son también obligaciones inherentes a la posesión de las cosas inmuebles, las servidumbres pasivas, la hipoteca, y la restitución de la cosa, cuando el poseedor fuese acreedor anticresista. También las cargas de dar, hacer o no hacer, impuestas por el poseedor precedente, al nuevo poseedor.*

Art. 2162 Código Civil y Comercial 2014.- Definición. La servidumbre... concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.

Art. 2421 Código Civil 1871.: *Son derechos inherentes a la posesión de los inmuebles las servidumbres activas.*

⁷¹¹ Art. 3006 Código Civil 1871.: *Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno.*

Art 2165 Código Civil y Comercial 2014 Servidumbre real y personal.” La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno”...

⁷¹² Art. 3009 Código Civil 1871: *Júzganse establecidas como perpetuas las servidumbres reales, si no hay convención que las limite a tiempo cierto.*

Art 2165 Proyecto Código Civil y Comercial 2014. Servidumbre real y personal ...”Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario”...

⁷¹³ Art. 3007 Código Civil 1871. *Las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales, y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente.*

Art 2167 Código Civil y Comercial 2014.- Servidumbre personal a favor de varios titulares. La servidumbre personal puede establecerse a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario. No puede establecerse la servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar la servidumbre.

servidumbre no puede ser agravada con el ejercicio de una manera que aumente el gravamen ya estipulado...”*al pretender el paso por más lugares que los establecidos o quisiera extraerse más cantidad de agua o de piedra*⁷¹⁴...”

Lo que más importa para nuestro análisis, es el llamado principio de atipicidad de las servidumbres⁷¹⁵, y el de divisibilidad. En el primer caso porque a diferencia del derecho clásico en el que no podían constituirse otras servidumbres más que las autorizadas en nuestro régimen esta situación es diferencial. De acuerdo al artículo 3000 CC⁷¹⁶ y 2162 CCyCom⁷¹⁷, se puede constituir cualquier tipo de servidumbre...”*aunque la utilidad sea de mero recreo*”... llegó a decir el Codificador y es reiterado en el nuevo ordenamiento civil y comercial, lo que da marco a nuestra pretensión de instalar la idea de disfrute paisajístico en este contexto, aún con considerando que el Título XIII el Código legislaba especialmente sobre Servidumbres. En el caso de la divisibilidad de las servidumbres, el tema se presenta con alguna similitud al caso del Derecho de Uso, que vimos anteriormente, porque si bien no es posible dividir una servidumbre de vista por la mitad o un derecho de paso hasta la mitad del camino, sí es posible dividir el ejercicio si la ventaja se puede distribuir entre varias personas, en nuestro caso la posibilidad de gozar de un paisaje⁷¹⁸. El límite está dado por no aumentar la carga sobre el fundo sirviente de manera que se desnaturalice totalmente su derecho de propiedad en lugar de resultar sólo una carga⁷¹⁹.

⁷¹⁴ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 510 N° 1486.

⁷¹⁵ MARIANI DE VIDAL, Marina. Op. Cit. Tomo 2., pp. 296.

⁷¹⁶ Art. 3000. *Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor.*

⁷¹⁷ Art 2162 Código Civil y Comercial 2014.- Definición. La servidumbre es el derecho real que se establece entre DOS (2) inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.

⁷¹⁸ Art 2163 Código Civil y Comercial 2014. Objeto. La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.

⁷¹⁹ En la nota al artículo 3007 el Codificador dice...”*por lo demás, una servidumbre es como todo derecho, divisible o indivisible según el hecho que la constituye es susceptible o no de división. Si este hecho es tal que puede ser ejercido en parte por una persona y en parte por otra; si consiste en tomar, por ejemplo, un número de fanegas de tierra de un fundo o de hacer pasar un número destinado de animales; siendo ambas cosas divisibles, la servidumbre lo es igualmente. Es al contrario indivisible si este hecho es tal que no pueda ser ejercido en parte por uno y en parte por otro, tal sería el derecho de paso para ir a un punto determinado*”...

Otro caso lo trae el artículo 3018 CC⁷²⁰ y 2174 CCyCom⁷²¹, que se refiere a la extensión de los derechos del dueño del fundo dominante estableciendo que la servidumbre principal comprende todos los derechos necesarios para hacerla valer. Lo que reafirma la posibilidad de establecer una servidumbre de paisaje para una comunidad determinada y no sólo para el titular reafirmado por lo establecido por el artículo 3028 CC...*”si la heredad dominante pasa de un propietario único a muchos propietarios en común o separado cada uno de éstos tiene derecho a ejercer la servidumbre, sea divisible o indivisible, con el cargo de usar de ella de manera que no agrave la condición del fundo sirviente. Así, si se trata del derecho de paso, todos los copropietarios estarán obligados a ejercer su derecho por el mismo lugar. Recíprocamente, la división del fundo sirviente, no modificará los derechos y deberes de los dos inmuebles”*...en términos similares refiere el nuevo ordenamiento⁷²².

Estos extremos son tan categóricos que una vez establecida la servidumbre, el dueño del fundo sirviente no puede disminuir la carga ni obstaculizarla o impedir⁷²³. Si así lo hiciera la ley le confiere defensas para oponer inmediatamente y restablecer el ejercicio pleno de las mismas⁷²⁴. Pero, por el contrario, si el uso de la servidumbre es

⁷²⁰ Art. 3.018. *Por el establecimiento de una servidumbre, se entiende concedida al propietario de la heredad dominante, la facultad de ejercer las servidumbres accesorias que son indispensables para el uso de la servidumbre principal; pero la concesión de una servidumbre, no lleva virtualmente la concesión de otras servidumbres, para sólo hacer más cómodo el ejercicio del derecho, si no son indispensables para su uso.*

⁷²¹ Art. 2174 Código Civil y Comercial 2014.- Extensión de la servidumbre. La servidumbre comprende la facultad de ejercer todas las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquéllas que sólo hacen más cómodo su ejercicio.

⁷²² Art 2167 Código Civil y Comercial 2014.-Servidumbre personal a favor de varios titulares. La servidumbre personal puede establecerse a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario. No puede establecerse la servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar la servidumbre.

⁷²³ Art. 3.037 Código Civil 1871: *El dueño del predio sirviente no puede menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida; sin embargo, si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella llegase a serle muy incómodo, o le privase hacer en él reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo.*

Art. 2165 Código Civil y Comercial 2014.- Servidumbre real y personal...*”La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno”*....

⁷²⁴ Art. 2.470 Código Civil 1871: *El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.*

incompleto o restringido por su titular durante el tiempo señalado para la prescripción trae la extinción parcial de la misma y la reduce a los límites de su uso (Art 3064 CC).

La **forma es solemne**. Se pueden realizar por contrato⁷²⁵, disposición de última voluntad⁷²⁶, destino de buen padre de familia⁷²⁷ y servidumbre que revive⁷²⁸ por disposición de la ley que siempre será subsidiaria a la voluntad de las partes⁷²⁹ y usucapión siempre que sea continúa y aparente⁷³⁰. En cuanto a la forma y según lo

Art 1891 Código Civil y Comercial 2014 Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión.

Art 2168 Código Civil y Comercial 2014.- Legitimación. Están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión. Si existe comunidad debe ser constituida por el conjunto de los titulares.

⁷²⁵ Art. 2977 Código Civil 1871:. *Las servidumbres se establecen por contratos onerosos o gratuitos, traslativos de propiedad. El uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición.*

Art. 2170 Código Civil y Comercial 2014.- Presunción de onerosidad. En caso de duda, la constitución de la servidumbre se presume onerosa. Art 2171 Código Civil y Comercial 2014.- Modalidades. La servidumbre puede sujetarse a cualquier modalidad. Art 1892 Código Civil y Comercial 2014.- Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la posea a su nombre, o cuando el que la posea a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.

⁷²⁶ Art. 3265 Código Civil 1871:. *Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones.* El Código Civil y Comercial 2014 carece de una norma semejante porque adopta otro sistema.

⁷²⁷ Art. 2994. *Cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto a la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, se juzgará a ésta constituida como si fuese por título.*

⁷²⁸ Art. 2995 Código Civil 1871:. *Si el propietario de dos heredades, entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre de la una a la otra, dispone de una de ellas, sin que el contrato contenga ninguna convención relativa a la servidumbre, ésta continúa existiendo activa o pasivamente en favor del fundo enajenado, o sobre el fundo enajenado.*

⁷²⁹ Art. 3.019 Código Civil 1871:. *La extensión de las servidumbres establecidas por voluntad del propietario, se arreglará por los términos del título de su origen, y en su defecto, por las disposiciones siguientes.*

⁷³⁰ Art. 3017 Código Civil 1871:. *Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de veinte años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes no pueden establecerse sino por títulos. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas.*

establece el Código Civil, el contrato debe ser efectuado en escritura pública⁷³¹ e inscripto en el Registro de la propiedad para ser oponible a terceros⁷³².

6. El Derecho Real de Superficie y su aptitud para proteger al paisaje

6.1. Concepto y Caracteres

El último Derecho Real creado por el Congreso Federal en la Argentina ampliando los originariamente creados en 1871, y que modificó el sistema de numerus clausus del Código Civil fue el Derecho de Superficie Forestal, por ley 25.509⁷³³. Actualmente, el Derecho de Superficie (Art 1887 inc. "h") es una figura del nuevo Código Civil y Comercial promulgado en 2014 que comprende además de forestar la facultad de plantar o construir resolviendo una limitación poco explicable en la mencionada Ley 25509. Siguiendo a Cura Grassi⁷³⁴ definimos al Derecho de Superficie como...*"aquel derecho real, en virtud del cual una persona puede plantar y/o edificar una cosa propia en terreno ajeno"*... El artículo 2 de la ley 25509 daba una buena definición, entendiendo...*"derecho real autónomo sobre cosa propia, temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía"*... Estudiamos rápidamente este Derecho para terminar el capítulo, por la vinculación fáctica que tiene con el paisaje. Porque si es posible crear un Derecho de Superficie con un destino específico, también es posible darle destino de polución a fin

⁷³¹ Art. 1.184 Código Civil 1871: *Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1° Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;... 10° Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;*

⁷³² Art. 2.505 Código Civil 1871: *La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.*

⁷³³ BORA 11/12/2001 - ADLA Tomo 62 A pp.18. Ver también Ley de inversiones de bosques cultivados (ley 25.080 ADLA Tomo 59 A pp.18).

⁷³⁴ CURA GRASSI, Domingo César. *"Reflexiones acerca del nuevo Derecho Real de Superficie Forestal"*. La Ley, Diario del 06/02/2003, Buenos Aires, pp. 1 y ss, Ver especialmente la Cita 1.

de que sea operativo para herramientas como las del mecanismo de desarrollo limpio⁷³⁵ y otorgarle por ejemplo un destino de turismo sustentable también, a la vista del paisaje que se puede crear viendo crecer un monte o bosque sobre territorios desnudos. En nada se opone este derecho a que la forma de facturar el producto por el titular sea una u otra, y que en un terreno lindero se hagan construcciones para proveer los servicios turísticos. Asimismo, tanto como se ha legislado un Derecho de Superficie que de por sí modifica el paisaje original tornándolo por otro de características determinadas, también se puede legislar este instituto con destinos sociales y modifique el paisaje urbano, para abaratar el costo de la tierra con destino a viviendas sociales, o simplemente para proteger el paisaje que tenga por objeto tutelar una ley específica que encuadre sus alcances dentro del marco de la misma.

Es importante destacar que el Proyecto de Código Civil y Comercial crea el “Derecho de Superficie” con un triple objetivo en los artículos 2114 a 2128...*“que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo”...*

Los primeros **caracteres** son:

- 1) Constituido por titulares de dominio o condóminos⁷³⁶.
- 2) A favor de terceros, que podría ser el Estado si se tratara de negociar paisaje a cambio de impuestos y alguna otra ventaja para que el propietario advierta conveniente incorporarse en el sistema de protección paisajística, dado que el Estado mismo ayuda a la solventación indirecta de este paisaje evitando que el costo del paisaje, lo sea sólo para el Derecho de Propiedad. Es un caso en que el Derecho de Propiedad hace y devuelve valor a favor del ambiente y no al revés.

⁷³⁵ CALLEGARI DE GROSSO, Lydia E. *El Derecho Real de Superficie Forestal*. Lexis Nexis. Buenos Aires 2006, pp. 139.

⁷³⁶ Art 2118 Código Civil y Comercial 2014. Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal...

3) Sobre inmueble susceptible de forestación o silvicultura, construcción o plantación. Se ve que es el único paisaje susceptible de construir.

4) Autónomo.

5) Temporario (art. 2117°). El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de SETENTA (70) años cuando se trata de construcciones y de CINCUENTA (50) años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

6) Susceptibilidad de adquirir las plantaciones existentes. Lo que facilita la inversión de turismo sustentable con la construcción de marco paisajístico, porque acorta el tiempo de inversión que son los primeros diez años de crecimiento de las plantas, durante las cuales la modificación del paisaje es poco perceptible en la generalidad de las especies.

7) Posibilidad de gravarla con derecho real de garantía⁷³⁷ se trata en rigor de una hipoteca superficiaria⁷³⁸. Esto facilita la inversión para proyectos de desarrollo turístico, poniendo el paisaje en el comercio con otros fines. Esta posibilidad está ínsita no sólo en este Derecho de Superficie con fines específicos, también podría estar disponible a uno genérico como el del Proyecto de Código Civil de 1987⁷³⁹, tanto para el nudo propietario como para el superficiario⁷⁴⁰.

8) Forma: contrato oneroso o gratuito por escritura pública y tradición⁷⁴¹.

⁷³⁷ Art 2120 Código Civil y Comercial 2014 Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

⁷³⁸ DE REINA TARTIÉRE, Gabriel. *“Derecho Real de Superficie Forestal”*. Ed Ábaco. Buenos Aires 2003, pp. 91.

⁷³⁹ Proyecto de Código Civil, Nueva Edición, según texto aprobado por la H. C. de Diputados de la Nación, comentada por Horacio Roitman e informada por Osvaldo Camisar. Astrea. Buenos Aires 1987, pp 63 y ss. Art 2614 que justamente es el que prohíbe su regulación en el texto vigente. El Proyecto de Código civil de 1998 en artículos 2018 a 2023 propone una normativa similar pero extendiendo su objeto al ámbito forestal que en el anterior tenía un objeto más para construcción inmobiliaria, o sea el derecho no solo a construir sino también a forestar

⁷⁴⁰ KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *“Derecho Real de Superficie”*. Astrea, Buenos Aires 1989, pp. 91.

⁷⁴¹ Art 2119 Código Civil y Comercial 2014 Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

9)Inscripción registral obligatoria se abrirá en el Registro un folio diferencial para impedir que sus asientos específicos se superpongan con los de la Finca, a fin de no violar el principio registral de la especialidad, pero ambos folios estarían siempre relacionados de modo que no puede haber confusiones ni soslayos.

6.2.Adquisición y Extinción

Sigue la regla del artículo 1892 CCyCom para la adquisición, que debe entenderse con la Ley 17.801⁷⁴², artículo 2º que regula el régimen de registros de la propiedad inmueble que establece que la inscripción es un medio de publicidad de los derechos reales para su eficacia frente a terceros, y no es constitutiva⁷⁴³ y con el artículo 5º de la ley aplicable.

Como corolario de estos detalles naturalmente y según reza el artículo 3 de la ley sub examen..."*el propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido*"⁷⁴⁴...

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁷⁴² Ley 17801. BORA. 10/07/68.

⁷⁴³ MARIANI DE VIDAL, Marina. Op. Cit. Tomo 1, pp 80. La autora señala que si los Derechos Reales son por esencia oponibles *erga omnes*, podría pensarse qué clase de Derechos Reales son aquellos que no hacen efectos a terceros.

⁷⁴⁴ Art 1892 Código Civil y Comercial 2014. Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiera a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto

La **extinción**⁷⁴⁵ de este Derecho Real se da por **1)**renuncia expresa, **2)**vencimiento del plazo contractual, que según vimos, hasta 50/ 70 años. **3)**por condición resolutoria, **4)**por consolidación en una misma persona derecho de superficiario y titular dominial en cuyo caso los derechos y obligaciones entre las partes no fenecen, sino que continúan con los mismos alcances tal es así que el titular dominial debe indemnizar si quedan plantaciones a la finalización del contrato so pena de incurrir en enriquecimiento sin causa y **5)** por el no uso durante durante DIEZ (10) años, para el derecho a construir, y de CINCO (5), para el derecho a plantar o forestar. Si bien no hay más detalles observamos que se extingue un Derecho Real de superficie por las reglas generales del Código Civil y Comercial⁷⁴⁶.

III. Función social de la propiedad en la Argentina. Funcionalidad en la protección del paisaje

1.Introducción

El punto que no ha sido debatido en la primera cuestión analizada en este capítulo es si la “función social de la propiedad” integra o no el concepto de Derecho de la Propiedad en el régimen legal de la Argentina. En ese espinoso terreno ingresaremos seguidamente, para ello estudiaremos conceptualmente al tema de la “función social de la propiedad”, con una breve evolución histórica que tendrá por finalidad presentar el tema en el Derecho Occidental y en el Derecho de la Argentina en particular y finalmente, conocidas sus aristas mas salientes, detallar la manera en que el mismo se incorpora en la legislación para modificarla.

De modo que advertimos una cuestión previa antes de responder al título de la presente y es si el mismo integra o no al Derecho Real en la Argentina. Sentado ello, y

⁷⁴⁵ Art 2124 Código Civil y Comercial 2014. Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante DIEZ (10) años, para el derecho a construir, y de CINCO (5), para el derecho a plantar o forestar.

⁷⁴⁶ Art. 1907 Código Civil y Comercial 2014. Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

detallado su funcionamiento en el engranaje jurídico se intentará determinar el concepto de función social de la propiedad en la Argentina para el punto final de nuestro viaje que lleva relación con su idoneidad para proteger al paisaje.

2.La función social de la propiedad en la definición del Derecho Real

Básicamente esta cuestión admite dos teorías que con matices corren a ofrecer marcos teóricos. Estos, dan cobertura a una respuesta que indefectiblemente concluye en la definición de los términos de una vieja institución que se renueva, observada con el cristal con que los mira cada generación, que tiñe el instituto con el calor de sus tiempos. La metodología de exposición a emplear es básica y simple, utilizaremos dos paradigmas, uno para cada caso: el del Código Civil argentino tributario de una y finalmente el del Código Civil español que es servidor de la opuesta.

2.1.Código Civil de Argentina. Teoría Clásica. Abuso del Derecho.

2.1.1.Concepto y teorías explicativas.

Las corrientes de pensamiento que arrancan en el Código Civil de 1871, siguen el liberalismo del cual el Codificador era fiel expresión, quien en nota al artículo 2513 muestra exactamente cómo pensaba...*”los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del Derecho Absoluto de Propiedad...”siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye en juez del abuso ha dicho un filósofo no tardaría en convertirse en juez del uso y toda verdadera idea de libertad y propiedad sería perdida*⁷⁴⁷, ...Un clásico como Salvat, liberal⁷⁴⁸, analizando el

⁷⁴⁷ La fuente de esta nota es Demolombe T X N°545.

⁷⁴⁸ SALVAT, Raymundo Miguel. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Derechos Reales. V Edición actualizada por Miguel Argañaraz. TEA Buenos Aires 1962 pp 88 N° 631 y ss. (1° Ed en 1927 por Editora de Jesús Menéndez) Obra de cabecera para juristas argentinos hasta finalizar los 60 y hoy ya es una obra clásica si se trata de penetrar en el pensamiento del Codificador y las instituciones civiles creadas en 1871 para vivir en las postrimerías del S XX.

artículo 2513 CC en redacción original⁷⁴⁹, criticaba esta posición sustentada por el codificador con citas a Justiniano, destacando que ya en aquella época se admitían restricciones a la propiedad para salvar el interés colectivo y recuerda que el Código Civil tiene un título dedicado a las restricciones y límites al dominio con la intención de mantener en armonía las relaciones de vecindad, y otras que responden a una idea de utilidad social con prescindencia de dicha armonía lo que implica que los poderes del propietario adquiridos en virtud del Derecho de Propiedad pueden ser limitados cuando el interés colectivo lo exige.

Peña Guzmán⁷⁵⁰, en la última edición a su clásica obra, destaca que el latín “abusus” en Roma tenía el sentido del consumo no el de lo “arbitrario” como hoy día. Se sigue que no puede existir en esta visión el “abuso del derecho” porque encerraría un contrasentido⁷⁵¹ y busca respaldo en el Derecho Romano que había consagrado el principio... “*que nadie use mal de sus bienes*”⁷⁵²..., amén de las restricciones y límites al dominio en el Código Civil a favor del Estado o particulares que aminoran el carácter absoluto. En esa inteligencia debiera interpretarse, según este autor, la reforma al artículo 2514 que refiere que... “*el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades*” ...

Guillermo Borda, el reformador de 1968 que pretende dulcificar los extremos originales con la teoría del abuso del Derecho, llega a afirmar que... “*no es que el Código de Vélez Sarsfield, olvidase el interés social, sino que consideraba que toda interferencia del Estado en libre y absoluto ejercicio del Derecho de Propiedad, se traducirá en trabas que en definitiva perjudicaría la producción; el máximo rendimiento*

⁷⁴⁹ Art. 2.513. *Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla*”...

⁷⁵⁰ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. *DERECHO CIVIL*, Derechos Reales Tomo II. TEA Buenos Aires 1973 pp. 37 N° 435.

⁷⁵¹ Conf. LAFAILLE, Héctor. *DERECHO CIVIL*. Tomo 3. Tratado de los Derechos Reales. Vol 1. EDIAR Buenos Aires 1943, pp 383 N° 481. ... “*No se admite en nuestra época el pretendido derecho de abusar y se considera que el dominio no forma excepción al principio de que cuantos conviven dentro de la sociedad deben admitir el interés superior de ella y utilizar los “poderes” que se les confieren o reconocen, inspirándose en tal espíritu, lo cual les impone abstenerse del empleo anormal de los mismos, o de aplicarse a propósitos inconciliables u opuestos con aquél*”...

⁷⁵² *Ibíd.* Institutas 1, 8, 2. *Expedit einim republicae, ne quis sua re male utatur* (pues conviene a la república, que nadie use mal de sus bienes).

de la propiedad, particularmente de la propiedad inmueble debía esperarse, según este punto de vista, del incentivo que significaba el ejercicio de un derecho sin trabas ni retaceos. Pero esta concepción está en crisis⁷⁵³...

Finalmente, y como lo reconoce Mariani de Vidal⁷⁵⁴ ... "es obligatorio vincular este tema con el del abuso de derecho, principio incorporado por la ley 17711 en el artículo 1071 del Código Civil" ...⁷⁵⁵, norma que permite al juez en el caso de que la conducta aún se hubiera adecuado a una norma legal (sino sería un acto ilícito) desconocer el derecho emanado de ella por considerar que se lo ha ejercido abusivamente. Se ve que ciertos parámetros objetivos pasan a manos... "del infinitamente variable criterio de los jueces"⁷⁵⁶...

2.1.2. Consecuencias para el paisaje

En síntesis, todo lo que tiene el Derecho de la Argentina al día de hoy es la reforma de 1968 que introduce la "teoría del abuso de derecho"⁷⁵⁷ en el artículo 1071 CC y el standard del "ejercicio regular del derecho de dominio", reforma que suprime el carácter absoluto del Derecho de Dominio pero que no se identifica con "la función social de la propiedad". Las siguientes son las notas más salientes de la doctrina examinada, que se encuentra en vigor en la Argentina de hoy:

1) La "función social de la propiedad" o en la Argentina la "teoría del abuso de derecho" y el "uso regular de la propiedad" constituyen una especie de fachada externa del derecho, son su límite.

2) Existencia de contrapunto entre el interés general y el interés individual que debe ser

⁷⁵³ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. V Ed. actualizada por Delfina Borda. Buenos Aires 2008. Tomo 1 pp. 223.

⁷⁵⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales Tomo 1* Zavalía. 2° Reimpresión. Buenos Aires 1986, pp. 230 y ss.

⁷⁵⁵ Art. 1071 Código Civil 1871: *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

⁷⁵⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina *Op. Cit.*, pp. 228.

⁷⁵⁷ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. revisado y completado por André Brun; traducción de Santiago Cunchillos y Manterola Tomo 1. Volumen III. pp 127. Ed Bosch y Cía., Madrid 1950.

moderado por la función social, verdadero límite externo del Derecho. En la Argentina el rol lo desempeñan la *teoría del abuso del derecho* y el *standard del uso regular de la propiedad*.

3) Confusión por parte de la doctrina o al menos asimilación de la función social de la propiedad con la “*teoría del abuso de derecho*” y el “*uso regular de la propiedad*”.

4) Imagen de necesaria una colisión entre bienes o derechos privados y públicos sorteada mediante la aplicación de la teoría de la “*función social de la propiedad*”.

5) Técnicas diferentes para actuar sobre el acto, porque una cosa es nulificar un acto jurídico porque se lo encuadra en el supuesto de hecho de una norma predispuesta y otra muy distinta es privarlo de efectos jurídicos o decapitarlo porque ha violado a un principio general del Derecho⁷⁵⁸.

2.2. Constitucionalismo social. Función social de la propiedad.

En este punto, mostraremos hacia donde evolucionaron estos conceptos en el Derecho Comparado, y la posibilidad de asociarlos a nuestro Derecho por simple cotejo. Primero algunas referencias sobre el caso español y finalmente el de Estados Unidos. Ambos casos son testimoniales, porque España ha tenido desde siempre una maduración que acompañó a la de la Argentina en el crecimiento de sus instituciones jurídicas y los Estados Unidos por ser uno de los países con una perspectiva del Derecho de Propiedad más férreas y categóricas.

2.2.1. Antecedentes.

Parece ser que la expresión “función social de la propiedad”, comenzó a ser usada a fines del Siglo XIX⁷⁵⁹, y entre los muchos autores que se refieren a ella

⁷⁵⁸ VARGAS, Adrián. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo 1. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza 1999, pp. 243.

⁷⁵⁹ La doctrina que primero se inició en esta visión del Derecho de Propiedad corresponde a Gierke y Kenner; Cimbali en Italia; Ihering en Alemania; y Duguit en Francia. También son mencionados en un segundo orden Menger, Solali. Citado por IBAÑEZ MACÍAS, Antonio. *La función social de la propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Andaluza de Administración Pública. RAAP. N° 22 Abr-May-Jun 1995, pp. 91. Ver también COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive*, Edición 1892 I, pp. 156. HARIOU, Maurice.

preferimos consultar la obra de Duguit, que falleciera en 1928, porque menciona expresamente a la Argentina en un pasaje de su obra “Las transformaciones del derecho privado”.

...”En la Argentina la evolución de la propiedad está menos evolucionada que en Europa, particularmente lo que se refiere a esta última especie de propiedad (se refiere a lo que denomina la “propiedad territorial”). Quizás podría encontrarse el momento en que todavía os encontráis diciendo que es el momento de la propiedad-especulación, pero al cual seguirá una época, que no está quizás muy lejana de la propiedad-función, ya que la evolución de las sociedades, y particularmente de las sociedades latinas, que han llegado a un mismo grado de civilización, es semejante⁷⁶⁰...”

Señala Comte que hasta los economistas más ortodoxos de su época, los más ardientes defensores de la propiedad individual, se ven obligados a reconocer que si se afecta una cosa a la utilidad individual, se la protege antes que nada, por la utilidad social que produce. ...”*No investigo tampoco...la posición irremediable entre los que tienen la riqueza y los que no la tienen, entre la clase propietaria y la clase proletaria, debiendo ésta aniquilar y expropiar lo más pronto posible a aquella....la estructura de las sociedades modernas es mucho más compleja. En Francia, principalmente, un gran número de personas son a la vez propietarios y trabajadores. Es un crimen predicar la lucha de clases”....”es fácil determinar lo que llamaré el contenido de la propiedad-función....en la que...el propietario tiene el deber, y por lo tanto el poder, 1)de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y especialmente las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral. No se olvide en efecto, que la intensidad de la división del trabajo social está en razón directa de la intensidad de la actividad individual. 2) de emplear su*

Principes de Droit Public, 1910, pp. 30. Cit por DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Comares Granada 2007, pp. 216.

⁷⁶⁰ DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Comares. Granada 2007, Capítulo 6, Título I in fine, pp. 212. Ver también del mismo autor: *Manual de Derecho Constitucional*. Comares. Granada 2005, Segunda Parte, Título 76, pp. 258 y ss.

cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias⁷⁶¹...

Es justamente en la época en que Duguit escribía que comienza a tomar forma esta idea de la función social, tras la primera Gran Guerra, en la formación del primigenio Estado de Bienestar, y de la misma manera que se posibilita la intervención de los poderes públicos intervenir en la actividad económica privada, mediante la función social de la propiedad se permitirá la intervención pública en materia de propiedad privada en nombre del interés social.

La Constitución de Weimar, la primera carta magna que incluye una norma de esta naturaleza, en su artículo 153 párrafo 3º disponía...*“La propiedad obliga. Su uso debe realizarse igualmente en el interés general”*...Y la constitución de México que en su artículo 27 establece limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público, sin mencionar la expresión “función social”, la constitución republicana en España (Art. 44) tampoco menciona la expresión pero admite en su articulado la expropiación por causa de utilidad pública, en algunos casos sin indemnización así como la nacionalización y la socialización de los medios de producción, finalmente en la Argentina la Constitución Justicialista de 1949-1955 que durante los seis años que tuvo en vigor estableció claramente este principio amén de la nacionalización de los recursos naturales como parte del Dominio Público.

En España la función social de la propiedad, tras la Guerra Civil se recogerá la “función social de la propiedad” en las llamadas Leyes Fundamentales del régimen de Francisco Franco. Así el artículo 30 del Fuero de los Españoles, reconocía la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales amparados por el Estado. Y el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 contemplaba la propiedad privada como “derecho

⁷⁶¹ DUGUIT, León. *Ibidem*.

condicionado a su función social⁷⁶²,...

2.2.2. Concepto

A diferencia del Código Civil argentino, la propiedad en España se encuentra penetrada en su interior por la misma "*función social de la propiedad*", lo que se desprende de una simple lectura al artículo 33.2 de la Constitución⁷⁶³. En otras palabras la propiedad constitucional en España no puede ser el resultado de la dialéctica entre el interés privado y el interés social como representante del interés colectivo, sino que por el contrario es parte del diseño del moderno derecho de propiedad admitir una nueva función de dimensiones sociales que se pone en práctica mediante la adopción de este carácter o criterio⁷⁶⁴ principio del Derecho de Dominio. Aceptar que dicha función, o teorías afines como se admiten en la Argentina, surge de una crispación entre intereses individuales o públicos que admiten una receta conciliadora es continuar aceptando la vigencia del marco teórico liberal decimonónico que impulsa el carácter absoluto del dominio⁷⁶⁵, para quienes sostienen estas teorías. No obstante, es preciso subrayar que la constitución española sigue en el punto una metodología diferente porque metodológicamente separa los derechos y libertades civiles de los sociales y económicos. El art 53.3 salva la supremacía cuando señala que los principios rectores

⁷⁶² IBAÑEZ MACÍAS, Antonio. *La función social de la propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Andaluza de Administración Pública N°22. En-May-Jun 1995, pp. 95.

⁷⁶³ Artículo 33. 1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

⁷⁶⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Propiedad privada en la constitución española*. BOE. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1994, pp. 347 y ss. TEROL BECERRA, Manuel José. "Conservación de la naturaleza versus derecho al medioambiente". En Obra colectiva: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. Atelier. Barcelona 2010, pp. b87. En contra: RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Medioambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal, la Administración Pública como garante*. Bosch. Barcelona 2007., pp. 23 y ss..."*En nuestro Derecho la propiedad no es una función social, sino un Derecho Subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacer intereses suyos dignos de protección jurídica, cuya constitución se combina como función social, con las conveniencias de la comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo. Pero esta coordinación entre interés individual y función social no se da solo en el caso de derecho de propiedad, sino en todo derecho subjetivo aunque destaque más en aquel*"...También milita en contra AGUDO GONZALEZ, Jorge "*Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*" Revista de Administración Pública RAP N° 185 May-Ago 2011, pp. 11 ss.

⁷⁶⁵ BARNES VAZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional, el estatuto jurídico del suelo agrario*. CIVITAS. Madrid 1988, pp. 58.

de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen⁷⁶⁶.

2.2.3. Teorías explicativas y su aptitud para considerar al paisaje

Habíamos adelantado páginas atrás en el título III.2.1. que la Argentina había adherido a una de las teorías explicativas y es la que hace derivar la función social de la propiedad de la “teoría del abuso de derecho”⁷⁶⁷, y otras que no mencionamos antes, las que entienden que deriva de la solidaridad colectiva⁷⁶⁸. Se puede afirmar sin hesitación alguna, que montadas en estas dos grandes explicaciones del mismo problema se apoyan decenas de teorías anexas todas derivadas de la misma cantera según el interés político del operador. Por el contrario, interés colectivo y privado sólo pueden armonizarse si coinciden plenamente, porque los poderes del titular también son útiles para la sociedad, tal es así que constituyen dos caras de una misma moneda⁷⁶⁹. Es que al propietario no se le puede exigir que atienda fines diversos de los relativos a la producción y satisfacción del propio bien porque le excede de su competencia; sin embargo, sí le es exigible que la explotación del bien sea socialmente útil, con lo que coinciden plenamente ambos extremos...”*socialmente útil es garantizar a los ciudadanos el eficaz ejercicio de sus libertades (fundamento ético-político) y también lo es demandar del titular del Derecho el que con todas sus fuerzas (lo que permita el uso del bien) contribuya al bienestar social. Sólo desde esta óptica puede hablarse de síntesis en la propiedad constitucional*”...⁷⁷⁰. Porque ninguna constitución

⁷⁶⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los Derechos Humanos*. Astrea, Bs Aires 2006, pp 351 in fine.

⁷⁶⁷ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. revisado y completado por André Brun ; traducción de Santiago Cunchillos y Manterola Tomo 1. Volumen III. pp 127. Ed Bosch y Cía., Madrid 1950.- Este autor distingue además de entre actos legales y actos ilegales, entre “actos excesivos” (realizados con derecho y fin legítimo, pero causando un perjuicio exclusivo a un tercero lo que ocasiona responsabilidad objetiva a su autor, ej un embargo por encima del monto ordenado en sentencia) y los “actos abusivos” en los cuales el agente ejercita una facultad que le pertenece, está dentro de los límites ordenados por el derecho pero atenta contra el espíritu de los mismos; pues las faltas jurídicas son sociales en su origen, su esencia y finalidad. En este último caso estamos ante un acto distinto del acto ilícito.

⁷⁶⁸ DUGUIT, León. *La propiedad función social, las transformaciones sociales del derecho privado desde el Código Napoleón*. Traducción de C Posada. Valparaíso 1977, pp. 137.

⁷⁶⁹ BARNES Vásquez. Op Cit pp. 63.

⁷⁷⁰ BARNES Vásquez. Op Cit pp. 64.

puede amparar intereses contradictorios, estas apariencias de contradicción son posiblemente armónicas de la mano del jurista, porque tal es su trabajo; y hacer que sea conveniente al particular la utilización de los bienes con fines sociales en el momento de la planificación económica, tarea del político, se trata de un derecho reconocido como ha declarado el Supremo Tribunal Constitucional en la Sentencia 111/1983 (fj 8º) desde las vertientes institucional y legal en donde el derecho subjetivo debe ceder para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima su expropiación⁷⁷¹.

Es preciso dar mayor amplitud explicativa a la tarea del político, últimas palabras del párrafo anterior. Lo que pretendemos decir es que el arte de la política en relación a hacer posible la conveniencia del particular en el uso de sus bienes en el momento de la planificación económica es que la cuestión se encuentra apoyada en un plato más grande, casi una mesa diríamos en donde la propiedad es un ordenador social dentro de una estructura constitucional política y económica cuya finalidad primordial es...*"hacer accesible a todos los ciudadanos el disfrute de los bienes económicos en general y la propiedad de los bienes de producción en particular"*⁷⁷²... la razón de esta interpretación está dada, porque después de todo, la propiedad desde su perspectiva ético-política se presenta como garantía jurídico patrimonial de las libertades individuales y sociales. Se sigue que todo propietario tiene el interés velado de contribuir a difundir la defensa del interés general de disfrutar los bienes en promoción de su propio interés privado que respira en un marco que promueve la libertad que es el marco de ejercicio del derecho que esgrime y del que es beneficiario, se trata de una ratio egoísta pero que por acto reflejo repercute en el bien común tutelado por lo público. El principio de acceso de la sociedad al disfrute de los bienes económicos no es más que la participación en la vida económica, una participación que no puede tener finalidad altruista porque el Derecho en este caso está llamado para ordenar la escasez, que el determinante del valor económico de los bienes que obran en el

⁷⁷¹ TEROL BECERRA, Manuel José. "Conservación de la naturaleza versus derecho al medioambiente". En Obra colectiva: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. Atelier. Barcelona 2010, pp.87.

⁷⁷² BARNES Vásquez. Op Cit pp. 68.

mercado deje de ser primitivo y salvaje por acción del Derecho.

Se trata del principio de acceso de toda sociedad al disfrute de los bienes económicos, lo que luce claramente en la constitución española como el derecho a participar en la vida económica (Art. 9.2 CE). En la Argentina, por acción del artículo 41 de la Constitución Nacional este principio se tiñe en clave sostenible con tono más lavado pero no menos íntegro a través de la consagración de la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita (art 14) y de participar de las ganancias y gestión de las empresas (Art 14 bis) y a través de las relaciones de consumo (Art 42 CN) y las funciones del Congreso en el artículo 75 inciso 20⁷⁷³ con la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁷⁴, para todos los hombres y mujeres de cada Estado parte, lo que lo hace autoejecutable⁷⁷⁵ hacia el ciudadano directamente⁷⁷⁶ consagrando el derecho a trabajar⁷⁷⁷ para conseguir un desarrollo económico que garantice las libertades políticas y económicas todo lo que es imposible sin participación del ciudadano como sujeto económico en la vida económica

⁷⁷³ 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

⁷⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A/RES/2200 A (XXI), de 16/12/ 1966.

⁷⁷⁵ CSJN (7-VII-1992, Fallos 315:1492), EKMEDJÁN, Miguel Ángel c/ SOFOVICH, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho.-...”El Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31, Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2, Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto. (Del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor)”

⁷⁷⁶ *Ibíd.* Art. 3: *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.*

⁷⁷⁷ *Ibíd.* Artículo 6: 1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.* 2. *Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.*

de su nación como Estado parte del presente Convenio que es de jerarquía constitucional en la Argentina vis a vis el artículo 75 inciso 22 mencionado. Pero lo que da una dimensión diferencial a la aplicación de este principio en la Argentina es el artículo 41, para que el mismo no sea sesgado por un reduccionismo economicista y ubique a la economía como una de las tres variables de la sostenibilidad, que en nuestra Carta Magna lleva el nombre de "Desarrollo Humano" para no equipararlo a la participación en un mero progreso económico o al crecimiento rápido y sostenido en los gráficos de barra porque si el crecimiento no es justo, si no se apunta a reducir la desigualdad para incorporar más cantidad de actores individuales para acceder a los bienes primarios no es posible hablar de desarrollo humano, ni creer que una economía que se basa en el principio de participar en la vida económica debe ser sostenible, por esta razón también el Estado tiene la obligación de «*proveer lo conducente al desarrollo humano*», propicia el crecimiento «*armónico*» de la Nación y el progreso económico «*con justicia social*»(75 inc. 19 de la CN)⁷⁷⁸.

El tema también se articula en las constituciones provinciales, así por ejemplo la constitución de la provincia de Rio Negro, parte de la base de que el capital cumple una función social y que la economía "está al servicio del hombre" (La Rioja, Río Negro), habilita planes para el desarrollo económico, defensa de la producción e integración regional con la participación e sectores económicos y sociales interesados. La Provincia de Misiones establece en su Constitución que el Gobierno "*formulará planeamientos para el desarrollo económico, con la colaboración de productores, trabajadores, empresarios y consumidores*". Chubut reconoce el derecho a participar en la economía con la factura de planes generales para el desarrollo económico, "*intervienen con carácter consultivo representantes del Estado, de los consumidores, de los sectores del trabajo, de la producción y del comercio*". A los mencionados fines y para la construcción de políticas concertadas en el constitucionalismo provincial se ha extendido la figura del "consejo económico - social" como órgano consultivo de los poderes públicos integrados por distintas organizaciones de la sociedad civil, (Córdoba,

⁷⁷⁸ ROSATTI, Horacio. *La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales*. 7-sep-2011. Microjuris Buenos Aires. Cita: MJ-DOC-5516-AR | MJD5516.

Chaco, Salta, Santiago del Estero, La Pampa, entre otros). Corrientes en su reciente reforma, instituye como plataforma para la formulación de políticas de Estado el denominado “Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social”, por el que el Estado se compromete a promover la participación ciudadana, creando a esos efectos el Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social, que se constituye como organismo asesor del Sistema Provincial de Planificación⁷⁷⁹. Su composición debe contemplar la integración de todas las regiones territoriales de la provincia, y está conformado por *“representantes de los municipios, de entidades civiles que nucleen a los sectores de la producción, economía, turismo, comunicación social, cultura, comercio y trabajo, de la comunidad académica en todas sus expresiones, y de los legisladores de ambas cámaras en igualdad de representatividad”*⁷⁸⁰.

En síntesis, se verifica que el sentido último que el respeto a la propiedad privada que consagra la constitución argentina también se traduce en un disfrute económico de todos los bienes a favor de la colectividad y su desarrollo humano, con lo cual debe asegurarse su accesibilidad para que no torne abstracta la norma de mención, al menos como idea fuerza como valor que vale la pena ser perseguido respecto de la propiedad. Por eso la participación efectiva en la vida económica es fundamental y es doble: tanto en los bienes de consumo (artículo 42 CN) posibilitando que el disfrute propio no impida el ajeno, y, en la misión que por lo demás desempeña el dominio público, por ejemplo, el disfrute de las playas que son escenario de una de las vistas paisajísticas más maravillosas y por la cual el Estado nada percibe de sus explotadores económicos, que nunca han sido grabadas impositivamente y que el ciudadano disfruta sin intermediarios en un marco que permita a todos disfrutar del mismo goce, permitiendo entonces una participación equitativa en la vida económica.

2.2.4. Consecuencias para el paisaje

Esta tesis contrasta notablemente con la derivada del sistema del Código Civil

⁷⁷⁹ FIDYKA, Leopoldo J. *Participación ciudadana: Despliegue temático en el marco constitucional comparado de la República Argentina*. Buenos Aires 1995.

⁷⁸⁰ Disposición transitoria Primera. C.P. de Corrientes.

argentino, aún en la hipótesis dulcificada por la reforma de 1968. En primer término se la advierte incompatible, dado que el derecho de propiedad liberal es inicialmente absoluto en la Argentina y limitable externamente desde 1968 por una previsión legal como las estudiadas con los artículos 1071bis, 2513, 2514 CC. En cambio que el caso de la función social de la propiedad como pertenece al diseño del derecho mismo es una limitación interna que lo hace accesible a todos, con lo cual la figura del abuso de derecho no parece tener espacio, tampoco las servidumbres, o la restricciones y límites al dominio⁷⁸¹ porque ya la propiedad no es un derecho absoluto tampoco lo es en su facultad de excluir. Ello porque el principio general ya no es lo absoluto, o el abuso, sino la “accesibilidad” a la propiedad (función social), con mayor amplitud conceptual, susceptible de absorber las demás situaciones en juego establecida mediante el principio de vinculación⁷⁸². Además el mismo ejercicio del Derecho de Propiedad hace “efectiva” la función social porque si se trata de un área protegida el propietario deberá conservar, si se trata de vivienda digna se debe construir para vivir dignamente, si se trata de silvicultura se deberá plantar, etc.⁷⁸³. Esta “eficacia” es fundamental para entender qué es lo expropiable, en otras palabras cuando se puede determinar que la función social de la propiedad ha fracasado, y debe procederse a la intervención directa del Estado mediante la expropiación. Lo expropiable es *-en esta interpretación-* ese contenido esencial⁷⁸⁴ del Derecho de Propiedad, sea conservar, construir o plantar en este ejemplo que debe ser afectado directamente para operar el fracaso de la técnica de protección en comentario.

Para dar más claridad a las últimas palabras del párrafo anterior, en nuestra posición, temas como *jus aedificandi* siempre quedan en cabeza del titular del Derecho Real. El titular del suelo urbano, por ejemplo, siempre conserva el goce y disposición o

⁷⁸¹ Relaciones de vecindad en el Derecho español.

⁷⁸² Otros autores (BASSOLS, Coma - GÓMEZ FERRER, M. *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. IEA, Madrid 1975, pp. 123 y ss.) prefieren hablar de “vinculación”, subespecie de las limitaciones de la propiedad y por consiguiente no indemnizable que se define como un sometimiento del bien objeto del dominio a un determinado régimen jurídico por decisión pública para delimitar el contenido del derecho de propiedad. Estos autores entienden que este concepto comprende a la expropiación también. En contra GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*, 3º ed. Civitas Ediciones, Madrid 2001, pp. 95 y ss.

⁷⁸³ BARNES Vásquez. *Op Cit* pp. 90.

⁷⁸⁴ Contenido mínimo del Derecho de Propiedad definido en cada caso por ley, debe dar lugar a indemnización Conf. BARNES Vásquez. *Op Cit* pp. 121.

fructus que se traduce en la edificabilidad, salvo indemnización. De otra manera no hay derecho de propiedad⁷⁸⁵. Lo que pierde el propietario es el tipo de goce o aprovechamiento, definido por un estatuto que puede ser el plan de ordenamiento territorial en Argentina o plan urbanístico en la legislación española que es lo que define el contenido esencial o normal de la propiedad cuya fin es el uso constructivo del suelo.

Ahora, las limitaciones ambientales o paisajísticas, aún sin limitar el jus aedificandi, igual tienen consecuencias que por sus efectos pueden ser equiparados a los de un cercenamiento al señorío que lo ponga en la frontera de su menoscabo, sobre todo si la distribución de la restricción al uso y goce y disposición no es equitativa mediante procedimientos que debieran estar presentes en la legislación urbanística y que en la Argentina brillan por su ausencia⁷⁸⁶. En este caso, entendemos que la Administración debe responder. Se trata de casos tales como un suelo declarado como no edificable, o con regulaciones a su edificación muy restrictivas con disminución seria en el porcentaje del suelo a edificar⁷⁸⁷. Es el caso de un plan de ordenamiento territorial (y paisajístico) declare no indemnizable por integrar el contenido esencial del Derecho de Propiedad y por lo tanto estar dentro de lo que se denomina la función social. Es un ejemplo de un raro contenido esencial que en los efectos se traduce en un menoscabo al Señorío de tal gravedad que no puede decirse que no se esté excluyendo al propietario de la capacidad de disfrutar de un aprovechamiento urbanístico aunque esté posibilitado para desarrollar una huerta, dedicarse al floricultura, instalar un vivero o un club deportivo que pudiera ésta última hasta tener un interés social⁷⁸⁸. Lo que está

⁷⁸⁵ Que por otra parte la Constitución protege directamente, en la Argentina en el artículo 17 y en España en el artículo 53.1. ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor. *Urbanismo y Bienes Públicos*. En Obra colectiva: Bienes Públicos Urbanismo y Medio Ambiente. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 31.

⁷⁸⁶ Ya la Ley 6/1998, en el artículo 43 establece como excepción al principio general de no indemnización, el reconocimiento de este Derecho a los propietarios...*afectados por ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares...que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados*...

⁷⁸⁷ Caso de la “La Elena” en el Municipio de Tandil en la Argentina, cuando el nuevo plan de ordenamiento territorial declaró edificable en la zona sólo dos viviendas por manzana o hectárea, lo que ha producido no sólo un cercenamiento sustantivo al Derecho de Propiedad, por pérdida de superficie del *jus aedificandi* y por pérdida de valor real.

⁷⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo. Regla de Solución de Conflictos...Cit, pp. 713, punto 4 in fine. Para este autor...*si se trata de normas de aplicación general, cuyo fin es la preservación del bien ambiental a través del mercado o la regulación urbanística no hay lesión individual indemnizable*...Este planteo se debe a que en su marco teórico

claro es que en el régimen español y en el argentino no existe en todos los casos una relación directa entre la privación del derecho a edificar y la indemnización⁷⁸⁹.

Se advierte la manera en que la propiedad ha sido modificada en el contenido por la presencia de un interés general que actúa sobre la titularidad privada condicionando el uso y goce, hasta donde este uso y goce cumpla una función social. El punto es encontrar el límite, se trata de un punto de equilibrio que puede tornarse en expropiatorio si lo público avanza sobre el contenido esencial del Derecho de Propiedad. Determinar ese punto para la Administración interviniente⁷⁹⁰ es la diferencia entre lo justo y lo injusto, y para dilucidar el mismo, frecuentemente se ha utilizado en España el Derecho a la Igualdad, entendido en el caso como una fórmula de equilibrio entre lo público y lo privado en obligar al afectado a imponer un sacrificio a favor de la colectividad, salvo que ese sacrificio beneficie a todos, en cuyo caso no se debía expropiar. Claro que si de todas maneras se afecta al contenido esencial, pensamos que la técnica de la función social demuestra para el caso su ineficacia tornando plausible la técnica expropiatoria⁷⁹¹.

3.Resumen

Nuestra pretensión en éstas últimas palabras de este capítulo es la de dejar claramente establecido que el hecho de que la propiedad esté sujeta al cumplimiento de

desarrolla la “función ambiental” de la propiedad, abarcando el espacio de la “función social” de ésta, probablemente, ante la derrota segura del planteo de una tesis de “función social” de la propiedad en la época que se escribía este artículo en 1998. Quizás, en la actualidad, las fuerzas estén más parejas y sea posible buscar una fórmula general que resuelva todos los conflictos del Derecho de Propiedad desde una visión de la segunda generación de los derechos que comprenda desde luego a los de tercera generación y no al revés. En este punto, pensamos con Gabriel Real Ferrer que el Derecho Ambiental debe impregnar, teñir y articular con toda la legislación pero no pasar a ser el principal ordenador del sistema jurídico, porque en un sistema capitalista esta posición seguramente sería frustrante. Desde luego es posible continuar con marchas y pancartas, cada uno elige su lugar de lucha en la vida, pero no parece ser el lugar del jurista sostener pancartas, ni lo que la sociedad pueda demandarle, después de una formación tan costosa.

⁷⁸⁹ PAREJA LOZANO, Carles. “El contenido esencial de la propiedad inmobiliaria y la protección ambiental del territorio en el derecho español”. En obra colectiva: *“La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales”*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp. 198.

⁷⁹⁰ Como el caso de las Servidumbres Administrativas que veremos en otro capítulo, sólo requiere invocar la ley de creación sin dar derecho a indemnización.

⁷⁹¹ LLODRÁ GRIMAT, Francesca. Op, Cit., pp. 133.

una función social o que sea un derecho al que va ligada necesariamente una función social, - como lo dice Algarra Prats⁷⁹²...”no significa que la propiedad derecho subjetivo haya dado un paso, sin más, a la propiedad función social. El derecho de propiedad no se concede para servir a una función social, no es una función social, sino un derecho subjetivo para la satisfacción de intereses particulares dignos de protección jurídica; intereses que deberán coordinarse y complementarse con los generales de la comunidad, pero sin que la función social absorba toda otra función de la propiedad privada⁷⁹³, ...

En esa inteligencia podemos afirmar que el concepto de función social de la propiedad, tiene vida real en la segunda de las posiciones que hemos descripto, operativa en la Constitución española, y perfectamente adaptable al orden jurídico argentino, vis a vis el artículo 75 inciso 22 de de la Constitución argentina⁷⁹⁴, porque los Tratados Internacionales incorporados en dicha norma forman parte de la Constitución misma, tal como destacamos en el Capítulo II. Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 21 inciso primero dice...”*toda persona tiene derecho a uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*”... lo que claramente define la función social de la propiedad dentro del texto constitucional y puede ser operativa para disfrutar el paisaje. Además y como se ha señalado en la página anterior el mismo ejercicio del Derecho de Propiedad hace “efectiva” la función social porque si se trata de un área protegida el propietario deberá

⁷⁹² Algarra Prats. Op. Cit. pp 83.

⁷⁹³ *Ibídem*.

⁷⁹⁴ Art 75: Corresponde al Congreso. Inciso 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

“conservarla”, sea público o privado para asegurar el disfrute del paisaje por el colectivo social siempre que en tal ejercicio no se altere el contenido esencial del Derecho de Propiedad, para que no deba necesariamente cambiarse de técnica de protección pasando de la vinculación a la expropiación lisa y llana que representa el fracaso de la función social⁷⁹⁵ porque ahora la técnica de protección pasa a ser el Derecho de Propiedad Público, pasando a formar parte del patrimonio cultural o natural o ambas al mismo tiempo y como dos caras de una misma medalla en la postura dominante de la Argentina.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁷⁹⁵ CSJN 27/08/2013. Zorrilla, Susana y otro vs. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s. Expropiación - Servidumbre administrativa...”*La expropiación irregular es admisible cuando el bien objeto de expropiación ha sido ocupado por el expropiante o han mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular*”...Rubinzal on line. Cita RC J 15446/13.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO V. ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y PROTECCIÓN DEL PAISAJE

I. Presentación

Este capítulo presenta a otra técnica de protección legal del paisaje que estudiamos en este trabajo. La cuestión es compleja por el diseño institucional de un país federal como la Argentina y la multiplicidad de fuentes normativas y de competencias que operan para aplicar los instrumentos en juego.

Pese al análisis exhaustivo que se realiza en este capítulo, y la cantidad importante de normativas y competencias territoriales en razón del grado y la materia que se estudian, la cuestión central no deja de ser más que una y es la pregunta por un concepto de ordenamiento territorial operativo para proteger al paisaje en la Argentina. Contamos con este concepto o no contamos, esa es la cuestión. Y de contar con él, ¿Cual es el alcance de competencia que tiene el mismo? ¿Requiere articulación o se basta a sí mismo? ¿Se trata de un instrumento moderno o de uno que amerita su puesta al día? Todas estas preguntas debieran ser respondidas en las páginas que siguen, en ardua labor por responder la pregunta más genérica que es la que da contenido al título que sigue.

II. Concepto del Ordenamiento Territorial en la Argentina

Para indagar sobre el concepto del Ordenamiento Territorial en la Argentina es preciso realizar un doble estudio: la legislación federal y la legislación provincial. Ésta última, a su vez admite considerar la legislación de sus órganos internos que conforman el tercer nivel federal: el municipio, figura de la cual examinaremos algunos casos superficialmente. Es preciso revisar los fundamentos y sobre todo la historia constitucional argentina, examinando estos tres niveles estatales, es posible arribar a conclusiones útiles que nos suministren datos y principios de interpretación operativos en la tarea de despejar la incógnita de un concepto de ordenamiento territorial eficaz en

la tarea de proteger al ambiente y al paisaje.

En esa tarea, y con la confesada finalidad de buscar un concepto con el cual trabajar, buscaremos con la metodología enunciada en el párrafo anterior: partiendo desde el primer nivel federal hasta el último para detectar el concepto que buscamos: uno que pueda ser funcional a la protección del paisaje.

1. Legislación Constitucional y federal

1.1.Introducción

En el análisis que corresponde a este acápite, estudiaremos primero lo concerniente a los fundamentos jurídicos que habilitan a la actuación de esta rama del Derecho Administrativo, que todavía hoy discute su autonomía, tema ajeno a esta investigación y en el que no ingresaremos por esa razón. En esta línea de trabajo y después de examinar los temas que a nuestro juicio justifican en el orden nacional la legislación sobre la temática sub examen destacaremos los objetivos que debe perseguir una buena legislación en la materia para alcanzar los más altos fines de tutela paisajística y ambiental. Verificados estos materiales, intentaremos responder si es posible contar en la jurisdicción examinada con un concepto sobre la materia que sea operativo para proteger al paisaje.

1.2.Fundamento del ordenamiento territorial

El fundamento del “ordenamiento territorial” es doble, por un lado acude a ofrecerse en los considerandos que abastecen esta nueva rama del Derecho Administrativo una nueva concepción sobre el máster derecho real, se trata de la “función social de la propiedad”. Por otro lado el Derecho Ambiental en la tutela al recurso suelo, que es donde opera el Derecho del Ordenamiento Territorial, para ofrecer tutela a un recurso natural en términos del artículo 124 CN in fine, de la misma manera que un Código de Aguas regula el uso de ese recurso en alguna de las

provincias argentinas o la ley de presupuestos mínimos sobre ese recurso se ocupa de la cuestión⁷⁹⁶. Pero estos fundamentos tienen un objetivo común, sin el cual constituirían una mera declaración de principios: la calidad de vida (Art. 75 inc. 2°, 3er párr. CN) y el desarrollo humano de la población (Art. 41 CN y 75 inc. 19), fines que no se agotan en estos dos fundamentos que operan en el caso para dar base al Derecho del Ordenamiento Territorial. Sino que deben ser alcanzados por todos principios constitucionales porque hacen al fin último de su destinatario que es el ser humano, no sólo en el abstracto proyecto constitucional positivo sino para ser realidad mediante el arte de la política, que es la actividad humana que interpreta y aplica el Derecho que la constitución escrita y no escrita ofrece como guía en tan noble faena.

1.2.1. Función social de la propiedad

Recordaremos rápidamente algunos conceptos vertidos en las páginas anteriores para preparar la exhibición del marco teórico que presentamos.

En el sentido apuntado en el párrafo anterior, es preciso destacar que el primer fundamento de la “función social de la propiedad” en el derecho argentino se encuentra en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos⁷⁹⁷, que integra el derecho positivo argentino vigente y establece la posibilidad de establecer por ley⁷⁹⁸ la “*función social de la propiedad*”, con la sola prohibición de prohibir la expropiación sino es por causa de utilidad pública por sentencia fundada en ley. El marco sobre el que se desarrolla esta concepción el derecho del ciudadano común al disfrute de los bienes económicos⁷⁹⁹, que se puede rastrear en la Argentina en la consagración de la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita (Art 14), participación en ganancias y gestión empresarial

⁷⁹⁶ Ley 25688. BORA 03/01/2003. Artículo 1° — *Esta ley establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.*

⁷⁹⁷ Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

⁷⁹⁸ Art 33.2 Constitución española, que afirma la función social del derecho de propiedad... “*que delimitará su contenido, de acuerdo a las leyes*”...Reiteramos que la ley española puede delimitar, o sea configurar el contenido del derecho de propiedad y precisar, en consecuencia, qué concretas facultades lo componen y cuáles quedan fuera de él, siempre que deje a salvo el contenido esencial del derecho, que la Constitución protege directamente (artículo 53.1) de forma que este siga siendo identificable como tal.

⁷⁹⁹ Art. 9.2 Constitución española.

(Art 14 bis) y a través de las relaciones de consumo (Art 42 CN) y las funciones del Congreso en el artículo 75 inciso 20⁸⁰⁰ con la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁰¹ y el mencionado supra, Pacto Interamericano de Derechos Humanos consagrando el derecho a trabajar⁸⁰² con el objetivo de alcanzar el desarrollo económico⁸⁰³ que garantice las libertades políticas y económicas con la participación del ciudadano como sujeto en la vida económica de su Nación.

Con este marco teórico el principio “absoluto” tempranamente limitado por la Corte Federal⁸⁰⁴, y que Guillermo Borda en 1968 ya veía desaparecido para siempre⁸⁰⁵, queda confirmado y superado por un nuevo principio que es el de la “accesibilidad” a la propiedad (función social) con mayor amplitud conceptual, que opera con el principio de

⁸⁰⁰ 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

⁸⁰¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A/RES/2200 A (XXI), de 16/12/1966.

⁸⁰² *Ibidem.* Artículo 6: 1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.* 2. *Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.*

⁸⁰³ CSJN 17/05/2005 “Sánchez, María del Carmen” ha interpretado con meridiana claridad el desarrollo progresivo, a modo inicial el considerando 6 del voto de la mayoría deja sentado que “...los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional...”

⁸⁰⁴ CSJN Tomo 31 pp 373 (1887) *Saladeristas de Barracas...* “nadie puede tener un derecho adquirido para comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte con el uso que haga de su propiedad”... CSJN T 136 pp. 161 (1922) *Ercolano vs Lanteri de Renshaw*, ya citado... “ningún derecho reconocido por la constitución tendría carácter absoluto...un derecho ilimitado sería una concepción antisocial”...

⁸⁰⁵ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales.* V Ed. actualizada por Delfina Borda. Buenos Aires 2008. Tomo 1 pp. 223.

vinculación⁸⁰⁶. De esta manera el ejercicio del Derecho de Propiedad hace “efectiva” la función social porque si se trata de un área protegida el propietario deberá conservar, si se trata de vivienda digna se debe construir para vivir dignamente, si se trata de silvicultura se deberá plantar, etc⁸⁰⁷. Sentado entonces que el fin inmediato para el que se otorga el Derecho de Propiedad (el aprovechamiento económico que dimana de la utilización del bien) constituye la esencia del Derecho -y que en la propiedad urbana se encuentra en el *jus aedificandi*- se concluye que las facultades de “gozar”, “usar” y “disponer”, son por ende el contenido esencial de la propiedad en paralelo con la “accesibilidad” de todos los ciudadanos a los bienes económicos, lo que otorga el mayor poder que se puede otorgar sobre un bien⁸⁰⁸.

Este contenido esencial que en el tema que nos ocupa es el *jus aedificandi* queda en cabeza del titular del Derecho Real, que siempre conserva el uso, goce y disposición o frutus que se traduce en la edificabilidad, salvo indemnización. De otra manera no hay derecho de propiedad⁸⁰⁹. Lo que sí pierde el propietario es el tipo de goce o aprovechamiento, ahora definido por un estatuto que puede ser el plan de ordenamiento territorial en Argentina o plan urbanístico en la legislación española que es lo que define el contenido esencial o normal de la propiedad cuya finalidad es el uso constructivo del suelo. Esto se explica porque la legislación de los tiempos de la codificación miraba un mapa distinto al actual matizado más por el fenómeno urbano que el rural, por lo colectivo que lo individual porque la articulación de derechos ya no tiene por objeto el fundo sino la ciudad. Este tránsito de la primera a la segunda ola, en lenguaje de Alvin Toffler⁸¹⁰ para permitir la penetración pública en la propiedad urbana⁸¹¹, requiere de una planificación racional del uso del suelo para satisfacer distintos intereses y necesidades ya sea de tipo residencial, comercial, industrial o la

⁸⁰⁶ Otros autores (BASSOLS, Coma - GÓMEZ FERRER, M. *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. IEA, Madrid 1975, pp. 123 y ss.) prefieren hablar de “vinculación”, subespecie de las limitaciones de la propiedad y por consiguiente no indemnizable que se define como un sometimiento del bien objeto del dominio a un determinado régimen jurídico por decisión pública para delimitar el contenido del derecho de propiedad.

⁸⁰⁷ BARNES Vásquez. Op Cit pp. 90.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, pp. 315.

⁸⁰⁹ La Constitución protege directamente, en la Argentina en el artículo 17 y en España en el artículo 53.1.

⁸¹⁰ TOFFLER, Alvin. *Hyspamérica*. Madrid 1980.

⁸¹¹ MARTÍN MATEO. Ramón. *La penetración pública en la propiedad urbana*. RCDI. Madrid 1972 pp 1230 y ss.

existencia de algo impensable en un fundo como es la previsión de dejar zonas verdes porque un fundo es de por sí una zona verde o al menos una zona libre de usos. Esta planificación y organización hace posible la vida en la ciudad, ordenar el tránsito limita derechos pero hace posible que los automóviles puedan ser conducidos sin chocar entre sí, con repartos sencillos como la doble mano, o los semáforos. Como plus se evitan conflictos y se encausan los mismos de suceder inevitablemente. Todo esto no es más que intervención pública a través de esa especial rama del Derecho Administrativo en la regulación del uso del recurso suelo que es el Derecho Urbanístico que labora en función de la propiedad pero atendiendo un interés público en la ordenación del territorio sobre el cual se asientan los Derechos Reales de que se trate susceptibles de ser ordenados. Se ve que el plan de ordenamiento se traza pensando en el mapa no en el catastro, se traza pensando en la ciudad y por esa razón delimita el contenido del Derecho de Propiedad y define las facultades de cada titular de estos derechos de propiedad que vive en la ciudad, define en una palabra los derechos del propietario⁸¹². Como sabemos, y esta tesis es prueba de ello examinando el índice, el urbanismo no es el único límite del propietario en el mundo actual, porque el interés público también interviene a favor de la...”*defensa nacional, de la navegación, flotación, pesca y salvamento fluvial, del paso y la vigilancia del litoral marítimo, de las vías de comunicación, de la aviación, de las explotaciones mineras, de la agricultura, de la vivienda, del tesoro artístico nacional, de los recursos naturales, de la conservación de los bosques y espacios naturales protegidos*⁸¹³...Todas éstas últimas limitaciones a la propiedad por interés público.

Ese contenido esencial es lo expropiable, en otras palabras: cuando se puede determinar que la “función social de la propiedad” ha fracasado, debe procederse a la intervención directa del Estado mediante la expropiación. Lo expropiable es -en esta interpretación- ese contenido esencial⁸¹⁴ del Derecho de Propiedad, sea conservar, construir o plantar que debe ser afectado directamente para operar el fracaso de la

⁸¹² Algarra Prats. Op. Cit. pp 79.

⁸¹³ *Ibíd.*

⁸¹⁴ Contenido mínimo del Derecho de Propiedad definido en cada caso por ley, debe dar lugar a indemnización Conf. BARNES Vásquez. Op Cit pp. 121.

“función social de la propiedad” y abrir camino a la expropiación.

1.2.2.El Derecho Ambiental y el paisaje

Otro fundamento del ordenamiento territorial está en el nuevo artículo 41 de la Constitución argentina que defiende el derecho a disfrutar de un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y en el que las autoridades deben proveer a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, lo que permite pensar que el paisaje puede estar incorporado en estos parámetros. Porque la consideración de aplicación de esta norma ambiental, lleva consigo la tutela de uno de los recursos naturales propiedad de las provincias (Art 124 CN): el suelo, que es donde opera el Derecho del Ordenamiento Territorial, se trata de asegurar el derecho a disfrutar del ambiente (párrafo 1), pero utilizando racionalmente los recursos que este comprende (párrafo 2) para preservarlo (párrafo 1) como el recurso tierra.

Actualmente, la Ley General del Ambiente establece como instrumento de política y gestión ambiental al ordenamiento territorial ambiental del territorio, mediante la aplicación del principio de coordinación entre las distintas unidades del sistema federal, teniendo en cuenta las actividades antrópicas y el ambiente sobre el que se pretende poner en práctica la ordenación⁸¹⁵. En esta línea de trabajo se encuentra la ley de residuos sólidos urbanos⁸¹⁶ que dispone ubicar los centros de disposición final, en lugares alejados a los centros urbanos para no afectar la calidad de vida de la población teniendo en consideración la planificación territorial, el uso de suelo, la expansión urbana y fuera de aéreas naturales o culturales protegidas. También la ley de presupuestos mínimos de bosques nativos⁸¹⁷ prevé normas de ordenamiento territorial ambiental de los bosques nativos. La Cuenca Matanza – Riachuelo es todo un gran experimento de ordenamiento territorial⁸¹⁸ que vale también como ejemplo práctico en

⁸¹⁵ Ley 25675 B.O.R.A. 28/11/2002. Artículos 8° inciso 1; 9 y 10.

⁸¹⁶ Ley 25694 B.O.R.A. 22/09/2004. Artículo 20°.

⁸¹⁷ Ley 26331 B.O.R.A. 13/02/2009. Artículo 3°.

⁸¹⁸ Ley 26168 B.O.R.A. 05/12/2006. Artículo 5°.

este título. Todas estas limitaciones a la propiedad además de un fin social tienen fin ambiental y por ello algunos autores que utilizan el marco teórico de las tres categorías de Derechos Humanos, hablan de la función ambiental de la propiedad⁸¹⁹.

1.3. Objetivos

El objetivo más palpable del Derecho Ambiental y la “función social de la propiedad” a los efectos de dar virtualidad a un Derecho para el Ordenamiento Territorial es hacer realidad al precepto constitucional que persigue:

Desarrollo humano: previsto como obligación del Congreso Nacional en el artículo 75 inciso 19 (...) *proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento*... Se advierte también el derecho al progreso y a la productividad de la economía nacional lo que da amplitud a nuestra perspectiva sobre el derecho a la accesibilidad a la economía nacional y con ello a la función social de la propiedad que es fundamentada por aquél.

Igualdad de trato y oportunidades: que en el caso se traducen al derecho de la ciudad, que regula las condiciones del jus aedificandi y para acceder a una vivienda digna. Establecidas en el artículo 75 inciso 23 como obligación del Congreso Nacional ...“Corresponde al Congreso (...) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”...

⁸¹⁹ DE SALLES CAVEDÓN, Fernanda, *Função social da propriedade*. Momento Atual, Florianópolis 2003. SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. “A propriedade agrária e suas funções sociais”. In *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13. COMPARATO, Fábio Konder, “Função social da propriedade dos bens de produção”, RDM 63/71-79, VALERA, Laura; LUDWIG, Marcos de Campos. “Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito”. In *A reconstrução do Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 785.

Calidad de vida: reconocida implícitamente en el artículo 41 de la Constitución y en el artículo *Art 75 Inc. 2, 3° párrafo...que establece...* "La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Lo que también puede interpretarse como otro mandato para aprobar una ley básica o de presupuestos mínimos para regular el uso del recurso suelo.

De tal manera que el legislador nacional debe instrumentar con acciones concretas –leyes- la reglamentación de los derechos descriptos supra. El desarrollo de la libertad sin perder de vista la igualdad, implica generar acciones concretas por parte del Estado para igualar las posibilidades de todos los hombres en pos de su desarrollo integral.

1.4. Conclusión liminar

Pese a todo el arsenal legal que se ha exhibido, el legislador nacional no ha aprobado en los dos siglos posteriores a la Declaración de la Independencia de la Argentina una norma básica, o modernamente (y después de la reforma constitucional de 1994) denominada de presupuestos mínimos de protección ambiental. Los avances en este sentido por ahora son lentos. Recientemente la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha creado un programa de Ordenamiento Ambiental del Territorio para incorporar la dimensión ambiental en la planificación del desarrollo territorial⁸²⁰. Para dirigir este programa se ha creado una estructura básica dentro del organigrama de la Autoridad de Aplicación⁸²¹; Dirección de Ordenamiento Ambiental del Territorio que tiene por objetivos conformar una red de ordenamiento ambiental de territorios y identificar planes, programas y acciones de la Administración Nacional de

⁸²⁰ Resolución SAyDS 685/2005.

⁸²¹ Decreto PEN 1919/2006; Resolución JGM 58/2007.

Parques Nacionales vinculados al tema, generar articulaciones para la ordenación ambiental del territorio y fortalecimiento institucional. El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (antiguo Ministerio de Obras Públicas de la Nación) trabajó con un borrador de ley de Presupuestos Mínimos de Ordenamiento Territorial, que jamás pasó la etapa de Anteproyecto, situación que no alarma por las severas fallas en su presupuesto y la anacrónica bibliografía y legislación en la que abrevaron sus redactores que la hacen propia para competir con la ley española de uso de suelo de 1956, jamás con la actual, basada en las problemáticas de las ciudades modernas e incorporando los temas ambientales y paisajísticos con fines de sostenibilidad ambiental y mejora en la calidad de vida consagrando la participación pública y la evaluación de impacto ambiental⁸²².

Por lo expuesto, no es posible extraer un concepto sobre “Ordenamiento Territorial” a partir de la legislación federal en la Argentina que sea operativa para trabajar con nuestro tema: el paisaje. Sólo se advierten posibilidades a las actividades administrativas realizadas por la cartera ambiental del Gabinete presidencial que se han comentado en el párrafo anterior, que por ahora sólo tienen un nivel inicial, careciendo de posibilidades funcionales para dar eficacia a una política de protección paisajística con esta técnica.

2.Legislación Provincial.

2.1.Introducción

En el análisis que corresponde a este punto, seguidamente realizamos un rápido examen a la legislación de la totalidad de las Constituciones provinciales para verificar la existencia de normas que manden a legislar sobre el ordenamiento territorial. Buscaremos coincidencias y trataremos de responder la razón por la cual quien legisla en la materia es la Provincia en la Argentina, en lugar de hacerlo la Nación que tiene

⁸²² MARCHESI, Guillermo H. CONGHOS, Eduardo J. *El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo industrial*. Revista de Derecho Ambiental N° 28 (Octubre – Diciembre 2008) Abeledo – Perrot. Buenos Aires, pp. 39 y ss.

explícito mandato constitucional desde 1994. Finalmente estudiaremos el ordenamiento territorial de la Provincia de Buenos Aires por ser un caso verdaderamente testimonial y constituir quizás una ley básica que debió ocupar páginas en el Boletín Oficial de la Nación.

2.2.Legislación paisajística provincial

Desdoblamos este punto en dos ejes temáticos: el texto al interior de la totalidad de las constituciones provinciales que constará de un análisis exhaustivo que indagará por la existencia de normas de ordenamiento territorial o afines que la fundamenten. Finalmente, lo que intitulamos legislación infra-constitucional integrado por la producción de las Legislaturas locales, de las cuales no es posible realizar un análisis como el caso anterior; la razón está dada por la carencia legislativa en la materia de estas unidades federales que todavía no han ejercido su competencia, tanto ambiental como administrativa.

2.2.1.Legislación provincial constitucional

En este punto, el análisis buscará un hilo conductor en todas las constituciones a examinar que nos auxilie en la tarea de encontrar un concepto de “ordenamiento territorial” que sea útil para averiguar el objeto de regulación y responder si fuera posible, si tales normas comprenden al paisaje, o al menos son operativas para proteger al mismo.

En el sentido anteriormente anticipado, clasificamos las constituciones provinciales en cuatro grupos: las que ignoran totalmente al ordenamiento territorial y que ni siquiera permiten deducirlo a partir de fórmulas alternativas, tales como las ambientales o las que establecen la función social de la propiedad. Un segundo grupo lo integran las constituciones que tampoco hacen referencia al ordenamiento territorial pero permiten deducirlo de una hermenéutica que además incluye al paisaje como elemento susceptible de ser ordenado. Un tercer grupo, tiene una redacción amplia y

detallada del ordenamiento territorial. Finalmente un cuarto grupo, requiere de hermenéutica pura, pero permite acceder a elementos que sin mencionar al paisaje aceptan proteger el suelo de la degradación y erosión y conservar y restaurar la capacidad productiva de las tierras, en feliz combinación con la cláusula ambiental constitucional que prescribe la explotación racional de los recursos. Estos cuatro grupos analizan el tema propuesto, dejando las siguientes características:

1) En el primer grupo contamos la Constitución de Mendoza que en su artículo 99 inciso 4° sólo considera facultades legislativas para disponer el uso de la tierra pública, lo que define muy poco en términos de la habilitación que buscamos en la misma tónica las Provincias de Santiago del Estero, La Pampa, Misiones, Neuquén, Jujuy, Santa Cruz y Catamarca.

2) Una variante de la postura anterior representa el texto de la Constitución de Salta, que en su artículo 8° señala el problema y deja la vía abierta a la intervención mediante estrategias de ordenamiento pero sin subrayar otra actuación más que la promoción social, económica y cultural de las regiones con intereses comunes con instituciones que tengan a su cargo la planificación del desarrollo regional. La Provincia de San Luis, ignora toda referencia al ordenamiento territorial en su Constitución pero tiene una norma en el artículo 68 que lleva por título patrimonio cultural y que hace referencia al "**paisaje natural en su marco ecológico**", tal la expresión utilizada por esta Carta Magna y que lleva una protección directa sin ordenamiento, con otra técnica de protección que es el derecho de propiedad pública porque solo prevé la expropiación. Esta opción legislativa es la efectuada por la provincia de Formosa, que en su cláusula ambiental, artículo 38 inciso 2° establece la necesidad de legislar entre otros temas sobre... "*la compatibilidad de la planificación económica, social y urbanística de la Provincia con la protección de los recursos naturales, culturales y del patrimonio histórico y paisajístico*"...

3) La Constitución de la Provincia de Río Negro, tiene un amplio detalle sobre el tema con el artículo 74 que justamente se intitula "ordenamiento territorial" y que se

instrumenta mediante los municipios regulando el suelo urbano y rural, cuidando que se respeten las necesidades de la comunidad, planificación participativa, integración regional y patagónica con lo que se suma a las estrategias políticas clásicas finalistas como la que hace a la identidad regional, que junto a la calidad de vida, fines sociales e intervención en el mercado de tierras son las políticas principales que el texto constitucional determina para la intervención del Estado provincial. La Provincia de Entre Ríos en su artículo 84, menciona entre las competencias del organismo ambiental local justamente la de utilizar instrumentos de política ambiental, tales como la evaluación ambiental estratégica y el ordenamiento territorial ambiental pero la feliz inclusión del Paisaje en el Art. 26° de la Constitución de Entre Ríos⁸²³ ubica con otras posibilidades de legislación hacia el futuro, máxime que ubica la competencia en el municipio⁸²⁴. En este sentido, la ciudad de Paraná, capital de provincia, aprueba la Ordenanza 8.563/ 2005 con el nuevo Código Urbano que entre sus objetivos prevé que *“las disposiciones en materia de tejido urbano posibilitan definir la configuración de la ciudad acorde a las condicionantes morfológicas, resaltando y explotando las potencialidades paisajísticas que posee el área de asentamiento de la ciudad”* y clarifica que *“la imagen de la ciudad que se intenta lograr a través del Código Urbano es la de una “ciudad ribereña”, “volcada al río”* lo que habla a las claras de una vocación paisajística de esta ciudad por ley, en un río como el Paraná, que para ningún desprevenido escapa que hace a la identidad de la región⁸²⁵. La Rioja, por su parte, en la norma dedicada a desarrollar la variable ambiental, artículo 68, establece el mandato a la Autoridad de Aplicación Ambiental la promoción del ordenamiento territorial ambiental para la mejor coordinación administrativa ambiental. En idéntico criterio a

⁸²³ Art. 240°: Los municipios tienen las siguientes competencias: 12°) Regular, disponer y administrar, en su ámbito de aplicación, los bienes del dominio público y privado municipal. 13°) Administrar las tierras fiscales ubicadas dentro del ejido e incorporar a través de los trámites pertinentes, los bienes que les correspondan. 21°) Ejercer el poder de policía y funciones respecto a: d) Planeamiento y ordenamiento territorial, vialidad, rutas y caminos, apertura, construcción y mantenimiento de calles. e) Planes edilicios, control de la construcción, política de vivienda, diseño y estética urbana, plazas, paseos, edificios públicos y uso de espacios públicos. f) Tránsito y transporte urbanos. g) Protección del ambiente, del equilibrio ecológico y la estética paisajística. Podrán ejercer acciones de protección ambiental más allá de sus límites territoriales, en tanto se estén afectando o puedan afectarse los intereses locales.

⁸²⁴ LEÓN, Pablo Luis. *Reflexiones sobre Derecho Ambiental y urbanístico del paisaje como categoría jurídica*. Revista de Facultad. Paraná, 2010.

⁸²⁵ LAPALMA, María Laura –LEVRAND, Norma Elizabeth *¿Cómo regular lo que percibimos? Avances y dificultades en la tutela del paisaje como bien jurídico*. RDAUP pp. 73-112 Año II, N° 1 Mayo de 2013.

Entre Ríos, la Provincia de Chaco establece en su norma ambiental, artículo 38 inciso 7°, deber de los poderes públicos dictar normas que contemplen entre otros muchos temas los de reordenamiento territorial, desarrollo urbano y salud ambiental con la participación de los municipios y las entidades intermedias, lo que da a los poderes locales una actuación mucha más mediata y centralizada en la capital provincial. La vecina Corrientes, también establece una norma similar en su artículo 62, estableciendo el ordenamiento del suelo urbano, suburbano y rural, con ciertas pautas tales como el interés general, participación, planificación, intervención y explotación racional de recursos naturales. San Juan en el artículo 58 de su texto constitucional también lleva esta línea de trabajo que propende dentro de su norma ambiental a...*ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados; crear y desarrollar reservas y parques naturales así como clasificar y proteger paisajes*... La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dice en el artículo 27 de la Constitución que se establece una política de planeamiento y gestión ambiental que instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve la preservación y restauración del patrimonio cultural, natural y urbanístico y de calidad visual y sonoro, lo que declara una especial aptitud para proteger paisaje natural y urbano con estos instrumentos.

4)La Provincia de Santa Fé en su texto, prevé en su artículo 28, solamente ...*proteger el suelo de la degradación y erosión y conservar y restaurar la capacidad productiva de las tierras*... pero no alcanza para determinar un certero mandato a legislar sobre ordenamiento territorial, aunque puede desprenderse del artículo 26 que establece la cooperación social en el campo económico, o el fin social de la propiedad consagrado en el artículo 15. La Provincia de Tucumán, sólo establece en su cláusula ambiental, artículo 41 inciso 1° ...*arbitrar los medios para proteger los recursos naturales, culturales y los valores estéticos que hagan a la mejor calidad de vida*.. no escapa que esos valores estéticos son una velada referencia al paisaje y que uno de los medios para lograr una mejor calidad de vida en la protección de lo natural, cultural y estético es el ordenamiento territorial. La Provincia de Chubut tampoco establece un mandato, directo pero puede deducirse de una interpretación armónica de los artículos

20 que establece la función social de la propiedad, el artículo 100 que además de reiterar la consideración a la función social, garantiza la preservación del recurso suelo, evitando la erosión, etc, y la cláusula ambiental del artículo 99 que promueve el aprovechamiento racional de los recursos, en este caso el suelo. Similar disposición se encuentra en el artículo 82 de la Constitución de Tierra del Fuego para la conservación del recurso y en el artículo 81 para la explotación racional con clave ambiental. La Provincia de Buenos Aires se encuentra en este grupo.

2.2.2.Elementos comunes detectados y el paisaje

Las Provincias, en su mayoría, adoptan cláusulas ambientales, sobre tierras y recursos naturales, en general declarando su propiedad en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 CN ya comentado. Pero pocas se refieren al ordenamiento territorial como una herramienta tal como la hemos descrito en la presente y pareciera aceptar cierta confusión con el ordenamiento ambiental que es tan sólo un matiz de dicha técnica de protección pero que no se agota en la misma llegando a siete (7). Sólo Salta, San Luis y Formosa (3) se podrían agregar a este grupo considerando otras disposiciones que con hermenéutica contribuyen al mismo fin pero considerando disposiciones sobre paisaje. Otras cinco (5), con algún esfuerzo de interpretación permiten subsumir el ordenamiento territorial a partir de sus cláusulas ambientales (Santa Fé, Tucumán, Chubut, Tierra del Fuego y Buenos Aires). Finalmente otras siete (7) provincias no tienen disposición alguna en forma directa que refiera al ordenamiento territorial ni tampoco disponen en su menú claras normas con posibilidades hermenéuticas para despejar el concepto de "ordenamiento territorial" a partir de las mismas: Santiago del Estero, La Pampa, Misiones, Neuquén, Jujuy, Santa Cruz y Catamarca.

Con este análisis tan poco convincente, resulta todavía más paradójico, que justamente las Provincias con menor regulación constitucional sean las que tengan mayor regulación legal sobre el ordenamiento territorial: Santa Fé, Córdoba, Mendoza, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires. Todas ellas no

consideran la función social de la propiedad en el seno de sus textos constitucionales aunque todas han incluido la variable ambiental.

2.2.3.Legislación provincial infra-constitucional

En este título, Intentaremos dar cuenta de la legislación provincial vigente en la materia que es escasa teniendo en cuenta que la Argentina cuenta con 25 provincias. No llama la atención que con tan magro desarrollo constitucional, la cosecha infra-constitucional sea congruente con este nivel de producción normativa. Pero aún más, y como lo hemos resaltado en el último párrafo del título anterior, sorprende que desde los ordenamientos provinciales más indiferentes al tema objeto en las consideración temática de su Carta Magna, justamente sean los que posean un despliegue normativo mayor aprobado por las Legislaturas locales.

Son pocas las provincias argentinas que avanzaron en la aprobación de cuerpos normativos que representen un verdadero ordenamiento territorial tal como modernamente se lo conoce. Solamente esbozaremos un reconocimiento superficial en esta parte, porque alcanza para poner de manifiesto lo que buscamos, un verdadero concepto que sea funcional a proteger el paisaje, una palanca para mover este sector de la realidad jurídica.

Desarrollamos solamente el caso de las Provincias con menor regulación constitucional en materia de ordenamiento territorial que habíamos adelantado eran las que habían desarrollado con mas fortaleza las herramientas inherentes a la policía de la propiedad que realiza limitaciones que tienen en miras la comunidad, a diferencia de las limitaciones a la propiedad del Código Civil que tiene en miras a la vecindad⁸²⁶: leyes locales sobre ordenamiento territorial.

⁸²⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Sexta Edición actualizada. Tomo IV pp 45 N°1248, Buenos Aires 1997. LINARES, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Astrea, Buenos Aires 1986, pp. 486, N° 512.

A. Provincia de Santa Fé, pionera del ordenamiento del paisaje

La legislación de esta provincia, no comprende un cuerpo orgánico único y exhaustivo respecto del ordenamiento urbano. Pero legisla tempranamente con un sentido de ordenamiento paisajístico. En 1967 dicta un Reglamento Tipo de loteo y urbanizaciones para comunas y municipios mediante Decreto Provincial 7317/1967⁸²⁷. En las consideraciones generales, esta norma trae una clara definición paisajística lo que la hace pionera en la Argentina como una voluntad del Estado de proteger no sólo el territorio sino además su imagen⁸²⁸ y hace una clara distinción entre los elementos estructurales del paisaje natural de los elementos estructurales del suelo urbano⁸²⁹, y la creación de instrumentos de política paisajística como las cartas de paisaje que muchos años después aparecerían en las leyes autonómicas españolas como las de Valencia⁸³⁰ y Cataluña⁸³¹ lo que representa toda una novedad para el Derecho Administrativo de la época al menos en la Argentina. En las normas generales sobre parcelamiento de suelo, tal operación no se hace mirando el territorio sino considerando el paisaje natural sobre el que se va a insertar lo antrópico, cuidando la sanidad del ambiente y la estética

⁸²⁷ Ley 7317. BOPSF 05/10/1967.

⁸²⁸ "...El hecho urbano se inserta en un paisaje natural estructurado por los usos económicos del suelo y las correlativas, Redes de vías y medios de comunicación y de servicios, los que se anastomosan en la estructura de la planta urbana correlativa a su vez, a los varios usos del suelo urbano. Cualquiera sea el tamaño y la especialización en la función regional del hecho urbano, siempre existe una forma determinada óptima, de insertarse en el paisaje y de conectarse con las redes que lo estructuran, a fin de resguardar el bienestar, la salud y la seguridad de sus habitantes. Allí se materializa el fenómeno urbano, finalmente, cristalizando en las Obras públicas y privadas"...

⁸²⁹ a) Se considera elementos estructurales del paisaje natural 1) La división del suelo en usos económicos y su parcelamiento. 2) Vías de comunicación 2.1 Las vías férreas. 2.2 Las rutas 2.3 Los cursos de aguas navegables 2.4 Los cursos de agua no navegables (en su incidencia urbana) 2.5 La infraestructura de las vías aéreas. 3) Las redes de medios de comunicación 3.1 Telégrafos y teléfonos. 3.2 La infraestructura de las comunicaciones radioeléctricas 4) Las redes de servicios sanitarios, energía eléctrica y gas. b) Se consideran elementos estructurales del Suelo Urbano. 1) Usos de tierra urbana y su parcelamiento (catastro urbano) .2) La anastomosis urbanas de las redes antes dichas 3) Las líneas o puntos de conexión de las redes mencionadas precedentemente, con el hecho urbano. Será exigible la presentación de cartas, planos y relevamientos que expliquen la inserción del hecho urbano en el paisaje natural geográficamente estructurado.

⁸³⁰ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (BOE N°174 del Martes 20 de Julio de 2004, pp. 26294. N°13470) y el Decreto 120/ 2006, de 11 de Agosto (DOGV N°5325 del 16 08 2006, pp. 28242), por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana.

⁸³¹ DOGC N° 4407 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm. 4407) Ley 8/2005 de 8 de junio de 2005 de protección, gestión y ordenación del paisaje. Acuerdos entre los agentes de un territorio que tienen el objetivo de promover acciones y estrategias de mejora y valoración del paisaje, expresado en un instrumento público con las obligaciones asumidas por cada parte y el calendario de cumplimiento.

que ofrece la naturaleza⁸³². La misma técnica sigue para...”*las soluciones urbanísticas de corrección y expansión, se inspirarán en la necesidad de proteger el paisaje natural, mediante la reserva y uso, respetando la integridad plástica de los sitios naturales pintorescos, superficies topográficas con diferencias de nivel, parques calles, orillas de lagos o cursos de agua, etc. Asimismo, tenderá a utilizar en usos urbanos las tierras menos fértiles*”...

De aquí en adelante, se puede verificar que en esta Provincia, el ordenamiento se realiza mediante el respeto a la autonomía municipal. Se aprueban reglamentos tipos para que los municipios los incorporen siguiendo ciertos lineamientos que son tutelares para el ambiente donde se intervendrá. Cabe valorar que se trata de ordenamiento territorial y paisajístico, quizás sin una clara dimensión de lo que significa en la actualidad esta construcción pero sí con una clara determinación del incluir al paisaje como variable de protección. La variable ambiental, lo da su ley general del ambiente que considera al ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización e industrialización como medio para la preservación, mejora y recuperación del ambiente⁸³³.

B. Provincia de Córdoba y su consideración mediata al paisaje

La legislación de esta provincia, no comprende un cuerpo orgánico único. Solamente ha dictado un ley de ordenamiento territorial de bosques⁸³⁴, y hay proyectos de sancionar una ley de ordenamiento territorial estratégica para la provincia. Por lo demás, la legislación sobre ordenamiento territorial urbano se efectúa por municipios,

⁸³² Normas Generales Sobre Uso de Tierras Urbanas y su Parcelamiento (Catastro Urbano) Las presentes normas generales tienden a asegurar una inserción armónica del hecho urbano en el paisaje natural, a través de la selección de áreas adecuadas, a fin de preservar: La tierra, las aguas y el aire de la contaminación posible, derivada de las actividades humanas. La belleza de paisaje y sus posibilidades para la recreación de los habitantes. La seguridad salud y bienestar de sus habitantes respecto de sus propias obras y actividades.

⁸³³ BOPSF 18/11/1999. Ley 11717. Art. 2.- La preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo: a) El ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización e industrialización, desconcentración económica y poblamiento, en función del desarrollo sustentable del ambiente b) La utilización racional del suelo, subsuelo, agua, atmósfera, fauna, paisaje, gea, fuentes energéticas y demás recursos naturales, en función del desarrollo sustentable.

⁸³⁴ Ley 9814. BOPC. 20/08/2010.

teniendo en cuenta el carácter autónomo que la constitución provincial otorga a los mismos y la transferencia de competencias que ello implica.

En este sentido, vale entonces examinar la legislación que al respecto se ha aprobado en Córdoba Capital, distinguiéndose cuatro normas que regulan el ordenamiento territorial por sus consideraciones respecto del paisaje: Ordenanza 8060 regula el fraccionamiento del suelo; Ordenanza 8057⁸³⁵ regula la ocupación del suelo en el Área Central con consideraciones al paisaje; Ordenanza 8256 regula la ocupación del suelo en Áreas intermedias y periféricas; Ordenanza 8133⁸³⁶ regula la localización de las actividades económicas que impliquen uso del suelo industrial o asimilable al mismo que no tiene una sola mención de la palabra paisaje. También es importante destacar la Ordenanza 8256/ 1986 que define a las Areas Particulares como aquellas que por sus características requieren tratamiento propio, como son las denominadas Areas Especiales, que por sus condiciones paisajísticas, ambientales, históricas o funcionales necesitan un estudio urbanístico especial que posibilite proteger y promover sus valores. De los estudios realizados a efectos de establecer las condiciones urbanísticas correspondientes, surge la necesidad de diferenciar sectores de similares características dentro de las áreas involucradas, con el fin de proteger y promover las condiciones urbano-arquitectónicas, asignándoles patrones conforme a las mismas⁸³⁷.

No obstante, esta Provincia tiene por donde iniciar la tutela al paisaje. Hay un temprano antecedente en 1985 por ley 7343⁸³⁸ de medio ambiente local. Regula la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente pero destacando entre sus objetivos la necesidad de utilizar racionalmente el paisaje en función de los

⁸³⁵ Ordenanza 8057/1985 de Ocupación del suelo en el área central, (B. Mun: N° 1243, 04/02/ 1985, pp. 3/48). La presente Ordenanza tiene por objeto la regulación de la ocupación del suelo y preservación de ámbitos históricos, arquitectónicos y paisajísticos dentro del Área Central de la ciudad. El Texto Ordenado contiene todas aquellas Ordenanzas y Decretos que la modifican. El Dto. 580/ 98 es reglamentario. Define Areas Especiales, caracterizadas por sus condiciones funcionales, paisajísticas, ambientales y/o históricas, con el objeto de ordenar, proteger y promover sus valores, debido al significado y/o impacto de las mismas sobre las áreas inmediatas y el conjunto del Área Central de la ciudad.

⁸³⁶ Ordenanza 8133, B. Mun. N° 1316, 22/11/1985, pp. 3 y ss.

⁸³⁷ BELLOTTI, Mirta Liliana. “*Restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico*”. Ed de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas de Córdoba. Vol XLV. ANDyCJC. Córdoba 2007, pp 20. Para un análisis más profundo sobre la regulación del paisaje en la ciudad de Córdoba.

⁸³⁸ Ley 7343. BOPC 27/09/1985.

valores del ambiente con un régimen especial de gestión⁸³⁹. Pero donde realmente la innovación es sustantiva, y en algún punto, innovadora respecto del resto de la legislación argentina, es cuando produce una verdadera definición del paisaje:

Art. 2 Inc. m) Paisaje o Escenario: El contexto interactuante de elementos constitutivos naturales y artificiales del ambiente que, por la particular combinación en un cierto espacio provocan en el hombre sensaciones visuales y estados psíquicos de distinta índole.

No se trata de una definición jurídica, es evidente que desde nuestra disciplina no dice tanto pero acentúa sobre los elementos subjetivos al asumir al paisaje como un concepto líquido⁸⁴⁰ según vimos en el capítulo primero y esto sí es novedoso, pero sí vale la pena observar el antecedente y advertir los elementos variopintos que la integran. Y con la reforma de la ley 8300⁸⁴¹ en el Capítulo VII intitulado “Del paisaje”⁸⁴², el artículo 39 establece la necesidad de efectuar una verdadera regulación de nuestro objeto de estudio en toda actividad que pueda (Ppio. Preventivo) modificar el paisaje a fin de evitar la degradación de los paisajes urbanos, agropecuarios y rurales⁸⁴³ en donde las consecuencias desde todo punto de vista, inclusive la minería extractiva son de imaginar.

⁸³⁹ En el apartado que destaca los elementos que comprenden estos objetivos, destaca en el Art. 2° Inc. b) la...”utilización racional del paisaje en función de los valores del ambiente”... Y en el Inc. c)...”los elementos culturales o paisajes, merecen un régimen especial de gestión”... Cuando la ley define al concepto “degradación” en el artículo 4° Inc. i entiende por tal...”no sólo el deterioro de los ecosistemas y sus componentes en general, y del agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna sino también el paisaje como resultado de las actividades deteriorantes del ambiente”...

⁸⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. Paidós Buenos Aires 2012.

⁸⁴¹ Ley 8300. BOPC del 31/08/1993.

⁸⁴² MARTÍNEZ GOLLETTI, Luis, *Ambiente, Bienes Forestales, Paisaje y Función Social*. En Obra Colectiva: Humanismo Ambiental.- 3° Jornadas de Reflexión. ED Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Pp. 43. Córdoba 2000.

⁸⁴³ ...”Deberá regularse todo tipo de acción, actividad u obra que pudiera transformar el paisaje. Los responsables de tales actos, actividades u obras deberán presentar ante la Autoridad de Aplicación un informe donde se detallen las medidas para evitar la degradación incipiente, corregible e irreversible de los paisajes urbanos, agropecuarios y naturales”...

C. Provincia de Mendoza, valoración del paisaje

La legislación de esta provincia, no comprende un cuerpo orgánico único. Se trata de un ordenamiento estratégico provincial, que todavía carece de un cuerpo de ordenamiento territorial urbano. Esta ley pretende configurar, en el largo plazo, una organización espacial del territorio, teniendo en cuenta los objetivos del desarrollo económico, social y cultural acorde con la política ambiental provincial. La ley de Ordenamiento Territorial de la Provincia de Mendoza 8051/ 2009⁸⁴⁴, es la segunda ley del tipo en la Argentina. Las demás Provincias todavía no han legislado sobre el punto.

El artículo 1º define al ordenamiento territorial de la Provincia como una función pública utilizando a la planificación como instrumento básico...”*para conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial*”⁸⁴⁵..., destacándose su carácter de orden público (Art 2º). Sus fines tienen un amplio desarrollo normativo. En primer término se enuncian los fines específicos que son comunes en toda legislación del rubro (Art 3º), tales como la calidad de vida, equidad social y territorial para un desarrollo sostenible. Conocimiento del medio natural como soporte de la cultura, mantenimiento de los equilibrios territoriales, y gobernabilidad territorial. También se destaca la valoración de la

⁸⁴⁴ BOPM del 22/05/2009. Ley de Ordenamiento Territorial de la Provincia de Mendoza.

⁸⁴⁵ Anexo 1 Definiciones *A los efectos de aplicar e interpretar la presente ley se entiende por: a) Ordenamiento territorial: expresión espacial de la política económica, social, cultural y ambiental e instrumento de planificación y gestión. Es de carácter transversal y afecta las normas de carácter básico o general y todas aquellas que tienen que ver con el funcionamiento y administración del territorio, siendo sus principios básicos la coordinación y subordinación de las políticas sectoriales, destinada a configurar, en el corto, mediano y largo plazo la organización y uso del territorio acorde con las potencialidades y limitaciones del mismo, las expectativas y necesidades de la población y los objetivos de desarrollo sustentables, como principio rector. Se concibe como un procedimiento administrativo y un proceso continuo y permanente que sirve de base a las decisiones del sector público, del sector privado y de la comunidad en general, con el objeto de lograr metas y fines predefinidos, facilitar el control de las acciones y re-direccionar el proceso de desarrollo territorial cuando así convenga. Se concreta con una visión integradora, en concordancia con las estrategias de desarrollo que se definan tanto en lo referente a los aspectos económicos, sociales como ambientales, para lograr el desarrollo sustentable. El proceso de ordenamiento territorial se lleva a cabo en el contexto de la participación social, como un medio para garantizar la satisfacción de las necesidades, intereses y demandas de la comunidad en su conjunto y crear conciencia de la responsabilidad social frente al desarrollo y la preservación del territorio.*

identidad del territorio, lo que resulta un concepto ya destacado en la Convención de Florencia 2000 pero nuevo en la Argentina.

Los fines específicos tienen relación con la participación social, desertificación, valoración de los recursos naturales, desarrollo⁸⁴⁶, efecto invernadero, protección de las áreas de interés natural, cultural, histórico y paisajístico en donde el paisaje es otro rubro confundido entre la naturaleza y el patrimonio cultural⁸⁴⁷. Otro fin es el mantenimiento de un tipo particular de paisaje que es el oasis donde está asentada la ciudad de Mendoza y resulta de interés la intervención a fin de asegurar el agua a zonas irrigadas y no irrigadas promoviendo multifuncionalidad del espacio rural con acceso a las comunidades de pueblos originarios. Se trata de una finalidad de indudable interés y consecuencias paisajísticas aunque la ley no lo apellide de esa forma. Posteriormente menciona al paisaje por su nombre en el inciso i de este Artículo 4 que analizamos, en estas palabras...*"reconocer el valor patrimonial, económico, ambiental y paisajístico de los entornos rurales locales, fundamentalmente los amenazados o vulnerables por su proximidad geográfica a centros urbanos en expansión y que por su especificidad ambiental, no son reproducibles en otras áreas"*...

Entre los "Instrumentos y Procedimientos del Ordenamiento Territorial" (Art 8º) enumera los siguientes: a) El Plan Estratégico de Desarrollo de la Provincia de Mendoza. b) El Plan de Ordenamiento Territorial Provincial. c) Los Planes de Ordenamiento Territorial Municipal. d) El Plan Ambiental Provincial. e) El Plan de Gestión de Riesgos y Manejo de Emergencias Provincial. f) El Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano para el Gran Mendoza. g) Los Planes de Ordenamiento Territorial de Áreas Especiales (perilagos, pedemonte, distritos industriales, parques

⁸⁴⁶ Anexo 1 Definiciones f) Desarrollo: *proceso vinculado a la posibilidad de crear una situación social, ambiental, cultural, institucional, económica y política que potencie las condiciones de vida que permitan a las personas alcanzar estados de satisfacción de las necesidades básicas, así como la oportunidad de progreso social y mejoramiento en todos los órdenes de la vida personal y comunitaria.* g) Desarrollo local: *proceso continuo y complejo basado en el consenso, impulsado por la sociedad de un territorio local, apoyado en un programa o proyecto, que aprovechando sus recursos endógenos, tiende a potenciar, optimizar y crear condiciones favorables de crecimiento.*

⁸⁴⁷ Anexo 1 Definiciones h) Ambiente: *conjunto de elementos naturales y antrópicos que interactúan sistémicamente en un tiempo y territorio determinado.*

tecnológicos, sub-regiones, otros). h) Los Planes Sectoriales o Intersectoriales actuales y futuros. i) El Sistema de Información Ambiental y el Sistema de información Territorial (de la Dirección Provincial de Catastro según ley 26209) j) La Evaluación del Impacto Ambiental. k) La Evaluación del Impacto Territorial. l) La Auditoría Externa de Impacto Territorial. m) La Evaluación Ambiental estratégica. Como se puede ver existe una ausencia total de instrumentos paisajísticos, aunque la evaluación de impacto ambiental convencional y la estratégica pueden resultar operativas para evaluar los impactos en el paisaje, teniendo en cuenta que entre los fines generales se encuentra la principal motivación de la protección de un paisaje (Art 3º) que son los valores que genera una determinada fisonomía que no solo se debe a Dios sino a la mano del hombre que ha horadado sus formas con el correr de los siglos, imprimiéndole una forma propia e idéntica a sus hombres y mujeres laboriosos, porque quien ha visitado Mendoza no puede menos que afirmar que se parece así misma y a ninguna otra realidad urbana y natural. Otro índice de modernidad de esta ley provincial es la inclusión de técnicas de participación⁸⁴⁸ popular, ausentes en las demás legislaciones del rubro que en este acápite se estudian. Con esta premisa se crean sendos sistemas de información ambiental y de información territorial de acceso público y gratuito para (Art 31º) recopilar, procesar, organizar y difundir toda la información necesaria para el conocimiento del territorio y su dinámica, para la elaboración, ejecución, seguimiento y control de los Planes de Ordenamiento Territorial y para publicar la información y armar una red con los sectores privado, ONGs, científico y público, también para procesar y organizar la información y en su caso restringirla por tiempo limitado o definir criterios de transferencia. Y entre los mecanismos para garantizar la información y participación social se encuentra primero la publicidad gratuita en lenguaje accesible, verificable y confiable (Art 43º), la consulta pública que garantiza el derecho a la información con un procedimiento que es parte de la toma de decisiones para las Evaluaciones de Impacto Territorial y los Planes de Ordenamiento principalmente⁸⁴⁹. Para asegurar este punto la

⁸⁴⁸ Anexo 1 Definiciones i) Participación: *interactuar o ser partícipe responsable en determinada actividad con el fin de construir y sostener el bien común, en forma pro-activa, a través del aporte de información, colaboración en la toma de decisiones y recursos que permitan la identificación, la ejecución y el control de acciones y proyectos de interés público.*

⁸⁴⁹ Pueden participar, toda persona física o jurídica, privada o pública que invoque un interés legítimo o derecho subjetivo, simple o difuso, las organizaciones de la sociedad civil cuya tarea guarde relación con la temática a tratar,

convocatoria se formaliza por acto administrativo por todos los medios disponibles (Art 46º) para una audiencia pública⁸⁵⁰.

Los instrumentos de intervención no son paisajísticos por eso no llevan un análisis minucioso en este trabajo que trata sobre el paisaje, pero sí vale la pena destacar el artículo 15º Inciso 2º que requiere para la zonificación que los planes de ordenamiento territorial cuenten con la...*"conformidad respecto a las posibilidades o factibilidad de accesos, servicios, equipamiento, infraestructura u otras mejoras, teniendo en cuenta las previsiones necesarias para la localización de actividades y/o emprendimientos...Las zonificaciones deberán respetar: a) La estética urbana, rural y natural en particular en aquellos sectores que merezcan una especial protección por sus valores históricos, culturales, edilicios o paisajísticos"*... fuera de los casos transcritos, no hay otras referencias directas al paisaje en este ejemplo normativo, pero hay muchas consideraciones a paisajes tales como el oasis por primera vez objeto de una ley de protección en la Argentina o los glaciares en consonancia con la ley de presupuestos mínimos del rubro⁸⁵¹.

D. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el paisaje urbano

La legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es reciente y comprende todo un cuerpo estructurado y acabado en la materia. El centro de la política estrategia política territorial de la Ciudad lo ocupa el Plan Urbano Ambiental expresado a través de su nuevo Código de Planeamiento Urbano⁸⁵². Este código no tiene una mención expresa de la palabra paisaje excepto en un par de normas con referencia específica,

reconocidas por la autoridad administrativa correspondiente, organismos o autoridades públicas nacionales, provinciales o municipales, y todos los organismos de protección de intereses difusos (Art 45º).

⁸⁵⁰ Esa Audiencia Pública está minuciosamente reglamentada, en plazos, metodología de publicación, temas incluidos, lugar accesible, publicación de opiniones (Art 48º) y es complementario (no lo reemplaza) al de la Evolución de Impacto Ambiental (Art 49º). La protección llega a tal punto que en caso de violarse una de estas disposiciones en comentario, queda expedita Acción de Amparo (Art 50º), lo cual constituye sí toda una novedad en la legislación argentina y española comentada.

⁸⁵¹ BORA 28/10/2010. Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada: Septiembre 30 de 2010. Promulgada de Hecho: Octubre 28 de 2010.

⁸⁵² Ley N° 449 - BOCABA N° 1044, 9/12/2000.

trabaja con expresiones tales como “espacio urbano⁸⁵³” y otras, pero por el fino desarrollo de sus líneas conceptuales y la atenta diagramación de las herramientas operativas sobre el tejido urbano, es fácil advertir que el paisaje urbano ha sido materia de preocupación permanente de los redactores del cuerpo legislativo. Divide la ciudad en distritos⁸⁵⁴ y establece normas de uso de suelo⁸⁵⁵ y hasta normas de seguridad, sanidad, recuperación y mantenimiento que implican lavar la cara del paisaje de la ciudad⁸⁵⁶. Establece el mecanismo de audiencia pública para su reforma legislativa y otro que es novedoso en la Argentina que consiste en la posibilidad de solicitar medidas de reforma para el barrio desde el propio lugar de residencia⁸⁵⁷. También asume normas de protección patrimonial⁸⁵⁸, mediante programas que deberán tener presente la rehabilitación de edificios para vivienda, realojamiento de familias usurpadoras, conservación de edificios de alto valor patrimonial para rehabilitar y poner en valor y posterior catalogación, mejora del espacio público, etc. Las normas de protección ambiental⁸⁵⁹, se aplica sobre áreas que se destacan por sus valores paisajísticos, sociales, simbólicos o espaciales, incluyendo fachadas y muros exteriores que también

⁸⁵³ 4.1.1 Espacio Urbano *A los efectos de este Código se denomina así al espacio aéreo abierto capaz de garantizar buenas condiciones de habitabilidad en función de requerimientos ambientales de iluminación, ventilación, asoleamiento, acústica, privacidad, ángulo de visión del cielo, visuales exteriores, vegetación y otros elementos coadyuvantes del saneamiento ambiental.*

⁸⁵⁴ Art. 5.1.1. *Nomenclatura: Distritos: residencial, central, equipamiento, industrial, portuario, urbanizaciones determinadas – futuras – parque – área reserva ecológica, desarrollo prioritario.*

⁸⁵⁵ Art 5.2.

⁸⁵⁶ Art 8.1.1 Competencia *El Gobierno planificará la renovación urbana de las áreas que así lo requieran, la que será llevada a cabo mediante programas y proyectos particularizados. 8.1.2 Objetivos La renovación urbana tendrá en cuenta los siguientes objetivos: a) La solución de los problemas emergentes de viviendas vetustas o insalubres, servicios públicos inadecuados u obsoletos y, en general, la supresión de toda condición contraria a los intereses de salubridad, seguridad y comodidades públicas; b) La prevención del deterioro o la ruina de edificios o áreas, servicios e infraestructura, su conservación y rehabilitación; c) La demolición y limpieza de edificios o áreas irre recuperables y su nuevo desarrollo; d) La restitución a las áreas degradadas por falta de mantenimiento o por una construcción desordenada, de una estructura y de una arquitectura más racionales; e) La recuperación, restauración, saneamiento y salvaguardia de áreas conservables por razones históricas, estéticas o paisajísticas; f) La modificación de parcelamientos defectuosos que impidan o dificultan una adecuada edificación; g) La creación, ampliación y conservación de espacios verdes y para esparcimiento; etc.*

⁸⁵⁷ Art. 9.1.2.1 Reconsideración de la norma: *Toda entidad intermedia podrá solicitar la reconsideración de las normas establecidas para su barrio o sector del barrio. Las presentaciones realizadas serán elevadas, conforme las normas administrativas vigentes al P.E., quien las procesará y evaluará en base al análisis global de los casos. El P.E. elevará a la Legislatura las propuestas sectoriales y globales de reforma al Código que surjan de las iniciativas o reconsideraciones que hayan sido estimadas pertinentes.*

⁸⁵⁸ Art. 10.1.1 Competencia: *El Gobierno de la Ciudad planificará y llevará a cabo las acciones, proyectos y programas particularizados, referidos a la protección patrimonial, en todos los edificios, lugares u objetos que las normas contenidas en el presente Código así lo prescriban.*

⁸⁵⁹ Art 10.1.3.2.2.-Protección Ambiental.

están protegidas cuando son linderos a edificios catalogados como Monumento Nacional.

Pese a lo analizado, no puede decirse que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuente con un plan de ordenamiento paisajístico al estilo de las comentadas normas de Valencia o Cataluña, pero sí cuenta con instrumentos de protección útiles para la protección del paisaje urbano, a la vista de la preponderancia de este factor sobre lo natural en una gran urbe como lo es la ciudad capital de la Argentina, por lo general con un predominio categórico de lo antrópico sobre lo natural. Es lógico que las normas edilicias prevalezcan sobre las de protección natural.

E. Provincia de Buenos Aires, protección elitista del paisaje

La provincia de Buenos Aires aprobó el primer antecedente como cuerpo orgánico sobre ordenamiento territorial: Decreto-Ley⁸⁶⁰ 8912/ 1977⁸⁶¹, T.O. Decreto 3389/1987⁸⁶², de ordenamiento territorial y uso de suelo de la Provincia de Buenos Aires, esta es la norma principal del sistema que comentamos en este título. En cuanto a las reglamentaciones y modificaciones que ha soportado, una enumeración exhaustiva importa mencionar que esta norma a su vez se halla reglamentada por Decreto 1549/ 1983⁸⁶³, y modificado por: Leyes 10653⁸⁶⁴, 13127⁸⁶⁵, 13342⁸⁶⁶, y Decretos 9494/1986⁸⁶⁷, 4163/1995⁸⁶⁸. Este plexo jurídico tiene por objeto regular el ordenamiento del territorio de la provincia y regula el uso, ocupación y subdivisión y

⁸⁶⁰ El Decreto – ley, es una categoría normativa solamente utilizada por los Gobiernos militares. Se trata de un Reglamento dictado por el Gobernador militar provincial (24/03/1976 – 9/12/ 1983) pero que abordaba competencia en razón de la materia reservada a una Legislatura abrogada en el momento de la sanción de la misma, manteniéndose su vigencia por el principio de continuidad institucional, habida cuenta que aquel Poder Ejecutivo usurpador, obraba como legislativo-ejecutivo de facto.

⁸⁶¹ BOPBA 28/10/1977.

⁸⁶² BOPBA 04/08/1987.

⁸⁶³ BOPBA 28/11/1983.

⁸⁶⁴ BOPBA 27/07/1988.

⁸⁶⁵ BOPBA 29/30/12/03.

⁸⁶⁶ BOPBA 31/5/05 BO N° 25175. La aplicación de esta norma referida a planes de vivienda fue vetada en lo que refiere a su relación con el Decreto – Ley 8912 en estudio por Decreto 967/ 2005 (BOPBA 16/05/2005).

⁸⁶⁷ BOPBA 19/01/1987.

⁸⁶⁸ BOPBA 03/10/1995.

equipamiento del suelo en la Provincia de Buenos Aires pero no considera el desarrollo de normas de ordenamiento paisajístico, sólo como excepción o mención casual que veremos en el próximo párrafo. Si hay menciones a espacios verdes como espacios libres, pero no confirma ello una perspectiva de protección al medio ambiente en el sentido más lineal de la expresión.

En los artículos 5 a 11 de esta norma se delimita el territorio, clasificándolo en tres tipos de áreas: rural, urbana, y complementaria. En las distintas áreas se localizan zonas de usos específicos de acuerdo a la modalidad y tipo y características locales, determinándose la zonificación según el uso de cada uno, (a saber: residencial, urbana y extraurbana, comercial y administrativa, de producción agropecuaria, ictícola, industrial y extractiva, de esparcimiento ocioso y activo, de reserva, ensanche, transporte, comunicaciones, energía, defensa, seguridad, recuperación y demás usos específicos). Éstas áreas, sub áreas y zonas, según las circunstancias del caso pueden a su vez dividirse en espacios territoriales como: circulatorios (no sólo el automotor, también el peatonal y ciclístico), parcelarios (que si se ubica en tipo de área urbana se lo denomina edificable) y verdes y libres públicos, que serán definidos en el artículo 8.b) como aquellos sectores públicos...*"en los que predomina la vegetación y el paisaje, cuya función principal sea servir a la recreación de la comunidad y contribuir a la depuración del medio ambiente"* ...

Esta ley que va para cuarenta años de vigencia en poco tiempo más, presenta luces y sombras. Entre las primeras cuenta a favor que algunos municipios han comenzado a poner en caja sus pasivos ambientales y de planeamiento en el que se fijaron etapas pero sólo se ofreció en subsidio una burocracia centralizada e ineficaz para acompañar desde el centro el desarrollo de una enorme capacidad territorial que ha sido observada como periferia. Los criterios de orden con el tiempo tampoco sirvieron para frenar la especulación inmobiliaria, por lo general ordenaron las inversiones antes que incentivar la planificación. Si bien se incentiva la participación comunitaria, esta es una modalidad que comenzó a hacerse notar no menos de 20 años después a la sanción de la ley, no se ha logrado una participación realmente

representativa y que para los funcionarios a cargo no sea más que un pesado y trabajoso expediente a terminar, para cubrir formalmente alguno de los renglones de los considerandos del acto administrativo que autoriza o expide la licencia. Debemos reconocer que después de aprobada la acción de amparo ambiental del artículo 41 de la Constitución Nacional, deficiencias en el expediente que contiene la evaluación de impacto ambiental, como el plazo de impugnación, las notificaciones o lo edictos para que intervenga la comunidad en un eficaz plan de comunicación e información ambiental, han sido operativos para lograr la suspensión de obras que eran indiferentes a los mandatos del legislador ambiental⁸⁶⁹. Pero este punto, se encuentra fuera de la legislación sub-examen. Además, la falta de un plan territorial estratégico ambiental y paisajístico que articule con esta ley es una grave falencia, porque muchos paisajes de este gran territorio quedan sin instrumentos de actuación e intervención; no alcanza con separar lo urbano de lo rural creando categorías para cada uno, a la vista de la complejidad, la biodiversidad y las dimensiones del territorio en juego con una ley más pensada para interactuar con lo urbano que lo rural.

Actualmente, las Universidades están capacitando nuevos cuadros para la función pública que se forman en las aulas, y comparten experiencias extranjeras a través de cursos de post-grado, abandonando la formación adquirida en los cuadros burocráticos que es impotente cuando se trata de cambiar o formular paradigmas, por su fuerte resistencia a los cambios y su manifiesta tendencia a reproducir lo conocido.

El otro punto a destacar en la Provincia de Buenos Aires y sobre lo cual haremos un rápido examen es la sanción de la ley 12.704⁸⁷⁰ de “Paisaje Protegido y espacio verde de interés provincial” porque en este texto normativo el objeto principal de protección es el paisaje, sin ningún otro tipo de añadidura. Pero cuando se avanza en el artículo 2º a la definición de los términos del objeto de protección la norma no es

⁸⁶⁹ CSBA “FUNDACION BIOSFERA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA PLATA S/ INCONST. ORD. N° 10.703” La Plata, 24 de mayo de 2011. La Suprema Corte bonaerense suspendió la aplicación del nuevo Código de Ordenamiento Urbano, la norma que regula la actividad de la construcción y que días atrás había sido homologación por la gobernación bonaerense, en virtud de un planteo realizado por dos ONGs ambientalistas. Este Código de Ordenamiento Urbano de la ciudad de La Plata, se inserta como reglamento de la ley 8912.

⁸⁷⁰ BOPBA N° 24306 del 28/06/2001.

precisa y se aleja de una definición que siguiera el camino marcado un año antes por la Convención de Florencia⁸⁷¹. Para empezar no se habla de territorio, tan solo de ambientes...los cuales pueden ser constituidos por una plaza en el centro de un pueblo, por una arbolada avenida de casuarinas plantadas a mano por algún botánico europeo perdido en estas inmensidades a fines del siglo XIX y cuya memoria y legado se pretende honrar, o por una manzana mal edificada en el centro de la ciudad de Mar del Plata cuyos vecinos vieron importante demoler para observar el mar y un grupo arquitectónico que es patrimonio cultural desde sus balcones. No es posible, ni es operativa para detectar los valores de la provincia, ni la identidad de los bonaerenses (de existir ésta), ni tampoco existe la intención del legislador de crear o consolidar una identidad nueva de manera positivista. Simplemente, protege valores naturales o artificiales ("antropizados", dice la norma) con determinado valor que no es especificado, pero que sí puede hacer referencia a la escena, a la ciencia, cultura, ecología u otros... Y la introducción de elementos exóticos está tan asumida que hasta se permite su protección también. La única limitación que sufren estos ambientes a ser protegidos es que sean operativos para contener el proceso natural o artificial (no explica qué proceso puede constituir un ambiente artificial, se tratará seguramente de un grupo escultórico o de edificios) que aseguren la interacción entre hombre y ambiente sin determinar qué se entiende por ambiente⁸⁷² en este caso, una expresión que hasta el día de hoy permanece ambigua y que definiendo sus términos por el artículo 41 de la constitución argentina sólo refiere a una combinación de elementos naturales y culturales que son protegidos como derecho fundamental, en tanto y en cuanto son impactados por el hombre. La infinita amplitud de la norma constitucional no se compadece, sin embargo, con el acento restrictivo en las dimensiones geográficas

⁸⁷¹ Artículo 1 –Definiciones. *A los efectos del presente Convenio: por "paisaje" se entenderá 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;*

⁸⁷² Artículo 2° *Determinase para la aplicación de la presente norma legal como "Paisaje Protegido de Interés Provincial" a aquellos ambientes naturales o antropizados con valor escénico, científico, sociocultural, ecológico u otros, conformados por especies nativas y/o exóticas de la flora y fauna o recursos ambientales a ser protegidos. Los ambientes deberán poseer una extensión y funcionalidad tal que resulten lo suficientemente abarcativos como para que en ellos se desarrollen los procesos naturales o artificiales que aseguren la interacción armónica entre hombre y ambiente.*

que propone la norma provincial en examen⁸⁷³. Nunca podría ser todo el ambiente provincial, siempre es uno determinado que debe ser funcional y abarcativo para contener los procesos (interacciones?) que en el mismo se den entre hombre y ambiente natural y/o artificial. Con lo cual, reiteramos, la extensión puede ser inmensa en superficie o reducida a pocos metros cuadrados.

2.2.4.Elementos comunes detectados

Solamente las Provincias de Mendoza, Santa Fé y Buenos Aires, tienen ordenamientos legales con falencias y necesidad de actualización, pero operativos para proteger nuestro objeto de estudio porque, estos textos legales realizan una valoración del territorio como paisaje, estimando la huella que lo ha humanizado e impregnándole valores que hacen a lo que modernamente hemos dado en llamar principio de identidad. Esto es porque se concibe al territorio y a la ciudad dentro de él como producto de una cultura que lo contiene e integra y por eso sus herramientas legislativas trazan mecanismos de articulación en este sentido, entre el hombre y el paisaje. No se trata de integrar sólo lo excepcional sino la totalidad cotidiana, lamentablemente la ley de paisaje protegido de la provincia de Buenos Aires todavía no abandona un concepto elitista. ¿Porqué es importante realzar el principio de identidad? La respuesta es muy simple y se encuentra en la Convención de Florencia, y es porque contribuye al desarrollo sostenible de los pueblos que identifican sus maneras con cada paisaje y porque el hombre es el destinatario final de estas políticas que deben contribuir siempre a llevar mejor calidad de vida sin lo cual, la protección de la dignidad de transmitir legados a los venideros no tendría sentido, porque no hay vida digna sin vida.

⁸⁷³ Vale la pena, para ejemplificar la ambigüedad que genera la expresión ambiente en los Tribunales citar el caso "Federación de Cooperadoras Escolares de Rosario contra la Provincia de Santa Fe, por el estado de los edificios escolares". (Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe, 19/9/91. "Federación de Cooperadoras Escolares (Dto. Rosario) c. Pcia. de Santa Fe", J. A. 1991 - IV - 294). La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe enfatizó que los bienes públicos tales como las escuelas "forman parte del ambiente" y que su conservación en buenas condiciones es condición ineludible de un "mejor nivel de vida" de la sociedad, destacando que el deterioro de la infraestructura educativa tipifica el daño ambiental. Adviértase que se trata de una decisión anterior a la reforma constitucional de 1994.

2.3.Razones que hacen legisferante de paisaje a la Provincia en la Argentina

En esta parte, y llegados a este nivel de análisis, aparece una pregunta que era inesperada al iniciar la pesquisa, y que amerita ser respondida una vez que ha podido ser despejado el contenido normativo que hemos evaluado para determinar su funcionalidad en el análisis central: su operatividad para proteger el paisaje.

Los elementos que presentaron la duda son simples y ya los hemos visto, basta ponerlos unos instantes sobre el pupitre y pasar la lupa nuevamente. Si el suelo es un recurso natural, y los recursos naturales pertenecen a las provincias en la Argentina (Art 124 in fine CN) pero a su vez el Estado Federal se reservó la facultad de legislar sobre presupuestos mínimos de protección (Art 41 CN), ¿Porqué no ha dictado tal ley de presupuestos mínimos el Gobierno Federal? y ¿Porqué legisla la Provincia, sin respaldo constitucional explícito alguno en los pocos casos legislados? Ofrecemos dos razones, la primera derivada de la estructura misma del Derecho Civil argentino, la segunda asumiendo la vía del Derecho Administrativo local.

2.3.1.Desempeño del Derecho Civil

La primera razón por la cual se ha demorado todo proceso legislativo provincial en la materia, ha sido la poderosa ola hermenéutica que ha producido en el Derecho argentino, el carácter absoluto del Derecho Real, según hemos explicado exhaustivamente en las páginas anteriores. Posiciones férreas e inamovibles en la ciencia que se ha enseñado en las Facultades de Derecho en la Argentina, ha producido oleadas de operadores jurídicos que ajustaron su trabajo a este marco teórico elevado a un altar positivo custodiado por sacerdotes laicos⁸⁷⁴. Olvidaron que simplemente el carácter de absoluto del Derecho de Propiedad, es simplemente eso: un

⁸⁷⁴ Tal es así que el ordenamiento territorial no es una materia del curso regular, y hasta es difícil encontrarla en los cursos de post grado en las Facultades de Derecho en la Argentina del año 2014. Excepto en las Licenciaturas de Geografía o Ciencias Ambientales, allí es frecuente encontrar la materia como parte de la currícula regular de grado, con desvíos y falencias propias de quienes trabajan sin auxilio de los profesionales que debieran hacerse cargo de estudiar estos temas: los abogados.

marco teórico. Evoluciona y cabalga con los tiempos, y cuando deja de ser explicativo de la realidad, simplemente se desvanece de las manos de los defensores de esta fe terrenal sin que tiemblen sus corbatas ni oscurezcan sus cuellos blancos. Toda sociedad debe tener elementos ordenadores, y no es que reprochemos tal desempeño del Derecho de Propiedad, que seguirá ordenando a una sociedad capitalista en donde los bienes escasos son mas considerados que las ideas escasas o aún más que nociones tan poco importantes en estos tiempos como lamentablemente parece ser la naturaleza, la misma que explica las cosas y hasta el Derecho mismo o la fe, que no se ve ni se toca pero que ya muchos están dispuestos a vender como si fuera un bono de carbono.

De lo que se trata es de advertir que el Derecho de Propiedad actual, abandonó per sé su capa absolutista que ya no le confiere poder de reparto alguno. Por esta razón, debe ser insertado donde vale que es en la sociedad. Nadie es propietario solo y perdido sino es *erga omnes*, por ello el Derecho de Propiedad debe ser penetrado por nuevas concepciones que le den el aire fresco que le falta en la Argentina como la “*función social de la propiedad*”.

2.3.2.Desarrollo espontáneo del Derecho Administrativo: poder de policía

El desarrollo inicial del Derecho Administrativo hacia el ordenamiento territorial fue casi espontáneo, en la Provincia de Buenos Aires empezó tímidamente con las leyes 695⁸⁷⁵ y 3487⁸⁷⁶, para creación y ampliación de núcleos urbanos, la primera después de la campaña del Desierto, y la segunda después del automóvil. Los problemas ya no eran los del Código Civil, cuyas fuentes abrevan en autores contemporáneos a “La noche de Varennes” y fuera escrito a mediados del siglo XIX para regir un cuarto de siglo después.

⁸⁷⁵ Ley 695. BOPBA 10/ 1870, ya establece divisiones del ejido urbano, entre chacras y quintas las cuales no podían exceder de cuatro cuadras (Art 23)

⁸⁷⁶ Ley 3847. BOPBA 1913, prevé reservas destinadas al uso público, para calles, hospitales, espacios verdes, etc.

La realidad que pudo ignorar el Congreso de la Nación Argentina, lo tuvo que considerar alguna Legislatura provincial para que su Gobierno local tuviera herramientas para administrar la ciudad. El fuego quemó desde abajo, fueron las ciudades como unidades internas de las Provincias las que llevaron el problema de la falta de planificación urbana primero y ambiental después, eran las que sufrían los problemas en forma directa. Fueron sus representantes en la Legislatura provincial los que tuvieron que ocuparse de un tema por el que clamaban los vecinos, se utilizaron herramientas locales: el Derecho Administrativo. Cuando se trataba de articular problemas entre los habitantes de las áreas rurales, el Código Civil, erigido en Biblia universal y único y fiel intérprete del Derecho de Propiedad para todas las áreas del Derecho y circunstancias, podía suplir con argumentos teóricos las diferencias entre los condóminos. Pero si el tema recaía en área urbana el problema pasaba a ser exponencial y el cielo ya no podía ser tapado con las manos por más que hasta allí llegara la misma propiedad nacida en el infierno. El derecho a vivir en la ciudad requiere poner muy estrictos límites temporales y espaciales a los derechos de cada uno, como los automóviles en el tránsito moderno para que corran sin chocarse. Y como no obstante su visión decimonónica el Código Civil argentino guarda sabiduría, dejó una pequeña ventana de luz para el Derecho Público en el artículo 2611, que textualmente reza...” *Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo*”...

Por la pequeña ventana, abierta por el artículo 2611, ingresó la luz pública haciendo la primera erosión a los pilares del templo del Derecho de Propiedad Absoluto. Sus sacerdotes ya habían perdido algunas batallas a lo largo de cien años, algunas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁷⁷ y otras en 1968 en ocasión de la ley 17711⁸⁷⁸. Explicamos en demasía estos temas en las páginas anteriores por lo

⁸⁷⁷ CSJN Tomo 31 pp 273 “Saladeristas de Barracas; Tomo 136 pp 161 “Ercolano vs Lanteri de Renshaw” y otros

⁸⁷⁸ Fuera de las diferencias políticas y hasta ideológicas, no olvidemos que en poco más de cien años desde el Estado se desamortizó la porción de tierra más fértil del mundo en una superficie comparable a Francia por lo que la definición de los términos del Derecho de Propiedad no era un tema sólo para el laboratorio, porque enriqueció a unos con caballos más rápidos a expensas de otros de caballos más lentos. Quien tuviera el poder político para escribir las páginas del Código Civil y hacerlo cumplir y legitimarlo mediante instituciones que lo explicaban y

que nos remitimos en honor a la brevedad a las mismas. Hubo críticas con las primeras leyes de ordenamiento, pero el asunto tenía debate en otro terreno: en el Derecho Administrativo, que tratándose la Argentina un país Federal tenía dimensión provincial porque se trata de una facultad no delegada por las Provincias a la Nación en el momento de constituirla, dado que la Argentina nace creada por sus Provincias⁸⁷⁹. Por ende, dictar normas administrativas son facultades exclusivas de las Provincias. Y por este conducto se comenzó a ordenar el territorio, justamente por el Derecho Procesal Administrativo Provincial, por medio de un Estado que no pretendía ordenar el área rural ya repartida sino, la ciudad para que la vida en ella fuera posible y el derecho a vivir en la ciudad ofreciera un principio de igualdad de oportunidades. Este cometido estatal, tíbiamente esbozado en el artículo 2611 CC, tiene un nombre: “*poder de policía*”, es una función que también es legislativa vía reglamento cuyo objeto es la limitación del Derecho de Propiedad para cumplir con fines constitucionales como el bienestar general y el interés público, normas limitativas pero sin competencia para la lesión de la propiedad y no sólo se expresa mediante leyes de la provincia sino también por Ordenanzas de los Municipios acorde el ámbito de competencia de cada constitución local.

El primer cambio institucional importante en el punto lo fue la Constitución Justicialista de 1949⁸⁸⁰ que establecía que la propiedad privada tenía función social, pero después del Golpe de Estado de 1955, caído el peronismo, se restableció la antigua constitución de 1853 y volvió a regir el viejo artículo 17, que laxamente establecía...”*la propiedad es inviolable, la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*”...

enseñaban después tenía poder para ser dominus, y ese poder debía defenderse en el carácter absoluto del dominio, en una época en donde la revolución rusa enarbolaba una teoría negatoria para los bienes de producción.

⁸⁷⁹ Artículo 121. *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

Artículo 122. *Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.*

Artículo 123. *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

⁸⁸⁰ PERETTI, Enrique D. *Ambiente y propiedad*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe de la Vera Cruz, pp 74.

Hacia 1970 aprobada la ley 17711 y habiendo sido “ablandado” el texto del Código Civil, con introducción de la teoría del “abuso de derecho”, que aún con críticas que llegan hasta hoy, representó un gran avance para el Estado de Derecho de la Argentina actual, fundamentalmente para la forma de pensar el Derecho. No fue casual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1970 resolviera que...”entre los poderes no delegados por la Nación a las Provincias (Art 104)⁸⁸¹ se encuentra el de dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento, tendientes a la mejor distribución de las ciudades y pueblos, de manera de satisfacer el interés general que a ellas incumbe proteger...por ello no siendo la propiedad un derecho absoluto, no corresponde indemnizar al propietario por la cesión de una fracción que exige el decreto sobre subdivisión de tierras, pues se trata de una restricción razonable en miras del interés general⁸⁸²...”

Se estaba cada vez más cerca de plasmar en la ley algo que era evidente, no es posible dejar que regule el mercado, algo que debía reglar el Estado. La mano invisible no era capaz por sí sola de gestionar la tierra, contemplar espacios verdes, frenar la especulación inmobiliaria, armonizar los derechos de los frentistas, llevarles servicios, en definitiva buscar algo más que el beneficio económico persiguiendo el desarrollo humano, tal *laissez faire* sólo agravaba las condiciones de vida en los centros urbanos. Debían acercarse los derechos de todos, porque todos tenían que vivir en la ciudad, y ese “todos” era un número grande. Esta noción de igualdad debía tener un principio de razonabilidad para que los recursos fueran asequibles a las mayorías sin aplastar minorías, lo que no aísla el carácter ejecutorio de un acto administrativo que debe cumplirse coactivamente si se agotan los medios normales. Nace el planeamiento, que debe ser participativo e informativo para que todos concurren y decidan en lo que a todos involucra. Una vez aprobados los planes, su cumplimiento es obligatorio, e imponen restricciones al dominio afectando su carácter absoluto, servidumbres que afectan la exclusividad y hasta la expropiación si hiciera falta atacando lo perpetuo. Todo ello con la finalidad de hacer cumplir los fines urbanísticos, mediante el Derecho

⁸⁸¹ Art. 104 Const. 1853, actual 122.

⁸⁸² CSJN Tomo 277 pp. 313 “Rio Belén vs Provincia de Buenos Aires”.

Administrativo provincial. Una cosa es clara, a partir de ahora, la propiedad ya no padece un mero soportar como los números que identifican la altura de la calle, se trata de una restricción sustancial al Derecho de Propiedad en beneficio de la comunicad. Sin licencia urbanística no se puede ejercer el *jus aedificandi*, como no sea de forma clandestina. Esta licencia determinará la cantidad de metros que es posible construir, el destino de la construcción, las dimensiones mínimas de la tierra, provisión de servicios obligatoria, etc. Nada de esto es indemnizable, al menos desde el citado caso “Rio Belem vs Provincia de Buenos Aires” en 1970⁸⁸³.

III. Resumen: concepto común y operativo para la protección del paisaje

El cuerpo orgánico mas acabado operativo para proteger paisaje en la Argentina no tiene raigambre federal, ni proviene de los textos vigentes y válidos en todo el territorio de la Nación. Por el contrario, proviene de los Estados provinciales que es el segundo nivel legislativo en la Argentina, destacándose el que ofrece la Provincia de Buenos Aires en su doble proceso legislativo de ordenamiento territorial y paisaje, aún con las críticas que merece. Asimismo, la legislación de Mendoza, en su desarrollo todavía inconcluso también ofrece alternativas de protección más evolucionadas que las demás provincias. Sobre este punto trabajaremos en las próximas páginas donde abordaremos los conceptos específicos para este trabajo. Dejamos también para el cuerpo específico de esta tesis, el estudio de proyectos de protección de paisaje realizado por los municipios a través de los instrumentos pertinentes que se insertan en los textos provinciales vía reglamentación.

En el Derecho Comparado, no obstante, es más fácil encontrar ejemplos de inicio de la protección por ordenamiento territorial de lo que a primera vista parecería. El derecho norteamericano a través de una Sentencia de la Corte de California primero y de la Corte Federal después trae uno de los primeros casos de aplicación de la doctrina que nosotros denominamos de la “función social de la propiedad” y en Estados Unidos se lo conoce como “Taking Clause” o aplicación del Dominio Eminente teniendo en

⁸⁸³ *Ibíd.*

miras las enmiendas 5° y 14° que exigen para toda expropiación el fin público. En el caso⁸⁸⁴ el actor demandaría la expropiación, que sería negada por la Corte.

El actor, Hadacheck era dueño de una extensión de tierra que incluía un subsuelo muy valioso en arcilla. Había comprado la tierra, antes de 1915, cuando la misma estaba bien fuera de los límites de la ciudad de Los Ángeles y conociendo el valor de la arcilla. Construyó entonces grandes instalaciones con maquinaria e infraestructura para los fines de fabricación de ladrillos de muy buena calidad utilizando la arcilla de la tierra que había adquirido. Tan valiosa era la arcilla que la tierra tenía entonces un valor de hasta U\$S 800.000 si se la utilizaba para explotarla con fines comerciales, pero menos de U\$S 60,000 para fines residenciales. Pero sucedió que la Ciudad de Los Ángeles amplió sus fronteras e incluyó la propiedad del Hadacheck, y se promulgó una ordenanza que prohibió la fabricación o la quema de ladrillos dentro de los límites de la ciudad. Hadacheck siguió trabajando ignorando la Ordenanza y entonces fue citado por un delito menor al violarla. Fue detenido por el Jefe de Policía de la Ciudad de Los Ángeles Charles Sebastián y entonces presentó primero una Demanda contra el Jefe de Policía para impugnar la validez de la Ordenanza que rezonificó, pero la Corte la rechazó y posteriormente presentó un Hábeas Corpus para ser puesto en libertad ante la Corte Suprema de Justicia de California. Alegó que tenía prioridad en el uso de la tierra porque había comprado antes de lo que hoy sería una rezonificación, que no producía daño ambiental con su explotación, que había comprado esa tierra exclusivamente para explotar ladrillos, y que si no le permitían hacerlo había un ejercicio ilegítimo del dominio eminente que importaba una expropiación encubierta. La Corte desestimó también este último recurso porque, según la Corte, el actor no había sido privado del uso de la tierra, podía seguir explotándola. Lo que estaba prohibido era la cocción de los ladrillos, hecho en lo que Hadacheck no había reparado y que si bien la Ordenanza podría haber tenido mejor técnica jurídica, ello no implica un abuso de poder de policía del Estado que sigue presumiéndose de buena fe a falta de prueba en contra. Y que fuera difícil trasladar la industria no la

⁸⁸⁴ USSC “*Hadacheck v. Sebastian*”. 239 U.S. 394 (1915).

tornaba en imposible por lo cual no era una negación completa el uso de tierra y arcilla, y el hecho de que otros industriales continuaran con la actividad a escasa distancia de Hadacheck, pero fuera de los límites, solamente implicaba que a él le había tocado primero, pero que después podían seguir los demás en el listado. La importancia de este caso en la justicia americana es el de haber sido una de las primeras expropiaciones regulatorias por motivo de rezonificación⁸⁸⁵.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁸⁸⁵ FARBER, Daniel – FINDLEY, Roger W. *Environmental Law in a nutshell*. 8th edition. West, Thomsom Reuters. St. Paul 201º, pp. 280 y ss.

CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA PROPIA

I. Presentación

En los capítulos anteriores, dimos cuenta especialmente de los conceptos de Derecho Real para operar en la protección del paisaje, hemos marcado cuidadosamente los límites de cada uno. Se exhibió primero el modelo de protección tradicional, tal como surge del Código Civil, y, posteriormente se exhibió el arsenal jurídico que puede desplegar ese nuevo atributo de los Derechos Reales que es la “*función social de la propiedad*”. Demostramos que ambas tienen vigencia en el Derecho Positivo argentino vigente.

Por lo tanto, en esta segunda parte, sólo queda examinar los instrumentos de protección al interior de cada instituto. Las posiciones que pretendemos sustentar siguen siendo las mismas: Que el modo tradicional de relación entre el hombre y las cosas: los derechos reales, continúan en vigencia para proteger al paisaje. En este punto trataremos de verificar el funcionamiento de cada instrumento en la protección y revisar el desempeño de la jurisprudencia, porque es inevitable ver si se actúa con el criterio del Derecho de Propiedad en estado puro o si admite la función social de la propiedad, lo que nos lleva a sustentar otra posición y es que los Derechos Reales y especialmente el Derecho de Propiedad cumplen una función social en la protección del paisaje.

Ahora bien, la metodología a utilizar para dar cuenta de este desafío es simple pero vale la pena detallar y justificarla. Se trata de analizar un Derecho Real bajo dos prismas: el que corresponde al sistema tradicional y aquél al cual se le inserta la función social de la propiedad. Unir ambos análisis fundiéndolo en un solo texto, nos ahorrará esfuerzos de exposición y hermenéutica facilitando la didáctica que requiere la exposición. Por esta razón, fundimos las dos posiciones anteriores en una sola para

afirmar que los Derechos Reales, siguen siendo instrumento idóneo para operar en forma “tradicional” y como “función social de la propiedad” para proteger al paisaje.

II. Derechos Reales y protección del paisaje

1. Introducción

En este capítulo y los que siguen tenemos una ardua tarea de cruce de los conceptos que despejamos en la parte general. La finalidad es ponerlos a prueba en su capacidad de tutela: se trata de un test funcional a instrumentos del Derecho Privado por parte del Derecho Público, que en la protección de un interés general y por lo tanto difuso como lo es el paisaje, pueda limitar el interés general en beneficio del interés privado. Al mismo tiempo, dada la vastedad del tema en estudio, dedicaremos este capítulo sólo al Derecho Real de Dominio que es el más importante; dejamos para un capítulo adicional, el examen de los Derechos Reales sobre cosa ajena, con algunas peculiaridades que ofrecerán gran versatilidad para operar con los Derechos Personales, imposible de asumir en el Derecho Real de Propiedad. Asimismo agregaremos dos claves adicionales: la vigencia del principio de la “función social de la propiedad” para ver la manera en que funciona con cada instituto y la exposición del derecho de propiedad aborigen, como un caso especial de tutela paisajística, en donde la función social de la propiedad pasa a ser una propiedad que sólo funciona socialmente, en notable diferencia a lo que hemos estudiado a este punto.

Con este método, esperamos responder afirmativamente a la pregunta central de esta parte del presente trabajo: que sigue vigente el modo tradicional de relación entre el hombre y las cosas, esto es los Derechos Reales, para proteger al paisaje, mediante la función social de la propiedad⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ GAIO, Daniel. *A interpretação do Direito de Propriedade em face da Proteção Constitucional do Meio Ambiente Urbano*. Ed Renovar. Belo Horizonte 2015.

2.-El Dominio, su versatilidad y función social para proteger al paisaje.

Habiendo presentado al Derecho que será funcional a proteger al paisaje utilizando sus posibilidades legislativas a partir del carácter más o menos versátil del mismo, nos explayamos en algunos ejemplos que ratifican nuestra afirmación sobre la posibilidad de aprovechar el Derecho de Propiedad y su factibilidad tutelar paisajística. El primer caso es el del dominio imperfecto, posteriormente se trata del caso del dominio fiduciario y finalmente el caso más rico en páginas que es el de las limitaciones al dominio. Es posible examinar estos casos, solo en la inteligencia del sistema anterior que asumía al Derecho Real de Dominio de carácter absoluto. Tal es así, que las limitaciones debían estar tarifadas a fin de dar garantías a la vigencia de tal principio y éste es el ejercicio tradicional del Derecho de Propiedad. De esta manera queda configurado el método de la primera mitad del capítulo: se estudian uno a uno los institutos, en su forma tradicional primero y penetrado e impregnado del fin social de la propiedad después.

2.1.El Dominio imperfecto

El dominio imperfecto se verifica a partir de un examen de los caracteres del Derecho de Dominio, técnica que utilizamos en todo este apartado para detectar las posibilidades tutelares de este Derecho a partir de sus notas características. Según Marina Mariani de Vidal, de los tres caracteres analizados el único esencial es el exclusivo, porque de no estar presente el dominio pasa a ser condominio. Los otros dos principios son naturales por lo que pueden faltar sin alterar la naturaleza jurídica del dominio tornándolo en un dominio imperfecto⁸⁸⁷ pero dominio al fin, lo que se vio

⁸⁸⁷ Art. 2.507 Código Civil 1871: *El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.* Esta norma se corrobora por lo dispuesto por el Art. 2.661. *Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*

acentuado con la reforma por la ley 17.711 al Código Civil con la adquisición de buena fé de la posesión de un inmueble mediante boleto de compraventa, lo que da derecho a exigir la escritura traslativa de dominio como caso de un concurso si es inmueble destinado a vivienda y se pagó el “5% del precio (art 1185 bis CC y art 146 Ley 24522)”⁸⁸⁸ lo que le confiere acciones posesorias y derechos suficientes para rechazar una reivindicatoria y hasta protegido por el Código Penal si el bien se hipoteca (Art 173 inciso 11). Este examen nos lleva a la atención de uno de los problemas más evidentes para la protección del paisaje que es el de la obtención de recursos para financiarlo. Aquí la redacción parece confusa para nuestros fines, pero adviértase que para una protección legal no es necesaria la técnica de la expropiación porque no tratamos aquí el caso de la constitución de Parques Nacionales en donde los recursos para comprar y luego proteger como dueño están disponibles.

Aquí es donde juega la función social de la propiedad, porque la razonable hipótesis a plantear desde el Estado es la falta de recursos y por ende la necesidad de aprovechar las posibilidades de este Derecho a partir de sus limitaciones y uso regular. Se advierte que si no se posee todo el dinero para una expropiación de grandes proporciones como siempre presuponen los escenarios paisajísticos, es posible llevar a cabo la misma protección con recursos inferiores y la posibilidad de escrituración tiempo después. Que en algunos casos trate de proteger la vivienda única no debe ser óbice para la aplicación de estos recursos legislativos porque la construcción de vivienda en

Art 1941 Código Civil y Comercial 2014 Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

⁸⁸⁸Art. 1185 Código Civil 1871: *Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.* Como consecuencia quien ha adquirido un inmueble por boleto de compraventa y de buena fe, recibiendo la posesión, tiene una posición jurídica muy fuerte con las características de un verdadero dominio, pero limitado y por tanto imperfecto por la falta de escritura e inscripción en el Registro, por ejemplo no puede transmitir el dominio pleno porque no puede escriturar.

Art 969 Código Civil y Comercial 2014 Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

mayor o menor cantidad en un determinado paisaje y por ende con un impacto mayor o menor sobre el mismo estará dado por el ordenamiento territorial que siempre lleva consecuencias paisajísticas a partir de la calificación como paisaje protegido del mismo, único límite a la propiedad por razones que estudiaremos en otro acápite de este capítulo.

Concluimos que un paisaje sin importar sus dimensiones puede ser funcional para albergar una vivienda única a partir de su calificación territorial y por ende para ingresar en las prescripciones de esta ley, dado que una sola vivienda puede hacer a la sostenibilidad del paisaje que se trate, en donde el particular aprovechando las ventajas que ofrece vivir una vida en contacto con la naturaleza y la tranquilidad y quietud que supone una urbanización limitada, paga tal ventaja asumiendo la carga de sostener el paisaje sin cambiar el mismo, aceptando construcciones compatibles con el ordenamiento territorial que siempre es aplicación de la función social de la propiedad según ya hemos explicado a fin de no alterar el paisaje visual.

2.2. El Dominio revocable

El dominio ofrece ventajas tutelares si se trata de un dominio revocable⁸⁸⁹. Esta es la opinión de Borda según vimos en ocasión del análisis al carácter exclusivo y perpetuo del dominio (Capítulo IV, pp 234) los cuales son apreciados por este autor como caracteres no esenciales. El dominio revocable⁸⁹⁰ "...es el que ha sido transmitido

⁸⁸⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina. Op. Cit., pp. 226.

⁸⁹⁰ Art 1965 Código Civil y Comercial 2014. Dominio revocable. Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben tender limitadas al término de 10 (DIEZ) años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los 10 (DIEZ) años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

⁸⁹⁰ Art. 1.373 Código Civil 1871: *La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de "retroventa", si fuese estipulada en favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de "reventa", si fuese estipulada en favor del comprador.*

en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”...

Esta norma prevé dos casos de dominio revocable: una en que el dominio es revocable a voluntad de quien lo transmitió caso de la venta con pacto de retroventa⁸⁹¹, y el caso en que un propietario puede ser privado de su propiedad por causa de un título ya sea por cumplimiento de su condición resolutoria⁸⁹² o la revocación por el posterior nacimiento de un hijo⁸⁹³, o sea por imperio de la ley unida a la voluntad de la parte, sin que conste en el título la necesidad de revocación en caso de ingratitud⁸⁹⁴.

Art 975 Código Civil y Comercial 2014: Retracción de la oferta. La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

⁸⁹⁰ Art 1086 Código Civil y Comercial 2014: Cláusula resolutoria expresa. Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.

⁸⁹⁰ Art. 1.868 Código Civil 1871: *Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación, si expresamente no estuviese estipulada esta condición.*

Art. 1566 Código Civil y Comercial 2014 Pacto de reversión. En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante. Esta cláusula debe ser expresa y sólo puede estipularse en favor del donante. Si se la incluye en favor de él y de sus herederos o de terceros, sólo vale respecto de aquél. Si la reversión se ha pactado para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de éstos en el momento del deceso de su padre extingue el derecho del donante, que no renace aunque éste les sobreviva.

⁸⁹⁰ BORDA, Guillermo. Op. Cit., pp. 247 y ss.

Art.1571 Código Civil y Comercial 2014.- Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes pasos: a) si el donatario atenta contra la entender limitadas al término de 10 (DIEZ) años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los 10 (DIEZ) años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

⁸⁹¹ Art. 1.373 Código Civil 1871: *La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de "retroventa", si fuese estipulada en favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de "reventa", si fuese estipulada en favor del comprador.*

Art 975 Código Civil y Comercial 2014.- Retracción de la oferta. La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

⁸⁹² Art 1086 Código Civil y Comercial 2014.- Cláusula resolutoria expresa. Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.

⁸⁹³ Art. 1.868 Código Civil 1871: *Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación, si expresamente no estuviese estipulada esta condición.*

Art. 1566 Código Civil y Comercial 2014 Pacto de reversión. En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante. Esta cláusula debe ser expresa y sólo puede

La manera en que la función social de la propiedad es funcional a la tutela, puede presentarse en muchos ejemplos, baste mencionar uno al azar. Se trata de un caso de transmisión de dominio de un terreno en el que el adquirente asume la condición de propietario con una cláusula de conservar el paisaje, en términos fácticos tal como le ha sido entregado y jurídicos acorde las cláusulas particulares del contrato de compraventa y generales en referencia a la legislación provincial de ordenamiento territorial y paisajístico. Operada la violación a la conservación del paisaje detallado en el instrumento constitutivo es posible rescindir o nulificar⁸⁹⁵ el mismo por incumplimiento de la cláusula particular o soportar acciones de policía administrativa de restauración paisajística (ej: demolición, mantenimiento de fachada original)⁸⁹⁶.

2.3. Dominio fiduciario

El Código Civil de 1871 después de la reforma establecida por la ley 24441 establecía en el artículo 2662 que el Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley⁸⁹⁷. Hoy día es común ver este tipo

estipularse en favor del donante. Si se la incluye en favor de él y de sus herederos o de terceros, sólo vale respecto de aquél. Si la reversión se ha pactado para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de éstos en el momento del deceso de su padre extingue el derecho del donante, que no renace aunque éste les sobreviva.

⁸⁹⁴ BORDA, Guillermo. Op. Cit., pp. 247 y ss.

Art.1571 Código Civil y Comercial 2014.- Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes pasos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

⁸⁹⁵ Art. 2.664 Código Civil 1871: *El dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa a título de propietario es condenado a entregarla en virtud de una acción de nulidad, o de rescisión, o por una acción contra un hecho fraudulento, o por restitución del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina.* Si la acción es de nulidad, el título se nulifica desde su nacimiento y por lo tanto no es revocado sino considerado como si nunca hubiera nacido y son nulos todos sus efectos.

⁸⁹⁶. Art 1553 Código Civil y Comercial 2014. Donaciones al Estado. Las donaciones al Estado pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas.

Conf. BORDA, Guillermo. Op. Cit., pp. 246 y ss. Es preciso destacar que esta norma del nuevo Código Civil facilita la constitución de donación con cargo a mantener un paisaje.

⁸⁹⁷ La Ley 24441 (BORA 09/01/1995) Establece la siguiente definición: Art.1° — *Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a*

de figuras asociadas a la construcción de vivienda única bajo diferentes formas societarias para abaratar costos, por ejemplo la compra de grandes extensiones de tierra para posteriormente dividir el costo de la tierra que es uno de los que aportan gran peso en los costos de la vivienda⁸⁹⁸.

Vemos factible la utilización de este instituto penetrado por una idea de función social, para la reparación del Daño Ambiental o Paisajístico. Se trata de daños que una vez producidos deben ser reparados y el Derecho debe estar avocado a una pronta e inmediata reparación y/o mitigación del daño causado. Es importante que el dinero reunido como indemnización se destine sin intervalo de tiempo en reparar el daño in natura, en la medida de lo posible, y de esa manera también se cumpla con un fin social. El problema es que no hay seguridad de lo que hace el Estado con el dinero que se paga en concepto de indemnización, desdibujado en un pozo común como es el de rentas generales, donde el ambiente o el paisaje no son prioritarios a la manera de lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución argentina⁸⁹⁹ o el de la ley 25675⁹⁰⁰. Una solución es la que diera el Juez Víctor Mario García en Autos “*Municipalidad de Tandil con Transportes La Estrella*” que mandó afectar fondos *-haciendo realidad el principio contaminador pagador-* en el presupuesto a ejecutar por el Municipio que estaba

ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. Art. 2° — El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fiduciante. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante. El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante. Art. 3° — El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.

⁸⁹⁸ El contrato de Fideicomiso es considerado por el Código Civil y Comercial 2014, artículos 1666 a 1707 y específicamente el Dominio Fiduciario en los artículos 1701 a 1707.

⁸⁹⁹ Artículo 41°.- *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

⁹⁰⁰ Art. 27...”*El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”....*

condenado a reparar y restaurar el grupo escultórico que representaba patrimonio cultural de la comunidad y por lo tanto un interés difuso en el goce colectivo de la obra.

Aquí resulta relevante aprovechar las posibilidades de la ley 24441 del año 1994, ley con objetivos plurales dentro de los cuales se destaca para nuestro análisis el reimpulso del fideicomiso en nuestra legislación que no tiene objetivos ambientales sino civiles o comerciales pero que puede tenerlos en términos de tutela o reparación del entorno con un cuidado y previsión y sin mayor creatividad que la otorgada por la ley. Nos referimos al fideicomiso de administración que a primera vista pareciera ofrecer mayor versatilidad a la forma de custodiar y canalizar recursos para restaurar o recomponer el ambiente y el paisaje. Porque el objeto del fideicomiso puede contemplar lo ambiental o no, pero lo cierto es que el contrato de fideicomiso es bilateral (pluri-individual en alguna doctrina) (Art 1138 CC 1871// 966 CyCom 2014) y oneroso (Art. 1139 CC 1871 // 967 CyCom 2014); nacen prestaciones a cargo de ambas partes y lo que una entrega – el dominio fiduciario – reconoce como contraprestación las obligaciones que el fiduciario asume, a favor de quien se designe como beneficiario.

Si el fiduciario es un administrador o gestor de bienes recibidos, su trabajo se compensa con una comisión, porcentaje o proporción de las ganancias a obtenerse del empleo mismo de los bienes recibidos en el estado en que se encuentren por ejemplo vender como leña las especies arbóreas que a consejo de un Ingeniero Forestal sea pertinente podar antes de terminar su ciclo en putrefacción o necesarias para abrir cortafuegos, todas medidas que hacen a la sostenibilidad y que puedan ser productoras de bienes y servicios. Si se trata de un ambiente o paisaje dañado, el cargo del fideicomiso puede ser su restauración total con las rentas e intereses que el bien produzca, ej. venta de entradas para avistamientos o permisos de pesca o actividades deportivas controladas. Por eso el artículo 4º de la ley 24.441 alude expresamente a la necesidad de explicitar derechos y obligaciones del fiduciario, sus beneficios y deberes que asume, quien lo reemplaza si cesa en sus funciones a fin de asegurar la finalidad del fideicomiso (en el caso terminar con la restauración ambiental o paisajística) y el destino final a dar a los bienes fideicomitados a la finalización del contrato (por ejemplo

crear un Área Protegida). No olvidemos que el fiduciario es una de las partes que ha sido buscada en función de sus cualidades, y no tiene porqué ser siempre un gerente de banco, también puede ser un experto en ciencias ambientales o un abogado especialista en Derecho Ambiental (soñemos) elegido por su profesionalidad, destreza comercial o financiera.

Podríamos imaginar que un juez en sentencia, a fin de asegurar el cumplimiento de la misma, mande a crear un fideicomiso cuyos fondos pueden ser integrados por determinado impuesto o tasa, o hasta determinada condena contravencional a pagar por alguna empresa. Es claro que cualquier observador atento podría tachar una sentencia de esta naturaleza como ultra petita. Pero no es acaso ésta una forma de asegurar una sentencia que pretende restaurar el ambiente o el paisaje? El compromiso del juez llega solamente a redactar un exquisito panegírico para deleite de congresos y nulo cambio en el mundo? No podemos exigir creatividad a nuestros jueces? Porqué no pensar en este instituto que ofrece tantas posibilidades, si es cierto que el concepto de propiedad es tan amplio como para advertirse a partir de la opinión de la doctrina y la jurisprudencia examinada hasta el presente como de función social...

2.4. De las limitaciones al Dominio

2.4.1. Presentación

Las limitaciones⁹⁰¹ a la propiedad privada como reglamentación efectiva de este derecho, tiene fundamento jurídico en las leyes que reglamentan su ejercicio (Art 14 CN), como limitaciones a la propiedad privada en interés público, es decir el ejercicio normal del Derecho de Propiedad (función social) lo constituye una materia reservada por las Provincias excepcionalmente a la Nación.

⁹⁰¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. N° 1238 pp., 24. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1997. Seguimos la clasificación propuesta por este autor sobre el particular. En su obra, define las “limitaciones a la propiedad” como el concepto genérico dentro del cual se reconocen las diferentes especies tales como: las restricciones (que Vélez denomina “restricciones y límites al dominio en el Libro 3, Título VI art 2611), servidumbres, expropiación, ocupación temporánea, requisiciones y decomiso, de modo que la “restricción” es una especie dentro del género “limitaciones”.

Estas limitaciones comprenden en realidad dos grandes categorías: las que llevan por objeto el interés de los particulares, vecinos o privados con un destinatario singular y las que tienen un objeto público que regulan relaciones ya no de vecindad⁹⁰² sino de la comunidad o parte de ella y por ende de interés público con un destinatario indeterminado y en ocasiones masivo⁹⁰³.

Esta distinción entre las limitaciones al dominio no es inocente porque de acuerdo a su distinción se disparan diferentes consecuencias tales como su régimen jurídico (unas se rigen por el Código Civil y otras por el Derecho Administrativo), diferente competencia legisferante en razón de la jerarquía porque es Nacional para los casos particulares (Código Civil Art 75 inc. 12) y Provincial para los casos administrativos (facultades no delegadas) distinta competencia en razón de la materia que será civil y común en casos particulares y contencioso administrativa federal o provincial según que el Derecho Administrativo originario de la limitación tenga origen en un acto administrativo nacional o provincial y municipal.

Por lo tanto, cuando de limitaciones se trata, la clasificación de ellas se hace en base a la manera que tales limitaciones inciden en los diferentes caracteres del Dominio que estudiamos en las páginas anteriores y ahora rescatamos la importancia de haber efectuado aquel repaso previo, se trata de lo “absoluto”, “exclusivo” y “perpetuo”. Así es que estudiaremos las restricciones que inciden lo “absoluto” del Dominio; las que lo hacen en lo “exclusivo” como las servidumbres o la ocupación temporánea; y la expropiación o a veces el decomiso que repercute en lo “perpetuo”.

No puede dejarse pasar que el sistema de *numerus clausus* adoptado por el Código Civil de 1871 en el artículo 2502, implica de por sí una seria restricción a la autonomía de la voluntad, y es una norma confirmada por el artículo 1884 del nuevo Código Civil y Comercial.

⁹⁰² Algarra Prats. Op. Cit.

⁹⁰³ *Ibíd*em N° 1242 pp. 33.

El Código Civil de 1871 (art 2611 y ss) y el CCyCom de 2014 (art 1970 y ss) establecen limitaciones al dominio en sus textos. Ambos remiten al Derecho Administrativo para estas restricciones en interés público, solo que el nuevo Código aclara que se trata de las normas administrativas de cada jurisdicción, lo que implica un cambio importante en la forma de entender el ejercicio de la función social de la propiedad.

-Camino de sirga es tratado también por ambos textos 2639 CC y 1974 del Código Civil y Comercial 2014, desarrollado en Servidumbres administrativas.

-Luces y vistas artículos 2654 a 2660 CC y 1978 a 1982 del Código Civil y Comercial 2014.

-Las inmisiones que excedan la normal tolerancia de los vecinos art 2618 CC y 1973 del Código Civil y Comercial 2014, tales como ruidos, luces, vibraciones, humos y olores. El juez puede ordenar el cese y hasta daños y perjuicios teniendo en cuenta exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad.

-Obligación de dejar tres metros de distancia a la medianera para plantar árboles art 2629 CC y 1982 CC 2014.

-Obligación de recoger en el propio fundo el goteraje de techos propios (art 2630 CCyCom 1871)

-Obligación de hacer correr las aguas que no sean pluviales o de fuentes art 2633 y 2647 del Código Civil y 1975 del CCyCom 2014.

Hay otros ejemplos en el Código Civil original y menos en el Código Civil y Comercial de 2014 que deja librada al Derecho Administrativo la cuestión.

2.4.2.Las restricciones administrativas.

Dado que las restricciones y límites al dominio derivadas del Código Civil rigen las relaciones entre particulares, y que la única restricción y límite que esta tesis puede

considerar es la del “camino de sirga”, el cual siguiendo a Marienhoff⁹⁰⁴, asumimos como una servidumbre por las razones que daremos en su lugar, sólo abordaremos en este punto las restricciones administrativas, que son las únicas que tienen relación con nuestro tema objeto. Se trata de actos administrativos que no requieren necesariamente de ley previa (poco común), pero sí de una motivación estricta y una disposición clara y precisa, de lo contrario la sola falta de certeza puede devenir en una arbitrariedad por más que se trate de la finalidad del paisaje e iría en contra del artículo 19 de la Constitución Nacional⁹⁰⁵.

Estas restricciones tienen todas destino de articular derechos reales propios con los ajenos, esto es dar a la propiedad un función social, tradicionalmente consisten en obligaciones de hacer, no hacer y dejar hacer⁹⁰⁶. Ejemplos de ellas son: el trazado de cables de telefonía por sobre el espacio aéreo de una vivienda para las obligaciones de “dejar hacer” cuya consecuencia en todo caso es la contaminación visual; el impedimento a construir sobre la cota de 220 metros de altura sobre el nivel del mar en la ley de ordenamiento paisajístico de Tandil que tiene indudables connotaciones en la modificación del paisaje; y en las obligaciones de hacer hay varios ejemplos, tales como:

1. La obligación de pintar las fachadas de un color determinado, caso de Moguer en Andalucía o La Quiaca en la Puna Argentina, Provincia de Jujuy, para que sea posible ver un determinado paisaje urbano que el público llega desde lejos para admirar.

2. La obligación de reponer los árboles de un bosque, si es alterada o disminuida su superficie para mantener una determinada paleta en un paisaje, que puede afectar como hipótesis al Derecho de Superficie forestal que vemos en otro capítulo.

3. Las impuestas...”*en atención a la belleza panorámica, que, según que ellas se refieran a la “conservación” o a la “contemplación”, a veces implican una mera*

⁹⁰⁴ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit., Tomo VI “Derecho de Aguas” N°2193 pp., 466.

⁹⁰⁵ Artículo 19.- *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

⁹⁰⁶ *Ibidem.* N° 1245, 38.

“restricción”, lo que así ocurre cuando, para preservar esa belleza, se le prohíbe al propietario realizar ciertos actos o hechos; otras veces esas mismas limitaciones pueden implicar una servidumbre, verbigracia cuando se obliga al propietario a permitir el acceso al público para contemplar ese panorama⁹⁰⁷,...

4. La obligación de no exhibir cartelería iluminada en locales céntricos, de manera colgante, en algunos casos por seguridad para evitar la caída de materiales sobre la acera y en otros por el cuidado de una estética urbana pre-diseñada que busca mayor sobriedad, ahorro de energía y menor exageración lumínica que impide ver los cielos nocturnos.

5. La obligación de construir edificios siguiendo un mismo estilo o utilizando determinados materiales como en San Martín de los Andes donde predomina la piedra y la madera para la edificación.

6. La prohibición de efectuar loteos y edificación en una franja de 150 metros aledaña al Océano Atlántico y la edificación sobre médanos y cadenas de ellos que lleguen hasta el mar aún a mayor distancia, establecida por el artículo 142 del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires⁹⁰⁸ con una consecuencia paisajística indudable sobre la denominada “vista al mar”.

7. Ley de Bosques 13273⁹⁰⁹ a la cual la Provincia de Buenos Aires se adhirió regulando en el artículo 210 del Código Rural que en el caso de bosques protectores el objetivo es el de fijar médanos y dunas para contrarrestar la acción del viento, agua y otros elementos, en otra indudable limitación que incidió directamente sobre el paisaje atlántico argentino confiriendo al mismo los colores que hoy disfrutan nuestros ojos.

2.4.3.Limitaciones ambientales

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece en el segundo párrafo la obligación para el Estado de proveer a la protección del derecho al ambiente...”a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y

⁹⁰⁷ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. , N° 1243 pp. 34, Tomo IV.

⁹⁰⁸ BOPBA 09/02/1999. Ley 12.257.

⁹⁰⁹ Ley 13273. BORA 30/09/1948. Modificada por Leyes N° 14.008, 19.989, 19.995, 20.531, 21.111, 21.990, 22.374. Texto Ordenado por Decreto N° 710/ 1995, de 13 de Noviembre.

cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”, con ello abre la competencia al Estado para intervenir en los derechos individuales en beneficio del interés público. Si hay cuestiones ambientales involucradas, el titular de un derecho de propiedad, en virtud de la misma norma constitucional tiene...”*el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*”... por lo tanto, hay una contrapartida del particular en este círculo virtuoso que respalda este orden de lo que modernamente se denomina impropriamente el Estado de Derecho Ambiental. Se trata de restricciones al dominio establecidas por el Derecho Ambiental, que no tienen otra forma de instrumentación sino es por medio del Derecho Administrativo que actúa inyectado por este orden verde que le ofrece una finalidad de interés público adicional a las tradicionales que es la encausada por el mencionado artículo 41 de la Carta Magna y demás legislación infra-constitucional. Pero el orden público y el Estado de Derecho constituyen la misma estructura jurisdiccional, el Derecho siempre es uno y por ello el Orden Público siempre es uno, toda vez que el Derecho Ambiental no tiene otro medio donde nadar sus vitales proyecciones de tutela sino es en el Estado de Derecho. De modo que cuando se habla del Estado de Derecho Ambiental, o del Orden Público laboral no se hace referencia a concepciones supraconstitucionales sino que se matizan determinadas calidades o colores del orden jurídico por didáctica, que específicamente legitiman determinados cometidos estatales expresados a través del poder de policía que ilustrativamente siempre toma el nombre de su asiento, ya sea policía de trabajo, seguridad, comercio, o ambiente. En este sentido es importante advertir que el nuevo Código Civil y Comercial hace algunas incorporaciones a su texto legal que se traducen en limitaciones al ejercicio de derechos individuales. Éstos deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva⁹¹⁰ conforme al Derecho Administrativo y no puede afectar al ambiente y al paisaje.

⁹¹⁰Artículo 240 Código Civil y Comercial 2014. *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*

La otra limitación ambiental es la de la Evaluación de Impacto Ambiental. Que hasta hoy opera a nivel del Derecho Administrativo local, y en el que cada ley de protección del ambiente de cada provincia argentina tiene un texto que desarrolla la aplicación del principio preventivo ambiental en este parámetro. Es evidente advertir que se trata de otra limitación del Derecho Público al interés privado y que opera por razones de interés público pudiendo limitar la propiedad privada y el interés particular por razones estrictamente ambientales que dependen del resultado de una pericia interdisciplinaria y no de parámetros estandarizados en una norma.

La ley de Bosques Protegidos⁹¹¹, realiza una ordenación de los bosques con la metodología del semáforo que sugiere pintar con tales colores las zonas peligrosas y requirentes de mayor protección ambiental y provincias como la de Córdoba ha desarrollado estos presupuestos mínimos con mayor grado de protección, todo lo cual importa una limitación ambiental a la propiedad privada. Hay autores que piensan que esta limitación es no indemnizable⁹¹².

Este es tan sólo un rápido vuelo de estas limitaciones, emanadas de legislación de origen nacional. Las demás limitaciones, administrativas, paisajísticas y de ordenamiento territorial que tienen relación con las normas del Derecho Ambiental las desarrollamos en su lugar.

⁹¹¹ Ley 26331. BORA 26/12/2007.

⁹¹² En efecto, si bien las medidas que se adopten para preservar las líneas urbanas y su medio ambiente, así como para cimentar el patrimonio artístico cultural de las urbes podrían, en determinados casos alterar considerablemente el valor de mercado de las propiedades, ese mayor valor que poseían los inmuebles tenía un origen en la posibilidad de ejercer una explotación intensa de su derecho de modo perjudicial para el resto de los habitantes, presentes y futuros. Es que, precisamente, ese mayor valor perdido se encontraría vinculado a la utilización del derecho en perjuicio del ambiente y, por ende, contrario a las mandas constitucionales reseñadas. Cabe recordar que, en primer lugar, nadie tiene derecho al mantenimiento de un determinado estado de la legislación (Conf. *Milo c. Nación Argentina*, Fallos 256:235 y *Unola de Argentina Ltda. c. YPF*, Fallos 321:2683, *Revestek*, Fallos 318:1531, entre otros) ERBIN, Juan. *Tutela del ambiente urbano, diseño y urbanización sin planificación*. El rol del Estado en la planificación del ambiente y creación del patrimonio cultural de las urbes. La Ley, Sup. Act. 08/02/2011.

2.5. El fracaso de la función social. La expropiación y la indemnización de valores históricos y panorámicos

Iniciamos este análisis con una breve introducción a la expropiación a fin de fijar los límites por los cuales es preciso analizar la tan restrictiva posición de la jurisprudencia argentina en la indemnización a los valores culturales que es el segundo tema a tratar en este acápite. Parece innecesario explicar que el título que lleva este apartado se funda en la experiencia práctica, pero tiene su marco jurídico, tomemos por ejemplo el caso de los artículos 31 y 32 de la ley valenciana⁹¹³ y desde luego el Derecho Romano⁹¹⁴ que ostentaba enfoques que hoy podrían matizarse como la percepción de la propiedad en función social, tales como en los casos de conquista los pastos de los bosques que eran destinados al uso común mediante el pago de un canon proporcional al número de cabezas de ganado que pastaran, cuando se entregaban terrenos incultos a ciudadanos mediante el pago de un porcentaje de la cosecha sin transferir la propiedad⁹¹⁵. Tampoco era posible pensar en la construcción de calles y construcciones de agua en Roma sin la expropiación forzosa⁹¹⁶.

2.5.1. La expropiación

El artículo 17 de la Constitución argentina⁹¹⁷, establece el marco teórico de esta forma de extinción del Derecho de Propiedad que consiste llanamente en la apropiación

⁹¹³ Ley 8/ 2007 de 28 de Mayo, de Suelo. Los artículos 31 y 32 se refieren a la venta y sustitución forzosa, el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta ley, habilita a la Administración a aplicar las siguientes consecuencias: la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación del régimen de venta forzosa, la sustitución forzosa, etc.- Vd. COSTA CASTELLA, Eduardo. "Apuntes a la Ley 8/2007 de 28 de mayo de suelo". Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana N° 23/ 2007, pp. 501.

⁹¹⁴ Materializada por la coertio que ejercía el magistrado en forma razonable y arbitraria, por motivos de interés común e indemnizado pero en el que el expropiado podía ir a la cárcel si se resistía. MOMMSEN, Droit Public. Citado por LOZANO CORBÍ, Enrique. *La expropiación forzosa por causa de utilidad común en el Derecho Romano*. Mira Editores. Zaragoza 1994, pp. 149.

⁹¹⁵ SURGIL, Aloisio. "A luta pela propriedade da terra na história de Roma e no Brasil". En Obra Colectiva: *Actas del II Congreso Internacional y V Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Edisofer, Madrid 2001, pp. 311.

⁹¹⁶ DAZA MARTÍNEZ, Jesús – RODRÍGUEZ ENNES, Luis. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Closas-Orcoyen. Madrid 2001, pp. 197.

⁹¹⁷ Artículo 17 CN.- *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser previamente calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°...*

de un bien⁹¹⁸ por parte del Estado, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una indemnización que debe ser justa y adecuada a los perjuicios eventuales porque lo contrario importaría una confiscación. Esta idea pragmática en los últimos años ha evolucionado hacia instancias que fortalecen el ideario social de la propiedad en detrimento del concepto decimonónico que impulsaba al mismo de tono más individual.

En cuanto a los fundamentos que respaldan esta actividad estatal, algunos autores⁹¹⁹ han creído verlo en el Dominio Eminente como una manifestación de la soberanía del Estado, a partir de la Nota del Codificador al artículo 2507⁹²⁰ del Código Civil de 1871...*“muchos autores dividen en propiedad soberana del Estado y en propiedad del Derecho Civil, en otros términos en dominio eminente y en dominio civil. La nación tiene derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama Estado tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución que, aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado...corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado”*...Esta idea contrastaría con otra que volcara el codificador en el artículo 1324 inciso 1° donde consideraba a la expropiación dentro de los supuestos de venta forzosa, situación difícil de concebir como sostienen otros autores que advierten que el acto administrativo por el cual el Estado, en el régimen argentino, se apropia del bien

⁹¹⁸ No sólo las cosas, también los derechos pueden ser expropiados y no sólo se trata de bienes particulares porque también pueden expropiarse bienes de las unidades estatales menores por parte del Estado Nacional.-

⁹¹⁹ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo* Tomo II. Buenos Aires 1936 pp. 418.- LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil Tomo I, Tratado de los Derechos Reales Vol II*. pp 404. Ediar. Buenos Aires 1944. Borda, sostiene que esta teoría llevaría a forzar las estructuras del Estado de Derecho porque en virtud del mismo se puede legitimar la arbitrariedad. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. 5° Edición. Tomo 1, pp. 351. La Ley. Buenos Aires 2008. No coincidimos con éste último autor porque el ejercicio de la soberanía en un Estado de Derecho no tiene por que ser despótico para ser eminente. Y porque no hay Derecho sin Estado de Derecho, cuyas fronteras lindan sólo con la fuerza pero dentro de ellas la eminencia sólo sirve para cumplir los fines del Estado que no pueden alejarse de sus principios mentores, como la Defensa de los Derechos Humanos, finalidad primigenia de todo Estado que se diga de Derecho.

⁹²⁰ Código Civil y Comercial 2014: Artículo 1942. Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

de un particular no tiene ni la sombra de un contrato⁹²¹ porque el Estado no negocia sino que impone condiciones y luego no paga un precio sino que repara. Es la tesis que parece seguir el nuevo Código Civil y Comercial 2014 cuando en el artículo 1127 establece que un contrato no puede ser...*”juzgado como de compraventa, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le falta algún requisito esencial”*...que es complementado con la norma siguiente la cual ratifica que...*”nadie está obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo”*...

En términos más amplios la Constitución garantiza al menos tres puntos: indemnización, justa, proporcionada y apropiada; que la carga impuesta al propietario no desnaturalice o altere el contenido esencial del derecho que se expropia; que exista un interés general genuino a satisfacer por una compensación económica. Por lo expuesto, se ve que el control de constitucionalidad⁹²² debe tener presente, primero si la intervención pública se hace dentro de los límites de la norma constitucional, segundo si se superan los controles externos tales como la reserva de ley, legitimidad, proporcionalidad con el fin perseguido, respeto al principio de igualdad, debido proceso, defensa en juicio, etc. Finalmente, si no se vulnera internamente el contenido del Derecho objeto, lo que se llama el contenido esencial del Derecho de Propiedad, del que damos cuenta en el capítulo donde estudiamos el Dominio y el capítulo donde estudiamos la función social de la propiedad.

2.5.2.El carácter expropiable de los valores paisajísticos en la Argentina

Expuestos los rudimentos mas genéricos de este particular modo de extinguir un Derecho de Propiedad, sólo cabe admitir una pregunta que es la que fundamenta el estudio de esa categoría en esta sección. ¿Es indemnizable el valor del paisaje en un acto expropiatorio?

En España la respuesta es afirmativa, pero no exenta de fintas jurídicas. De

⁹²¹ BORDA. Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. 5° Edición. Tomo 1, pp. 351. La Ley. Buenos Aires 2008.

⁹²² Art 17 Constitución argentina y 33 de la Constitución española.

acuerdo a lo examinado, y concretamente a los temas en relación, por ejemplo en lo referido al urbanismo o al medioambiente, cuando la carga supera el beneficio individual, dicho sea de otra manera, cuando el planeamiento lleve consigo una alteración del aprovechamiento existente de tal grado que implique un menoscabo al contenido esencial del Derecho objeto, es indemnizable. En el caso del paisaje hay sutiles diferencias porque es normal que existan en el planeamiento determinadas obligaciones de hacer tales como las de plantar árboles o conservar determinadas especies, si los gastos o inversiones superan la necesaria para una explotación razonable o disminuyan sustancialmente al terreno o lo tornen en inapropiado para uso observado hasta el momento, o se lo obligue a cambiar de actividad, por ejemplo de la minería al turismo, no se puede aceptar que la intervención pública menoscabe al Derecho privado. En síntesis, si el rendimiento del derecho no compensa su explotación estamos ante una expropiación porque el uso, goce y disposición tiene tal mutilación que hacen al derecho anti-funcional a su diseño⁹²³.

La respuesta en el Derecho argentino sólo puede darse dentro del contexto histórico de la legislación expropiatoria que ha reglamentado el artículo 17 de la Constitución Nacional que hemos comentado al iniciar este título. La primera que merece su estudio es la Ley 13264⁹²⁴, que fue la ley de expropiación en reemplazo de la Ley 189⁹²⁵. En el artículo 11⁹²⁶ de esta ley de mediados del siglo pasado, se exponen los valores que no deben ser tomados en cuenta para fijar la indemnización siguiendo un criterio que se denomina en el texto como “objetivo” esto es el valor de mercado⁹²⁷ con mas los daños sufridos por la expropiación en forma directa e indirecta (art. 11). Se entendía como injusto que el Estado para cumplir con fines de bien común tenga que

⁹²³ Barnes Vásquez. *Ibíd.* pp., 85.

⁹²⁴ Ley 13264. BORA 22/09/1948.

⁹²⁵ Ley 189. BORA 25/09/1869.

⁹²⁶ Artículo 11 Ley 13264...”*La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean en consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas. No se pagará lucro cesante. En materia de inmuebles tampoco se considerará el valor panorámico o el derivado de hechos de carácter histórico. El valor de los bienes debe estimarse por el que hubieren tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aun autorizada”...*

⁹²⁷ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho Civil, derechos reales* Tomo 2, Cuarta edición actualizada por Miguel Argañaraz, Tea. pp. , 87 y ss. Núm. 486. Buenos Aires 1973. SALVAT, Raymundo M., *Derecho Civil Argentino, Derechos Reales* Tomo 2. Ed. Tea, Bs. As. 1959. pp. 87 y ss. Núm. 688.

contemplar los sentimientos del propietario, porque podía dar lugar a muchos abusos⁹²⁸.

Sin embargo, cuenta Lafaille que la jurisprudencia reconoció algunas excepciones caso del inmueble donde se firmó el Acuerdo de San Nicolás donde se objetaba que...”*si allí había valores juzgados no indemnizables con un criterio circunscripto, en cambio los dueños no reformaron el inmueble, ni obtuvieron beneficio del mismo, con el fin de evitar que un monumento de esta índole fuera desnaturalizado. Este lucro cesante fue materia de resarcimiento, si bien....debió adoptarse una solución más amplia*⁹²⁹, ...Pero en general en aquellos tiempos prevaleció el criterio restrictivo en materia paisajística, no es fácil advertir que este criterio no comprendía al paisaje por su carácter difícil de ser objetivado. El asunto llegó al máximo Tribunal Supremo de la Nación el cual dio una respuesta negativa a esta posibilidad en 1959 y que no mereció la crítica de la doctrina de la época, tan sólo el comentario describiendo que...”*en materia de inmuebles se ha resuelto no considerar el valor panorámico o el derivado de hechos históricos*⁹³⁰, ...

La vigente ley nacional de expropiaciones 21499 eliminó esta prohibición y puede sostenerse que actualmente estos valores integran la indemnización⁹³¹. Ahora bien, la doctrina argentina se divide con algunos matices en este punto que es importante destacar. Una postura apunta hacia valores colectivos y niega al propietario del bien en cuestión depositario de un valor paisajístico o histórico y otra parte de la doctrina lo afirma y se afirma en la protección de los intereses individuales ampliando el concepto de propiedad.

⁹²⁸ LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil Tomo III, Tratado de los Derechos Reales Vol I*. pp 413. Ediar. Buenos Aires 1944. Con cita a Legón, Fernando. *Tratado integral de la expropiación*. Cap XIII N° 20.

⁹²⁹ CSJN Gazeta del Foro T57 pp. 113. Igual criterio en la casa que perteneció al General Mitre. Citado por LAFAILLE, Héctor *Civil Tomo III, Tratado de los Derechos Reales Vol I*. pp 413. Ediar. Buenos Aires 1944.- CSJN Fallos Tomo 143, pp 432 “Estado Argentino c/ Elena Tuñer y Flora c de Tuñer s/ expropiación” del 01/07/1925.

⁹³⁰ *Ibidem*. pp. 89 N° 486. CSJN 20/03/1959 “Gobierno de la Nación c/M. Figueroa Echazú s/expropiación”, Fallos T 243 pp. 195 y ss,....”*la circunstancia de que el inmueble expropiado haya sido declarado monumento histórico nacional no puede influir para influir para acrecer su valor objetivo”...*

⁹³¹ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2004, pp., 961.

A. Posición de Guillermo Borda

Guillermo Borda, se opone a que lo que todavía se denominaba valor panorámico o histórico y constituya un valor independiente del resto de la indemnización pero no niega...”*que una ubicación favorable desde el punto de vista estético o panorámico le da un mayor valor al bien en el mercado inmobiliario y desde ese punto de vista, ese valor será reconocido en la indemnización*⁹³²...Pero no obstante, niega la posibilidad de indemnizar el valor histórico porque la misma pertenece...”*al acervo cultural de la Nación y no puede ser motivo de lucro por parte de un propietario*⁹³³...donde el autor recoge la doctrina de la Corte Nacional en el comentado fallo de 1925⁹³⁴, lo que constituye una clara visión en 1970, fecha en que fue escrita esta postura, sobre los intereses difusos o colectivos en todo caso, y un claro inicio del retroceso en la apreciación de los intereses particulares en términos decimonónicos que todavía campeaban en la jurisprudencia argentina.

Debemos destacar también una apreciación diferente a lo que sería el resto de la doctrina jusambientalista, que ya en esa época con Guillermo Cano⁹³⁵ a la cabeza se mostraría proclive a unir como dos caras de una moneda el objeto del derecho que protege la naturaleza y la cultura. Otro punto para destacar es que si la posición de este autor es posible de ser tamizada bajo los parámetros del patrimonio cultural, se trata de un bien que es propiedad de la Nación, y por lo tanto el ejercicio normal de esa función social es ejercer el derecho de avistamiento a través del Estado que es su propietario, por lo que requiere autorización previa.

⁹³² BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. 5° Edición. Tomo 1, pp. 365. La Ley. Buenos Aires 2008.

⁹³³ *Ibidem*. Tomo 1, pp. 365.

⁹³⁴ CSJN Fallos Tomo 143, pp 432 “Estado Argentino c/ Elena Tuñer y Flora c de Tuñer s/ expropiación” del 01/07/1925.

⁹³⁵ Véase CANO, Guillermo. *Derecho, Política y Administración Ambientales*. Depalma 1978. Buenos Aires. Citado reiteradamente en el capítulo dos.

B.Posición de Miguel S. Marienhoff

Miguel Marienhoff⁹³⁶, trata la cuestión por separado. En una clara distinción de los elementos culturales respecto de los naturales analiza en primer término lo vinculado al valor histórico que según este autor, integra el valor de la cosa que a él se vincula. Su enfoque se realiza a través de una segunda interpretación a uno de los votos del fallo histórico que sobre el tema realizara la Corte Suprema de Justicia en el ya comentado caso de la expropiación de la casa donde se firmó el Acuerdo de San Nicolás⁹³⁷. Concluye que lo histórico es inescindible de la cosa objeto y que en todo caso es un intangible que intensifica su valor y por lo tanto integra el concepto constitucional de propiedad y dice con A. Walter Villegas⁹³⁸ sostener que afirmar que la...”*historia pertenece a la comunidad es inexacto e indemostrable...la historia no pertenece a nadie, y la consecuencia que puede tener sobre los bienes cabalmente, consiste en dar a éstos, un mérito, un valor especial...*”

En cuanto a los valores panorámicos, ya Marienhoff consideraba *írrito*⁹³⁹ el artículo 11 de la ley 13264 que comentamos anteriormente que prohibía indemnizar estos valores. Con más razón sostendría la reforma de la ley 21499 que suprimió aquella prohibición indemnizatoria. En sus palabras...”*el valor de referencia debe ser indemnizado porque integra la consistencia jurídica del respectivo inmueble. No es lo mismo una propiedad bien situada, que una propiedad mal ubicada. Un inmueble*

⁹³⁶ MARIENHOFF Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Sexta Ed. actualizada, Buenos Aires 1997, N° 1347 pp., 255. Ver también los autores citados por Marienhoff en Op Cit pp 253: VILLEGAS, Walter. “Expropiación por causa de utilidad pública” pp. 104-108. GORDILLO, Agustín. *Derecho Administrativo de la Economía*, Cit. pp., 402.

⁹³⁷ ...”*Pero si esto es verdad (es decir que las glorias nacionales le pertenecen al país y no a los particulares), no lo es menos que en manos de las propietarias ha estado el poder y la facultad de haber desnaturalizado el edificio, ya destruyéndolo o modificándolo, para destinarlo a otros usos que le hubieran dado mayor utilidad y, si así hubiera sido, la Nación no hubiera tenido la oportunidad de conservar una casa histórica, que enseñará a la posteridad el lugar en que nuestros antepasados sellaron la unión y la concordia de todas las provincias argentinas. Y es a éste título que el infrascripto considera que debe indemnizarse a las propietarias equitativamente como se hizo en caso de expropiación de la casa del General Mitre”... CSJN Fallos Tomo 143, pp 432 “Estado Argentino c/ Elena Tuñer y Flora c de Tuñer s/ expropiación” del 01/07/1925.*

⁹³⁸ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit pp 256 Nota 402 con transcripción de comentarios de A Walter Villegas “Expropiación por causa de utilidad pública”, pp., 104 y 105.

⁹³⁹ *Ibidem* N° 1348. pp. 256.

rodeado de bellezas panorámicas es un inmueble bien ubicado. La buena ubicación es de por sí un valor⁹⁴⁰...

La importancia superlativa que tiene el comentario que hace Marienhoff a este aspecto de la ley de expropiación está por la identificación y desagregado del concepto de paisaje, que concibe y logra aislar en su época del valor venal del bien, de todo bien real. No es sólo un adelantado en su tiempo, advirtiendo aspectos que los civilistas y aún jus-ambientalistas de la época pasaron por alto, sino que distinguió todo un marco teórico que no es posible expresar sino en sus palabras que transcribimos para una mejor ilustración.

...”Un edificio o “chalet” construido a la vera de un lago, rodeado de bosques, en cuyo trasfondo es posible la contemplación constante de una montaña en cuyas crestas la nieve sea permanente, tiene un valor muy superior al de un edificio o “chalet” de idéntico estilo y construcción pero ubicado en los suburbios de un pueblo, o frente a una fábrica de pescado. El panorama aledaño (el ambiente en suma) es pues, decisivo en el aumento o disminución del valor de un inmueble. Ya el Codificador...advirtió que la situación del bien incide en el valor de la cosa –nota al artículo 2511 del CC-. El valor panorámico forma parte, indiscutiblemente de la consistencia jurídica de la respectiva propiedad. Negar esto es negar una consistencia de la vida diaria, osea que vale más una propiedad bien situada que una propiedad mal ubicada. El “ambiente” aledaño, incide en el valor del inmueble. No indemnizar el valor panorámico significa apoderarse de una parte de la propiedad sin resarcimiento, lo cual vulnera la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. El valor panorámico queda comprendido en el concepto constitucional de la propiedad⁹⁴¹...”

Lo importante es ver la manera en que un autor de la estatura monumental de Marienhoff pudo separar la paja del trigo y distinguir conceptos que hoy día confunden a

⁹⁴⁰ Ibídem N° 1348. pp. 257.

⁹⁴¹ Ibídem N° 1348. pp. 257/258.

muchos autores, tales como la cultura, el paisaje y el ambiente y la manera de ver al paisaje, si bien no lo dice pero se advierte una posición más cercana al interés colectivo y por lo tanto difuso que al patrimonio cultural y por lo tanto con disfrute directo por la población sin requerir, en principio, necesidad de autorización previa.

2.6.La tensión entre la propiedad y el desarrollo económico o sostenible.

No puede quedar fuera del análisis, la tensión principal que sostiene el Derecho de Propiedad con los desarrollos económicos, que lamentablemente no siempre son sostenibles. En este caso, es posible considerar una leve inversión de términos, porque el fuerte en esta relación jurídica no siempre es el propietario. Y en el caso la jurisprudencia abunda en algunos casos señeros que es posible traer a colación para detallar las experiencias en los diferentes desafíos en los que fue llamada a traer su doctrina. En primer término examinamos posiciones menos aprensivas para la conservación del paisaje y que favorecen al desarrollo económico en desmedro del Derecho de Propiedad stricto sensu, y en otros se revisan posiciones contradictorias a las primeras. Es importante destacar que el paisaje puede jugar como variable independiente en cualquiera de estas premisas porque tanto puede ser objeto de un propietario que cual Arquímedes no quiere que le tapen el sol, o un desarrollo inmobiliario que reemplaza a un solo propietario para favorecer a muchos otros que compran una propiedad, portadora involuntariamente de una hermosa vista, siempre disponible si es frente al mar, o hasta que un nuevo emprendimiento invierta por su frente si es un desarrollo mediterráneo. Es que son diversos los actores que pueden defender esta posición a favor del paisaje, porque la protección del paisaje también puede ser sostenible, caso del turismo.

Sin más dilaciones, ni presentación adicional de ejemplos que no pueden ser agotados en esta introducción, destacamos las dos vertientes con las que pretendemos encuadrar el tema.

2.6.1. Posiciones favorables al desarrollo económico no necesariamente sostenible.

Se discutió en el seno de una decisión a nivel de la Corte Suprema⁹⁴² en 2005 bajo la Cláusula de Expropiaciones⁹⁴³. El caso se refiere a la adopción por la ciudad de New London, Connecticut, de un plan de reconstrucción de una parte de la ciudad para hacer frente a las condiciones económicas deprimidas de la ciudad. El plan incluía un hotel de conferencias frente al mar en el centro de una villa urbana dotada de restaurantes, tiendas, un puerto deportivo, un paseo por el río, nuevas viviendas, un museo, un parque, y 90,000 pies cuadrados de espacio de oficinas de investigación y desarrollo. Al mismo tiempo, la corporación Pfizer tenía previsto ubicar un centro importante de investigación junto a la zona para ser reconstruido. Mientras que casi toda la propiedad privada en el área de desarrollo de 90 acres había sido adquirida por la ciudad a través de la compra directa, nueve propietarios, sin embargo, no estaban dispuestos a vender. Por lo tanto, la ciudad inició un proceso de expropiación de estas propiedades en virtud de su dominio eminente. Esta acción fue rechazada en primera instancia porque se entendió que no quedaba claro el "uso público" que la ciudad invocaba y por lo tanto dicha acción no se abastecía en el texto de la quinta enmienda constitucional que protege la propiedad y exige para la viabilidad del expediente de expropiación "precio justo" y "uso público". Para el Tribunal de Primera Instancia faltaba el requisito de "uso público" porque la propiedad iba a ser transferida después a unos inversionistas privados a fin de efectuar el desarrollo económico de la zona, y por lo tanto se determinó que la expropiación para la transferencia posterior a manos privadas para tal fin no constituye un "uso público" en el significado de la Quinta Enmienda⁹⁴⁴.

⁹⁴² Kelo v. City of New London, 125 S.Ct. 2655 (2005).

⁹⁴³ Taking Clause.

⁹⁴⁴ La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos incluye una disposición conocida como la Cláusula de Expropiaciones (Taking Clause), que establece que *"la propiedad privada [no podrá] ser expropiada para uso público sin una justa indemnización"*. Mientras que la Quinta Enmienda por sí misma sólo se aplica a acciones por parte del gobierno federal, la Decimocuarta Enmienda extiende la Cláusula de Expropiaciones al gobierno estatal y local. Cuando el gobierno desea adquirir una propiedad, por ejemplo, para construir una plaza o un hospital público lo hace a precios de mercado. Sin embargo, si el propietario se niega a vender, el gobierno puede acudir a los Tribunales y ejercer lo que en lenguaje norteamericano se denomina "dominio eminente" y que se traduciría en nuestro caso por poder de policía, y el Tribunal condenará la entrega de la propiedad a favor del gobierno. La Cláusula de Expropiaciones (Taking Clause) impone dos requisitos al Gobierno con el fin de ejercer este poder o

Llegado el caso a la Corte, por un margen de cinco a cuatro, sostuvo que no existe tal restricción constitucional⁹⁴⁵.

La decisión Kelo provocó una tormenta de críticas en los medios de comunicación, ya que se lo percibió como un aval al Gobierno, por primera vez, para expropiar la propiedad privada de una persona y transferirla a otra solamente para producir ventajas económicas a la comunidad, tales como dinero de los impuestos y el empleo. Por otra parte, los críticos argumentaron que la expropiación había sido instituida en beneficio de la multinacional Pfizer, no para la gente de la ciudad de New London, pese a la sentencia en contra del tribunal de primera instancia. Además, se interpretó que la Ciudad había actuado en notorio beneficio de Pfizer, y que la decisión de defender estas acciones políticas aumentaría peligrosamente el poder de la Ciudad para un mal uso de su dominio eminente para el beneficio de poderosos intereses privados, alterando fundamentalmente el sistema de protección de derechos de propiedad privada de la Constitución norteamericana.

Los partidarios de la decisión de la Corte, apreciaron que la Corte persiguió el interés público y no la defensa de un interés privado particular, y que la Enmienda de Expropiaciones (Taking Clause) siempre ha sido entendida como el permiso para expropiar aún si es para transferirla a otra persona privada, siempre y cuando se haga por razones de interés público⁹⁴⁶. De hecho, hace cincuenta años la Corte Suprema de los Estados Unidos había confirmado por unanimidad la expropiación de la propiedad

dominio eminente. En primer lugar, la propiedad a ser adquirida debe serlo para "utilidad pública", y en segundo lugar, el gobierno debe pagar una "compensación justa". La Corte Suprema ha interpretado desde hace ya mucho tiempo que el término "uso público" se extiende no sólo a los casos en los que él utilice directamente la propiedad, por ejemplo, como una vía pública, sino también a los casos en que los bienes no se utilizan, literalmente, por el público, pero el uso de la propiedad servirá de utilidad pública, como la reurbanización de una zona deteriorada.

⁹⁴⁵ Se entiende a este fallo como un piso constitucional, porque la Corte Suprema de cada Estado, también puede interpretar casos constitucionales análogos a los interpretado por la Corte Federal. NASH, Jonathan R. *Environmental Law and Policy*. Aspen publishers - Wolter Kluwer. New York 2010, pp. 43.

⁹⁴⁶ Es muy importante hacer la disquisición entre "Taking", que es una medida expropiatoria, que exige una indemnización justa como medida de validez. Pero diferente es la expresión "taking", con minúscula, que indica una mera regulación de la propiedad que no trae consigo expropiación indemnizatoria. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional*. Revista de la Administración Pública. RAP N° 141 Sep-Dic 1996, pp. 132. Este destacado autor cita a B. SCHWARTZ *A cometary of the Constitution of the U.S., New York 1985*. Tomo A: "The right of property", pp. 331.

de una persona y su transferencia a otra persona para eliminar una plaga. Por otra parte, en “Kelo”, toda la Corte confirmó que la propiedad privada podría ser expropiada y transferida a otro particular para fines tales como la construcción de ferrocarriles, hospitales, estadios, y torres de telefonía celular. La posición de los disidentes, sostuvo que el desarrollo planificado, así como la reurbanización, prácticamente era imposible, porque sería erigir barreras sustanciales para el montaje de la tierra a gran escala⁹⁴⁷. El límite para la Corte norteamericana es impreciso, fue establecido por Holmes en el sentido de que la ley de expropiación no debe ir demasiado lejos (goes too farr). Otros fallos⁹⁴⁸ han dado algún pequeño elemento de juicio adicional, para determinar qué es ir demasiado lejos y la Corte determinó un contexto: la naturaleza de las cosas, los efectos económicos de la medida en los expropiados, expectativas de inversión en el público, la caída del valor de las propiedades con la expropiación, etc. Como se puede ver hay cierta ambigüedad que permite a la Corte tomar decisiones al calor de los tiempos que debe interpretar. A raíz de la decisión, los críticos han persuadido a algunos estados a promulgar leyes que prohíban el uso de dominio eminente por las agencias estatales y los gobiernos locales con el propósito de desarrollo económico.

En España, el Tribunal Constitucional⁹⁴⁹ tuvo ocasión de fijar posición en un caso⁹⁵⁰ en 1982 en el que esta tensión estaba claramente manifestada en la actividad minera extractiva en Cataluña ubicada en áreas de especial interés natural, con lo que la actividad estaba prohibida fundamentalmente para los minerales de la Sección “C” y “D” las de mayor contenido económico. En el caso el Tribunal entendió que debía primar el desarrollo y su explotación económica, en términos del artículo 128.1 de la Constitución española, generalizando la técnica de...*“compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico”*...consagrando la existencia de esta tensión que aquí analizamos entre ambiente y desarrollo elevada a la

⁹⁴⁷ Ibídem pp.41.

⁹⁴⁸ *Penn Central Transportation Co vs City of New York*. 179; 42 USC – 7509.- Ibídem pp. 43.

⁹⁴⁹ GARCÍA MANZANO, Pablo. “*La doctrina constitucional española en la interiorización de la protección ambiental en la propiedad*”. En Obra colectiva: *La Dimensión ambiental del territorio frente a los derechos colectivos*. Univ Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004., pp. 34.

⁹⁵⁰ STC 64/1982. Cit., por García Manzano, ibídem.

categoría de ponderación en la decisión del Tribunal porque es evidente que se sopesan dos categorías como si fuera una alternativa válida, porque el ambiente que comprende todo se sostiene sobre el trípode, social, económico y jurídico. Como dice Moreu Carbonell⁹⁵¹...*“no hay desarrollo económico a espaldas de la ordenación del territorio, ni de la protección ambiental”*...Y así el Tribunal Supremo admitió que prevalece la ordenación territorial y la protección ambiental en los espacios naturales protegidos, prohibiendo el ejercicio de actividades mineras en dichos espacios⁹⁵² o la licencia sin la presentación del plan de restauración⁹⁵³. O por no haber sido iniciada la explotación en el plazo de un año que es el plazo de instalación (Art 70 Ley Mi.) lo cual elimina todo derecho a indemnización⁹⁵⁴ por caducidad de los plazos (Art 86.3 Ley de Mi.). Es que entiende el Tribunal que con arreglo al artículo 128.1 de la Constitución...*“toda riqueza del país en sus distintas formas y fuere cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”*... *no puede sustraerse a la riqueza de España recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente. Se trata de armonizar la explotación del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos”*...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo en cuenta el paisaje en este caso urbano, en una ciudad de Grecia había una amplia zona en la que se había perdido toda su belleza paisajística, cambiando radicalmente su carácter. Paso de ser hábitat de determinadas especies milenarias de vida salvaje a ser una amplia de desarrollo turístico poniendo en debate la calidad de vida con la vida privada y familiar. Se entendió que esta concreta afectación del medio afectaba la calidad de vida familiar⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ MOREU CARBONELL, Elisa. “La patrimonialización de derechos mineros inactivos o abandonados, un obstáculo para el desarrollo de políticas territoriales”. En Obra colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 411.

⁹⁵² STS 18 de Diciembre 2007 (RJ. 1998, 624), 26 de Diciembre de 1989 (RJ 1989, 9649) y 11 de Febrero (RJ 1995, 2061), 6 de Mayo 1998 (RJ 1998,3617). Citado por Moreu Carbonell en Op Cit pp. 452.

⁹⁵³ STS 17 de Mayo 1999 (RJ 1999, 4148). *Ibidem*.

⁹⁵⁴ STS 4 de Noviembre de 1966 (RJ 1966-5043) *Ibidem*.

⁹⁵⁵ TEDH “Kyriatos vs Grecia 22/ 05/ 2003. Citado por RETORTILLO, Martín L. “*Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Kyriatos vs Grecia” de 22 de mayo de 2003)* REDA N° 125. En-Mar 2005, pp 119 y ss.

2.6.2. Posiciones favorables al paisaje

El caso español estudiado al finalizar el apartado anterior, tuvo ocasión de observar una opinión diferente porque, siete años después, en otra sentencia del mismo Tribunal⁹⁵⁶, que resolvió el caso de la Ley madrileña del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, se resolvió en dirección opuesta al anterior. El pleito iba dirigido en este caso a otros minerales, los de las categorías “A” y “B” (canteras, graveras, areneros) sin tanta riqueza material como el caso analizado en el apartado anterior. Si bien no podemos determinar en qué punto se tuvo en cuenta al paisaje, si es posible extraer por simple lógica, tratándose de minería a cielo abierto, que el daño al mismo hubiera sido significativo de confirmarse la autorización extractiva.

Pero el Tribunal Supremo, tuvo también intervenciones que vale destacar en este sector y los criterios establecidos fueron: 1) la denegación de un título minero por el órgano competente debe basarse en informes y pruebas que revelen los daños y perjuicios ocasionados por la propiedad minera. 2) El órgano competente debe ponderar los dos intereses en juego, a la vista de cuál sea más conveniente al interés general⁹⁵⁷. 3) La protección del paisaje se encomienda a los municipios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25.2.f. de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. 4) Si el proyecto muestra que la obra destruirá al paisaje es lícito denegar el permiso de investigación, sin necesidad de llegar a la concesión de la autorización.

En los Estados Unidos, también hay decisiones judiciales que enfatizan en primer término la protección del paisaje, pero enfocado desde lo estético como base legítima para la normativa urbanística, al menos desde “Berman vs Parker”⁹⁵⁸, concluyendo que el interés general incluye tanto los valores estéticos como los de otro tipo. La mayor parte de los Tribunales hoy admite regular el uso de suelo en base a

⁹⁵⁶ TCE 170/1989.- Cit., por García Manzano, ibídem.

⁹⁵⁷ SSTs 29 de Mayo de 1980 (S3°), 11 de Julio de 1980 (S4°), 4 de Noviembre de 1981 (S3°) 11 de Julio de 1980 (S4°), 4 de Noviembre de 1981 (S3°), 21 de Octubre de 1983 (S 3°) y 10 de Julio de 1985 (S 4°).- Cit., por FERNANDEZ-ESPINAR Y LOPEZ, Luis Carlos. *Conflicto de intereses entre medio ambiente y sector económico minero*. Revista de Administración Pública, RAP. N°111 Spt-Dic 1986.

⁹⁵⁸ USC 348, 104 (1954).

consideraciones estéticas, tal es así que el Tribunal Supremo de Florida ha llegado a decir que...”*llegó la hora de la regulación urbanística con finalidades estéticas; la misma no queda fuera del ámbito del poder de policía*”...⁹⁵⁹

Ahora bien, cuál es el criterio para aplicar la norma, seguramente hay casos en los que todos están de acuerdo, como los vertederos o gigantescas vallas publicitarias que producen contaminación visual⁹⁶⁰, se los considera una aplicación básica del poder de policía como en tantos otros temas legales. Se aplica un criterio que podría denominarse “objetivo” y basan la razonabilidad de una regulación preventiva de daños al ambiente visual no en una preferencia exquisita sino en la de un hombre corriente⁹⁶¹. Es rara una sentencia que proteja la belleza visual per sé, por el contrario, la normativa estética es aceptada sobre la base de que la misma importaría aprobar el uso de un suelo con modificaciones que serían disonantes o incompatibles con el entorno preexistente⁹⁶². Y llegamos aquí a lo más importante de este examen de la jurisprudencia norteamericana porque se advierte la diferencia notable existente con la europea. Los valores son diferentes, mientras que en la Convención Europea del Paisaje y naturalmente en España las Comunidades autónomas que han aplicado la misma enfatizan el principio de identidad⁹⁶³, en los Estados Unidos se hace referencia a un orden de las cosas, al cuidado de una estructura visual, a lo que llaman el cuidado de una disonancia asociativa, en que algunas cosas sencillamente están fuera de lugar ...”o como una vez fue dicho por el Magistrado del Tribunal Supremo Sutherland, “*un cerdo en el salón, en vez de en el corral*”⁹⁶⁴, ...y al prevenir daños contra este paisaje se

⁹⁵⁹ ZIEGLER, Edward. *Belleza visual, estética y diseño en el Derecho Urbanístico de los Estados Unidos*. RDUyMA. N° 167 En-Feb. 1999, pp. 86 y ss.

⁹⁶⁰ *Cromwell vs Ferrier*, 19 NY. 2d 263 ; 225 NE 2d 748; (1967) (exclusión de letreros); *State vs Bernard*, 568 P.2d 136 (Mont. 1977) (análisis de depósito de chatarra) Citado por Ziegler Op. Cit pp. 87.

⁹⁶¹ *Major of Baltimore vs Mano Swartz Inc*, 268 Md 9, 299 A 2d 828 (1973); *People vs Stover*, 12 NY. 2d 462, 191 NE.2d 276, 240 NY sd 734 app dism'd 375 US, 42 (1963); *State vs Buckey*, 116 Ohio St. 2d 128; 243 NE 2d 66 (1968). Cit Ziegler. Op cit.

⁹⁶² *South of Seconds Associates vs Georgetown*, 580 P.2d 807 (Colo 1978); *Gouge vs City of Snellville*, 249 GA. 91, 287 SE 2d 539 (1982) (antena de satélite en forma de plato en el terreno de enfrente); *Gackler Land Co Inc vs yankee Springs Township*, 359 NW 2d 226 (Mich App 1984 (caravanas en zona residencial) Cit Ziegler Op. Cit.

⁹⁶³ Aunque el Real Decreto Legislativo 2/ 2008, de 20 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, impone a las Administraciones Públicas la obligación...”*de no permitir 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”*...

⁹⁶⁴ *Village of Euclide vs Ambler Realty Co*, 272 US 365; 39ª-95 (1926) Cit Ziegler. Op cit.

previenen daños contra la propiedad porque podría perder su valor, quizás al turismo o a otros futuros desarrollos urbanísticos, como un intento de preservar o realzar un tipo fundamental de relación humana, necesaria para una sensación de bienestar general y de vida social⁹⁶⁵. Aún la regulación deber ser razonable. Se ha respondido que la norma... "será medida en razón del grado que la restricción esté conectada, aunque sea de modo general, al marco económico y cultural de la comunidad reguladora"⁹⁶⁶...Una restricción estética no puede medirse en función de criterios de museo, o de una reducida elite estética, sino que debe estar conectada con un daño visual que afecte a un modelo de preferencia de la comunidad ampliamente compartido. Una norma estética, debería reflejar...."conceptos de compatibilidad, tan amplios que sean inseparables del disfrute, y por tanto del valor de la propiedad"⁹⁶⁷.

Llamativamente estos criterios, también fueron seguidos en Inglaterra en la década del 50 donde los británicos crearon una institución con la intención de dar funcionalidad a la búsqueda de nuevos paisajes post industriales. Se trata de la "amenity clause"⁹⁶⁸, que podría traducirse como la cláusula que tiene por objetivo preservar lo agradable⁹⁶⁹. El objetivo de éste instituto que ha tenido una larga evolución hasta nuestros días fue en el principio una búsqueda por cubrir los posibles perjuicios ocasionados al paisaje por la acción industrial. Apareció por primera vez en la Hydro-Electric Development Scotland Act de 1943. Pocos años después fue tomada por la Electricity Act de 1957 Sección 37 en los siguientes términos:

⁹⁶⁵ Cit Ziegler. Op cit. 91.

⁹⁶⁶ COSTONIS, "Law and Aesthetics: a critique and a reformulation of the Dilemmas" 80 Mich. L. Rev. 355 (1982)
Cit por ZIEGLER, Edward. Op. Cit.

⁹⁶⁷ United Advertising Corp vs Borough of Metuchen, 42 NJ 1,5, 198 A2d 447 449 (1964).

⁹⁶⁸ SHEAIL, John. - "The 'Amenity' Clause: An Insight into Half a Century of Environmental Protection in the United Kingdom" *Transactions of the Institute of British Geographers*, New Series, Vol. 17, No. 2 (1992), pp. 152-165. Blackwell Publishing en nombre de (on behalf) The Royal Geographical Society. London.- URL: <http://www.jstor.org/stable/622543>. (Última revisión 01/09/2014)

⁹⁶⁹ Podríamos especular que existe una mirada renacentista en la elección de esta feliz expresión en la legislación británica que busca preservar el lugar ameno ligado a una naturaleza idealizada. Recordemos que la poesía de Petrarca sorprende con tópicos conocidos pero matizados, tales como: el amor, en su cancionero 1) con una mujer ideal que llevaría cabellos de oro, labios de rubí y ojos de esmeralda, la necesidad de atrapar el momento (carpe diem); 2) dentro de un contexto mitológico con dioses y héroes grecolatinos que dan marco a su historia; 3) y, fundamentalmente la idea de introducir las escenas amorosas dentro de una naturaleza idílica respondiendo a otro tópico clásico; *el locus amoenus*, el lugar ameno, que quizás El Bosco quiso representar en la tabla de la izquierda de El jardín de las delicias.

...”Preservación de la amenidad: en la formulación o estudio de cualquier tipo de propuesta relacionada con las funciones atribuidas al Generating Board o a cualquiera de las Area Boards (incluidos cualquiera de los programas generales que se menciona en la subsección 4 de la sección 8 de esta Ley), la Junta en cuestión, el Electricity Council, y el Ministro pertinente, considerando siempre lo deseable que resulta la preservación de la belleza natural, la conservación de la flora, la fauna y los rasgos geológicos o fisiográficos de especial interés, así como la protección de edificaciones y otros objetos de interés arquitectónico o histórico tendrán siempre muy en cuenta cualquier efecto que puedan producir las propuestas sobre la belleza natural de la campiña o de su flora, fauna, rasgos, edificaciones u objetos”....

Tuvo tal importancia esta disposición que Tandy⁹⁷⁰, llega a afirmar que se ha convertido en un texto estereotipado que como condición concebida para la preservación ambiental, se incluye en toda autorización industrial, ejerciendo una notable eficacia en la ordenación paisajística. Y tuvo apoyo en sectores que a primera vista no era dable esperar, tal es el caso de Sir Christopher Hinton en una reunión de la Royal Society of Arts el 25 de noviembre de 1959, como Presidente de la Central Electricity Generating Board. Era un especialista en temas de energía nuclear, que visitó España en 1960 en ocasión de la Conferencia Mundial de Energía⁹⁷¹. Pero sin embargo desde esos sectores existió la sensibilidad para instalar el debate, y no dejar en letra muerta la ley. A tal grado llegaron a definirse las posiciones que el contrapunto se trasladó al Parlamento británico en 1960, siendo escenario de un esclarecedor debate que mostraba el estado de la cuestión en torno a la necesidad o contingencia de preservación del paisaje en éste caso en colisión con el desarrollo de la industria eléctrica, pero evidenciando un adelantamiento de casi medio siglo al debate. Se discutió en torno a la legislación y el procedimiento aplicables para la ubicación de nuevas centrales eléctricas de energía nuclear y líneas de alta tensión que transportan

⁹⁷⁰ TANDY, Cliff. Op Cit pp 73.

⁹⁷¹ La Vanguardia. Edición del miércoles 8 de junio de 1960, página 5. Madrid.

el fluido eléctrico. Hasta ese momento, los procedimientos variaban de acuerdo al lugar. En Inglaterra y Gales era preciso el consentimiento del Ministro de Energía (Ministry of Power) y en Escocia, el consentimiento del Secretario de Estado, los cuales si tenían oposiciones, estaban obligados a realizar una encuesta pública. En segundo lugar, la autoridad local y la autoridad de planificación local debían tener su oportunidad para hacer presentaciones. En tercer lugar, la propuesta debía ser objeto de publicidad.

En la práctica, por lo tanto, la autoridad urbanística local debía llevar a cabo el mismo procedimiento de consulta a los intereses que puedan verse afectados como lo harían si la solicitud hubiera sido hecha para ellos con arreglo al procedimiento normal de planificación, y en este caso deben acordar una solución al caso interviniendo inspectores o asesores del Ministerio de Vivienda y el Ministro de Energía. Es un procedimiento simple que aseguraba que las propuestas fueran cuidadosamente examinadas con el fin de mantener a un mínimo la invasión de zonas hasta entonces poco desarrolladas. En el debate se mostraba como ejemplo el caso de la Línea del Norte, con un costo de de £ 600.000 más, para salvar la amenidad del río Medway enterrando líneas de alta tensión antes que colgarlas en el aire, con lo cual la pregunta se reducía a si se justificaba encarecer las inversiones eléctricas para salvar la amenidad de este paisaje. Este es un planteo en donde claramente el mercado cedía ante la intervención del Estado a través de una suerte de "arbitraje" implementada por los funcionarios del Ministerio de Vivienda. Así lo afirma la memoria del Ministerio para 1951 cuando dice...*"que poner de acuerdo, o por lo menos equilibrar estas demandas rivales (de espacios abiertos) es la responsabilidad mayor o más difícil del planificador"*⁹⁷²,...En esta labor la intervención del Estado favorecerá a algunos en detrimento de otros que puedan esgrimir mayor peso político en la discusión, dejando operar al Mercado surge el problema de su miopía para apreciar la belleza del paisaje y la consideración social. La razonabilidad de todo sistema parece ser la solución en la búsqueda de equilibrio en esta puja de intereses que el paisaje pone al descubierto.

⁹⁷² SELF, Peter. *Los problemas del crecimiento urbano*. Ed Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958 pp. 264.

III-Propiedad aborígen, el paisaje como atributo de un dominio social

1.Introducción

Analizamos aquí un patrón en el que no ha sido necesaria la evolución conceptual hacia una función social, porque ésta siempre fue parte de su diseño desde el inicio de su juricidad. Es más, la propiedad es social, por lo tanto la única manera de funcionar es socialmente, con lo cual no hay manera de limitar lo que es amplio por definición. Y de esta manera ha sido considerada en la constitución argentina, razón por la cual requiere tratamiento en este apartado.

Se trata de un caso de resiliencia cultural caracterizado por el vínculo de la gente a su tierra. Se trata de la más firme resistencia al Derecho Occidental tal como lo vemos hoy y como lo hemos descrito en su evolución de 25 siglos en las páginas antecedentes. Los grupos culturales nativos se han resistido hasta la actualidad a establecer un vínculo con la tierra tal como lo concibieron los romanos y llevaron a los demás territorios aborígenes de la todavía innominada Europa. Después de Colón, este Derecho y su particular mirada sobre las relaciones entre el hombre y la tierra tendrían virtualidad en América al traer los conquistadores no sólo sus hombres, también sus instituciones⁹⁷³.

Justamente el centro del debate en las dos formas de ver la propiedad es el paisaje. En el capítulo primero ya habíamos presentado el tema, aquí continuamos agregando otra vuelta de tuerca a aquella presentación que refuerza la idea de la necesidad de comprender primero el hecho del paisaje antes que comentar sobre su Derecho. Habíamos adelantado que la idea de paisaje que desarrolla la Convención de Florencia es una idea muy europea y que la forma de proteger el paisaje en sus diferentes sistemas, con mayor o menor protagonismo de la idea de paisaje no podía sino ser parte del ideario occidental. En esta caso, introducimos un nuevo giro que nos

⁹⁷³ DI GIMINIANI, Piergiorgio. “*Tierras ancestrales, disputas contemporáneas, pertenencias y demandas territoriales en la sociedad mapuche rural*”. Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 2012, pp. 39.

recuerda...la historia del paisaje y la manera que éste se desarrolló en Europa en el Renacimiento italiano, y en la misma época en los Países Bajos y España con una ligazón más cercana a la pintura que al Derecho, disciplina esta última que ignoraba su consideración desde sus orígenes en el Derecho Romano, casi dos milenios atrás. La manera tan simple de representar los alrededores del artista nunca pudo evitar la definición de ciertos aspectos que son permanentes en el arte -*que ligeramente aquí podríamos caracterizar como paisajístico*- y es la existencia ante todo de un sujeto que pinta y un objeto o paisaje que es retratado para que otro sujeto admire la obra del artesano elevado ahora a la categoría de artista y pueda penetrar en el mensaje del autor. Porque se trata de una imagen cultural, pero una imagen cultural europea que sería la forma propia del Occidente de captar o dominar la entonces naturaleza indómita, sería una forma de racionalizarla, de hacerla finita. Por eso no puede comprenderse el paisaje occidental sin un objeto observado y un sujeto que observa. Y un plano subliminal ofrecido por la idea que transmite el autor que puede movilizar al espectador en...”*en la representación e idealización de la vida humana, que corresponde a la manera que podríamos ser*⁹⁷⁴...Esta es en síntesis la idea occidental de paisaje y la que es ignorada por el Derecho de Propiedad que no puede tener otro formato más que el que nos ha sido legado de Roma⁹⁷⁵.

Pues bien, cuando se hace referencia a las tierras aborígenes, todo el marco teórico que nos había sido útil para explicar el paisaje y su relación con Derecho de Propiedad Occidental actual ya no sirve. La idea del Derecho de Propiedad en la cultura aborígen en Latinoamérica es otra y la diferencia estriba en la distinta apreciación que la cultura occidental y la aborígen americana hacen del paisaje. Ello porque mientras en Occidente abrevamos ambas ideas durante 25 siglos una y durante 5 siglos la otra para que puedan converger en nuestros días, en el derecho aborígen no se podía considerar

⁹⁷⁴ Ibídem, pp. 40.

⁹⁷⁵ Esta contradicción insuperable es encarnado de manera ejemplar en el personaje “Ernesto” de la obra del autor peruano José María Arguedas: “Los ríos profundos” editada por Losada, Buenos Aires 1958. Con el paisaje de los Andes como escenario, el protagonista no puede superar la experiencia ambivalente de las dos miradas distintas al mismo territorio, la de su cultura de blanco y la de la cultura aborígen con la que vivió. Así adquiere dos miradas sobre la misma tierra, dos paisajes pintan su alma en dos relaciones diferentes del hombre con el lugar donde vive, constituyendo la tragedia insuperable del protagonista de este verdadero hito literario que explica culturalmente la contradicción que pretendemos exponer desde el Derecho.

la propiedad sin el paisaje. Ambos conceptos estuvieron siempre unidos y por ello jamás hubo separación entre sujeto y objeto, porque el sujeto es parte del objeto, se confunde con él, funciona socialmente con él. Es la razón por la que nunca ha sido posible conciliar ambas posiciones, son puntos de vista totalmente disímiles: en Occidente es una evolución histórica cultural, y para los aborígenes se trata de un caso transcultural. Nunca han tenido que racionalizar ni incorporar mediante el arte la idea del paisaje, porque siempre la han llevado consigo y no puede haber norma aborígen que no conciba la idea de proteger al paisaje porque es parte de la esencia del objeto de protección. Por eso es difícil en terminología aborígen hacer la pregunta básica de todo derecho de propiedad que es: ¿A quién pertenece esta tierra? Porque la perspectiva es: ¿Quién pertenece a la tierra? Esta inversión en la pregunta más básica impide ad initio conciliar ambas posiciones, y elementos tan importantes como el de la identidad en la Convención de Florencia y el Derecho que de ella abreva, así como el Derecho de las Áreas Protegidas en donde el paisaje y su protección es un objetivo más de su creación, son elementos que se desdibujan porque no vale hablar de identidad cuando se es parte del objeto que produce tal simbología. Para la cultura aborígen la tierra ancestral es fuente de vida y es parte esencial de su identidad, por eso la tierra es comunitaria y no puede ser considerada una mercancía como en los sistemas de códigos post napoleónicos. Por eso decíamos que la mayor oposición entre un sistema y otro es la tenencia de la tierra, individual unos y comunitaria los otros, en un caso pertenece a la persona en el otro al grupo étnico que en realidad es el que pertenece a la tierra y no al revés. De ahí que si para unos la disputa de un terreno se puede limitar a unos metros cuadrados o una diferencia económica relativa, para otros puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia⁹⁷⁶.

Las hipótesis de trabajo en esta última parte que trata de la propiedad aborígen son diferentes al que nos ocupó al estudiar la primera parte de este capítulo. Primero demostraremos que el paisaje está incluido en la idea de Derecho de Propiedad

⁹⁷⁶ BRONSTEIN, Arturo S. *“Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: síntesis de una evolución y temas de reflexión.* En Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Originarios. ED OIT – Banco Mundial – Agencia Sueca de Cooperación Internacional. San José de Costa Rica 1999, pp. 20.

aborigen y como corolario verificaremos que al crearse el derecho de propiedad aborigen en la reforma civil en la Argentina, obtenemos un doble estándar en la materia o uno sólo que únicamente puede asegurar su pervivencia y protección a través del reconocimiento de la propiedad dentro del marco universal de Derechos Humanos, para gozar de respeto *erga omnes* o *erga ómnium omnes*, en suma de la Comunidad Internacional, que ya tiene un marco de Derecho dentro del cual es asequible la protección de toda cultura y forma de estructurarse al interior de cada pueblo.

La última parte del capítulo sobre “paisaje y propiedad”, que estudia la vinculación con la propiedad aborigen, se estructura de la siguiente manera: primero estudiamos los pormenores de la propiedad aborigen tal como fue desarrollada por los pueblos originarios antes de la llegada de los conquistadores y que su cultura mantuvo viva en su idiosincrasia perviviendo en la actualidad. Posteriormente, estudiamos la asimilación de esta forma de propiedad aborigen vinculada al paisaje pero ahora desde el Derecho e Instituciones que traen los pueblos europeos a América después de Colón. Para ello describimos esta situación en dos momentos, en el primero que además es el cronológicamente inicial, estudiamos la manera en que se trató la propiedad aborigen por las Autoridades locales heredadas de la Corona española y finalmente las modernas tendencias constitucionales que reflotan el concepto de propiedad comunitaria y tratan de hacerlo convivir con su Código Civil.

2. De la Propiedad Aborigen. Importancia del paisaje.

En el caso de la propiedad aborigen, estudiaremos en este acápite, la manera en que los pueblos originarios construyeron su concepto de propiedad. Es importante destacar, el rol fundamental que cobra el paisaje en dicha concepción de la propiedad y el del sujeto de derechos aborigen con una integración al mismo que es diametralmente opuesta a la manera occidental que nosotros conocemos. De tal manera describiremos rápidamente los conceptos mas salientes de esta forma cultural que también concebía sus relaciones con la tierra dentro de un marco teórico en el que seleccionamos tres aspectos claramente definidos para presentar el tema: el primero que hace a la

identidad, y los dos restantes a la forma de concebir estos derechos para la protección de la tierra donde el paisaje juega un rol tan insoslayable que amerita su indagación.

2.1. Gente de la tierra como parte del paisaje

Como bien lo señala, Di Giminiani, hay muchos pueblos aborígenes o no, que se han definido como “gente de la tierra”, los...”*antiguos habitantes de Palestina y la población nativa de Nueva Zelanda, los “T ngata whennua”, en lengua maorí son sólo dos ejemplos, en esta visión la sobrevivencia cultural de la gente de la tierra descansa en su conexión espiritual con los territorios ancestrales*⁹⁷⁷”...También los mapuche (che: gente y mapu: tierra) hecho que está siendo reconocido en las Constituciones de la región -según veremos después- por la permanente y activa atención de estos pueblos a sus demandas por tierras ancestrales a las autoridades centrales. Se trata de un concepto de paisaje encarnado, es decir, el lugar donde la experiencia y conciencia humana suponen una forma material y espacial porque la experiencia corporal en el paisaje es en sí mismo un hecho cultural dado que no trata solamente como un medio para interpretar significados colectivos como en la Convención de Florencia⁹⁷⁸, sino como actos de significación de la naturaleza sobre la que se advierte ese paisaje (considerando sólo el ambiente natural) enfocado en relaciones humanas colectivas con elementos del terreno y lugares específicos⁹⁷⁹. Se trata de atravesar al paisaje, de fundirse en el objeto, antes que distinguir entre sujeto y objeto conforme la filosofía clásica tradicional. Esta particular mirada aborígen a su relación con la tierra, también forma palabras, así como el Occidente cristiano acuñó la de “paisaje”. Nos interesa particularmente tratar la noción de *tuwun*⁹⁸⁰, porque fue acuñada por una etnia aborígen

⁹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 91 y ss.

⁹⁷⁸ Segundo párrafo del Preámbulo de la Convención de Florencia 2000.

⁹⁷⁹ DI GIMINIANI, Piergiorgio. Op. Cit., pp. 97 y ss.

⁹⁸⁰ *El origen de los Mapuches es su Tuwunche según su concepción filosófica en un sentido amplio. Éste se complementa con los elementos de la identidad que a su vez corresponden al conjunto de vida ó Itrófilmogen, entre ellos pueden ser un río, un árbol, una piedra, un animal, un tipo de aire, esto nos indica un profundo conocimiento y el vínculo que establecemos en el medio en que no solo hemos nacido las actuales generaciones sino aquellas que milenariamente se han conformado. Queda claramente definido que nuestra identidad, nuestro origen no es algo relativo, ni sujeto a circunstancias históricas, políticas sino se funda en el cimiento mismo de la naturaleza con todo su orden, del cual los Mapuche somos parte indisoluble del Itrófilmogen- la Biodiversidad”...Asequible en link http://mapuche-nation.org/espanol/html/nacion_m/historia/hstria-02.htm (Última revisión 01/09/2014).*

que ha tenido una notoria influencia cultural en esta región del orbe donde escribe este tesista y porque es de notoria influencia política su lucha hasta el día de hoy, pudiendo ser asumida como testimonial a los fines de este trabajo.

El *tuwun*, será objeto de protección por la cultura aborígen de etnia mapuche y por ende de su Derecho y por el Derecho Constitucional argentino. Es una palabra que enmarca la relevancia del paisaje ancestral y lo que da identidad al mapuche diferenciándolo del *huinca* (conquistador primero, blanco después), es la relación con la tierra y no sólo su contemplación absorta lo que identifica al mapuche con su paisaje⁹⁸¹.

2.2. Actos posesorios en la propiedad paisaje aborígen

Es importante destacar la forma en que estas culturas ejercen posesión sobre sus bienes materiales. En el Derecho Occidental, en el Código Civil argentino, por caso, para adquirir la posesión se requieren “actos materiales” del que entrega la cosa o del que la recibe⁹⁸², los que son definidos en el artículo 2.384⁹⁸³, y la experiencia agrega, la

⁹⁸¹ ...”Sin embargo es necesario aclarar que para los integrantes del pueblo mapuche, como sucede con otros pueblos indígenas de Argentina y América, el vocablo “tierra” no guarda el mismo contenido que para el hombre “winca” o blanco. Para este último un simple pedazo de campo no suele ser más que un bien susceptible de un valor económico, y como tal, intercambiable por otros bienes o por dinero. Los mapuches, en cambio, hallan más representado su sentir en el término “TERRITORIO” puesto que el mismo corresponde al espacio necesario y esencial para el desarrollo y transmisión de su cultura ancestral. Allí es donde se encuentran sus raíces (“*tuwún*”) y donde toman sentido sus celebraciones religiosas. Allí también se encuentra su “*kupalme*” o linaje familiar en función de que se hallan los “*chenques*” (sepulturas) de sus antepasados, razón por la cual es el sitio señalado por su cultura para su desarrollo personal y espiritual. Estos elementos hacen que la tierra tenga, para la cosmovisión mapuche, una connotación de enorme relevancia, puesto que sin tierra no hay cultura, sin cultura no hay identidad y sin identidad la existencia carece de sentido”... Asequible en el link http://mapucheculture.org/espanol/html/nacion_m/historia/hist-03.htm (Última revisión 01/09/2014).

⁹⁸² Art. 2379 Código Civil 1871: *La posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega”...*

Art 1923 Código Civil y Comercial 2014 Modos de adquisición. Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

Art 1924 Código Civil y Comercial 2014. Tradición. Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla.

limpieza de terrenos, tala de árboles, cercado, pintado, mantenimiento material, corte de césped o malezas, pago de impuestos, obtención y posterior mantenimiento de servicios tales como la provisión de energía eléctrica que es muy ilustrativo para probar la posesión.

Pero la posesión aborígen tiene otro perno ordenador o estructurador de estas relaciones de tono más espiritual según luce en alguno de los trabajos que sobre el tema de marras exhibe la página oficial de la etnia mapuche⁹⁸⁴. Según estas notas, la especial relación de este pueblo con su entorno natural impide al mapuche transformar la pristinidad de su paisaje, lo que los haría invisibles⁹⁸⁵ en su forma de posesión que tendría esa forma de “marca” por su tono más espiritual⁹⁸⁶ que material y es lo que diferencia a esta sociedad de la blanca y de su derecho. Otra diferencia es la delimitación de este *tuwun* -*lugar de donde se proviene o territorio o paisaje ancestral*- porque abarca la tierra al interior y alrededor de ella, osea que no tiene fronteras definidas, porque abarca toda tierra asociada a los antepasados⁹⁸⁷.

2.3.La propiedad paisaje aborígen

En el caso de la propiedad aborígen, a falta de regulaciones especificadas y oficiales como ocurre en el Derecho Occidental es preciso indagar por otras fuentes tales como las etnográficas y hasta antropológicas. Todo ello invita a re contextualizar la noción de propiedad, en este caso, como conjuntos de prácticas y significados, antes

⁹⁸³ Art. 2.384 Código Civil 1871: *Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes”...*

Art 1928 Código Civil y Comercial 2014.- Actos posesorios. Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga.-

⁹⁸⁴ Asequible en el link <http://mapuche-nation.org/espanol/html> (última revisión 01/09/2014)

⁹⁸⁵ La denominan “Teoría de la Invisibilidad de la posesión”. *Ibíd.*- (última revisión 01/09/2014)

⁹⁸⁶ Ejemplo, el relato de historias improbables en ciertos lugares topográficamente definidos, tales como el de la sirena del río Quino o el del cuero flotante del toro negro en el mismo curso de agua y la creencia de que todos los seres de un paisaje, árboles, montañas, ríos son propiedad de un espíritu dueño: el *Ngenko* que tiene por función preservar y cuidar las fuentes vitales de la naturaleza y pueden enojarse y castigar al ser humano.-

⁹⁸⁷ DI GIMINIANI, Piergiorgio. *Op. Cit.*, pp. 102 y ss.

que de un sistema de reglas escritas y codificadas del que carecemos en lo aborígen⁹⁸⁸. Por lo que en lugar de la regla debemos preguntarnos por las relaciones entre objeto y sujeto, y si el sujeto es individual o colectivo. Y no es posible dar una respuesta unívoca porque todo depende del grupo aborígen que se tome para estudiar estas relaciones. Lo que damos por supuesto en la propiedad, tal como nos la informa el Código Civil es que hay una relación individual entre objeto y sujeto y que esa propiedad se resignifica cuando se trata de tierra y que confiere prestigio a su propietario cuando es una cantidad tal que sea considerada un medio de producción. Pero en lo aborígen estos parámetros son distintos, porque el prestigio social debe analizarse a luz de un campo vasto de relaciones culturales que también incluye a la relación con la tierra, pero no es la única, en las cuales se generan las identidades colectivas. No obstante ello, el sistema jurídico occidental que se impuso definitivamente en el siglo XIX con la conquista por las Naciones sucesoras de la corona española de los últimos territorios aún vírgenes en Iberoamérica, coexistió con las visiones aborígenes sin lograr extirparla y eliminarla por completo.

Es más, esta forma de propiedad era aún muy fuerte en el siglo XIX según cuenta Di Giminiani, por boca del cacique Puenche Mañil Huenu:

...”nuestra ley es terminante, pues prohíbe toda venta de terrenos a españoles, bajo pena de muerte, sin perjuicio de restituírnos el terreno. Estas mismas leyes sólo facultan a los indios a vivir en sus posesiones durante su vida, pasando éstas a sus descendientes en la línea del varón, pudiendo poblarse, cuando otros quieran permitiendo su extensión...a los que soliciten, siendo este mapu sin derecho a vender”⁹⁸⁹ ...

Se advierte de estas palabras que el acceso a la tierra podía ser individual dentro del contexto colectivo que significaba la nación mapuche, y reconociendo otra institución que ocupa la última parte del Código Civil argentino, en ambos textos, que es

⁹⁸⁸ Ibídem, pp. 189.

⁹⁸⁹ Ibídem, pp. 193.

la de la Sucesión pero por linaje que en este caso iba al hijo varón mayor, y hasta de instituciones como las de una especie de pueblo pero sin derecho a vender. Se ve que las primeras familias en llegar a la región objeto, tenía ciertos privilegios sobre el acceso a la tierra, por el solo hecho de ser viejos llegados hasta adquirir el título de autóctonos. Esta modalidad, también fue conocida por nuestra civilización que hizo estos reconocimientos de título que serían a la postre la razón del nacimiento de algunas aristocracias locales, que constituyeron en América sus fortunas e influencia social merced a la perspicacia de bajar primero de los barcos, obtener el caballo más rápido, y relacionarse con la burocracia local para inscribir sus títulos.

Otra discusión, es si el énfasis en la recuperación de una mirada hacia los procesos de construcción aborígen de su identidad como pueblo ligado a la tierra y a su paisaje, no trae consigo una lucha donde el control de la tierra (y esta ya es una mirada cercana a la concepción romana de la misma) es el tema determinante, y la idealización de esta forma espiritual de relacionarse con el paisaje no es sino el combustible que alimenta su lucha política, lo que transforma en ideológica esta mirada sobre la realidad, en la cual lo esencial es captar el discurso que se produce para lanzarse a la lucha por el poder, antes que en la reconstrucción de su identidad colectiva⁹⁹⁰ y que transformaría un vínculo emotivo con el paisaje en uno material como factor de producción económica y en el que el lugar deja de ser apropiado simbólicamente mediante una ceremonia ancestral para ceder a una escritura que titulariza la transmisión del dominio.

3. De la propiedad civil y su relación con la propiedad aborígen

3.1. Introducción

Habíamos reservado para esta parte del estudio, el análisis de la forma de concebir por la legislación civil americana y en este caso argentina: la propiedad

⁹⁹⁰ DI GIMINIANI, Piergiorgio. Op. Cit., pp. 301 y ss. *Responde en forma negativa a este interrogante, ratificando que la investigación etnográfica ha mostrado cómo las demandas de continuidad cultural, que acompañan las demandas de tierra, nunca son entendidas por los activistas aborígenes como meramente estratégicas.*

aborigen. En este desarrollo que lleva casi dos siglos, desde el primer Gobierno Patrio en 1810 a la actualidad, se advierte dos momentos: en el primero una serie de leyes que van marcando la conducta del naciente estado argentino para con las propiedades aborígenes, hasta la llegada del Código Civil que marca toda una definición que ya hemos estudiado. En el segundo momento, que en la Argentina comienza en 1994 con la última reforma constitucional el cambio es radical porque después de 180 años de una postura negativa y excluyente a otro tipo de propiedad como no sea la civil se concibe otro, de tono más tolerante y receptor del modelo de propiedad comunitaria. Estos dos momentos en el Derecho argentino llevan un rápido bosquejo sólo en aquello que concierne directamente a nuestro estudio que busca desentrañar el lugar que ocupa el paisaje en diferentes sistemas de pertenencia de la tierra y en todo caso la versatilidad de las instituciones estudiadas para desarrollar sistemas de protección a partir de las mismas. Se advierte que obviamos el estudio de la propiedad en el momento de la dominación española, el motivo es que convertiría nuestro estudio en uno de tono más enciclopédico volcado a la indagación histórica de la propiedad, lo que está fuera de los objetivos de nuestra investigación que se pregunta sólo por el desempeño del concepto paisaje en esta legislación.

3.2. Negación de propiedad aborigen y con ello a la protección del paisaje

3.2.1. Derecho Patrio

Los primeros gobiernos patrios, tuvieron una posición contradictoria en el respeto a la persona del aborigen y con ello a sus bienes. En los primeros tiempos, sucedida la Revolución de Mayo de 1810 se sancionaron varias Leyes, quizás sin un orden metodológico y con rasgo ciertamente espasmódico, en los últimos tiempos la legislación marcó un estado de enfrentamiento, negación y casi de guerra con el aborigen. Recordemos que la petición escrita efectuada al último Virrey en el Rio de la Plata, Marqués de Sobremonte, llevaba la firma de dos caciques, además sus hombres prestaban servicios en los cuerpos regulares de pardos y morenos que habían entrado

en acción en ocasión de las invasiones inglesas⁹⁹¹. No fue tan casual que en este contexto político se aprobaran normas como las del Decreto de la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 1° de Septiembre de 1811, que aclaraba en sus fundamentos que los aborígenes habían vivido en esclavitud y por lo tanto excluidos de los bienes que ofrecía tan generosamente la naturaleza, el artículo 1° los eximía del pago de tributos a la Corona española y por ende a este gobierno americano sucesor del anterior y hasta mandaba imprimir esta ley en quechua. También derogaba los sistemas de servidumbre feudal al que estaban reducidos. Recién el Proyecto de Constitución de 1813 reconocía la necesidad de repartir tierras en propiedad a los aborígenes, por ser la tierra de sus mayores y de la que tienen sólo un precario usufructo⁹⁹². El Proyecto de Constitución de 1818 reconocía la igualdad ante la ley a todos los ciudadanos e incluía en este precepto expresamente a los aborígenes, que sería ratificado por la fallida Constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1818 (Art. CXXVII) y la frustrada Constitución sancionada por el Congreso General Constituyente del 24 de Diciembre de 1826⁹⁹³. Pero este contexto legislativo tenía un marco teórico liberal, era el derecho político emanado de la pretensión de construir un marco ciudadano que diera lugar a la soberanía popular, respeto a los nuevos derechos espirituales y económicos, militar y religioso, como fundamento de las instituciones democráticas que nacían⁹⁹⁴. Estos principios, eran los de libertad e igualdad ante la ley que penetraron progresivamente en un Derecho Privado nuevo, amplio y sin exclusiones, lo que desde luego debía incluir a los aborígenes. Pero no era que se respetaba la propiedad como los aborígenes la conocían, sino que se les reconocía por primera vez el derecho a ser dueños dentro del marco de las instituciones liberales que se crean a partir de la Revolución de Mayo de 1810.

Pero todo este preludio de singular dulzura legislativa no iba a durar demasiado. Las Provincias más alejadas de Buenos Aires, con distancias a 1500 ó 2000 km a

⁹⁹¹ LEVENE, Ricardo. “*Historia del Derecho Argentino*”. Tomo VI, pp 99. Ed Guillermo Kraft, Buenos Aires 1948.

⁹⁹² *Ibíd.*, pp. 282 y ss.

⁹⁹³ SANMARTINO DE DROMI, María Laura. “*Documentos Constitucionales Argentinos*”. Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina 1999, pp 2010. LEVENE, Ricardo. *Op. Cit.* Tomo VI, pp.206 y ss.

⁹⁹⁴ LEVENE, Ricardo. *Op. Cit.*, pp. 102.

caballo o en diligencia, sin caminos precisos, tenían relaciones de vecindad difíciles con el aborigen y sobre todo con otras culturas aborígenes distintas a las que habían apoyado al primer gobierno patrio en 1810. Tal es así que algunas de estas Provincias, en mérito a su autonomía y la falta de constitución nacional que las uniera, establecían verdaderos tratados entre ellas para enfrentar lo que constituía el “problema de los malones” palabra acuñada en la época para identificar las invasiones aborígenes en gran número de guerreros a caballo, armados con lanza, que secuestraban familias colonos, o de poblaciones rurales muy pequeñas e indefensas, y llevaban todos sus animales. Por caso, el Convenio de Córdoba y San Luis de 1829⁹⁹⁵, entre Buenos Aires y Santa Fé de 18 de Octubre de 1829⁹⁹⁶, entre Buenos Aires y Córdoba de 1829⁹⁹⁷, entre Corrientes, Santa Fe y Entre Ríos contra el Paraguay de 1834⁹⁹⁸. También es importante destacar el Tratado de paz entre Buenos Aires y la Confederación de 1854⁹⁹⁹, porque es el primer ejemplo constitucional en la Argentina, hasta consolidarse con el ingreso de Buenos Aires a la Confederación ocho años después y constituir la República Argentina.

Se puede ver en esta lenta evolución, que la propiedad aborigen tal como ellos la conocían no fue considerada, ni siquiera por los Gobiernos más cercanos al reconocimiento de los mismos, y con ella se escapa toda posibilidad de reconocer al paisaje como elemento constitutivo del Derecho de Propiedad.

⁹⁹⁵ ...”Hallándose la provincia de San Luis amenazada por los indios del Sur, quienes han recibido algunos perjuicios, el Gobierno de Córdoba se compromete a negociar por medio de los indios amigos de su provincia una paz firme y estable entre aquellos salvajes y la Provincia de San Luis, empleando al efecto, todos los medios que estén a su arbitrio, aunque sea necesario comprarla por medio de algunos presentes, a fin de que los referidos indios cesen sus hostilidades y se convengan en hacer una paz estable entre el Gobierno y provincia de San Luis”...Ibídem pp. 1530.

⁹⁹⁶ ...”Las provincias de Buenos Aires y Santa Fe se ligan y constituyen una alianza ofensiva y defensiva contra los indios fronterizos, para el caso en que atacasen éstos la frontera del Norte de la primera, o la del Sud de la segunda”-Ibídem, pp.1540.

⁹⁹⁷ ...”alianza ofensiva y defensiva contra los indios fronterizos, ya sea para resistir las incursiones que vengan de las pampas, o ya para penetrar en ellas”... Ibídem, pp.1545.

⁹⁹⁸ En la que Santa Fe se compromete a prestar auxilio a Corrientes, pese a estar su Gobierno...”empeñado y comprometida su palabra de honor en la destrucción de los salvajes que ocupaban el Norte de su campaña y en el restablecimiento de sus fronteras para contener las incursiones de estos bárbaros”... Ibídem, pp.1590.

⁹⁹⁹ ...”ambos Gobiernos se comprometen del modo más formal y solemne...a la seguridad de las fronteras en las invasiones de los bárbaros” Ibídem, pp. 1692.

3.2.2. Constitución de 1853 y legislación posterior

Sancionada la Constitución de 1853, lo primero que se advierte en la misma, es que el punto de partida para el diseño de una política legislativa es la asimilación cultural o lisa y llanamente poco interés en el tema¹⁰⁰⁰. En el primer caso es testimonial la opinión de Joaquín V. González por el tiempo en que fue publicada su obra y por la importancia del lugar que ocupó su pensamiento para analizar la época. Según González, una guerra con el aborígen debía ser humanitaria para incorporarlos a la sociedad y hacerlos hombres útiles¹⁰⁰¹. En el segundo caso citamos la obra señera del positivismo jurídico argentino, y la que más tomos dio al Derecho Constitucional argentino, en la parte en la que hace el comentario a las facultades del Congreso de la Nación, omite referencia alguna al inciso 15¹⁰⁰², que es justamente el único que menciona, tangencialmente al menos, a los aborígenes¹⁰⁰³. La norma en estudio, no equiparaba los aborígenes a los demás ciudadanos, ni les reconocía personalidad jurídica propia, sino tan sólo parte de la población en general¹⁰⁰⁴ y reservando la competencia en la materia al Congreso Nacional, con exclusión de las Provincias por lo que la propiedad aborígen no existe y con ella su particular mirada sobre el paisaje, sólo existe el Derecho de Propiedad tal como lo considera el Código Civil. En cuanto a la constitución justicialista de 1949 que rigió hasta el golpe de estado de 1955, reiteró la redacción del artículo 67 inciso 15 en el 68 inciso 15, sólo que quitó toda mención al tema aborígen, dejando como facultad del Congreso Nacional solamente la noción de proveer a la seguridad de las fronteras adoptando varios años antes la solución que llevaría la Constitución de 1994, por consejo de la Conferencia Episcopal Argentina¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Vd. CAPORALETTI, Julieta. *“Los pueblos indígenas en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial*. RDA N°39, pp 63 y ss. A. Perrot. Buenos Aires.

¹⁰⁰¹ GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Ángel Estrada y Cía. Buenos Aires 1897, pp.486.

¹⁰⁰² Artículo 67 Inciso 15, Constitución de 1853 (Facultades del Congreso de la Nación)...”*proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*”...

¹⁰⁰³ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. Plus Ultra, Buenos Aires 1987. Tomo IX, pp. 509 y ss.

¹⁰⁰⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II pp. 186. Ediar, Buenos Aires 1995.

¹⁰⁰⁵ CEA. *“La Iglesia Católica y la Reforma Constitucional”*. Buenos Aires 1994, pp. 27-28, en apartado XIV Aborígenes. Citado por ALTERINI, Jorge H en Op. Cit, pp., 131. El Consejo de la Conferencia Episcopal era el siguiente: a) Reconocimiento de la Argentina como país pluriétnico y pluri-cultural; b) Reconocimiento de Ds

La legislación sobre el tema, no trajo novedad alguna dentro del marco constitucional descripto. En 1867 la Ley de frontera con los indios¹⁰⁰⁶, dispuso que las tribus nómades existentes en el territorio nacional se les concediera lo necesario para su sobrevivencia sedentaria y pacífica, y la concesión de tierras se instrumentaría mediante convenios entre las tribus que se sometieran y el Gobierno Nacional, pero sin reconocer derechos originarios sobre las mismas, titularidad comunitaria¹⁰⁰⁷, ni personería alguna¹⁰⁰⁸. En 1876 la Ley de “Inmigración y colonización”¹⁰⁰⁹ contemplaba la creación de misiones para el establecimiento de las tribus indígenas y disponía un fondo especial de tierras con destino, entre otros, a la reducción de indios que ameritarían sostenimiento con recursos que serían autorizados en 1885¹⁰¹⁰. Hasta que se produce el antecedente que buscaba aquella generación cuando el Cacique Namuncurá gestionó la propiedad de la tierra de la que había sido soberano, en la margen derecho del Río Negro, reconociendo así la soberanía argentina, en la exposición de motivos de la Ley 3092 de 1894¹⁰¹¹, se reconocía...”*no son los antiguos propietarios los que vienen a gestionar la propiedad de la tierra, son otras razas que han invadido la Pampa, tienen un hecho que es la posesión, por lo tanto es un acto sino de estricta justicia, por lo menos de equidad que se les reconozca el derecho a ellas. Pero esta no es una ley de excepción sino una ley de gracia, como si fuera una ley de colonización. Si viniesen suizos, alemanes e ingleses y nos pidiesen un pedazo de tierra en el desierto, lo daríamos, entonces con más equidad y justicia, lo podemos conceder a los mismos habitantes del suelo*¹⁰¹²...Igual temperamento se siguió en

indígenas por la Constitución. c-Suprimirse el inciso 15 del artículo 67 porque al menos hoy resulta ofensivo para los pueblos aborígenes, para la Iglesia Católica y para el Congreso Nacional.

¹⁰⁰⁶ Ley 215. ADLA Tomo 1852/1880, pp. 85.

¹⁰⁰⁷ CSJN Fallos 155: 302. 09/09/1929. In re “Guari. Lorenzo c/ Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero”. En esta sentencia, la Corte reafirmaba que no había más derechos que los creados por el Código Civil, ni otra propiedad comunitaria que la del condominio regulado por ese ordenamiento.

¹⁰⁰⁸ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil Tomo IV. *Tratado de los Derechos Reales*. Buenos Aires 1944. Vol II, pp. 171 Nota 205.

¹⁰⁰⁹ Ley 817. Registro Nacional 1874/ 1877 pp. 491. ADLA Tomo 1852 - 1880 pp. 1128.

¹⁰¹⁰ Ley 1744. Registro Nacional 1885/ 1886 pp. 170.

¹⁰¹¹ Ley 3092. Registro Nacional 1894 Tomo II pp. 199. ADLA Tomo 1889 - 1919 pp. 294.

¹⁰¹² ALTERINI, Jorge Horacio – CORNA, Pablo María – VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. “*Propiedad Indígena*”. EDUCA – Librería Histórica de Emilio J Perrot. Buenos Aires 2005, pp. 69 y ss. Vd. LAFAILLE, Héctor. Op. Cit. pp. y Nota cit.

1894¹⁰¹³ autorizando la entrega en propiedad a un cacique y su familia 6 leguas dentro de la pampa central; la ley 3814¹⁰¹⁴ que entregó en propiedad 12 leguas de tierra dentro de la Patagonia a otro cacique con la prohibición de venderla por cinco años desde el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio pertinente. La Ley de tierras fiscales¹⁰¹⁵ estableció que el Poder Ejecutivo reduciría poblaciones aborígenes por medio de misiones y suministro de tierras y elementos de trabajo. La ley de colonización¹⁰¹⁶ de 1940 creó el Consejo Agrario Nacional, institución que entre otras actividades, debía entregar en propiedad tierras a los aborígenes que formaban parte de un territorio nacional, teniendo en cuenta sus costumbres y métodos de trabajo, destacándose la única ley que exhibía opciones donde permitir una forma de vida que reconociera el paisaje. Disposiciones similares traerían las leyes 14254¹⁰¹⁷ de 1953, Decreto – ley 2964/58¹⁰¹⁸, 20738¹⁰¹⁹ de 1973, 23612¹⁰²⁰ de 1988, 23750¹⁰²¹ de 1989.

Concluimos con Héctor Lafaille¹⁰²², que en ésta época, no se había reconocido ni reconstituido en América la denominada...”*propiedad indígena*” que *excepcionalmente apareció antes de la conquista. Las disposiciones que en diversos puntos se han arbitrado, tienden por lo general a estabilizar las tribus nómades y a facilitar su acceso a la vida civilizada; de suerte que el dominio que se les concede, no ofrece relación con el Derecho que antes hayan tenido. Tampoco es asimilable esta categoría al uso y goce colectivo o individual de las tierras, características del régimen agrario incaico*”...

¹⁰¹³ Ley 3154. Registro Nacional 1894 Tomo II pp. 532. ADLA Tomo 1889-1919 pp. 298.

¹⁰¹⁴ Ley 3814. D. Ses. Sen. 1892 pp. 1301. ADLA Tomo 1889-1919 pp. 471.

¹⁰¹⁵ Ley 4167, de 1902. Registro Nacional 1903 Tomo 1 pp. 593. ADLA Tomo 1889-1919 pp. 593.

¹⁰¹⁶ Ley 12636. BORA 18/10/1940. ADLA Tomo 1920-1940 pp. 862.

¹⁰¹⁷ Ley 14254. ADLA Tomo XIII, A, pp. 2041. Autoriza la creación de colonias granjas para aborígenes en las Provincias de Salta, Jujuy, Chaco, Formosa y Neuquén. Vd. BERNARD (H), Tomás Diego. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XV IMPO - INSA. Buenos Aires 1961 pp. 507 y ss. Este autor es partidario de la asimilación cultural del aborígen por medio de la educación.

¹⁰¹⁸ Decreto-ley 2964/ 58. ADLA Tomo XVIII- A -1958 pp. 645 que creaba planes especiales de colonización aborígen con tierras entregadas a ellos en usufructo vitalicio, intransferible excepto para herederos.

¹⁰¹⁹ Ley 20738. BORA 15/ 11/1974. ADLA Tomo XXXIV-D – 1974 pp. 3204 por la que el Gobierno Nacional transfirió cuatro hectáreas a la Provincia del Neuquén para el asentamiento de una tribu mapuche.

¹⁰²⁰ Ley 23612. BORA 07/12/1988. ADLA Tomo XLVIII-D pp. 4191 por la que se ratifica el Convenio de la corporación Pulmarí y su estatuto, se trata de una corporación interestadual (Gobierno Nacional, Provincia del Neuquén y comunidades mapuches) que tiene por objeto explotar inmuebles para actividades agroforestales, ganaderas, comerciales y turísticas.

¹⁰²¹ Ley 23750. BORA 27/ 10/1989. ADLA Tomo XLIX-D. pp. 48 por la que se transfiere a título gratuito la propiedad de determinados lotes de la Reserva Nacional Lanín a la Asociación de Fomento Rural Curruhuinca.

¹⁰²² LAFAILLE, Héctor. Op. Cit. pp 173, N° 1031.

3.3. Aceptación de la propiedad aborígen, incorporación tácita del paisaje. La Constitución de 1994.

La constitución de 1994, elimina toda referencia a los aborígenes en relación con la seguridad de las fronteras en el inciso 15 que pasó a ser el 16 del ahora artículo 75 y agrega un nuevo inciso que es el 17 que cambia totalmente la interpretación que sobre el tema existía.

***Inciso 17.** Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad¹⁰²³ y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*

De modo que por ahora, la primera referencia legislativa a la propiedad aborígen se encuentra en la Constitución, en una norma que no exhibe a primera vista atributos de auto ejecución, no obstante que sus consecuencias ya han producido efectos sobre la realidad porque hay normas y jurisprudencia¹⁰²⁴ que se pronuncian por el reconocimiento de este derecho, según veremos. En definitiva, cabe dejar en claro que

¹⁰²³ En el Derecho brasileño, aún hoy se discute por la doctrina si la nueva Constitución efectúa una inclusión justa, en donde el Derecho a la Diferencia es genuino y universalmente aceptado, sin riesgos a una integración envolvente que puede representar la pérdida de la identidad. Vd. ROTHENBURG, Walter Claudius. “Los indios y sus derechos constitucionales en la sociedad brasileña”. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Número 13. Año 2008.1.

¹⁰²⁴ Se pronunciaron por el carácter de *self executing* de esta norma: Autos: “Paisman, Rubén Alejandro c/ Consejo Agrario Provincial s/ Acción de Amparo” JCyCyMinería Pico Truncado 24/03/2000; “Comunidad Aborígen de Quera y Agua Caliente, Pueblo Cochínoca c/ Estado Provincial s/ Prescripción Adquisitiva” Cámara C y C N°1 Jujuy, JA 2002 pp. 21 y 23; “Comunidades Indígenas de Pueblo Kolla de Finca Santiago c/ Finca Santiago SA y Provincia de Salta” Juzgado Federal de Salta 1996; “Comunidad Aborígen Tekoa Ima y otro c/ Empresa Moconá SA s/ Recurso de Apelación” de la Cámara C y Comercial y Laboral de 3°C de Eldorado. Citado por ALTERINI,-CORNA,- VÁZQUEZ, Op. Cit., pp. 168.

la Constitución argentina crea un nuevo Derecho Real que es el de la propiedad aborígen, y la doctrina se dividió en este punto entre los partidarios de modificar el Código Civil para incorporar este derecho a su sistemática y los que niegan esta postura.

Pero antes de ingresar en el debate adelantado, es preciso definir los contornos de este nuevo Derecho de Propiedad. Lo haremos con las únicas herramientas que conocemos los que estamos formados en el Derecho continental romanista, del cual el Derecho argentino es sólo una especie. De modo que apreciaremos a este “Derecho de Propiedad Aborígen” como un objeto, para determinar sujeto, naturaleza jurídica, publicidad, si recae sobre cosa propia o ajena y sus caracteres.

3.3.1. Pueblos indígenas argentinos

En cuanto al sujeto, el inciso 17 comentado refiere a “pueblos indígenas argentinos”, pero cabe aceptar la sinonimia que nosotros proponemos de “Pueblo Aborígen”, así como hay otras como “pueblos aborígenes” o “pueblos originarios” o “pueblos autóctonos”¹⁰²⁵. Pero lo importante es destacar dos expresiones la de “argentinos”, y la de “pueblos”.

En el primer caso, se legisla dando a entender que hay un solo Estado¹⁰²⁶ y desterrando otras interpretaciones como las arribadas en la jurisprudencia comparada como la Sala IV Constitucional en Costa Rica, que consideró que pueden ser ciudadanos costarricenses los miembros del pueblo Guaimí aún cuando hubiesen nacido en Panamá, pues su territorio ancestral se ubica geográficamente de ambos

¹⁰²⁵ ALTERINI,– CORNA,– VÁZQUEZ, Op. Cit., pp. 146 hacen una exégesis de esta terminología concordando los diferentes proyectos de los constituyentes de 1994, encontrando varias expresiones más dentro de los proyectos mencionados. Mencionan del Proyecto 819 una definición de “comunidades indígenas”, como...”conjunto que unido étnica y culturalmente ostenta una economía propia...como sujetos de derechos de las tierras que sus integrantes trabajan y poseen colectivamente a través de los tiempos, conservando cada familia los respectivos bienes de uso”...

¹⁰²⁶ GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. La Ley, Buenos Aires 2001, pp. 499.

lados de la frontera de esos dos países”¹⁰²⁷. Esta tesis llevó a algunos Estados como Colombia a conciliar el *jus soli* con el *jus sanguinis*, reconociendo la nacionalidad a aborígenes nacidos en territorios pertenecientes a comunidades ancestrales fronterizas, sujeto a tratados de reciprocidad. En la Argentina, hace referencia específicamente a está destinada solamente a 69.452 tobas, 15.837 mocovíes y 4.465 pilagás, todos de etnia guaycurúes, 40.036 wichies o maticos, de etnia mataguayos, 21.807 chiriguano, de etnia guaraní, 2.613 chorotes, 1.000 tonocotes, 553 chulupies, 300 tapietes y algunas otras pocas y muy pequeñas comunidades dispersas. Es decir, alrededor de unos 200.000 aborígenes, únicos integrantes actuales de “comunidades” descendientes de nuestros pueblos originarios, que conservan algunas o muchas de sus primitivas costumbres, modo de vida, creencias y lenguaje¹⁰²⁸.

En el segundo caso, la expresión “pueblos”¹⁰²⁹ se presenta como el sustantivo que no puede faltar porque responde a las concepciones actuales sobre el tema¹⁰³⁰. Estos pueblos pueden adquirir personería jurídica y para ello pueden inscribirse en el Registro de Comunidades Indígenas creado por la ley 23302¹⁰³¹, que como bien lo señala, se trata de comunidades y no de pueblos con lo que la ley admite unidades menores al interior de la especie “pueblos aborígenes”, debiéndose cumplir con los requisitos de la reglamentación¹⁰³², tales como identidad étnica, lengua actual o pretérita, cultura y organización social propia, conservación de sus tradiciones y hábitat común, que es donde nosotros detectamos la necesidad de encontrar el paisaje de esta

¹⁰²⁷ BRONSTEIN, Arturo S. Op. Cit. pp., 29.

¹⁰²⁸ PORCEL, Roberto E. *Propiedad comunitaria de pueblos originarios en la reforma del Código Civil*. Cita: MJ-DOC-5974-AR | MJD5974.

¹⁰²⁹ Este término, tiende a respetar...”*mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales*”...Además, el carácter de pueblo vincula a los aborígenes con mayor cercanía a sus pretensiones políticas, vis a vis los Pactos de Nueva York sobre “Derechos Civiles y Políticos” y sobre “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” que en su artículo primero reconocen el derecho a libre determinación. TORRECUADRADA - GARCÍA LOZANO, Soledad. *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Cuadernos Internacionales 2. Universidad Autónoma de Madrid – Dykinson. Madrid 2001, pp.59.

¹⁰³⁰ Convenio OIT 169 ratificado por ley 24071 de 1992, entrando en vigor recién en 2001 alcanzando el mínimo de ratificaciones exigida por el texto. Este Convenio sustituye el término “poblaciones” por el de “pueblo” pero sin referencia a reconocimiento como sujeto del Derecho Internacional Público.

¹⁰³¹ Ley 23302. BORA 12/11/1985. Ley de política indígena y apoyo a sus comunidades, con el objetivo de reconocer la personería jurídica de las mismas, con planes de salud, alfabetización, vivienda, jubilación.

¹⁰³² DECRETO 155/1989. BORA. 17/02/1989 - ADLA 1989 - A, pp. 101.

comunidad a inscribir, como portadora de un paisaje común fundida en su cultura. Por lo tanto estos sujetos de derecho para serlo deben cumplir con este requisito registral a fin de figurar con el mismo en la titularidad de las propiedades comunitarias, que como dice Alterini¹⁰³³, debe tener efectos declarativos porque la comunidad preexiste al Derecho argentino. El nuevo Código Civil y Comercial 2014 exige en su artículo 2030 que cada comunidad decida su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural y una representación legal que conforme los estatutos ejercerán la misma¹⁰³⁴.

3.3.2.Las “tierras que tradicionalmente ocupan”

El objeto¹⁰³⁵ del Derecho de Propiedad Aborigen en la Argentina es el caso de las “tierras que tradicionalmente ocupan”, así mencionadas por la norma constitucional en estudio, y por el Convenio OIT 169¹⁰³⁶ que incluye en aquellas la expresión “territorios” con un significado que difiere entonces del asumido en el Derecho Internacional Público a falta de personería otorgada por este Derecho a los aborígenes. La importancia de la expresión “tradicionalmente” que indica no sólo una referencia a la cultura o tradición sino también a la manera peculiar de ejercer ese Derecho de Propiedad¹⁰³⁷ que es siguiendo sus tradiciones. Por eso es que rescatábamos la expresión “hábitat” del artículo 13 del Convenio OIT y que asimilamos a la de paisaje aborigen, porque es un paisaje donde el sujeto se encuentra fundido al mismo, es parte

¹⁰³³ ALTERINI,- CORNA,- VÁZQUEZ, Op. Cit., pp. 148.- Estos autores citan antecedentes jurisprudenciales que receptan esta normativa: “*Chiquichano, Francisco*”, Sentencia del Juzgado de Familia de Puerto Madryn, Chubut del 22/ 06/ 2000 y “*Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente – Pueblo Cochinoca C/ Estado Provincial*” Sentencia de la Cámara Civil y Comercial Sala 1° de Jujuy del 14/09/2001 que reconoció la propiedad de un inmueble a la Comunidad Cochinoca bajo el régimen del artículo 75 inciso 17 de la Constitución.

¹⁰³⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2012, pp. 372.

¹⁰³⁵ Objeto: son las cosas en el sentido del art. 2311: ciertas, individualmente determinadas, en el comercio y actualmente existentes (nota al Título IV del Libro III: ...) *no puede haber un derecho sin objeto*”.

¹⁰³⁶ CAFFERATTA, Néstor A. “*Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*”. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, pp. 273

¹⁰³⁷ Art 13 del Convenio OIT 169...”*al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, los Gobiernos deberán respetar la importancia para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera*”...Citado por ALTERINI,- CORNA,- VÁZQUEZ, Op. Cit., pp. 150.

de él y es lo más parecido al paisaje que la cultura occidental puede traducir de esta forma de vida utilizando la muy occidental palabra de “paisaje”.

Alterini¹⁰³⁸, encuentra tres variantes adicionales¹⁰³⁹ a la expresamente mencionada por el Artículo 75 inciso 17 constitucional: “tierras que no han tenido ocupación exclusiva pero a la que tuvieron acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; “tierras adicionales aptas para el desarrollo humano¹⁰⁴⁰” y “tierras sustitutas por traslado” caso de razones de utilidad pública o que se hubiera construido una ciudad sobre un territorio ancestral. Entendemos que este prestigioso autor hace referencia aquí a la segunda parte de esta norma, donde dice...”y *regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*”... En el primer caso, el verbo utilizado por el texto constitucional es “reconocer” y posteriormente se refiere a la posesión y propiedad como único Derecho Real posible para tal reconocimiento, se reconoce lo que se debe y puede devolver, tal la hermenéutica que corresponde en nuestra apreciación¹⁰⁴¹. En el segundo caso se utiliza el verbo “entrega” de otras aptas para el desarrollo humano que es el caso de tierras sustitutas que nunca podrán ser las ancestrales porque ahí no moran los ancestros, deberán transcurrir siglos para que la cultura construya un lugar ancestral en este nuevo paisaje. Y aquí entendemos que el Derecho Real puede ir desde el que recae sobre cosa propia a toda la gama de cosas ajenas porque quien puede lo más puede lo menos y porque el texto no hace referencia explícita a un Derecho Real concreto como sí lo hace con el verbo anterior. Como sea, este autor encuentra tres tipos nuevos con lo que coincidimos con algunas diferencias adicionales. Diferimos con Alterini en la definición de los términos de las dos últimas categorías, para nosotros son en realidad la misma porque no cualquier tierra puede ser sustituta para traslado si lo que se busca es una tierra aborígen tradicionalmente ocupada, en definitiva siempre se trata de una sustitución que deviene compensatoria

¹⁰³⁸ ALTERINI – CORNA – VÁZQUEZ Op. Cit., pp. 152.

¹⁰³⁹ La manera de realizar esta hermenéutica es haciendo jugar el Convenio OIT 169 con el mismo que es interpretado en la inteligencia del inciso 22, primera parte, que ubica en la jerarquía normativa a estos tratados internacionales por encima de las leyes pero aceptando la supremacía constitucional. De modo que cualquier ley del Congreso Federal que en su consecuencia se dicte sobre el tema debe llevar implícita la interpretación conjunta de las dos normas en juego: constitucional y convencional.

¹⁰⁴⁰ Dice el Artículo 75 Inciso 17...”*regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*”...

¹⁰⁴¹ MOREIRA, Manuel. *La cultura jurídica guaraní*. Ed Antropofagia. Posadas 2005.

de expoliaciones anteriores que realizó el Estado (y si no es así, no estamos hablando de propiedad aborígen sino de una propiedad pura y simple y por lo tanto no comunitaria, e intra commercium). También diferimos en que la compensación la haga el Estado Nacional, debiera realizarla el propietario del recurso natural que vis a vis el artículo 124¹⁰⁴² última parte es la Provincia que además está habilitada a hacerlo por la última parte de la norma en estudio¹⁰⁴³ solución que recepta el Código Civil y Comercial 2014 (Art 2031 inc. a). Con estas categorías se habilitaría a los legitimados a pedir tierras sucedáneas para sustituir las originarias en todos los casos¹⁰⁴⁴ y la opción de una indemnización dineraria será sólo una opción para el aborígen¹⁰⁴⁵.

3.3.3. Naturaleza jurídica

Claramente la Constitución en el artículo 75 inciso 17 expresa... “reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Se ve que el texto constitucional, ofrece todas las notas necesarias para definir a este Derecho, haciendo una referencia expresa y categórica al mismo porque refiere a la “posesión” y la “propiedad”. En otras palabras, no sólo se indica el Derecho Real aplicable sino su contenido que es la posesión misma, a fin de evitar malos entendidos,

¹⁰⁴² Artículo 124 in fine ...”Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”...

¹⁰⁴³ Artículo 75 inciso 17 in fine...” Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones “...

¹⁰⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Plena, en Sentencia del 4 de Marzo de 1997 anuló la Ley de división territorial del recientemente creado Estado de Amazonas (anterior Territorio Nacional) y establece que en tres meses se dicte una nueva respetando el derecho humano de participación de las comunidades aborígenes en la elaboración de dicho texto legal, ello porque los municipios creados, en opinión de los impugnantes, no se adaptaban a la idiosincrasia y cultura de los aborígenes que llevan vocación más urbana que rural, debiéndose crear municipios especiales indígenas en virtud de lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución que regía entonces en Venezuela. FERNÁNDEZ, Gerardo. En “El Derecho a la participación de los pueblos indígenas en la decisión política”. En Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Originarios. ED OIT – Banco Mundial – Agencia Sueca de Cooperación Internacional. San José de Costa Rica 1999, pp. 381.

¹⁰⁴⁵ Artículo 2511 Código Civil. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa indemnización en este caso, no sólo el pago del valor real de la cosa, sino también del perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad.

fácilmente asequibles desde que se discuten propiedades de tierras ancestrales que en la mayoría de los casos no están en posesión aborígen y más aún, se le han superpuesto nuevos títulos y hasta edificado ciudades o monumentos sobre las mismas o creado áreas protegidas en sus límites¹⁰⁴⁶. Nos quedan dudas respecto a la segunda de las categorías que refiere Alterini¹⁰⁴⁷ en su estudio: “*tierras que no han tenido ocupación exclusiva pero a la que tuvieron acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*” porque parecieran más compatibles con un Derecho Real de Servidumbre inclusive de Uso y Habitación aún tratándose de una persona jurídica porque en este caso la finalidad alimentaria sí se encuentra comprendida por el titular, entendemos que quien puede pedir el Derecho Real de más atributos puede también pedir el de menos. Además, el carácter es comunitario porque el titular de este bien es la comunidad inscripta en el Registro, pero y como lo señalamos en el título anterior, la naturaleza jurídica de este Derecho Real va desde la Propiedad al Uso, ello porque el Derecho de Propiedad Aborígen no puede recaer sobre cualquier tierra, sólo sobre una ancestral y por lo tanto, y como el texto constitucional no lo indica, en el caso de entrega de tierras, la misma puede hacerse en el marco de cualquier Derecho Real no sólo sobre el de Propiedad. Se trata siempre de normas de orden público, por aplicación del artículo 2502¹⁰⁴⁸ CC que adopta el sistema de *numerus clausus* (Art 1884 CCyCom 2014), ratificado por la nota a la norma... “*la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*”...

En resumen, pensamos que esta norma crea varios Derechos Reales¹⁰⁴⁹, a fin de materializar el cumplimiento de los objetivos de la nueva constitución que no puede ser otro que el de la reparación histórica que la Nación Argentina realiza a fin de compensar las pérdidas materiales y espirituales sufridas por estos pueblos durante la conquista:

¹⁰⁴⁶ Caso de la cesión de cuatro hectáreas sobre el Parque Nacional Lanín, ya comentado.

¹⁰⁴⁷ ALTERINI – CORNA – VÁZQUEZ Op. Cit., pp. 152.

¹⁰⁴⁸ Artículo 2502. *Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.*

¹⁰⁴⁹ El Código Civil y Comercial 2014, crea un solo Derecho Real: la propiedad comunitaria indígena (Art. 2028).

1)Derecho de Propiedad Aborigen, en el caso de la utilización constitucional del verbo “reconocer” en referencia a...”*la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*”...Se trata de un dominio¹⁰⁵⁰ pleno¹⁰⁵¹ y por lo tanto irrevocable e imposible de desmembrar por las limitaciones constitucionales, que se ejerce directamente por sus propietarios sobre la tierra objeto de su propiedad, y con todos los medios para su defensa como las acciones petitorias y posesorias que solamente es posible encontrar a nivel civil. También es preciso advertir que este Derecho de Propiedad Aborigen, ingresa a una de sus notas de la personalidad como lo es el patrimonio¹⁰⁵² y naturalmente se trata de una norma de orden público, dado su origen constitucional y habiéndose publicado es oponible “*erga omnes*” en donde el piso legislativo lo da el Código Civil con las limitaciones constitucionales, porque siempre se trata de una titularidad originaria que ahora se reconoce y por eso la transmisión de titularidad tiene efectos declarativos. Se trata, en suma, de una materia donde es posible operar legislativamente para darle una categoría de área protegida nacional o provincial en el rubro “paisaje protegido de interés etnográfico”. El Código Civil y Comercial 2014 pone este reconocimiento, tanto en cabeza de la Nación como de las Provincias (Art. 2031 inciso a).

2)Derecho de Propiedad y todos los demás Derechos Reales, pero sin ingresar en la categoría de “propiedad aborigen” y por lo tanto opera a nivel del Código Civil porque son propiedades derivadas y que reconocen un señorío anterior y por lo tanto la transmisión de la titularidad tiene efectos constitutivos. Este es el caso del verbo “entregar” de otras (se entiende “tierras”) aptas y suficientes para el desarrollo humano.

¹⁰⁵⁰ Dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, no quiere decir que sea ilimitado y sujeto al arbitrio individual, como todo derecho está regulado por el ordenamiento jurídico, Art. 2506 CC y nota.

¹⁰⁵¹ Artículo 2507 Código Civil 1871:”*El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera*”.

Art 1941 Código Civil y Comercial 2014. Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

¹⁰⁵² Con lo que se reafirma que por más particular que sea este derecho no puede escapar a la Teoría del Acto Jurídico tal como es conocida en el Sistema Continental Romanista, so pena de disputar con el Estado de Derecho el monopolio de la fuerza pública y concebirse así un verdadero enclave territorial o estado dentro del Estado.

Se entiende que estos derechos sí pueden ser gravados o embargados porque están dentro del comercio y sujeto a sus riesgos. Se entregan tierras sustitutas, las cuales carecen de los atributos que sólo los siglos pueden otorgar que es el de producir cierta identidad cultural, y paisajización a fin de fundir al hombre en ese paisaje, por lo que nace la necesidad de su protección inmediata con alguna categoría de área protegida a fin de favorecer estos fines. No obstante ello tenemos que señalar que una posición contraria a esta que sostenemos sigue el nuevo Código Civil y Comercial 2014 que agrega otros modos de constitución de la propiedad aborígen o propiedad comunitaria indígena: usucapión, actos entre vivos y tradición, disposición de última voluntad, todos casos con los que disentimos en su constitución, por las razones apuntadas.

3.3.4.Publicidad

Si el Derecho Real puede oponerse a todos, es indispensable que ese Derecho pueda ser conocido también por todos. Hay dos maneras de dar cumplimiento: en el primer caso mediante el Boletín Oficial y en el segundo mediante la tradición¹⁰⁵³ y la inscripción en registros especiales (Art 2055 CC 1871 y 1892 CCyCom 2014).

En el primero de los casos mencionados en el punto anterior, como los bienes de la Nación son disponibles por el Congreso Nacional¹⁰⁵⁴, y como estas disposiciones o “reconocimientos” dice el inciso 17 de referencia, se hacen por ley que es publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, tal órgano oficial es publicidad suficiente para la transferencia dominial referida.

En el segundo de los casos, en referencia a la posibilidad de efectuarse todos los Derechos Reales previstos en el Código Civil para materializar la “entrega” de tierras que menciona la norma constitucional, teniendo efectos constitutivos y realizándose por acta notarial y no por ley del Congreso que solo financia la reparación del despojo

¹⁰⁵³ Artículo 577 Código Civil 1871: *Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.*

¹⁰⁵⁴ Artículo 75 Corresponde al Congreso: Inciso 5º...”Disponer el uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional”...

anterior que es imposible de devolver in natura, se debe inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia donde opera el notario que pone su registro para documentar la operación inmobiliaria. El Código Civil y Comercial 2014 exige este requisito para su oponibilidad a terceros con trámite gratuito (Art 2031 in fine) y el Registro ya fue creado por Resolución 328/2010¹⁰⁵⁵ de la creada Autoridad de aplicación, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

3.3.5. Caracteres

Se desprende del texto constitucional el carácter perpetuo de la “propiedad aborígen”, dado que no se extingue por el no uso¹⁰⁵⁶ tampoco como es el caso en el Código Civil, esta característica incluye a los demás derechos reales¹⁰⁵⁷ que potencialmente pudieran crearse dentro de este contexto por expreso mandato constitucional. Se trata de un derecho que se ejerce con exclusividad¹⁰⁵⁸, porque no es posible que dos pueblos sean dueños de la misma tierra ancestral, pudiendo coexistir dos comunidades que se fundirían en la misma noción de pueblo, sobre el que recaería el carácter de exclusividad. El nuevo Código Civil y Comercial 2014¹⁰⁵⁹ solamente reconoce estos dos caracteres. En cuanto al carácter absoluto de este derecho, reiteramos lo expresado en las primeras páginas de este capítulo donde consideramos restrictivamente este carácter al punto de su inexistencia, acentuado por la reforma de la Ley 17711 que confiere a la propiedad un uso regular, porque no hay derechos infinitos dado que los primeros límites están en la Constitución misma, definiendo al derecho de propiedad y autorizando su expropiación por causa de utilidad pública y posterior indemnización. Pero hay un nuevo elemento constitucional que afecta este

¹⁰⁵⁵ Resolución INAI 328/ 2010. BORA 10/10/2010.

¹⁰⁵⁶ Artículo 2510 Código Civil 1871: *El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción.*

¹⁰⁵⁷ Artículos 2494, 2969, 3059 CC y 8 Ley 25509.

¹⁰⁵⁸ Artículo 2508 Código Civil 1871: *El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener.*

¹⁰⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2012, pp. 372.

carácter y es el de los recursos naturales, porque el texto constitucional habla de ...”asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten“...¹⁰⁶⁰ lo que implica que en este caso hay una superposición con el artículo 124 in fine que establece la propiedad de los recursos naturales a las Provincias, de lo que deducimos que sobre los mismos a los aborígenes queda solamente la gestión y no su disponibilidad que sigue en manos de su titular: la Provincia¹⁰⁶¹. La jurisprudencia avala hasta ahora esta interpretación¹⁰⁶², hasta tal punto que en algunos casos se exige Estudio de Impacto Ambiental con un proceso adecuado y participativo que asegure la consulta y compartir razonablemente los beneficios que resulten de la explotación¹⁰⁶³, pero en nuestra inteligencia, debería ser otra la decisión si la explotación autorizada modifica al paisaje ancestral, porque afecta a la naturaleza misma de este Derecho Real.

Hay una protección adicional que es el carácter de *inembargabilidad e indisponibilidad* de la propiedad aborígena. El Código Civil y Comercial 2014¹⁰⁶⁴ aumenta en tutela porque declara la imposibilidad de ejecutar embargos por deudas, lo que parece de una constitucionalidad dudosa si abarca todos los casos que hemos descripto ya sea para “reconocimientos” o “entrega” de tierras. No obstante, este doble carácter, entendemos sólo pesa sobre los bienes que se “reconocen”, no así con los

¹⁰⁶⁰ Art. 15, Convenio OIT 169.

¹⁰⁶¹ GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. La Ley, Buenos Aires 2001, pp. 501. Pareciera sostener una posición contraria. GARCÍA MINELLA, Gabriela. “A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994. La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas” RD Amb. N° 40 Oct-Dic 2004. Buenos Aires 2014, pp. 220.

¹⁰⁶² Comunidad indígena del Pueblo Wichi Hoktekk T’oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. CSJN Fallos 325:1744. Se pedía la nulidad del acto administrativo que autorizó deforestaciones.- Cita: MJ-DOC-4746-AR | MJD4746.

¹⁰⁶³ Considerando 4.-*La cuestión planteada introduce al Tribunal en la inquietante problemática ambiental, que resulta de honda y profunda preocupación para la comunidad toda y donde se conjugan los derechos de las comunidades originarias con los recursos naturales, el medio ambiente y la preservación de la biodiversidad, temas que hacen a la existencia misma de la sociedad y de un estado democrático inserto en un concierto de naciones donde tienen vigencia plena y efectiva los derechos humanos y donde se impone la preservación y defensa del medio ambiente, como así, una actividad protagónica de los jueces frente a la degradación del hábitat, provocado tanto por el accionar público como el privado, ante el ataque indiscriminado e incesante al medio ambiente, con agravio a las comunidades originarias, tendiente a preservar el aprovechamiento racional de los mismos, evitando su deterioro y el compromiso a las generaciones futuras”... Leiva Bruno c/ Forestal Andina S.A | sumarísimo. Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes. 17-dic-2014. Cita: MJ-JU-M-90413-AR | MJJ90413.*

¹⁰⁶⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2012, pp. 372.

que se “entregan” por las razones ya apuntadas, que son plenamente embargables y disponibles, todo ello hasta que transcurra un tiempo prudencial que las incorpore a su cultura, y las convierta en tierras ancestrales, tiempo que puede ser estimado en decenas de años o siglos. La consideración de un privilegio semejante debe observar un carácter muy restrictivo a fin de no violar la igualdad ante la ley, y producir discriminaciones negativas hacia el resto de la sociedad¹⁰⁶⁵, por otra parte si es posible arrendar¹⁰⁶⁶ estas tierras o constituir contratos rurales sobre las mismas, también es posible constituir garantías sobre otros derechos personales de manera de no detener su desarrollo humano¹⁰⁶⁷ sin acceso al crédito¹⁰⁶⁸. En cualquier momento y por razones de utilidad pública, según lo vimos en el párrafo anterior, el Estado puede expropiar cualquiera de las dos especies creadas por la norma constitucional en comentario mediante la satisfacción de los requisitos constitucionales para la misma¹⁰⁶⁹.

En cuanto al carácter de la *indivisibilidad* de este Derecho, nos pronunciamos por derivar la cuestión al ejercicio de un tono instrumental, tal como apuntábamos en las primeras páginas de este capítulo. Ello porque todo depende sobre el objeto sobre el que va a recaer en forma efectiva el uso (sic) de este Derecho de Propiedad Aborigen, porque tanto se pueden arrendar tierras para pastoreo y por lo tanto con una finalidad económica como se puede constituir un contrato de avistamiento paisajístico en cuyo caso no es posible dividir la tierras porque la contemplación de uno de los elementos de

¹⁰⁶⁵ GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. La Ley, Buenos Aires 2001, pp. 499.

¹⁰⁶⁶ Artículo 12 inciso B) Ley 23302 BORA 12/11/1985. Los adjudicatarios están obligados a: b) *No vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexas las parcelas sin autorización de las autoridades de aplicación. Los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma serán reputados nulos a todos sus efectos*. Pensamos que la propiedad creada por el Artículo 75 inciso 17 no está alcanzada por las previsiones de esta ley porque, es una ley anterior implícitamente derogada en todo lo que se opone al nuevo texto constitucional y porque esta Ley trata de propiedades individuales y no colectivas, se trata de distintos objetos.

¹⁰⁶⁷ Artículo 75 inciso 17 expresa...”*reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.*

¹⁰⁶⁸ En contra ALTERINI – CORNA – VÁZQUEZ Op. Cit., pp. 176.

¹⁰⁶⁹ Artículo 17.- *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.....*

esta propiedad...”*cuyo goce puede ser de alguna utilidad para el usuario*¹⁰⁷⁰.”...está dentro de la operatividad del uso que puede darse a este Derecho que recordemos puede llevar categorías inferiores y tornar operativas normas como la de los artículos 2844¹⁰⁷¹ y 2845¹⁰⁷² del Código Civil 1871 que operan cuando reportan utilidad al usuario. Recordamos que Guillermo Borda llegó a afirmar apoyándose en el artículo 2951 C.C.¹⁰⁷³, que no se requiere de una utilidad...”*económica o práctica puede ser simplemente estética, como la que proporciona una obra de arte, un cuadro, una estatua. Del mismo modo, pueden ser objeto de este derecho las cosas que sirvan a un mero placer o goce, como una casa de descanso, un yacht, etc*”...dando a entender que la norma civil en comentario no tiene un carácter taxativo lo que podría habilitarnos a considerar el paisaje como un objeto posible en el ejercicio del derecho de uso. Esta es la otra cara de su carácter comunitario que tratamos en el siguiente punto.

A.Nuevos caracteres. El Paisaje.

El primer carácter adicional de este Derecho es el paisaje, que va incluido cuando la norma dice...”*tradicionalmente ocupen*”... en referencia a la manera de entender su relación con la tierra el aborígen, donde según explicamos en la primera parte de este estudio sobre la propiedad aborígen el paisaje está ínsito en el derecho de propiedad aborígen, forma parte de él así como el sujeto se encuentra fundido en el objeto porque el hombre es parte de la biodiversidad. Todo este modo “tradicional” de entender el vínculo con la tierra donde intervienen los ancestros y su sistema de

¹⁰⁷⁰ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. Op. Cit., pp 148, Núm. 1559. SALVAT, Raymundo. Op. Cit., pp 415. Núm. 1743 y ver especialmente Nota 14 en la que funda esta aseveración en el Digesto, Nota del codificador al art 2951 y Demolombe T X Núm. 785. Este autor cita la opinión contraria de Lafaille que nosotros destacamos en apoyo de nuestra opinión más adelante. CNCiv., S. F, 25/08/81, J.A. 1982-IV-204 en esta sentencia se exige que la cosa proporcione alguna ventaja o satisfacción económica. Citado por BORDA. Guillermo. Op. Cit Núm. 979, pp. 98, Cita 1254.

¹⁰⁷¹ Art. 2.844 Código Civil 1871: *El usufructo puede constituirse sobre cosas de mero placer, como un lugar destinado a un paseo, estatuas o cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad.*

Art. 2145 Civil y Comercial Código Civil 2014: Destino. El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho.

¹⁰⁷² Art. 2.845 Código Civil 1871: *El usufructo puede constituirse sobre un fundo absolutamente improductivo.*

¹⁰⁷³ Art. 2.951 Código Civil 1871: *El derecho de uso puede ser establecido sobre toda especie de cosas no fungibles, cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario.*

creencias, no puede darse sino es en un contexto donde la pristinidad del paisaje es preciso conservar, y donde la tierra merece respeto porque el ser humano es parte de ella, y donde se le pide perdón al animal sacrificado para saciar el hambre o autorización a la madre tierra para usarla. Todo esto, es lo que justifica la creación de un derecho de nivel constitucional, con tremendo nivel de protección. Por ello que afirmamos que en este Derecho Real, el paisaje está incluido y es uno de sus caracteres porque también forma parte de su derecho consuetudinario¹⁰⁷⁴, y hace posible su formación bilingüe y poli cultural¹⁰⁷⁵ educándose en el contexto de su paisaje, porque la tierra es un vínculo histórico, natural y cultural, formando un carácter que se presenta como adicional a los tradicionales ya estudiados. El Código Civil y Comercial 2014¹⁰⁷⁶, permite que esta propiedad sea gravada con Derechos Reales de disfrute, siempre que no sea vaciada de contenido e impida el desarrollo económico, social y cultural y el goce del hábitat, palabra ésta última que identificamos con la de paisaje.

B.Comunitarismo

El último carácter adicional es su definición colectiva o "comunitaria" y que puede ser visto como un derecho de incidencia colectiva, porque el titular es la comunidad con inscripción registral, pero con un número de individuos indeterminados y que si pudieran determinarse no interesa su determinación. No se concibe este nuevo Derecho Real sin la noción de tribu y con ella la de población aborígen, sin que pueda ser parcelado o subdividido entre los miembros individuales de la misma y llevando el bien de todos, la suerte de todos, por ello su nota de perpetuidad, inembargabilidad y de indivisibilidad que tratamos al final del punto anterior.

¹⁰⁷⁴ Art 8.1. Convenio 169 OIT que reconoce el derecho a conservar sus propias instituciones con el sólo límite de su compatibilidad con los derechos fundamentales definidos por el Derecho local y los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

¹⁰⁷⁵ En la medida que hace referencia a toda una etnia, hay autores que ven a esta norma como ejemplo de un Derecho de Incidencia Colectiva QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho Constitucional argentino*, 2°Ed. Tomo 1 pp 361. Rubinzal – Culzoni. Santa Fé 2009.

¹⁰⁷⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2012, Art 2033, pp. 372.

3.4.Derecho Minero.

Este análisis, nos lleva a formular una hipótesis secundaria para cuando existen intereses terciando con el Derecho. Se trata de la hipótesis del descubrimiento de un gran yacimiento de algún mineral en territorio aborígen. La excusa más plausible para llevar adelante una explotación minera para un paisaje que no puede cambiar con sobrados argumentos sobre el paisaje, es la actuación por debajo del paisaje. Las buenas prácticas mineras por socavón permiten explotación sin tocar al paisaje se argumentará. El caso, de aceptarse, debiera llevar un proceso de consulta previa, para el excepcional caso en que los titulares de esta tierra admitan un tipo de explotación subterránea que deje al paisaje intocable. Esta posición está respaldada no solo por el Código de Minería con los modificaciones introducidas por la Ley 24585¹⁰⁷⁷ denominada "de Protección Ambiental Minera", que introduce todo un título complementario con 25 artículos que incorporan la variable ambiental al Código Minero¹⁰⁷⁸. Impone la regla de explotación libre de las pertenencias mineras..."sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente. *La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas a las disposiciones del título complementario y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional*"... Con el agregado de esta última fórmula, consideramos que la dimensión paisajística queda decididamente incorporada en el ámbito minero. La cuestión que quedaría por dilucidar, y que precisaría reglamentación, es si además de una protección ex ante como todas las analizadas a este punto, es posible una protección ex post, para dar protección a instalaciones abandonadas para proteger su legado histórico tal como lo hace la UNESCO o con fines de explotación turística por ejemplo. Pareciera no surgir con claridad esa última noción de este texto legal¹⁰⁷⁹, pero no dudamos que un buen plan de explotación debe incluir un buen plan de cierre.

¹⁰⁷⁷ Ley 24585. BORA 24/11/1995.

¹⁰⁷⁸ CATALANO, Edmundo F. Código de Minería Comentado. 10º Edición. Zavalia. Buenos Aires 2006, pp. 378.

¹⁰⁷⁹ Artículo 1º-*La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera, se regirán por las disposiciones de este título.*

Al mismo tiempo, hay en el Derecho argentino instrumentos de gestión ambiental, tales como el Informe de Impacto Ambiental y la Declaración de Impacto Ambiental para todas las etapas de la explotación minera actualizada cada dos años. También se crea una nueva especie de acto administrativo declarativo del cumplimiento de las obligaciones ambientales que surgen de este nuevo apartado incorporado al Código Minero, denominado "Certificado de Calidad Ambiental", el cual suponemos, aunque la ley no lo dice, expira en dos años, al surgir la necesidad de renovar la presentación del Informe de Impacto Ambiental. Si bien no surge con claridad un período de información pública o de disposición del Estudio de Impacto Ambiental por un plazo mínimo de treinta días para estudio de los interesados, se pueden considerar aplicables los extremos de la Ley 25831¹⁰⁸⁰ de Presupuestos Mínimos de Información Pública Ambiental requiriendo al Estado que exhiba la documental que obre en sus archivos y la Ley 25675¹⁰⁸¹ general del ambiente que terminarían por complementar estas falencias del Código Minero, encomendando a la autoridad, desarrollar un sistema nacional integrado de información, un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, un informe anual sobre la situación ambiental de la Argentina, entre otros¹⁰⁸².

3.5.Regulación en el Código Civil.

Existen diferentes posiciones en la doctrina sobre la integración de este nuevo Derecho Real en el Código Civil y Comercial, como sea la cuestión ha quedado saldada, con la incorporación. Alterini y otros autores, sostenían que las diferencias tan profundas existentes entre la propiedad aborígen y el derecho de dominio, ya apuntadas podrían provocar confusiones posibles de evitar con una regulación de esta naturaleza. Además, la reparación histórica que intentó la Constitución de 1994 ubicando a este Derecho en la máxima jerarquía sería degradada, en esta idea, al derecho privado sin razón alguna, además de correr el riesgo de tropezar con las

¹⁰⁸⁰ Ley 25831. BORA 07/01/2004.

¹⁰⁸¹ Ley 25675. BORA 28/11/2002.

¹⁰⁸² AZERRAD URRUTIA, Celia. *Minería y Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas*. RADA Enero-Abril 2012 N° 21, pp. 294 y ss.

autonomías provinciales¹⁰⁸³. Esta postura seguía el malogrado Proyecto Código Civil de 1998 con esta línea de pensamiento, haciendo la salvedad de que sus disposiciones no obstan al régimen del artículo 75 inciso 17 de la Constitución. Es posible destacar en apoyo a esta perspectiva que no es éste el único mini sistema que pervive en el texto constitucional actual, debiéndose destacar el Derecho Ambiental mismo, el Derecho del Consumidor, los Tratados Internacionales que actualmente constituyen un bloque constitucional (Art 75 inciso 19), Derechos del niño, etc. Ello como contrapartida ofrece una clara tendencia a la descodificación, perdiendo el Código Civil nociones tales como el Derecho Laboral, como una de las más importantes. Este contexto no puede detectar como anómala una regulación a nivel constitucional de un Derecho Real.

Otra postura, diametralmente opuesta sigue el Código Civil y Comercial 2014, cuya comisión de reformas fue aprobada por Decreto 191/2011¹⁰⁸⁴, en el Libro Cuarto, De los Derechos Reales, Título V, artículos 2028 al 2036, donde se regula el Derecho de Propiedad Comunitaria indígena. Entre los fundamentos de elevación se explica que se justifica la inclusión por los conflictos suscitados y la falta de normativa específica que movilizan a aplicar supletoriamente las normas del Dominio¹⁰⁸⁵, y que si es un Derecho Real debe estar ubicado con los derechos reales. Tal derecho es definido como un Derecho Real que recae sobre un predio rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas (Art. 2028). Por lo demás, se mantiene...*el status especial de la comunidad indígena protegida constitucionalmente y en consecuencia es inalienable, intransmisible, insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o prescripción adquisitiva por parte de terceros. La titular es la comunidad organizada y registrada como persona jurídica con debido control estatal. El Anteproyecto indica cuáles son los modos de constitución del derecho real y sus caracteres, las facultades de la titular y hace referencia al*

¹⁰⁸³ ALTERINI – CORNA – VÁZQUEZ Op. Cit., pp. 193. Vd. Conclusiones XVII Jornadas Derecho Civil, Comisión 4, Buenos Aires 2001. Actualmente se habla del principio de no regresión. Y la pregunta queda planteada.

¹⁰⁸⁴ Integrado por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kelmelmajer de Carlucci.

¹⁰⁸⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas designada por el Decreto 191/2011, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2012, pp. 373. Llama la atención que con esta opinión, el Proyecto incorpore una norma como la del artículo 2036 que coloca en posición de supletoria a la normativa sobre Dominio.

aprovechamiento de los recursos naturales con incidencia en los hábitats indígenas...¹⁰⁸⁶.

IV. Resumen

La conclusión que a título preliminar es más importante de presentar en este capítulo es la verificación central de las hipótesis de trabajo. Las respuestas obtenidas son categóricas en el sentido de afirmar que está vigente el modo tradicional de relación entre el hombre y las cosas para proteger al paisaje y que la función social de la propiedad también tiene un rol muy importante en tal desempeño. Asimismo, las reformulaciones de la teoría clásica para tornar explicativo lo que no cerraba conceptualmente mediante ciertas limitaciones al dominio, tales como el dominio imperfecto, el fiduciario etc, no hacen más que dar cuenta de la veracidad de un marco teórico general en dirección dar cobertura a un funcionamiento social que amerita el ejercicio del derecho individual de propiedad tal como el Código Civil de 1871 lo había presentado. En lo referido a la propiedad aborígen, la misma ameritó su presentación en estas páginas en demasía, porque pese a su diversidad de fuentes histórica, después del reconocimiento constitucional de 1994 es derecho argentino positivo vigente, y como tal operativo en el máximo nivel normativo. No sólo exhibe una forma de proteger al paisaje de manera inusual, sino que termina por demostrar que el interés social sólo puede ser protegido socialmente, y que no requiere limitación pública porque es un derecho público ad initio, fuera de que por razones que hacen a la sociología del derecho, el paisaje sea parte del diseño de la norma, un atributo de la misma y por lo tanto no pueda desagregarse el ejercicio de este derecho sin la tutela al paisaje, porque todo forma parte de lo mismo.

¹⁰⁸⁶ <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (Última revisión 01/09/2014)



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO VII. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA

1. Presentación

Este capítulo es continuación del anterior, y trata también sobre los Derechos Reales pero en este caso en referencia a los que recaen sobre cosa ajena.

En manera similar, examinaremos los instrumentos de protección al interior de cada instituto con idénticas preguntas porque siempre buscamos el carácter operativo de los diferentes Derechos Reales para proteger al paisaje y la manera como la función social de la propiedad tiene un desempeño notable en la cuestión.

Por esa razón la posición que sostenemos en este capítulo es similar a la efectuada en el anterior, solo que la presente recae sobre cosa ajena. De esta forma el presupuesto del cual partimos queda formulado en los siguientes términos: los Derechos Reales sobre cosa ajena, son funcionales para operar en forma “tradicional” y como “función social” para proteger al paisaje.

Veremos, en este caso, la matización con el Derecho Público es notablemente superior y quedará demostrada en una generosa dedicación de páginas, porque la función social en estos derechos se multiplica en forma exponencial y el tratamiento requiere ciertas particularizaciones que no eran necesarias en un Derecho como el de Dominio mucho más acabado y limitado a las especulaciones del intérprete y los operadores. En este caso, las posibilidades y combinaciones de ejecución y aplicación (fundamentalmente con el Derecho Público) son tantas que pasar del interés individual al difuso, y de éste regresar al individual ofrece una versatilidad idónea al mundo moderno, en tal grado que no puede negarse el descubrimiento de verdaderos modelos de protección del paisaje.

En las próximas páginas examinamos una profusa combinación con Derecho Público y hasta una feliz separación del análisis entre aplicación de las normas tradicionales pensadas en el interés individual y la manera que mediante la penetración de la función social de la propiedad, aquel interés individual o social le da al instituto otra fisonomía y posibilidades que lo revitalizan y lo hacen eficaz para salir de su letargo operativo. Mediante una concepción de función social, el derecho de uso individual puede estar nuevamente en actividad y el paisaje puede ser una materia fundamental en este nuevo desarrollo. Otro espacio lo ocupan, las posibilidades de convertir al Derecho de Uso mediante su aplicación funcional y social en un gran generador de derechos de interés difuso. Adviértase que los dos casos que presentamos y en los cuales se divide este análisis respecto del Derecho de Uso, llevan implícita la transfusión de la función social de la propiedad en su diseño, y demostraremos que ésta se cumple acabadamente si el objetivo de protección es el paisaje, el cual cumple su objetivo, justamente haciendo asequible este objeto mediante la aplicación en forma individual o difusa al Derecho de Uso.

II. La protección del paisaje en los Derechos Reales sobre cosa ajena

1. El Derecho de Uso como interés particular

1.1. Introducción

En este capítulo seguimos cruzando conceptos para probar su aptitud para la protección del paisaje y con ello su eficacia para limitar el interés privado como instrumentos de Derecho Público. El Derecho Real que muestra una relación más versátil con el paisaje es el Derecho Real de Uso con diferencias en su evolución conforme pasa el instituto por diferentes épocas político-económicas. En el Derecho

Romano antiguo, recuerda Salvat¹⁰⁸⁷ tratábase de una servidumbre personal que al principio sólo otorgaba el *jus utendi* pero negaba el *jus fruendi* al usuario¹⁰⁸⁸. Pero esta idea fue evolucionando porque el simple uso confería en ciertas oportunidades un beneficio irrisorio y se fue ampliando a la concesión de ciertos y excepcionales frutos por ejemplo al usuario de un fundo se le confería el derecho a tomar legumbres, frutos o maderas para sus necesidades y las de la familia. Con Justiniano se amplía aún más la esfera del Derecho de Uso permitiendo al usuario percibir un alquiler de la casa dada en uso siempre que continuara viviendo con su familia¹⁰⁸⁹. Ya en el Derecho Moderno el uso de una cosa abarca también, dentro de ciertos límites la percepción de frutos, límites que en nuestro régimen se circunscriben a las necesidades familiares del usuario¹⁰⁹⁰ y por disposición legal también al cónyuge supérstite¹⁰⁹¹. Esta ampliación del objeto del Derecho Real de Uso, en nuestra apreciación, y en el último desarrollo de esta figura en los tiempos actuales llega a comprender algunas de las facetas del derecho al paisaje. De modo que en la primera parte de esta exposición se irán quitando hojas a la cebolla para mostrar de a poco lo que a nuestro juicio constituye el instrumento actual más idóneo (no el único) para concebir jurídicamente al paisaje y adjudicarle un vehículo por donde transitar la vida en Derecho, dando a cada uno lo suyo, y respetando el Derecho de Propiedad advirtiendo sus alcances y posibilidades de relación con el paisaje, en el caso a través del Derecho de Uso. Finalmente mostraremos las relaciones de uso más formales y la regulación que la ley hace de

¹⁰⁸⁷ SALVAT, Raymundo M., *Derecho Civil Argentino*, Derechos Reales Tomo 3. Ed. Tea, Bs. As. 1959. Cuarta edición actualizada por Miguel Argañaraz, pp. , 411 y ss. Núm. 1738.

¹⁰⁸⁸ Instituta, 2, 5, pr. ...”de estos mismos modos que se constituye el usufructo, se acostumbra también a constituir el mero uso, que se extingue de las mismas maneras que el usufructo desaparece”... Citado por PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho Civil, derechos reales* Tomo 3, Tea. Buenos Aires 1973. Núm. 1557 pp. 146.

¹⁰⁸⁹ PEÑA GUZMAN cit. Núm. 1557 pp. 147.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, pp. 147.

¹⁰⁹¹ Art. 3.573 bis. Código Civil 1871: (ref. Ley 20.798/1974)...”Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”...Este derecho no opera de pleno derecho, debe solicitarse en el Sucesorio. Pero si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias el derecho se pierde. CURA GRASSI, Domingo. *Derechos Reales, Usufructo, Uso, Habitación y Servidumbres*. Buenos Aires, 2009. Ad Hoc, pp. 48.

Art. 2381 Código Civil y Comercial 2014: Atribución preferencial de otros bienes. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él.

ellos, y después exhibiremos casos de uso irregulares, matizados por el objeto del contrato pero que hacen a la vida y al uso del paisaje por parte de los usuarios. También contextuaremos estos usos pretendiendo demostrar que pese a su irregularidad, son comunes y hacen a la vida de las personas por lo que ameritan una urgente regulación porque la vida también está hecha de estas cuestiones que en apariencia son imperceptibles porque contamos con ellas hasta que desaparecen o cambian para siempre como el paisaje. Por esta razón, comentaremos algunos casos de uso enriquecidos por el *jus fructus* y posteriormente presentaremos al paisaje como susceptible de ser aprovechado por los usuarios y a través de ellos protegido.

Tratándose del análisis de una obra pensada para la Argentina, las normas civiles analizadas lo son solamente argentinas, pero ello no obsta a dar ubicuidad conceptual a otros regímenes cuyo marco general sea el sistema continental romanista, porque el Derecho de Uso es el mismo en cada Nación latina, con las particularidades legislativas que cada Congreso o Parlamento ha dado para su pueblo dadas las diferentes idiosincrasias y los problemas que enfrentan los juristas de cada lugar. Pero el Derecho de Uso escrito continental romanista sigue siendo el mismo hasta promediar el Siglo XIX y por lo tanto el análisis para uno es operativo para todos, al menos para imaginar soluciones posibles.

1.2. De las cosas que pueden ser dadas en uso: el paisaje como objeto

El tema del objeto del Derecho de Uso sirve para introducir en el tema en los aspectos que llevan predisposición al intérprete para encontrar un vehículo civil para el ejercicio del derecho al paisaje.

El contexto está dado por la caracterización que hicimos sobre el Derecho de Uso y por las cosas que pueden ser dadas en uso y aún las que se usan sin una contemplación exacta por el sistema legal o de manera irregular porque no todos los

usos son constituidos según la forma dictada por la ley¹⁰⁹². Aún así, rige la obligación general para constituir Derechos Reales¹⁰⁹³ en nuestro sistema que exige algo más que la mera tradición¹⁰⁹⁴, no obstante que los usos muchas veces son inoponibles a terceros por no ser inscriptos y ser otorgados ya sea por lazos de amistad o costumbre.

Tanto como en la Edad Media se fueron otorgando derechos de uso de acuerdo a la utilidad que cada cosa tenía, por ejemplo el derecho de pastaje para usar el pasto de un vecino o del Sr Feudal, el de usar el pozo de agua, derechos cuyo valor se relacionaba con su escasez o su rareza y podían ser usados de acuerdo a la capacidad de cada uno, erigiendo a su titular con un grado mayor de señorío conforme las posibilidades disponibles. Si se trataba de malas épocas un derecho como el de uso era funcional para cubrir necesidades momentáneas en forma eficiente. Si la necesidad era calentarse en invierno parecía superfluo en épocas de escasez pretender la propiedad, porque se pasaba la temporada de frío tan solo con calor producto de la energía que permitía el uso de la misma. Por esta razón el Derecho de Uso tiene los

¹⁰⁹² Art. 2.949 CC 1871. *El uso y la habitación se constituyen del mismo modo que el usufructo, con excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes.*

Artículo 2154 CCy Com 2014. Concepto. El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana.

¹⁰⁹³ Art. 2.505 CC 1871. *La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.*

¹⁰⁹⁴ No obstante el artículo 2820 parece eximir esta obligación...”Art. 2.820. *El usufructo que se establece por contrato, sólo se adquiere como el dominio de las cosas por la tradición de ellas; y el establecido por testamento, por la muerte del testador*”... Pero el artículo 2830 parece corregir lo que se presenta como desliz...”Art. 2.830. *Las condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad, son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo. Exceptúase el usufructo constituido por la ley, el cual no tiene dependencia de ningún acto de adquisición.*

Artículo 1892 CCy Com 2014. Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.

caracteres que analizamos en la definición que ofrecimos de precariedad y temporalidad. Nuestro Código Civil exhibe rastros de esta fisonomía y ello se ve en la regla general establecida al efecto por el artículo 2951 del Código Civil que dispone...”*el derecho de uso puede ser establecido sobre toda especie de cosas no fungibles cuyo goce puede ser de alguna utilidad para el usuario*”...No hay discusión en que las cosas pueden ser muebles o inmuebles pero la doctrina argentina se divide en la última parte de la norma: ...”*cuyo goce puede ser de alguna utilidad para el usuario*”... Algunos autores sostenían que necesariamente debe ofrecer un beneficio económico¹⁰⁹⁵. La mayoría actual coincide con el apoyo de la antigua y sólida opinión de un autor clásico como Salvat que afirmaba apoyándose en normas correspondientes al Usufructo y que operan como marco del Derecho de Uso: los artículos 2844¹⁰⁹⁶ y 2845¹⁰⁹⁷ del Código Civil que operan cuando reportan utilidad al usuario...”*pensamos que esto podría suponerse en el fundo improductivo y hasta en el supuesto del mero placer*”...”*nada impediría en efecto, que los paseos, estatuas y cuadros, de que habla el codificador, pudieran ser “usados” en ejercicio del derecho real que consideramos. Más bien cabría decir que el empleo y el goce vendrían a confundirse prácticamente*¹⁰⁹⁸,...Guillermo Borda llega a afirmar apoyándose en el artículo 2951 C.C¹⁰⁹⁹., que no se requiere de una utilidad...”*económica o práctica puede ser simplemente estética, como la que*

¹⁰⁹⁵ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. Op. Cit., pp 148, Núm. 1559. SALVAT, Raymundo. Op. Cit., pp 415. Núm. 1743 y ver especialmente Nota 14 en la que funda esta aseveración en el Digesto, Nota del codificador al art 2951 y Demolombe T X Núm. 785. Este autor cita la opinión contraria de Lafaille que nosotros destacamos en apoyo de nuestra opinión más adelante. CNCiv., S. F, 25/08/81, J.A. 1982-IV-204 en esta sentencia se exige que la cosa proporcione alguna ventaja o satisfacción económica. BORDA. Guillermo. Op. Cit Núm. 979, pp. 98, Cita 1254.

¹⁰⁹⁶ Art. 2.844 CC 1871. *El usufructo puede constituirse sobre cosas de mero placer, como un lugar destinado a un paseo, estatuas o cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad.*

Artículo 2130 CCyCom 2014. Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

¹⁰⁹⁷ Art. 2.845 CC 1871. *El usufructo puede constituirse sobre un fundo absolutamente improductivo.*

¹⁰⁹⁸ LAFAILLE, Héctor. Op Cit Núm. 1429 pp 468. FORNARI, María José. Op. Cit. Cometario artículo 2951 CC, parágrafo 2, pp. 1248. BORDA. Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales.* V Edición actualizada por Delfina Borda. Tomo 2, Núm. 979, pp. 98, La Ley, Buenos Aires 2010. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Código Civil y Normas Complementarias, Bueres – Highton*, Tomo 5 pp., 1072.

¹⁰⁹⁹ Art. 2.951 Código Civil 1871: *El derecho de uso puede ser establecido sobre toda especie de cosas no fungibles, cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario.*

Art. 2130 CCyCom 2014 Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

*proporciona una obra de arte, un cuadro, una estatua. Del mismo modo, pueden ser objeto de este derecho las cosas que sirvan a un mero placer o goce, como una casa de descanso, un yacht, etc*¹¹⁰⁰...dando a entender que la norma civil en comentario no tiene un carácter taxativo lo que podría habilitarnos a considerar el paisaje como un objeto posible en el ejercicio del derecho de uso.

1.3.El paisaje como objeto del Derecho de Uso

Lo primero que hay que volver a señalar es que el Derecho de Uso se puede constituir sobre cualquier tipo de cosas, materiales o inmateriales, (Art 2951 CC 1871), fungibles o no fungibles dice el Código Civil y Comercial de 2014 (Art. 2130). Por esta razón, en el punto anterior cuando analizamos las cosas que pueden ser objeto de uso, concluimos en que el paisaje bien puede ser objeto del Derecho de Uso. Esta idea se corrobora por varios elementos civiles que acompañan la misma, tales como la consagración del principio de autonomía de la voluntad en el artículo 2952 CC 1871¹¹⁰¹, que permite que los derechos y obligaciones del usuario sean regulados por las partes en el acto constitutivo del derecho pertinente y por lo tanto celebrar multiplicidad de contratos atípicos y asumir cualquier tipo de objeto como el paisaje por ejemplo, lo que no es legislativamente tan común sobre todo tratándose de un sistema de Derechos Reales como el argentino que es *numerus clausus*¹¹⁰². El carácter de divisibilidad de este derecho lo torna asequible no sólo a la familia del usuario sino otros usuarios que puedan ser consagrados con tal derecho por el nudo propietario, según hemos explicado en título anterior. También puede el paisaje ser considerado un accesorio del objeto principal, tal solución la habilita el artículo 2956 del Código Civil 1871¹¹⁰³ y

¹¹⁰⁰ BORDA. Guillermo. Op. Cit Núm. 979, pp. 98.

¹¹⁰¹ Art. 2.952 Código Civil 1871: *El uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes.*

-En el Código Civil y Comercial 2014 el Uso y Habitación se rigen supletoriamente por las normas que rigen el usufructo.

¹¹⁰² El límite estaría dado por las normas de Orden Público como el artículo 2502 que establece el principio de *numerus clausus* o 2825, 2921 y 2969 que establecen normas sobre la duración del contrato. Idénticas disposiciones en el Código Civil y Comercial 2014.

¹¹⁰³ Art. 2.956 Código Civil 1871: *Si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se extiende tanto a lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto a todos los accesorios que están en él para su explotación. Si hay edificios*

pensamos que también el nuevo artículo 2130 CC 2014 en cuanto...*"el usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa"*..., entendiendo que se extiende no solo al inmueble sino a sus accesorios, si por ejemplo el fundo dado en uso tuviera una maravillosa vista panorámica y el usuario decide darle un destino de explotación turística aprovechando no los elementos materiales del inmueble entregado en uso sino...*"la totalidad"*...lo cual incluye elementos culturales que se ve desde los inmuebles vecinos que proyectan un inmejorable paisaje divisible desde el objeto del contrato de uso. En el viejo Código Civil de 1871, podía cuestionarse o aún poner en duda la medición sobre los frutos que puede percibir el usuario por causa de este paisaje, porque si exceden los necesarios para subvenir las necesidades del usuario y su familia (Art 2957 primera parte CC 1871), con la actual redacción que no considera estos detalles tal problema no se presenta. Otro caso para analizar es el del artículo 2960 CC¹¹⁰⁴ porque permite establecer un derecho de uso solamente sobre el paisaje, si se considera que el paisaje integra el derecho del nudo propietario; aún más podría hasta cederse el uso en locación si el mismo fue cedido a título oneroso¹¹⁰⁵, o locar la cosa en uso sino es habitador¹¹⁰⁶.

1.4.Punto más extremo: El Derecho de paso inocente y su aptitud natural para proteger paisajes

La culminación del desarrollo conceptual del Derecho de Uso, culmina en este estudio, con uno de los usos aparentemente más inofensivos para el Derecho. Permítasenos cambiar la perspectiva lineal de la aplicación de un Derecho de Uso, siguiendo una línea que utiliza los elementos desplegados sobre esta mesa, a saber: la

construidos para el servicio y explotación del fundo, el usuario tiene el goce de ellos, sea para habitar mientras lo explote, o sea para guardar las cosechas.

¹¹⁰⁴ Art. 2.960 Código Civil 1871: *Constituido el derecho de uso sobre un fundo, el usuario tiene preferencia sobre el propietario, o usufructuario de la heredad, para usar de los frutos naturales que produzca, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos.*

¹¹⁰⁵ Art. 2.959 Código Civil 1871: *El que tiene el uso de los frutos de una cosa por un título gratuito no puede dar a otro por cesión o locación, el derecho de percibirlos; pero puede ceder el uso si fue obtenido a título oneroso. En uno y otro caso, el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios.*

¹¹⁰⁶ Art. 2.965 Código Civil 1871: *El usuario que no fuese habitador, puede alquilar el fundo en el cual se le ha constituido el uso.*

posibilidad de recaer sobre todo tipo de cosas no fungibles, el carácter divisible de este Derecho, la incidencia de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de ser también el paisaje un objeto accesorio al principal, que la utilidad para el usuario lo representa cualquier tipo de goce que no debe ser necesariamente económico pudiendo ser representado por el placer que produce –siguiendo a Borda y a Lafaille- una casa de descanso o la contemplación del paisaje de esa casa de descanso, un cuadro o el paisaje pintado en ese cuadro, un yacht o el paisaje que se ve desde el mismo¹¹⁰⁷. Se advierte que convertimos al objeto en un mero instrumento de este nuevo objeto que es el paisaje, que siempre estuvo escondido detrás del follaje de instituciones jurídicas que resolvían abstracciones contractuales, pero que nunca pueden soslayar el elemento sin el cual muchos disfrutes no estarían presentes, que es el paisaje y el entorno en general. Luego si puedo contratar el uso de un yacht o una casa de campo¹¹⁰⁸ para disfrutar de sus instalaciones, también puedo contratar para usar la cosa y gozar estéticamente del paisaje que la rodea, en un contexto en donde la principal importancia que tienen las partes en miras al celebrar el contrato es el paisaje elegido. No es lo mismo escoger una casa de campo, o cabaña para contemplar las Cataratas del Iguazú, que para contemplar las minas de sal en Bolivia o el desierto del Sahara. Tampoco es lo mismo alquilar un yacht para estacionarlo en la Bahía de Guanabara y contemplar el Pan de Azúcar que alquilar camarotes que miren mar adentro en Alta Mar. O usar mediante el contrato de hospedaje¹¹⁰⁹ las habitaciones del Hotel que miren hacia el Monte Fují o el Aconcagua o el Fitz Roy que hacia la ciudad de Kawawuchiko, Mendoza o Neuquén. No es lo mismo y nos animaríamos a afirmar que el precio a ser pagado tampoco puede ser el mismo.

¹¹⁰⁷ La imposibilidad de considerar una servidumbre predial por inexistencia de fundo sirviente es otra característica. Depende de la voluntad del constituyente y debe hacerse por escritura salvo que se instituya por ley.

¹¹⁰⁸ Art. 2951 CC 1871, citado.

¹¹⁰⁹ Las disposiciones sobre el contrato de hospedaje están contempladas dentro del marco del contrato de depósito necesario en el Código Civil argentino 1871: (Arts 2227 a 2239). Somos consientes de efectuar un cambio desde un derecho real a facultades de ejercicio derivadas de un contrato que si bien se perfecciona con la entrega de la cosa el uso ha tornado al mismo en uno consensual distinguiéndolo del contrato real típico contemplado en el Código en los artículos citados. Interesa remarcar el funcionamiento de la idea de uso y su versatilidad que se origina en un Derecho Real y es fuente de multiplicidad de derechos personales donde el “uso” es inevitable y la figura del “usuario” emerge con más nitidez y reiteración.

Ésta expansión de la idea del Derecho de Uso es lo que habilita a exponer sobre el “derecho de paso inocente” considerado como un derecho a observar el paisaje como simple usuario de un bien de propiedad pública que se encuentra en custodia de un privado. Naturalmente que abrevamos no sólo en el Derecho de Uso sino también en el Derecho Internacional Público para esta propuesta en la idea de que el Derecho es un tronco común, por numerosas que sean sus ramas beben todas de la misma savia al calor del mismo sol de los tiempos.

En el “Caso del Canal de Corfú” que consagra este derecho sobre las costas de Albania¹¹¹⁰, permite a la Corte Internacional de Justicia determinar que existe un paso inocente de las naves de Guerra del Reino Unido frente a las costas de Albania porque no están en formación de combate y multa a Albania por poner minas que hundieran uno de los buques ingleses del convoy que no habían sido avisados del minado. En esta circunstancia, la extrapolación a un caso de contemplación de un paisaje al paso inocente que requiera un usuario del mismo, llevan a pensar que el titular del dominio del territorio sobre el cual se alza el escenario digno de ser contemplado no puede poner ofendículas ni siquiera oponerse de manera alguna a su paso inocente por los excursionistas siempre que respeten las reglas del Estado soberano o el que ejerce el dominio eminente para la contemplación del mismo salvaguardando los intereses privados que no tienen porqué sufrir daños a su propiedad ni soportar los producidos, ni menoscabo a su ejercicio regular como no sea el necesario para permitir al usuario el goce del paisaje. Estas reglas pueden disponerse de varias maneras, ya sea con el ordenamiento territorial y paisajístico que es el ejemplo seguido por la Unión Europea y aún el de alguna provincia argentina con sólo ordenamiento territorial y leyes de protección del paisaje siguiendo el modelo de áreas protegidas pero sin expropiación y con restricciones al dominio. Ampliamos en los capítulos que siguen este particular.

¹¹¹⁰ GARCÍA GHIRELLI, José I. *Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*. Zavalía, Buenos Aires 1973, pp., 14 y ss. Sentencia del 25/03/1948.

Otro ejemplo del Derecho Internacional Público, en este caso por tierra, lo da el “Caso relativo al Derecho de Tránsito por territorio indio¹¹¹¹” que reclamaba Portugal entre Damao y sus enclaves (Dadra y Nagar Aveli) y entre éstos entre sí pasando por territorio indio. La Corte decide que existía un uso desde hacía 154 años aceptado por la India, como una práctica constante y uniforme de libre tránsito en estos territorios para personal civil y mercaderías pero fuera de toda connotación militar. En este caso, la Corte acepta la costumbre como fuente de Derecho. Lo que da la idea de que si un territorio portador de un extraordinario paisaje es descalificado en su protección paisajística o como área protegida lo que incluye esta protección, el acceso a la belleza debe ser posibilitado de igual manera al usuario por haber adquirido el derecho consuetudinario a usar el paso inocente para gozar del mismo.

En síntesis, y como lo pinta y escribe Hermann Hesse en “El Caminante¹¹¹²” o como lo plantea Rèmond Gouilloud¹¹¹³, en referencia a esta nueva idea de lo que en la Argentina se conoce comercialmente en la oferta turística con la muy norteamericana expresión de “trekking”, o aerobismo, la sociedad actual aprecia el esparcimiento que consiste en despejar la mente en espectaculares paisajes. Pero, en ocasiones, están encerrados en propiedades privadas, inaccesibles sin un derecho de paso organizado por el Estado local para mantener el equilibrio entre la propiedad privada y el usuario del paisaje. No se trata de ejercer este principio solamente en las áreas protegidas, donde no existen conflictos con el propietario porque coincide con el titular del dominio eminente o bien del Dominio Público, sino en todos los lugares paisajísticos, calificados y ordenado previamente como tal por el Estado en donde debemos seguir la regla de no contaminar, recoger maderas, flores y menos cazar o hacer fuegos de impredecibles consecuencias. Con razón se pregunta Rèmond...” *¿Porqué no imaginar a nuestro paseante obligado a un paso inofensivo de la misma manera que un barco que atraviesa aguas extranjeras? Según el artículo 19 del Tratado de Derecho del Mar*

¹¹¹¹ Ibídem, pp., 78 y ss. Sentencia del 12/04/1969.

¹¹¹² HESSE, Hermann. *El Caminante*. Bruguera. 3º Edición. Barcelona 1981.

¹¹¹³ RÈMOND GOUILLOUD, Martine. *El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Editorial Losada Buenos Aires. 1994 (1º Edición). Primera edición en Francia en 1989 por Presses Universitaires de France. Ver especialmente pp., 129 in fine.

el paso es inofensivo siempre que no perjudique la paz, el orden o la seguridad...la trasposición de ese principio al Derecho Interno no parece tan irreal'...

1.5.Responsabilidad del usuario

Que el paisaje sea parte del Dominio Eminente del Estado, o considerado patrimonio común, o legado histórico o biodiversidad preservable para las generaciones futuras, no hace más que poner de manifiesto diversos nombres para la misma categoría. Se trata de la disociación de las competencias referentes a un recurso¹¹¹⁴, se entiende la existencia de un usuario del paisaje titular del bien útil y de una autoridad encargada de su protección que achica o limita el ejercicio del derecho del dominus para tomarlo regular en el uso. Antes, el Dominio Eminente era ejercido por el Príncipe, el Sr Feudal¹¹¹⁵, ahora por el Estado actual que ha sido su sucesor. El usuario del paisaje o el propietario del escenario donde el mismo se identifica ven limitadas sus facultades por el Estado (en rigor el Derecho Público, por interés general) que les exigirá rendición de cuentas mediante el seguimiento de reglas ambientales y paisajísticas y por supuesto tributarias. En ese punto se encuentra el desarrollo de una teoría de la responsabilidad para el usuario del paisaje que preserva el recurso a las generaciones futuras uniendo en el tiempo a los que están con los que vendrán, lo que se llama Humanidad. A esta especie atemporal los creyentes la llamamos Dios, última fuente de toda razón y justicia. Otros, dentro del variopinto positivista, cayendo paradójicamente en cierto misticismo la denominan “Humanidad”, “Generaciones Futuras”, “Patrimonio Común” ofreciendo un concepto secular de la naturaleza.

1.6.Pagar para ver. Principio de sostenimiento preventivo del Paisaje

¹¹¹⁴ *Ibíd*em, pp., 146 y ss.

¹¹¹⁵ Por esta razón, el uso comenzó a constituirse por contrato, concesión de quien tiene el dominio eminente de los bienes; por última voluntad, por prescripción; y por juez en los juicios divisorios (ley 30, tít. 31, Partida 5 y ley 10 tít. 15, Partida 6) Este último caso es el antecedente de la constitución de este Derecho de Uso respecto del cónyuge divorciado o supérstite hasta que vuelva a casarse. También se pierde por lo que hoy interpretaríamos convenientemente como el cambio del paisaje, lo que en la época de las partidas se denominaba “*el cambio de la naturaleza intrínseca de la cosa ...el fértil regadío se convirtió en biodiverso pantano* (leyes 17 tít. 31, 24 y 25 partida 3; y ley 48 de Toro)”...

Llegados a este punto, queda la cuestión de la sostenibilidad del paisaje. ¿Cuál es la manera en que el paisaje pueda ser usado por estas generaciones y por las que vienen? En una economía capitalista los recursos son aportados por el valor instrumental de la moneda que opera como medio para cuantificarlos. Los métodos pueden ser de los más variados, desde el ticket de entrada a un área protegida al tributo con fondos afectados, pasando por la entrada voluntaria de una ONG ambiental que contribuya al sostenimiento de determinado paisaje, pero no es éste el tema de debate en este punto. Lo que sí interesa poner de relieve es que tiene lógica que si se ha consolidado en las legislaciones la idea de pagar para vertedero, también debería estar habilitada la posibilidad de pagar para ver un paisaje y contribuir a la sostenibilidad del mismo. Si es aceptable el precio del agua mineral para facilitar la disposición de la misma desde la montaña a la mesa, o el precio de la tasa municipal sanitaria para depurar aguas servidas, es evidente que se paga una tasa por el derecho a beber y otra por el derecho a contaminar y que otro se ocupe de la depuración¹¹¹⁶. Ello sin tomar en consideración el costo de los desastres ambientales que destruyen el paisaje como los petroleros, los huracanes o los escapes de automóviles. En consecuencia si hay un “*principio contaminador pagador*” *ex post* que nace en la OCDE en 1972 y se consagra en Rio 92¹¹¹⁷, esto es si es posible internalizar el costo ambiental en quien se beneficia de la destrucción al ambiente para liberar de este costo al Estado y trasladarlo a quien se beneficia directamente con la contaminación (por ejemplo un industrial). A *contrario sensu*, debería ser posible la afirmación de un principio que internalice el costo de mantenimiento del paisaje al usuario *ex ante* para proveer a su preservación y que actúe preventivamente para impedir su destrucción actuando precautoria o preventivamente ante una amenaza de daño. Podríamos esbozar los lineamientos generales de tal principio verificando que: *las autoridades de cada Nación, debería fomentar la internalización de los costos del paisaje a los usuarios para que contribuyan a su sostenimiento, porque en principio quien usa del paisaje*

¹¹¹⁶ *Ibíd.*, pp., 156 y ss.

¹¹¹⁷ Principio 16: *Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el enfoque que el que contamina debe, en principio, cargar con el costo de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio internacional y la inversión.*

debe contribuir a su mantenimiento, teniendo en cuenta el interés del propio Estado a sostener el mismo por los valores que este encarna en la comunidad que jurídicamente representa y organiza. Lo contrario importa también una seria ablación al Derecho de Propiedad que sostiene este Derecho de Uso. En todo caso siempre debe tenerse presente la posición del nudo propietario, porque ejercer uso no admite perder valor de cambio o permitir que éste se desdibuje, salvo lo que refiera al costo de la declaración del bien afectado. Porque de alguna forma debe paliarse el sostenimiento del uso general, a cargo no del Estado que no expropia, sino que solo limita con un fin general por ejemplo la declaración de un espacio natural protegido los teros migrantes entre las lagunas de la pampa, lo que importa un menoscabo no para el bien inmueble objeto, sino para su propietario que es un sujeto de derecho y beneficia a bienes sin dueño y objetos de derecho como las teros¹¹¹⁸.

Por estos motivos, sostenemos que es preciso aceptar la idea de pagar para mantener el paisaje.

2. El Derecho de Uso como interés difuso

2.1. Introducción

Expandir el Derecho de Uso al paisaje y relacionarlo con el derecho a usar ese paisaje, es un hecho trivial que todavía pasa inadvertido solamente porque los juristas no se han detenido a analizar una obviedad que forma parte de nuestra vida de una manera tan natural que es tan imperceptible como el aire que se respira. En términos jurídicos, se puede afirmar esta tesis de la misma manera que se sostiene el derecho a disfrutar *de un ambiente adecuado* como luce en la constitución española en el artículo 45.1., o a “gozar del *derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*” en el primer párrafo del artículo 41 de la Constitución argentina, parece cuestión de estricta lógica en el mundo moderno.

¹¹¹⁸ TEROL BECERRA, Manuel José. Op cit., pp. 93 y ss.

Las páginas que restan en este análisis van a girar sobre los siguientes puntos: el natural uso que del paisaje hacemos los habitantes de la Argentina, el carácter divisible de este uso al ser masivo su consumo (colectivo), la multiplicidad de usos que es posible efectuar sobre los más variados objetos ya sea materiales o inmateriales, su inmanente función social espontánea, su expansión a los Derechos Personales¹¹¹⁹, intereses difusos y la intervención pública. Primero nos detendremos nuevamente sobre los más variados objetos que tiene este uso del que hablamos, en donde usar la cosa ajena es una característica que no puede pasar desapercibida porque es central en nuestra vida. Es una verdad de Perogrullo pero es preciso detenerse a analizar antes de continuar hacia lo difuso.

2.2. De nuevo sobre el objeto, ahora como bien colectivo

El uso es un concepto multipropósito, dice Fabián Tangorra Egler¹¹²⁰, y razones no le faltan a este ácido y apasionado jurista. El uso es una idea aplicable a todo lo que nos rodea ya sea material o inmaterial, fungible o no fungible. Es operativo para calificar un derecho real y particular y para señalar cuantos derechos personales ejercemos por segundo en la vida diaria, desde el teclado con el que crecen las páginas de esta tesis, a la ropa que usamos, el reloj, los anteojos y los discos de Carlos Gardel, Pink Floyd, junto a la merengue o la azul y oro o el vuelo suave y largo que toma un zeppelín con las nuevas y livianas guindas de hoy que fácilmente superan desde mayor distancia la altura de la “H” cuando dropea Juan Hernández, cuya imagen con la casaca de Los Pumas tiene uso publicitario también. Todo es uso y todo se usa permanentemente, algunas cosas se consumen al primer uso como el dinero y otras se llevan toda la vida como la alianza matrimonial, algunas se ven y otros no se ven como el goce que me produce como usuario del Museo Municipal de Bellas Artes en Tandil para contemplar

¹¹¹⁹ PASTORINO, Leonardo F. *Los derechos de propiedad y su influencia en la gestión de los bienes y valores ambientales provinciales*. Il Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial. 4/5 Oct 2013, UNLP. La Plata, pp 4

¹¹²⁰ TANGORRA EGLER, Fabián. “El derecho de propiedad frente a la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación”. En: “*El derecho de propiedad, análisis transversal*”. Obra Colectiva dirigida por GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. Nova Tesis, Buenos Aires 2008, pp., 368 y ss.

la obra de Benito Quinquela Martín: “El puerto”, o la obra de Verni “Los Obreros” en el Malba que este tesista no se cansa de mirar, la Serie Negra de Goya en El Prado, o el “Guernica” en el Museo Reina Sofía, que nunca termina de regalar simbología de esa composición en los trazos más finos pero al que siempre el observador le descubre un rasgo nuevo y fascinante cada vez que es visitado aún para los que ya saben lo que verán. Ese gozo es tan inmaterial como el *ánimus dómuni* y el placer que produce también; la pintura no es propia sino del museo que a lo mejor no es el propietario sino un simple usufructuario, pero que mediante el pago de una entrada se adjudica a cualquiera la potencia de usar el tiempo conferido para gozar en el museo el arte material deseado, salvaguardando el interés colectivo que es posibilitar que muchas personas puedan acceder al mismo goce como usuarios de este museo. Hay otras cosas que no se ven, pero que es posible usar junto a muchos otros que comparten el mismo interés, en algunos casos de manera facultativa y en otros de manera cuasi obligatoria si quiero ser habitante de la ciudad, un ciudadano del pavimento que compra pollos y verduras en el supermercado en lugar de correr tras las aves res nullius, y sembrar las espinacas en el fondo de la casa, si es que todavía quedan casas con fondo en el mundo moderno. Esto es: que es posible elegir pagar el servicio de cable de televisión, teléfono, internet, gas, agua, y desde luego energía eléctrica. Y si proveen de este servicio, o si un rayo impacta la red de energía eléctrica y quema electrodomésticos, cualquier ciudadano tiene la facultad como usuario¹¹²¹ de llenar el formulario de reclamo y presentar el mismo ante la compañía distribuidora del fluido eléctrico para demandar por los daños sufridos¹¹²².

Todos estos usos, tan dispares en apariencia, sin embargo tienen varios elementos en común: son usos sobre cosa ajena, enseña Tangorra Egler, debiéndose destacar que son más numerosos los repartos de cosa ajena que de cosa propia,

¹¹²¹ FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y Derecho del usuario*. Astrea. Buenos Aires 1995. Página 220.

¹¹²² Ley 24065 BORA 16 /01 /1992. N° 27.306. El artículo 1 caracteriza como servicio público al transporte de electricidad y en su artículo 2 inciso d) establece como objetivo de la ley ...”regular las actividades del transporte y la distribución electricidad” ... ; y el artículo 54 crea el E.N.R.E. (Ente Nacional Regulador de la Energía) Este organismo entre sus funciones y facultades (art 56) tiene las de hacer cumplir la ley 24065, dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los transportistas, autorizar servidumbres de electroducto, velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en el transporte de electricidad, requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información para verificar el cumplimiento de la ley, aplicar sanciones, etc.

restringen al derecho de propiedad -*que no puede ser menoscabada ni perder su valor de cambio*- sin llegar a la expropiación¹¹²³, son colectivos, difusos, fungibles o no fungibles, materiales e inmateriales como la energía eléctrica por más que por comodidad se la considere bien mueble; después de todo, el Derecho es una gran abstracción...

Lo importante es reparar que los usos que comentamos pueden ser difusos porque ayudan a conectar redes o grandes sistemas en donde no se sabe la cantidad de usuarios que participan de las mismas y si se pudiera saber no importaría conocer el número, porque como afirma Tangorra Egler¹¹²⁴, los usuarios tienen calidad de vida y son comprendidos por el sistema manteniendo el carácter de tales, y son marginados sociales si no acceden a las grandes redes de usuarios, más que teniendo una pequeña propiedad desconectada de la vida. El ciudadano de hoy nace conectado a la red, y no es imaginable la vida moderna sin el uso como función social de las grandes redes de infraestructura de comunicaciones aéreas, terrestres, marítimas o los otros servicios públicos, privados y financieros y la conexión a los mismos. Estas infraestructuras se usan, nadie pretende apropiárselas, ni siquiera alquilarlas, y la vida de hoy está más cerca de ese paradigma que el de comprar la casita de los viejos que al menos dará techo si llegan los tiempos malos. La simple comparación del mercado inmobiliario con el de uso de cualquiera de las redes en millones de dólares o euros nos facilita rápidamente la idea que en esta comparación, como en todas, hay un perdedor y éste no es el derecho de uso que sobrevive y tendrá larga vida merced a su nueva dimensión de función social, diga lo que diga el Código Civil¹¹²⁵.

2.3.El paisaje como bien de consumo colectivo mediante el uso

Cuando nos referimos al paisaje como bien de consumo, enfatizamos el aspecto cultural del paisaje, uno de los elementos de aquella exquisita mixtura de naturaleza y cultura de la que dimos cuenta en el capítulo primero. Si paisaje es imagen y territorio,

¹¹²³ Ley 19552 BORA 13/04/1972. Artículos 1/ 4.

¹¹²⁴ Op. Cit., pp.375.

¹¹²⁵ Es llamativa la magra regulación del Derecho de Uso que realiza el nuevo Código Civil y Comercial 2014.

requiero del territorio para ubicar los pies que se plantan frente al mismo y de la vista para percibir la imagen.

Cuando la estética de un determinado lugar ha sido elegida por el público, ya sea el Cerro Cathedral en Bariloche, las playas de Mar del Plata, o las cataratas del Iguazú, esa estética es el canal que transforma la vista en producto y el mismo pasa a ser oferta masiva, porque masivamente es demandado y por ello naturalmente y aún sin que el Derecho repare en el hecho, la función social de este objeto contemplado y en uso ha comenzado. La razón de ésto es que cuando un producto es consumido por millones por turismo, revistas o TV en base a su estética como es el caso del paisaje, o la actriz o deportista del momento, lo que se impone en ese mercado es un particular tipo de estética que es demandada por el gran público. No se trata de productos necesarios como lo postulaban los economistas clásicos, sino en patrones culturales que originan la demanda allí donde la estética ha sido elegida¹¹²⁶. Pero si es posible identificar al paisaje como objeto del derecho de uso, hay una función social que adquiere el mismo, para que el paisaje pueda ser disfrutado en forma colectiva.

Todo esto nos distrae por un par de párrafos en la lectura sobre la cuestión del mercado de oferta turística, cuyo soporte principal es el uso del paisaje y en el que debemos considerar sus dos aspectos principales: Oferta y Demanda o Empresas proveedoras del uso del paisaje y público demandante o consumidor. El primer aspecto lo ofrece la parte de empresas nacionales y multinacionales con grandes complejos, cadena de hoteles en el mundo, que desarrollaron nuevas formas de Derecho como el Tiempo Compartido o la Multipropiedad y que asumieron al paisaje, que era su principal soporte y gran descubrimiento” como un bien propio que integraba el perímetro que habían adquirido, como parte de su derecho de propiedad. Una idea muy conveniente. Nadie paga por el uso de la vista al mar, el paisaje gratuito más maravilloso que nos ofrece la naturaleza cada día, y con el cual los edificios o no estarían contruidos o bien no tendrían el valor que llevan incorporado y muy probablemente no existiría diferencia de precios en los pisos que miran al frente de los de contrafrente. Pero el costo del

¹¹²⁶ TANGORRA EGLER, Fabián. Op. Cit., pp., 428.

metro cuadrado de construcción para un piso y otro es el mismo; en consecuencia, o bien se traslada al costo de venta de la unidad en forma diferencial, o, la unidad con vista al mar lleva un sobre precio que sólo se justifica en la apreciación directa del paisaje con la sola apertura de una celosía. La brecha entre ambos precios (frente y contrafrente) es el costo del paisaje que nos da el mercado.

El segundo aspecto de este punto es el público, el gran consumidor masivo de este producto que es el paisaje de tal lugar, que nos ofrece una estética elegida por la gente y que las empresas promocionan y venden. Por tal razón, poniendo como ejemplo: la ubicación de un hotel o su desayuno en condiciones diferentes a las contratadas, habilitan a un reclamo en aplicación de la legislación del consumidor. El marco de todo esto es un artículo de la Constitución argentina que está ubicado en la cláusula siguiente a la ambiental, nos referimos al artículo 42¹¹²⁷ que lleva la intención, siguiendo el estilo de las normas del Derecho del Trabajo de proteger a la parte más débil de esa relación de consumo que es la del consumidor. Por esta razón, reconociendo por primera vez a nivel constitucional: cuestiones como el derecho a la información adecuada en el consumo, libertad de elección, derecho a la libre competencia para evitar la manipulación del mercado y proveer a la constitución de usuarios y consumidores para asegurar su defensa ante el gran capital y su poder inconmensurable, lo que se asume es una decisión política de empoderamiento del ciudadano para nivelarlo con los poderosos económicos de turno. Éste es uno de los grandes cambios de la Constitución de 1994 en el que se ubica al capitalismo argentino a la altura de los tiempos y se protege al ciudadano que es el verdadero destinatario de cualquier sistema.

¹¹²⁷ Art. 42.- *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*

Ahora bien, poner en blanco sobre negro el derecho de los consumidores del paisaje en el mercado del turismo nos da sólo una parte del uso del paisaje pero no toda. Desde luego que si se toma al turismo como un servicio público y se organizan viajes para la hoy denominada tercera edad, debemos cambiar la palabra “consumidor” por la de “usuario” y el razonamiento sigue siendo el mismo porque el costo por el uso del paisaje lo asume el Estado, pero el paisaje sigue teniendo un costo por el uso que del mismo se hace.

El paisaje no ha dejado de ser un bien que tiene su aspecto cultural, y desde tal enfoque las medidas destinadas a su protección y preservación para legarlo a las generaciones venideras puede encontrarse dentro de una lógica diferente a la del consumo por el uso, y así un paisaje puede ser preservado en razón de los valores culturales que representa y las prácticas de conservación se hacen sobre su naturaleza. Entramos en el terreno del patrimonio cultural (histórico, arqueológico, etnológico, etc) que decidimos tratar por separado (Capítulo de Dominio Público) porque es el paisaje que protege el Estado y que en todo caso, queremos crear, lo hace por cuestiones ajenas al mercado.

III. Derecho de Servidumbre y Paisaje

El concepto más básico de la Servidumbre, según veremos, refiere necesariamente a la carga de un fundo de soportar una limitación en beneficio de otro, tal es el caso de la servidumbre de vista que en nuestro caso si se constituye por contrato puede serlo de un paisaje y trata del espacio adyacente a un territorio o terreno permitiendo la vista de otro con la correspondiente obligación de no hacer para permitir la posibilidad del ejercicio de ese Derecho, por ejemplo no elevar la altura de una construcción. Se distinguen de las inmisiones porque éstas son parte del contenido normal del Derecho de Propiedad, son intrínsecas porque forman parte de su definición, es el “límite” hasta donde llega el poder del dueño, en cambio las “limitaciones” entre las cuales se encuentra la servidumbre son extrínsecas porque limitan desde afuera por eso son excepcionales reducen el señorío sobre la cosa, recortan el derecho para

facilitar la vecindad¹¹²⁸. Entre estas servidumbres algunas son regidas por el Código Civil y rigen las relaciones entre particulares y su función social hace que la relación no tenga por beneficiarios solamente a dos fundos y que sea posible abrir exponencialmente el servicio. Otras servidumbres son establecidas por el Derecho Público en directa aplicación del Derecho Administrativo y normalmente operan como facilitadoras de la consecución de un servicio público como puede ser el servicio de teléfono por cable que tapa el cielo entre los edificios.

En este sentido, estudiaremos en primer término las servidumbres civiles con un detalle ligero pero no menos preciso de sus instituciones a fin de fijar los cimientos por donde discurriremos la explicitación de este Derecho Real y para el final, aquellas servidumbres que ocupan la atención del gran público y llegan a ser difusas en algunos casos: las servidumbres administrativas.

1.La Servidumbre Civil

1.1.Introducción

Finalmente, y en la inteligencia de analizar esta cuestión teniendo en cuenta la importancia actual del Derecho Real en estudio para ser vinculado a la temática que nos ocupa, abordamos el análisis del Derecho Real de Servidumbre, último Derecho Real sobre cosa ajena que corresponde analizar en este estudio. La finalidad es indagar si el ejercicio de este Derecho es operativo para permitir el uso y disfrute de un paisaje en un sentido particular y en otro difuso. Se trata de la hipótesis de un paisaje ubicado dentro de los límites de un territorio sujeto a un Derecho Real de Dominio por parte de un propietario privado *-y por lo tanto sujeto a las disposiciones del Código Civil-* y la manera en que los no propietarios pueden acceder al mismo utilizando aquella figura civil ahora con función social.

¹¹²⁸ ALGARRA PRATS, Esther. Op. Cit. pp 42 y 50. Esta autora se muestra crítica al sistema del Código Civil español, que no efectúa esta distinción.

Por esta razón, daremos primero las notas características del Derecho Civil ofrecidas por el Codificador, basadas fundamentalmente en el sistema francés de las postrimerías del Siglo XIX. Y finalmente haremos referencia, en similar metodología seguida con el Derecho Real de Uso, a la posibilidad de tornar difuso al sujeto activo de la servidumbre, mediante la aplicación del único mecanismo que la hace posible que es su considerar su función social.

1.2. Servidumbres típicas. Servidumbre de tránsito y paisaje

El Título XII del Libro III del Código Civil se refiere a las Servidumbres en particular, donde se regulan determinados tipos de servidumbres reales en las que se dedica normas específicas para cada tipo que en su casi totalidad son coercibles, o sea, que la ley otorga al propietario del fondo dominante el derecho de exigir su establecimiento a quien opera como dueño del fondo que será sirviente y que en nuestro particular interés no se trata de cualquier fondo sino del que es apreciado como un paisaje. Estas servidumbres son las de tránsito, acueducto, recepción de agua de fundos ajenos y sacar aguas¹¹²⁹ y las que en el futuro pudieran crearse por el Congreso Nacional, habida cuenta que el sistema legal argentino prevé al respecto un sistema *numerus apertus* en paradójico enfoque al sostenido para los Derechos Reales, en general, que es de *numerus clausus*. Debido a que la única tipología que desarrolló el Código Civil que reviste de interés para nuestro análisis paisajístico es el de la Servidumbre de tránsito, sólo nos abocaremos al estudio de la misma, descartando las demás figuras.

La Servidumbre de tránsito, es el caso del lote o territorio que refleja un paisaje y que está enclavado sin acceso a la vía pública por interposición de otras propiedades¹¹³⁰ o por una salida que es insuficiente para aprovechar el inmueble¹¹³¹. La

¹¹²⁹ PEÑA GUZMAN. Op Cit., pp., 249 N° 1696.

¹¹³⁰ Art. 3068. *El propietario, usufructuario, o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio.*

¹¹³¹ Art. 3069. *Se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas, no sólo las que están privadas de toda salida a la vía pública, sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación.*

finalidad romana en el momento de la creación de este instituto y probablemente la del Codificador, fue la de aprovechar productivamente también a los fundos aislados y ahora comunicados a la vía pública; el medio fue la utilización de este instrumento previo pago de la indemnización pertinente por el terreno necesario para abrir el paso, dado que se encuentra en juego el interés público¹¹³². Este caso es para la Servidumbre de paso con cerramiento que es muy difícil de tornarla útil para un destino diferente como no sea para acceder a la vía pública, o sea que el tránsito es desde adentro (desde donde podría encontrarse el paisaje) hacia afuera donde se encuentra la vía pública. No obstante es posible referir al ejemplo de las servidumbres de tránsito sin cerramiento, es el caso del artículo 3078 CC que establece...*“la servidumbre de tránsito que no sea constituida a favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda. Es discontinua y no aparente cuando no haya algún signo exterior permanente del tránsito”*...Ello permitiría constituir personalmente¹¹³³ dentro de esta figura una servidumbre de vista del paisaje ya sea en el trayecto de tránsito o en dirección hacia el fundo portador del paisaje elegido por las partes, lo que ofrece una indudable perspectiva de función social. En el nuevo Código Civil de 2014, el sistema es más simple porque se elimina la casuística de servidumbres típicas y se deducen todas de un marco general que confiere las mismas posibilidades, tal el caso del artículo 2162 que después de definir a este Derecho Real como el que...*“se establece entre DOS (2) inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno”*...termina declarando que...*“la utilidad puede ser de mero recreo”*... con lo que volvemos al principio, en el que es fácilmente detectable el paisaje como objeto de éste Derecho.

1.3. Servidumbres atípicas. Servidumbre ambiental y de paisaje

¹¹³² Conf. SALVAT, Raymundo. Op. Cit., pp.- 562 N° 1941. PEÑA GUZMÁN, Op. Cit., pp., 251 N° 1699. En contra LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 561 N° 1566.

¹¹³³ Conf. LAFAILLE, Op. Cit. Pp., 1574 N° 565, la consideran servidumbre personal. SALVAT. Op. Cit., pp. 577 N° 1957 dice que estaríamos en presencia de un simple derecho personal. Vd. “C.C.2°CF 06/04/1945: *“Lavallo MTL de vs. A. Pflaun s/ Cumplimiento de Servidumbre de tránsito”* JA Tomo 1945 ll. pp., 385 y ss. Cit. PEÑA GUZMAN, Op. Cit., pp., 262. N° 1711. Cita 209.

Cuando estudiamos la forma de constitución de las servidumbres, habíamos adelantado que este Derecho Real podía establecerse en el régimen legal argentino de manera convencional¹¹³⁴ y que el sistema de concepción era de *numerus apertus*. De lo expuesto, se sigue que puede haber tantas servidumbres como conciben las partes en uso de la autonomía de la voluntad¹¹³⁵ y dentro del marco de límites establecido por el Código Civil, y que la función social de este Derecho Real puede aportar marco teórico para justificar y abastecer las razones de su creación. El nuevo Código Civil y Comercial 2014 presenta algunas variantes importantes en este punto porque si bien el nuevo texto respeta el *pacta sunt servanda* (Art. 957/9) las partes son libres para discutir su contenido (Art 959) y hasta modificarlo per sé o por el Juez que podrá hacerlo por ley o de oficio por razones de orden público lo que otorga a nuestro criterio un marco muy amplio para extender facultades paisajísticas y naturalmente difusas, aunque demasiado amplio para el contenido general de la voluntad de las partes que es entregado ahora a la infinita sabiduría de un tercero imparcial que se lo presume hábil para alterar este *pacta sunt servanda*. Evidentemente una modificación que no es menor y que dará para hablar, aunque amplíe el marco de actuación a nuestra propuesta, que nunca es aislada, porque vive en un marco general que como todo instrumento de relojería, debe ser intervenido con sumo cuidado para no alterar su funcionamiento general.

En este sentido, válido es recalcar que con fundamento en los artículos ya citados 2970, 2971, 2977, 2998, 3000, 3005 y concordantes del Código Civil 1871 y en los artículos 2162 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de 2014 es posible constituir un Derecho Real de Servidumbre ambiental o de paisaje en la Argentina sobre parte o integridad de un territorio previamente identificado en el Instrumento

¹¹³⁴ Costa Rica tiene idéntico sistema, si bien la aplicación ha sido notablemente superior. En el caso de Brasil la servidumbre ambiental es instituida mediante la anuencia del órgano ambiental competente, solo por el propietario rural que renuncia a sus derechos de uso, explotación o supresión de recursos naturales existentes en su propiedad, por período temporal o permanente sobre el total o parcial de la propiedad, debiendo ser inscrita lo que no ha permitido evolucionar a la Institución. MELLO CARDOSO, Sonia Leticia. *Servidumbre ambiental en el Derecho Brasileño y Costarricense*. Revista de Derecho Ambiental. Abril /Junio 2009 N°18. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2009, pp., 65 y ss.

¹¹³⁵ Art 1197 CC que recoge el *pacta sunt servanda*, después de todo se trata de un contrato. También consideramos de buena hermenéutica los artículos 2952, 2977, 2984, 3016, 3019, 3045 CC. Ver artículos 957 a 960 Código Civil y Comercial 2014. El Código Civil español en el artículo 1258 sigue el mismo principio.

público objeto. Se trataría en rigor de un fundo sirviente que compromete el acceso a su belleza escénica a un fundo dominante, mediante el pago de un canon o suma de dinero fija y en donde el titular adquiere por ese precio una obligación por evicción y saneamiento de acuerdo con el régimen del Código Civil. La finalidad, causa, objeto¹¹³⁶, duración y demás condiciones relevantes que regulen el contrato se relacionarán en el instrumento pertinente del cual citamos un ejemplo del contrato utilizado en la Provincia de Neuquén en la Argentina que es señero y que lamentablemente no ha sido hasta ahora replicado, pero que abre las perspectivas a dar a este instituto una infinita posibilidad de cumplir con una función social y que sólo puede ser justificada asumiendo ese rol. Se trata en rigor de un sistema por medio del cual se reconocen los

¹¹³⁶Organización en ejercicio de la coordinación de ARCA: IDEA – Instituto de Derecho y Economía Ambiental, Paraguay. “Promoción de cuerpos legales e instrumentos para la conservación de tierras privadas en América Latina” Conclusiones generadas en la reunión de expertos legales en conservación de tierras privadas, celebrada en Asunción, Paraguay, el 24, 25 y 26 de Julio de 2002 CLAUSULA Modelo tipo de Contrato, utilizado en la Provincia de Neuquén, Argentina. PRIMERA (CAUSA): *La causa fin de este negocio jurídico es la preservación a perpetuidad de las ventajas ecológicas, escénicas y estéticas que en la actualidad el fundo sirviente proporciona al fundo dominante. Su cumplimiento se realizará a través de la conservación sustentable y a perpetuidad de los recursos suelo, minerales, aire, paisaje, agua - en todos sus estados- y las distintas formas de energía existentes en el fundo sirviente. Asimismo y por estar ligados en forma inescindible con los mencionados en primer término, se incluye la conservación de los recursos flora y fauna.-* CLAUSULA SEGUNDA (OBJETO): *Teniendo en cuenta que en el fundo sirviente, en época estival, se desarrollan actividades ganaderas bovinas, las restricciones de uso que gravarán la propiedad persiguen el propósito de compatibilizar la conservación del potencial natural del fundo sirviente con una explotación rural que se sujete a pautas de producción sustentable. En tal sentido, queda expresamente prohibido en el predio: 1) Talar, desmontar o extraer cualquier especie de flora nativa. 2) Edificar más de 300 metros cuadrados. Estas edificaciones, en su caso, no deberán afectar el paisaje que se disfruta desde el fundo dominante y su ubicación, materiales, diseño y colores quedarán supeditados a lo que determine el plan de manejo al que se hace referencia en la cláusula tercera punto b). Hasta la realización de dicho plan de manejo queda prohibido levantar cualquier tipo de construcción. 3) Cambiar y/o mover suelos. 4) Usar el terreno para agricultura o cualquier tipo de cultivo. 5) Dragar humedales o cuerpos de agua. 6) Realizar actividades extractivas de los materiales que el Código de Minería denomina como de Tercera Categoría. 7) Realizar cualquier actividad que contamine la tierra, el agua y/o el aire tal como la quema de pastizales o la fumigación con productos agroquímicos de consecuencias perjudiciales o desconocidas. 8) Introducir especies animales o vegetales no nativas. 9) Ingresar, circular y/o estacionar vehículos automotores de ningún tipo en el área. 10) Colocar estructuras publicitarias tales como carteles y otros. Los indicadores para prevenir las acciones incompatibles con esta servidumbre deberán ajustarse a las características que reglamente el plan de manejo referido. 11) Enterrar o quemar desechos industriales, humanos o animales. 12) Realizar cualquier actividad ganadera, excepto que se trate de ganado bovino y no supere las doscientas cabezas. 13) Construir alambrados fijos para separar parcelas interiores. Sólo estará permitido el uso de boyeros eléctricos y las clausuras temporarias con alambrado que respondan a la necesidad de restauración de vegetación u otros recursos, o a actividades de investigación y educación ambiental con las limitaciones ya expuestas. Se entenderá como compatible con el pastoreo de ganado la apertura y/o limpieza de los regueros que distribuyen las aguas que este fundo recibe de su lindero Norte, propiedad de la Provincia. 14) Dentro de las facultades que la legislación pertinente deja al arbitrio de los particulares, se establecen las siguientes restricciones de caza y pesca: a) la pesca deberá efectuarse con devolución de las piezas atrapadas y solamente con el procedimiento de mosca con anzuelos sin rebaba; b) estará prohibido cazar, herir o matar animales silvestres nativos excepto por razones científicas o educativas y siempre que cualesquiera de estas especies - terrestres o acuáticas- no se conviertan en plaga que afecte a otras especies de la fauna y/o flora o que atenten contra el equilibrio del ecosistema de la zona.*

servicios que los recursos ambientales o paisajísticos brindan, mediante un pago a quienes producen dichos servicios. Usualmente es un pago a los dueños de las tierras que se conservan y por esas acciones de conservación se asegura la producción de estos servicios que pueden ser desde la fijación de carbono también llamadas servidumbres solares¹¹³⁷, uso de agua potable, mantenimiento de especies, prevención de desastres hasta la simple contemplación de la belleza de un paisaje. De manera tal que el fundo activo que asume la carga del que sirve puede tercerizar esta servidumbre en forma de concesión de uso a los habitantes de la República Argentina, en forma gratuita o mediante el pago de un canon que opera para contribuir al mantenimiento de este paisaje que tiene un costo que debe ser solventado para su mantenimiento por toda la comunidad, si ella toda lo usa¹¹³⁸ dando función social a este Derecho Real. Lo contrario, sin expropiación, importaría un enriquecimiento sin causa para los usuarios que no pagan este servicio porque cargan al dueño del territorio sobre el cual descansa el paisaje con un peso económico que beneficia a toda la comunidad que disfruta de inversiones ajenas para un uso y goce compartido por el que nada invierte y consume con su uso regular. Esta degradación paisajística se produce con el mero uso normal y habitual que puede efectuar un espíritu desaprensivo con el ambiente como el realizado por un ambientalista sabedor del significado y la marca de su huella ecológica¹¹³⁹.

2.Servidumbres administrativas

2.1.Concepto

Las servidumbres administrativas o de Derecho Público tienen afinidad con las anteriormente vistas del Derecho Civil, razón por la cual muchos de los principios seculares establecidos para las Servidumbres de Derecho Privado son aplicables a las

¹¹³⁷ PEÑA CHACÓN, Mario. *Cambio climático y servidumbres ambientales*. Revista Brasileira de Direito Ambiental. São Paulo. Anno 3. Vol 12. 2007 out / dez, pp., 203 y ss.

¹¹³⁸ SIBILAU, Agnes y SANTAGADA, Ezequiel F. *Servidumbre Ambiental para la protección a perpetuidad de tierras privadas en la Patagonia Argentina*. Estudio de caso: Las Lagunas de “Epulauquen”, Provincia del Neuquén. Fundación Neuquén. 2003.

¹¹³⁹ ARCA. *Promoción de cuerpos legales e instrumentos para la conservación de tierras privadas en América Latina*. As. Paraguay. 2002.

administrativas, por ejemplo el principio "*nemo rem sua servit*"¹¹⁴⁰ y son aplicables sobre la cosa, de modo que todo lo que ya se ha dicho sobre el Derecho Real de Servidumbres es aplicable aquí con los detalles que deberemos pulir a los fines públicos que detienen a este título. Las diferencias se explican desde que en las servidumbres públicas hay siempre un claro interés público, que falta en la servidumbre privada porque el Estado al imponer una servidumbre administrativa actúa e interviene específicamente en su carácter de tal, es decir en el ámbito del Derecho Público, ejerciendo su capacidad de Derecho Público¹¹⁴¹. Siguiendo a Bielsa¹¹⁴² las definimos como un..."*Derecho Público Real constituido por una entidad pública – Estado, Provincia, Comuna – sobre un bien privado con el objeto de que ésta sirva al uso público*"...El fundo sirviente es el fundo afectado; hasta aquí no hay diferencias con la servidumbre civil, pero en lo público el fundo afectado suele no aparecer con claridad y hasta es posible que no exista. Aquí se trata de una servidumbre que siempre está puesta a favor de la infraestructura del servicio público a favor del uso de las grandes masas de población. En consecuencia se sabe con certeza sobre quién recae la carga pero no quien es el beneficiario indirecto o usuario que en muchos casos puede ser difuso. Pero una cosa es segura siempre deben ser beneficiarios los particulares en forma directa o indirecta porque sino el Estado no tendría razón de ser.

En el Derecho de España, se ve con más claridad, la justificación de la misma como función social de la propiedad, porque muchas veces los límites¹¹⁴³ ya vienen fijados por ley de acuerdo al tipo de propiedad que se trate: forestal, agraria, hidráulica, minera, patrimonio cultural, etc¹¹⁴⁴. En ese caso se trata de límites a la propiedad por interés público que no requieren de constitución porque conforman los contornos

¹¹⁴⁰ Cita al artículo 2970 CC. Partida III, Tít. 2 ley 26.

¹¹⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV N° 1264 pp., 80 y ss. Buenos Aires 1997, Abeledo Perrot.

¹¹⁴² BIELSA, Rafael. *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público, Restricciones y servidumbres administrativas*. Tea. Buenos Aires 1923., pp. 108.

¹¹⁴³ No hacemos referencia en el caso a las limitaciones, estas últimas por definición son excepcionales, deben ser probadas, requieren de un acto oficial y expreso de imposición y son indemnizables.

¹¹⁴⁴ Artículo 390 Código Civil español..."*Cuando un árbol corpulento amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicios en una finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular, el dueño del árbol está obligado a arrancarlo o retirarlo*"...

externos del dominio de forma no individualizada, por ende no son indemnizables y responden a la función social que tiene la propiedad¹¹⁴⁵.

2.2. Objeto, su versatilidad para servir motivos paisajísticos

Cualquier necesidad o utilidad pública puede obrar de contenido de una servidumbre pública. Ésta es la razón que permite acercar al paisaje frente al interés difuso de la comunidad utilizando esta institución pública. Desde luego no todas las servidumbres administrativas tienen habilitadas posibilidades fácticas y/o jurídicas para facilitar el acceso al disfrute del paisaje, no obstante cabe comentar a partir de su examen que muchas de ellas sí permiten suponer cierta versatilidad para posibilitar esta segunda acepción paralela al objeto principal de cada servidumbre. Esta es la importancia de su exámen con detalle, tal como exhibimos en las próximas páginas.

Lo primero que se debe tener presente -en el régimen argentino- es que en el momento de constituir una servidumbre pública se requiere de una ley formal material¹¹⁴⁶ para su creación o un acto administrativo fundado en dicha norma o disposición de última voluntad. Marienhoff¹¹⁴⁷, agrega otro requisito que aprecia como excepcional pero que puede ser gran fuente generadora de estas servidumbres que es el caso de las servidumbres constituidas por simple interpretación o conexidad con el respeto al derecho a la vida a partir de los principios que informan la Constitución Nacional. Esto se debe a que el derecho a la vida es el presupuesto para la existencia de cualquier otro derecho, tema sobre el cual haremos referencia después.

2.3. Ejemplos de servidumbre administrativa, operativa para intervenir en el paisaje

¹¹⁴⁵ LLODRÁ GRIMAT, Francesca. Op, Cit., pp. 135.

¹¹⁴⁶ LINARES, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Astrea. Buenos Aires 1986, pp., 52. Este autor sigue la doctrina que prefiere efectuar la distinción “ley formal-material”, “ley formal” y “ley material”. La ley formal-material es la ley dictada por el órgano legislativo: Parlamento, Congreso, Legislatura, con alcance general. La ley “formal” es dictada por el órgano legislativo con alcance individual. La ley “material” es la que, dotada de alcance general, no está dictada por el órgano legislativo: reglamentos, ordenanzas, edictos, resoluciones generales, circulares, instrucciones.

¹¹⁴⁷ Op. Cit. N° 1265 pp., 83.

La principal característica de las servidumbres administrativas que como ejemplos no taxativos veremos a continuación, tienen en todos los casos la virtualidad de ser susceptibles de operar simultáneamente a su objeto prístino y principal como facilitadoras para acceder al paisaje¹¹⁴⁸. Ésta pasa a ser la verdadera importancia que tiene para este estudio el desarrollo e investigación sobre las servidumbres administrativas como otra gran puerta que ofrece el derecho convencional para este nuevo producto histórico que se ofrece en este trabajo: el paisaje.

2.3.1.Servidumbre de acueducto

La servidumbre de acueducto, que es el caso del artículo 3082 de 1871¹¹⁴⁹ del Código Civil que ya hemos visto, pasa a ser servidumbre administrativa si la constituye un órgano legislativo por razones de interés público y tiene marco en el espectro amplio y general del método del Código Civil y Comercial 2014.

2.3.2.Servidumbre de electroducto

La servidumbre de pasaje de una línea de energía eléctrica para uso público es otro caso de servidumbre pública porque limita el carácter exclusivo del dominio del titular al posar sobre su territorio no sólo lo que se ve que arruina y cambia al paisaje con esas enormes torres de alta tensión produciendo una contaminación paisajística, sino lo que no se ve con el campo magnético que forma¹¹⁵⁰. Analizamos con mayor

¹¹⁴⁸ LEGUINA VILLA, Jesús. *Propiedad privada y servidumbre de uso público en las Riberas del Mar*. Revista de Administración Pública. N° 65 May-Ago 1971, pp.65 y ss.

¹¹⁴⁹ Art. 3.082. *Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización. Esta servidumbre consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas.* Art. 3.083. *La servidumbre de acueducto, en caso de duda, se reputa constituida como servidumbre real. Es siempre continua y aparente, y se aplica a las aguas de uso público, como a las aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente; a las aguas traídas a la superficie del suelo por medios artificiales, como a las que naturalmente nacen; a las aguas de receptáculos o canales pertenecientes a particulares que hayan concedido el derecho de disponer de ellas.* Art. 3.084. *Las casas, los corrales, los patios y jardines que dependen de ellas y las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados, no están sujetas a la servidumbre de acueducto.*

¹¹⁵⁰ SIDOLI, Osvaldo Carlos. RDA N°8 pp. 33/58 octubre / diciembre 2006, Lexis-Nexis. Bs. As. Recuerda este autor, el destacado papel que tiene la electro polución...”en 1.- los tendidos de alta y media tensión, con sus

detenimiento esta servidumbre porque tiene varias referencias tangenciales pero escritas en los ordenamientos legales lo que la muestran como una evidencia y una herramienta útil para la conservación del paisaje por la vía negativa, es decir por la abstención de construcciones cuando el paisaje está en juego. En el orden federal rige en la Argentina la Ley 19552¹¹⁵¹, de electroducto que define el instituto como el...*"derecho que se adquiere para que, utilizando inmuebles ajenos, pueda cumplirse o realizarse las actividades a que responde el electroducto"*¹¹⁵²... Similares disposiciones contienen las legislaciones provinciales¹¹⁵³ que también pueden constituir servidumbre al interior de sus territorios. Se trata de servidumbres que pueden constituirse a favor del Estado Nacional, Estados provinciales o del concesionario del Servicio con la reforma de la Ley 24065¹¹⁵⁴ que introduce la posibilidad de privatizar este servicio y comprende las limitaciones al dominio

subestaciones y transformadores: estos elementos son fuente de campos electromagnéticos de alta intensidad en el nivel ELF (Extremely Low Frequency) cuyo alcance es variable y cuyos efectos pueden ser perjudiciales para la salud. Existen sub estaciones de transformación y transformadores en la región de Capital Federal y Gran Buenos Aires, situadas en las inmediaciones del entorno urbano (Sidoli pp. 42)"....Asimismo, es importante destacar que..."las radiaciones que hasta el momento se conocen como más perjudiciales son, por un lado, las emitidas por los tendidos eléctricos de alta tensión y sus estaciones transformadoras"....(Sidoli pp. 43)..."En la mujer los riesgos de aborto espontáneo son del orden de 5.1. veces más elevados en los casos donde los campos electromagnéticos de extremadamente baja frecuencia son superiores a 6,3 miligauss, a partir de 0,2 miligauss ya es considerada peligroso para el individuo en exposiciones crónicas. Los vecinos que viven cerca de líneas de Alta Tensión presentan un aumento de 4,7 veces del riesgo de depresión si ellos viven a menos de 100 metros de estas líneas y si son expuestos a un campo electromagnético a 1 mg. La exposición a un campo magnético del orden de 20 a 60 millones de miligauss que genera un transformador eléctrico induce a efectos neurodegenerativos (fatiga física, astenia, melancolía, baja de la libido, depresión, irritabilidad, etc.) y entrena igualmente modificaciones sanguíneas e inmunológicas (dejadez del nivel de los linfocitos, los CD 4, Cd-3, Cd-2). Aumento significativo de 3,8 veces de riesgo de la enfermedad de Alzheimer en los hombres y en las mujeres expuestas entre 2 y 100 millones de miligauss sobre el lugar laboral.

¹¹⁵¹ Ley 19552. BORA. 13/04/1972.

¹¹⁵² MALJAR, Daniel Edgardo. *Restricciones y servidumbres administrativas. El electroducto*. Ad Hoc. Buenos Aires 2000, pp., 179.

¹¹⁵³ Artículo 3° Ley 627 BOLP 21/07/1972 de Servidumbre Administrativa de electroducto de la Provincia de La Pampa...*"la servidumbre administrativa de electroducto afecta el terreno y comprende las restricciones y limitaciones al dominio que sean necesarias para construir, conservar, mantener, reparar, vigilar y disponer todo sistema de instalaciones, cables, cámaras, torres, columnas, aparatos y demás mecanismos destinados a transmitir, transportar, transformar o distribuir energía eléctrica"*...Provincia de Buenos Aires Artículo 3° Ley 8398 BOPBA 21/05/1975. Provincia de San Juan, Artículo 2° Ley 4049 BOPSJ 14/07/1975. Provincia de Entre Ríos Artículo 2° Ley 5926 BOPER 03/01/1977. Provincia de Santa Cruz Ley 1304 BOPSC 30/ 10/79. Provincia de Misiones Ley 1220 BOM 02/02/1980. Provincia de Neuquén Ley 1243 BOPN 31/10/1980. Provincia de Córdoba Ley 6648 BOPC 02/11/1981. Provincia de Río Negro Ley 1701 BOPRN 1983-B-2825. Provincia de Santiago del Estero Ley 5422 BOPsE 24/10/1984. Provincia de Corrientes Ley 4011 BOPC 19/09/1985. Provincia de Chubut Ley 3449 BOPCH 08/12/1989. Provincia de Mendoza Ley 5518 BOPM 21/05/1990. Provincia de Santa Fe BOPSF 21/01/1992.

¹¹⁵⁴ Ley 24065. BORA. 16/01/1992. Artículo 18. *Los transportistas y los distribuidores gozarán de los derechos de servidumbre previstos en la Ley 19552.*

necesarias para construir, conservar, mantener, reparar, vigilar y disponer todo sistema de instalaciones, cable, torres, columnas y demás mecanismos destinados a transmitir, transportar, transformar o distribuir energía eléctrica (Art 2 ley 19552).

Es importante verificar el “Manual de Gestión Ambiental del Sistema de Transporte Eléctrico del Transporte de Alta Tensión”¹¹⁵⁵ porque para que la Autoridad de Aplicación pueda otorgar la pre-factibilidad del proyecto se debe aprobar también el informe que contenga el sistema natural y social. En lo que respecta al primero debe relevarse el uso de suelo y aunque la ley no lo dice debe realizar un informe que no es posible efectuar sin la técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental. También se destaca la importancia de evaluar los ambientes naturales sobre los que recaerá la obra...*“ya sea por corresponder a áreas protegidas o para asegurar la menor afectación al paisaje”*...Y ya en el proyecto básico en lo que respecta a la afectación al sistema social nuevamente se manda reconocer previamente la estructura social y económica del lugar de emplazamiento e identificar ...*“posibles daños a áreas productivas, a zonas de yacimientos arqueológicos o de interés histórico, paisajístico y turístico y a otros usos del espacio”*...

Entre los efectos que en principio pasaron inadvertidos en este tipo de servicios públicos que se efectúan por medio de servidumbres administrativas se encuentra la electro polución¹¹⁵⁶. Recuerda Sidoli, el destacado papel que tiene la electro polución...*“en 1.- los tendidos de alta y media tensión, con sus subestaciones y transformadores: estos elementos son fuente de campos electromagnéticos de alta intensidad en el nivel ELF (Extremely Low Frequency) cuyo alcance es variable y cuyos efectos pueden ser perjudiciales para la salud. Existen sub estaciones de transformación y transformadores en la región de Capital Federal y Gran Buenos Aires, situadas en las inmediaciones del entorno urbano (Sidoli pp. 42)”*....- Asimismo, es importante destacar que...*“las radiaciones que hasta el momento se conocen como más perjudiciales son, por un lado, las emitidas por los tendidos eléctricos de alta*

¹¹⁵⁵ BORA N° 27480 25/09/1992. Resolución conjunta de la Secretaría de Energía de la Nación y del Ente Nacional Regulador de la Electricidad N° 15/92.

¹¹⁵⁶ SIDOLI, Osvaldo Carlos. RDA N°8 pp. 33/58 octubre / diciembre 2006, Lexis-Nexis. Bs. As.

tensión y sus estaciones transformadoras”...(Sidoli pp. 43)...”En la mujer los riesgos de aborto espontáneo son del orden de 5.1. veces más elevados en los casos donde los campos electromagnéticos de extremadamente baja frecuencia son superiores a 6,3 miligauss, a partir de 0,2 miligauss ya es considerada peligroso para el individuo en exposiciones crónicas. Los vecinos que viven cerca de líneas de Alta Tensión presentan un aumento de 4,7 veces del riesgo de depresión si ellos viven a menos de 100 metros de estas líneas y si son expuestos a un campo electromagnético a 1 mg. La exposición a un campo magnético del orden de 20 a 60 millones de miligauss que genera un transformador eléctrico induce a efectos neurodegenerativos (fatiga física, astenia, melancolía, baja de la libido, depresión, irritabilidad, etc.) y entrena igualmente modificaciones sanguíneas e inmunológicas (dejadez del nivel de los linfocitos, los CD 4, Cd-3, Cd-2). Aumento significativo de 3,8 veces de riesgo de la enfermedad de Alzheimer en los hombres y en las mujeres expuestas entre 2 y 100 millones de miligauss sobre el lugar laboral.

La pregunta es si este tipo de electro polución no afecta al Derecho de Propiedad, por hacer inhabitable el predio ubicado por debajo de las líneas de alta tensión. Una situación similar se atendió en Francia en la decisión que el Consejo Constitucional había tomado respecto de la Torre Eiffel, relativo a la Ley de 14 de Diciembre sobre comunicación audiovisual. La enmienda autorizada por el Gobierno pretendía impedir que el alcalde de París, de la oposición, utilizara la Torre para emisiones de largo alcance. La enmienda creaba una servidumbre que permitía al establecimiento público “TDF”, colocar equipos e instalaciones destinadas a la difusión de ondas hertzianas en el techo de inmuebles altos o situados en alturas y en primer lugar en la Torre. Contra esta enmienda aprobada por el Parlamento se presentó un recurso ante el Consejo Constitucional en el que se alegaba que las restricciones importaban una restricción injustificada e ilimitada del Derecho de Propiedad y violaban por tanto el artículo 17 de la Declaración de 1789 (inviolabilidad de la propiedad salvo declaración de utilidad pública e indemnización previa). El Consejo Constitucional rechazó el argumento distinguiendo entre la servidumbre que

no impone más que una molestia soportable y la privación de propiedad que constituye una expropiación¹¹⁵⁷.

En resumen, se trata de indagar si se trata de una molestia y si la misma es soportable, de ser así, las ondas electromagnéticas no impulsan la expropiación, pero a una distancia no tolerable, que se aprecia en la intensidad de onda medida en miligauss, deja de ser molesta para ser peligrosa y de acuerdo a las circunstancias de prueba, podría habilitar a la aplicación del principio preventivo ambiental y hasta justificar expropiación para liberar una franja de seguridad por debajo de las torres de alta tensión hasta una distancia en que se campo electromagnético sea inerte.

En lo que refiere al DAÑO EVENTUAL AL PAISAJE que es lo que caracteriza a esta servidumbre, la cual se produce no sólo en el paisaje sino en los territorios aledaños¹¹⁵⁸ porque sufrirán un inmediato descenso en sus valores de mercado al perder interés y atractivo vivir en el lugar, no es igual abrir ventanas y ver una plaza arbolada que convivir con la dura visión de la Alta Tensión¹¹⁵⁹. En la Provincia de Buenos Aires hay una ley de paisaje que estudiaremos más adelante, ley 12704, que sólo refiere a paisajes y espacios verdes declarados tales, además se ha dictado una ley de ordenamiento territorial (Dec 8912) que delimita el territorio clasificándolo en tres tipos de áreas: rural, urbana, y complementaria, con zonas de usos específicos de acuerdo a la modalidad y tipo y características locales, determinándose la zonificación según el uso de cada uno, (a saber: residencial, urbana y extraurbana, comercial y administrativa, de producción agropecuaria, ictícola, industrial y extractiva, de esparcimiento ocioso y activo, de reserva, ensanche, transporte, comunicaciones,

¹¹⁵⁷ Amendment Tour Eiffel. Decisión 85-198 de 13 de Diciembre de 1985 (JO 14/12/1985, pp. 14574). DUFAU, Jean, L'amendement Tour Eiffel et le regime des Servitudes administratives, JCP, 04/ 1986 N° 3237. Citado por SAINZ MORENO, Fernando. *El subsuelo urbano*. RAP N°122. Mayo-Agosto 1990, pp. 165.

¹¹⁵⁸ IGNATEVA, Marina Frolova, ESPEJO MARIN, Cayetano, BARAJA RODRÍGUEZ, Eugenio. y PRADOS VELASCO, María José. *Paisajes emergentes de las energías renovables en España*. Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles N.º 66 – 2014, pp. 224. Estos autores hablan de paisajes de la energía como nuevo concepto geográfico.

¹¹⁵⁹ El Impacto visual también está contemplado por el Glosario del citado "Manual de Gestión Ambiental del Sistema de Transporte Eléctrico del Transporte de Alta Tensión" definido como..."*modificación neta de los recursos paisajísticos originada por la interposición de objetos, estructuras o por la apertura de fajas necesarias para el tendido de líneas de transmisión*"...

energía, defensa, seguridad, recuperación y demás usos específicos). Éstas áreas, sub áreas y zonas, según las circunstancias del caso pueden a su vez dividirse en espacios territoriales como: circulatorios (no sólo el automotor, también el peatonal y ciclístico), parcelarios (que si se ubica en tipo de área urbana se lo denomina edificable) y verdes y libres públicos, definidos en el artículo 8.b) como aquellos sectores públicos...”*en los que predomina la vegetación y el paisaje, cuya función principal sea servir a la recreación de la comunidad y contribuir a la depuración del medio ambiente*” ... justamente el espacio verde que en nuestra visión no podría ser elegido para estas servidumbres que instalarían torres de alta tensión. Si el cambio de destino se hubiera efectuado, de espacio verde a espacio para dotación de servicios en el caso la energía eléctrica, aún se debe sortear el obstáculo impuesto por el artículo 60 del Decreto 8912/77 que destaca...”*por ninguna razón podrá modificarse el destino de las áreas verdes y libres públicas, pues constituyen bienes del dominio público del Estado, ni desafectarse para su transferencia a entidades o personas de existencia visible o personas jurídicas públicas o privadas, ni aún para cualquier tipo de edificación, aunque sea de dominio público, que altere su destino. Todo ello salvo el caso de permuta por otros bienes de similares características que permitan satisfacer de mejor forma el destino establecido”...*

2.3.3.Servidumbre de acceso a yacimientos arqueológicos

Servidumbre de ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos ofrecido primero por la ley 9080 en su artículo 3° que aseguraba esta servidumbre perpetua para que los técnicos del Estado puedan pasar a realizar actos de conservación. Actualmente es la ley 25743¹¹⁶⁰ la que asegura en su artículo 37¹¹⁶¹ esta especie, se debe tener presente que en el régimen legal argentino el artículo 2340 inciso 9° del Código Civil de 1871 y 235 inciso “g” del nuevo Código Civil y Comercial 2014, ambos

¹¹⁶⁰ Ley 25743. BORA 26/06/2010

¹¹⁶¹ Art 37. *En los casos en que la conservación de los vestigios arqueológicos o restos paleontológicos implique una servidumbre perpetua sobre los terrenos en los cuales se encuentren dichos bienes, el Estado nacional o provincial en sus respectivas jurisdicciones, deberá establecer la mediante ley especial e indemnización a los propietarios de los terrenos.*

textos incluyen en el dominio público “*Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico*” destacando el último texto que el deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa (Art 2267 CCyCom 2014) agregando una solución que es similar a la anterior donde si bien las cosas que integran este Patrimonio son bienes del Dominio Privado, su inclusión en la categoría de patrimonio las somete a restricciones fundadas en el interés público que, como lo dispone el artículo 2611¹¹⁶² del Código Civil de 1871, se rigen por el Derecho Administrativo. Muchas veces la contemplación de ciertas ruinas, por ejemplo Machu Pichu, el Pucará de Tilcara es la conservación de un espectacular paisaje por millones de usuarios lo que torna al interés en difuso, sea de dominio público o privado.

2.3.4.Servidumbre de acceso a monumentos históricos

Servidumbre de monumentos e inmuebles históricos dada por la ley que crea la Ley de Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos¹¹⁶³, que permite expropiar si fuera necesario para permitir la conservación del lugar o monumento y tales medidas tuvieran como consecuencia una limitación tan importante al Derecho de Propiedad que la expropiación fuera el expediente idóneo para mantener el equilibrio entre lo público y lo privado. Se advierte una gran versatilidad para la conservación de un paisaje urbano o rústico cuyo componente fundamental es el patrimonio cultural y en donde la materialización con fines públicos y con ello sujeto a un uso difuso para su contemplación es posible.

2.3.5.Servidumbre de sirga

Esta servidumbre se encuentra en el Código Civil argentino, también llamada de “camino de sirga”. Es una vieja institución que algunos advierten de origen desconocido

¹¹⁶² Art. 2.611. CC 1871 *Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.*

¹¹⁶³ Ley 12665 BORA. 15/10/1940.

y otros en el Derecho Romano antiguo¹¹⁶⁴. En España se la encuentra en los artículos 553¹¹⁶⁵ del Código Civil, y ya figuraba en el artículo 36 de la vieja Ley de Aguas de 1879¹¹⁶⁶. En la Argentina, Marienhoff en su Derecho de Aguas cita un Decreto de la Provincia de Buenos Aires del 6 de Noviembre de 1823 para el hoy denominado Riachuelo en donde se obliga a los particulares a dejar una zona libre de construcciones de cuarenta varas por lado desde la Boca hasta Barracas, un Decreto del Presidente de la Nación del 9 de Agosto de 1864 reitera esta disposición para todo curso de agua¹¹⁶⁷, lo que constituye el antecedente histórico de los artículos 2639¹¹⁶⁸ y 2640 del Código Civil de 1871 y que tornan de naturaleza privada dicho margen de 40 varas o de 35 metros por lado ya en el citado ordenamiento. Ello porque no es un género real enumerado en el artículo 2340 del Código Civil de 1871 que recordemos adquiere el sistema de numerus clausus ni tampoco en materia fluvial que extiende el dominio público hasta las más altas mareas adoptando otro método excluyendo las márgenes de los ríos. Además el legislador lo ubicó dentro de las restricciones y límites al dominio lo que denota la inclusión dentro de la propiedad privada reafirmado por el hecho de que la citada norma 2639 CC 1871 denomina “propietarios” a los ribereños que a la sazón son los que tienen la obligación de no deteriorar el terreno ni hacer construcciones¹¹⁶⁹. Por lo tanto, el Estado Federal tiene competencia sólo en aquellos casos donde ejerce una jurisdicción exclusiva caso de un Área Protegida Nacional o un río compartido por provincias diferentes o la navegación propiamente dicha en todos los demás casos es competencia de las Provincias por ser facultades no delegadas al

¹¹⁶⁴ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit., Tomo VI “Derecho de Aguas” N°2193 pp., 466 en el que ubica la Instituta del Libro 2°, Título 1°, párrafo 4° y el Digesto en su Libro 43, Título 12, Ley 1° párrafo 14, y Partida 3° Título 28, Ley 6° en todas estas normas se prohíben las construcciones sobre los márgenes de los ríos navegables, si aquellas dificultasen el uso de los mismos.

¹¹⁶⁵ “...Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación la pesca y el salvamento”...

¹¹⁶⁶ LEGUINA VILLA, Jesús. *Propiedad privada y servidumbre de uso público en las Riberas del Mar*. Revista de Administración Pública. N° 65 May-Ago 1971, pp.65 y ss.

¹¹⁶⁷ MARIENHOFF, Miguel S. *Ibidem*.

¹¹⁶⁸ Art. 2.639. *Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna.*

¹¹⁶⁹ Conf. LAFAILLE, Héctor. Op. Cit. Tomo 4 Vol 2 N° 904 pp. 83. CSJN, fallos: 43 - 409 y 111 - 189.

Gobierno Nacional en el momento de constituir la República Federal¹¹⁷⁰. El actual Proyecto de Código Civil y Comercial modifica el artículo 2639¹¹⁷¹ original con algunas modificaciones en el artículo 1974¹¹⁷² pero en lo sustancial lo mantiene en el mismo sector y operando en el mismo nivel, sólo que restringiendo las medidas del camino de sirga de 30 a 15 metros lo que tiende a reforzar la propiedad privada antes que a favorecer el acceso público. En la Provincia de Buenos Aires, en ocasión de examinar su ley de ordenamiento territorial en al final de este título, veremos que existen reglamentaciones administrativas que alteran significativamente las del Código Civil.

La precisión efectuada en el párrafo anterior es importante, porque hay quienes sostienen que se trata de una restricción y límite al dominio, y por ende no es una servidumbre por su ubicación metodológica en el Código Civil y por la inexistencia de fundo dominante¹¹⁷³, seguimos con el Artículo 553 del Código Civil español y con Marienhoff¹¹⁷⁴ que lleva esa doctrina, la posición de considerar servidumbre a este instituto porque el río opera de fundo dominante y si bien es una idea tendiente a realizar la navegación hoy caída en desuso es cierto también que el famoso camino de sirga puede operar hoy como sustituto para acceder a un paisaje oculto dentro de un valle o para apreciar un paisaje diferente desde la ubicación de la embarcación con los diferentes recursos que hoy ofrecen las distintas actividades acuáticas deportivas y turísticas que hoy se ofrecen que ha generado vehículos acuáticos con tecnología que permiten la navegación a remo en poca profundidad como los kayaks o botes inflables

¹¹⁷⁰ CSJN, fallos: 43 - 409 y 111 - 188.

¹¹⁷¹ Art. 2.639. *Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna.*

¹¹⁷² Art 1974 Código Civil y Comercial 2014. Camino de sirga. *El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de QUINCE (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo.*

¹¹⁷³ LAFAILLE, Héctor. Op. Cit., pp. 85.

¹¹⁷⁴ Art 553...*“Las riberas de los ríos, aún cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación o flotación fluvial”...*

para el rafting y en el que el marco natural es un elemento inescindible en la oferta que aumenta porque aumentaron los cursos que ahora son navegables merced a estas nuevas embarcaciones que no requieren de sirga pero que pueden servirse de sus razones porque siempre se trata de navegación. Ello porque la servidumbre tiene por objeto único el paso inocente para navegar y nosotros agregamos el disfrute del paisaje y no obtener fruto civil alguno de los que resume el Código Civil en nada semejantes al paisaje. Es más, puede ser el mismo propietario ribereño quien inicie una explotación turística del lugar mediante la navegación para contemplar paisajes lo cual en nada impediría construir pequeños embarcaderos para facilitar el acceso al bote y que no entorpezca la navegación simple de otros interesados porque ello no importa el deterioro del terreno del que habla el artículo 2639 C.C. 1871 ya citado ni impedimento alguno para la confesada finalidad principal de las normas comentadas.

Ahora bien, todo este análisis sería parcial sin considerar el caso de la Provincia de Buenos Aires, con otras restricciones que derivan del Derecho Administrativo local¹¹⁷⁵. No hay estudios publicados sobre el particular que se conozcan para su evaluación, sólo algunos de orden administrativo o interno a nivel de Dictámenes¹¹⁷⁶. Se establecen dos grupos de limitaciones uno de tipo rural y otro urbano.

En el primer caso, la legislación provincial, crea “Zonas de conservación de los desagües naturales” que tendrán un ancho mínimo de cincuenta metros a cada lado de los ríos, arroyos y canales¹¹⁷⁷, y de cien metros en todo el perímetro de las lagunas. En caso de desborde por crecidas extraordinarias, esta zona se extenderá hasta el límite de las mismas, que si fuera superado por una crecida, sólo puede reducirse al mínimo con las obras hidráulicas autorizadas por la Autoridad del Agua¹¹⁷⁸. La restricción al Derecho de Propiedad por interés público se acentúa con la prohibición en estas zonas de variar el uso actual de la tierra y sólo se permite ejecutar obras y accesorios que

¹¹⁷⁵ Ley Provincia de Buenos Aires 6253/1960, reglamentado por el Decreto 11368/61

¹¹⁷⁶ FERRAGINI, Mario – ALONSO, Hernán A. “Análisis del marco legal en materia de regulación de aguas continentales”. Centro de Ingenieros de Tandil. Archivo del Centro de Ingenieros, Inédito. Tandil 2010.

¹¹⁷⁷ La reglamentación entiende por arroyo o canal todo curso de agua cuya cuenta tributaria supere las 4.500 hectáreas (Art 1).

¹¹⁷⁸ Art 5. Decreto 11368/61. Y Capítulo VI Plan de Ordenamiento de Tandil, que estudiaremos en el último capítulo.

sean necesarias para su actual destino o explotación¹¹⁷⁹. La restricción policial al dominio se altera cuando se trata de cursos de agua con cuenca tributaria inferior a 4500 hectáreas, que para la llanura pampeana es una fracción de tierra de unidad económica altamente muy productiva y de diez mil dólares promedio el valor de la hectárea, pero reducida en términos relativos geográfico – territorial. El artículo 6 del Decreto reglamentario establece que en este caso, sino se realizan obras de canalización que aseguren el perfecto desagüe de la zona de influencia, deberá dejarse, en toda subdivisión, una franja de ancho mínimo de treinta (30) metros, a contar de los respectivos bordes del curso ordinario, que se extenderá hasta donde hayan llegado las aguas por crecidas extraordinarias, sobre la cual no se permitirá variar el uso de tierra.

En materia urbana, rige la ley de ordenamiento territorial provincial¹¹⁸⁰, con nuevos gravámenes al derecho de propiedad, en el que la posibilidad de expropiación ni siquiera es esbozada por la ley local, que deja a entender que existe una expropiación legal gratuita, lo que a nuestro juicio o bien debe entenderse como una violación al principio indemnizatorio o se ha utilizado una mala técnica para expresar que esta norma sólo deja lugar a lo que en el Derecho español se conoce como limitaciones. Así es que al crear o ampliar núcleos urbanos si fuera preciso limitar...*“cursos o espejos de agua permanentes, naturales o artificiales, deberá delimitarse una franja que se cederá gratuitamente al Fisco Provincial arbolada y parqueada, mediante trabajos a cargo del propietario cedente si la creación o ampliación es propiciada por el mismo”*...Se advierte que la expropiación gratuita o limitación dará lugar a una intervención administrativa que tendrá por objeto dejar libre en tierra privada...*“un ancho de cincuenta metros a contar de la línea de máxima creciente en el caso de cursos de agua y de cien metros medidos desde el borde en el*

¹¹⁷⁹ Artículo 2. Decreto 11368/61. *Cuando de la subdivisión de un inmueble resulten parcelas cuya superficie supere las diez (10) hectáreas no será necesario prever, en estas, la zona de “conservación de los desagües naturales”, debiéndose dejar expresa constancia en los planos definitivos de subdivisión, que no se podrá levantar edificación estable en una franja de cien (100) metros de ancho, como mínimo, hacia ambos lados del borde superior del cauce ordinario del arroyo, canal, río o laguna.*

¹¹⁸⁰ Decreto Ley 8912-77. Texto Ordenado por Decreto 3389/87 con las modificaciones del Decreto-Ley N° 10128 y las Leyes N° 10653, 10.764, 13127 y 13342. Ver especialmente el Artículo 59.

caso de espejos de agua. El borde y la línea de máxima creciente serán determinados”... por la Autoridad de Aplicación. Para el caso de que dicho espejo de agua esté total o parcialmente contenido en el predio motivo de la subdivisión, que es el caso de de la ciudad de Tandil con el Lago del Fuerte....“se excluirá del título la parte ocupada por el espejo de agua, a fin de delimitar el dominio estatal sobre el mismo. A los efectos de este artículo la zona del Delta del Paraná se regirá por normas específicas”....

Falta un tercer caso que es una mirada distinta a los dos anteriores, se trata de la regulación del uso del recurso agua. Si bien en la provincia de Buenos Aires el agua pública es de uso gratuito¹¹⁸¹, no obstante ello se autoriza por Ley del Agua a la Administración a imponer restricciones y limitaciones al dominio privado consistentes en obligaciones de no hacer o dejar hacer para proveer al mejor aprovechamiento, preservación del agua y protección del medio ambiente contra su acción dañosa¹¹⁸². Lo cual nos permite pensar que el paisaje está incluido en esta actividad preventiva. Tales restricciones en algunos casos son tan importantes como las que fueron descritas anteriormente, y así en el caso de propietarios ribereños de ríos, arroyos, canales, lagunas y embalses del dominio público, están obligados a permitir hasta una distancia de diez metros del límite externo de la ribera el uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y, en especial para: depositar temporalmente el producto de la pesca deportiva sin dejar residuos que contaminen el medio ambiente, depositar las maderas u objetos conducidos a flote por los ríos y arroyos para evitar que las avenidas de agua los arrebaten, y las mercaderías descargadas de embarcaciones por naufragio, encallamiento o necesidad semejante. Varar o amarrar embarcaciones u otros objetos flotantes. Asimismo deberá permitir la circulación de los agentes de la Autoridad del Agua sin otro requisito que el de acreditar su identidad. El único límite que se establece al tiempo que cada inmisión puede tomar

¹¹⁸¹ Artículo 25. Ley 12257. Código de Aguas Pcia de Buenos Aires...”*Toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas de bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno. No deberá contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros”....*

¹¹⁸² Ley Provincia de Buenos Aires 12257. Art 136.

para estos usos es el tiempo, que puede exceder lo razonablemente necesario. Además, y para reforzar esta posición policial la Ley de Aguas prohíbe modificar el uso actual de la tierra con excepción de las obras necesarias para su actual destino o explotación en una franja de cincuenta metros aledaña a los ríos, canales y lagunas de dominio público¹¹⁸³. Y hasta la misma Administración es recortada en sus facultades¹¹⁸⁴ porque se les prohíbe enajenar tierras situadas a menos de 150 metros del límite externo de las riberas de ríos, arroyos, lagunas, canales y embalses. Estableciéndose además la obligación para el Estado Provincial de constituir servidumbres sobre las tierras vecinas que enajenen o que permitan el paso a las riberas.

Con este examen, no puede menos que quedar planteado si es posible en la Provincia de Buenos Aires, utilizar esta masa crítica normativa para constituir un orden jurídico de acceso al paisaje? Pero seguramente es posible apuntalar aún más la primera de las ideas, que se trata este instituto de un claro caso de Derecho Administrativo.

2.3.6.Servidumbre de frontera

Esta servidumbre se encuentra en la ley 14027 de 1951 y establece la obligación para propietarios de territorios limítrofes con países vecinos de permitir que las Autoridades puedan acceder libremente a los pasos de comunicación existentes en los inmuebles de su propiedad y transitar por ellos y custodiarlos habida cuenta de tratarse de pasos no habilitados al tránsito internacional, con más la construcción de instalaciones para servir a esta actividad. Los particulares propietarios de los fundos sirvientes pueden requerir indemnización por daños y perjuicios padecidos. Esta servidumbre, motivada en razones de seguridad del Estado parece poco versátil para hacerla asequible a motivos de disfrute paisajístico masivo, pero puede cobrar virtualidad paisajística y ser reconvertida a estos fines con las correcciones legislativas pertinentes en momentos como los actuales en que ha privilegiado el sentido de

¹¹⁸³ Art 146 Ley 12257.

¹¹⁸⁴ Art 147 Ley 12257.

políticas de integración regional subrayando la cooperación sobre el conflicto¹¹⁸⁵. Máxime tratándose como en el caso de fronteras como las de la Cordillera de los Andes con Chile o la selva misionera con Paraguay y Brasil que contiene paisajes de espectacular belleza comparada a los mejores lugares del planeta con escenarios paisajísticos deslumbrantes por su paisaje. Según Marienhoff, esta norma no sólo contiene disposiciones que alcanzan a fronteras terrestres sino también a la ribereña que nos separa de Uruguay, Paraguay y Brasil con ríos que por su fisonomía constituyen en algunos casos cuencas fluviales entre las más grandes del mundo, con paisajes fluviales comparables a algunos que han sido declarados patrimonio común de la humanidad como es el caso del Río San Francisco en Brasil.

2.3.7. Servidumbre de salvamento

Esta es la obligación del propietario de tierras que son confinantes con el mar de permitir el uso de ellas para el salvamento de personas víctimas de un naufragio¹¹⁸⁶. El fundamento de esta servidumbre es la posibilidad de asegurar el Derecho a la Vida de los náufragos, no a sus bienes ni a los restos del naufragio. Se entiende que esta servidumbre cobraría virtualidad ante la imposibilidad de acceder por la playa, o constituir dicho acceso (que pertenece al Dominio Público provincial) mas difícil, ineficaz, o temporalmente mas desventajoso, en una situación en la cual los minutos

¹¹⁸⁵ El Decreto-ley 15845/1944 ratificado por Ley 12913 (BORA 25/04/1945) de creación de zonas de seguridad refuerza esta idea creando el marco en el artículo cuarto para la creación de los derechos reales para servir estos fines que sería modificado por la Ley 23554/ 1988 denominada Ley de Defensa Nacional (BORA N° 26375. 05/05/1988). El Decreto 32530/1948 (BORA 25/10/1948) establece las normas de aplicación del artículo 4° del Decreto anterior dando intervención a una Comisión Nacional de Zonas de Seguridad, poniendo en el PEN capacidades operativas directas para la instalación de derechos reales en una suerte de habilitación para la expropiación de dudoso respeto al Derecho de Propiedad cuyas facultades serían explicitadas mediante Decreto 9329 del 11/10/1963 (BORA 04/11/1963) mediante el cual los integrantes de la Comisión pueden proponer la creación de nuevas zonas de seguridad y solicitar expropiaciones necesarias para materializarlas. Posteriormente el Decreto 887/1994 (BORA 10/06/1994) unifica las áreas de la zona de frontera para el desarrollo establecidas por Ley 18575 (BORA 03/02/1970) y la Zona de Seguridad de Fronteras creada por Decreto 15384/ 1944 (BORA 17/06/1944) mencionado en el ámbito fronterizo determinado por la ley excepto para las patagónicas provincias de Santa Cruz, Chubut y Río Negro esta norma sería modificada por el Decreto 1648/2007 (BORA 19/11/2007) incluyendo a la Provincia de Neuquén también por el nuevo trazado de la Ruta 40.

¹¹⁸⁶ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. Pp., 87 y ss.

cuentan¹¹⁸⁷. Para regular esta situación en Francia se aprobó la Ley 76-1285 de 31 de Diciembre de 1976, reglamentada por el Decreto 77-753 de 7 de Julio de 1977 que modifica el artículo 160 del Código de Urbanismo y crea esta servidumbre exclusivamente para los peatones y su libre acceso a la ribera del mar que grava todas las propiedades colindantes con el dominio público marítimo en una anchura de tres metros. Como se trata de una limitación a la propiedad urbana no es indemnizable.

2.3.8.Servidumbre panorámica

Esta servidumbre es percibida y comentada por Miguel Marienhoff destacando textualmente que...*"constituiría una servidumbre administrativa la que se impusiere al propietario de un fundo para que, desde éste permita que el público admire o contemple la belleza panorámica aledaña o zona"*...El comentario a este hallazgo, efectuado por el mismo Marienhoff en esta pieza que fuera su tesis doctoral publicada en 1944, nos redime de mayores comentarios sobre la verdadera existencia de la idea de paisaje como un bien público en la mente de uno de los mayores administrativistas argentinos, paisaje que era operativo para ser sujeto pasivo de una servidumbre administrativa cuya finalidad principal era el pasaporte para el uso del mismo. Carmen Fernández Rodríguez sostiene que un paisaje tiene un valor...*"intangible patrimonial cuantificable económicamente en múltiples negocios y servicios: cuando se compra o vende una vivienda; cuando se contrata un alojamiento o destino turístico"*¹¹⁸⁸...

2.3.9.Servidumbre lacustre

Esta clase de servidumbre atípica se puede conceder en razón de la existencia de un espejo de agua (lagos, lagunas, estanques represas y humedales) que encierra un paisaje cerrado por la geografía y el dominio privado y que observa determinadas

¹¹⁸⁷ En Francia, existe una servidumbre de tránsito peatonal, cuya finalidad es aumentar la posibilidad de uso público de las riberas del mar, que si bien son de Dominio Público, ya en los 60' en algunas playas el 80% era ocupado por privados. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Layos. Paris 1973, pp 356 Nota 15. Citado por LEGUINA VILLA, Jesús. *Servidumbres de tránsito peatonal*. Revista de Administración Pública. N° 84 Sep-Dic 1977, pp.343 y ss.

¹¹⁸⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. Op. Cit. 2007, pp. 35.

condiciones que explicamos seguidamente. Se trata en definitiva de otro tema de legislación civil relacionado en este caso con el régimen dominial de los lagos navegables o no navegables. Tema que trata por ejemplo de la propiedad de un lago que eventualmente pueda ser un humedal, y que desde nuestro punto de vista con indiferencia de quien sea el dueño igual amerita protección según el estatuto aplicable por ser un elemento natural vital su principal componente: el agua. A mayor abundamiento, es evidente que el régimen de propiedad no es óbice para distinguir aguas que constituyen o no un humedal porque esa característica la califica hoy el Derecho Internacional que surge de Ramsar, pero sí lo es para el paisaje, porque si se trata de dominio público el derecho subjetivo de acceso al paisaje no puede ser discutido, pero si es privado el dominio del lago o laguna, la situación no se ofrece de tan fácil interpretación.

Así por ejemplo, el artículo 2340 Inc 5) del Código Civil de 1871 establece que los lagos y lagunas navegables pertenecen al dominio público del Estado y, por tanto, son inalienables e imprescriptibles salvo desafectación específica por ley del Congreso. La reforma de 1968 por ley 17711¹¹⁸⁹ eliminó entre otras cosas los márgenes como propiedad pública que ahora pueden pasar a la esfera privada, de manera que sólo el elemento líquido navegable, sin explicar si se refiere a flotación o a mediano o gran calado, es dominio público, solución que mantiene el artículo 235 inciso c) del Código Civil y Comercial de 2014, con lo que se ve restringido el acceso público en este punto.

El artículo 2340 inciso 5º del Código Civil a contrario sensu, establece que pertenecen al dominio privado del Estado los lagos y lagunas no navegables y por lo tanto no requieren ser desafectados para ser privatizados, agregando el artículo 2349 que el uso y goce es de los propietarios ribereños, lo que reafirma la idea de la propiedad pública¹¹⁹⁰ de lagos y lagunas pero no hay una norma expresa y categórica que así lo diga. El texto del nuevo Código Civil y Comercial da por solucionado el contrapunto porque establece en el artículo 236 inciso c) que es bien privado del

¹¹⁸⁹ Ley 17711. BORA. 22/04/1968.

¹¹⁹⁰ SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Tomo 1 Vol 3º pp. 657, Buenos Aires 1953. MARIENHOFF. Op. Cit., pp. 613. En contra MARIANI DE VIDAL; Marina. Op. Cit. pp 309. LAFAILLE, Op. Cit., pp. 99.

Estado, entre otros los lagos no navegables que carecen de dueño. Por otra parte y como bien lo explica Marienhoff¹¹⁹¹, tanto como la facultad de legislar sobre bienes públicos nacionales corresponde a la Nación, dicha facultad no se extiende a las Provincias que jamás delegaron tal poder en la Nación en el momento de constituirla, de otra manera la Argentina no sería un país federal, por lo tanto el Código Civil no podía decir en su artículo 2349 de quién es el uso y goce de un bien que pertenece a las Provincias. Este punto de vista se ve reforzado con la reforma constitucional de 1994 que declara en el artículo 124¹¹⁹² que corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio y por el nuevo texto legal civil y comercial ya apuntado que refuerza la opinión en este sentido. Pero no obstante hay más distinciones para hacer. Si los lagos navegables son públicos, *a contrario sensu*, los no navegables pueden ser privados, además el antiguo artículo 2340 inciso 6º declara como públicas las islas que se forman en lagos navegables y como privadas las islas que se forman en lagos no navegables, siguiendo la suerte del lago donde están formadas, cabe concluir que las islas pueden ser públicas o privadas porque distinta puede ser la naturaleza de los lagos¹¹⁹³, es la interpretación que sigue el texto del nuevo Código Civil y Comercial¹¹⁹⁴.

La Corte Suprema de Justicia, en autos "*Frederking, Gustavo c/ Pcia de Buenos Aires, sobre uso y goce de la Laguna Mar Chiquita*"¹¹⁹⁵ que años después sería declarado sitio Ramsar¹¹⁹⁶, el Tribunal hizo las siguientes disquisiciones:

¹¹⁹¹ MARIENHOFF. Op. Cit. pp 104.

¹¹⁹² Art. 124. *Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.*

¹¹⁹³ KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, KIPPER, Claudio M. y PUERTA DE CHACÒN, Alicia. Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado. Tomo 10, artículos 2311 a 2610. Ed Astrea. Buenos Aires 2005, pp. 181, comentario al artículo 2349. MARIANI DE VIDAL, Marina. Op Cit. pp. 309.

¹¹⁹⁴ Art 235 inciso "d" Código Civil y Comercial 2014: Pertenecen al dominio Público d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de ríos, o en los lagos navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

¹¹⁹⁵ CSJN. Sentencia del 17/08/1923, Fallos 138:303. Citado Infra.

¹¹⁹⁶ Laguna de Mar Chiquita, declarada sitio Ramsar el 28/05/2002.

- 1)La demandada (Pcia de Buenos Aires) vendió todos los terrenos circundantes a la Laguna, la cual se conecta al mar.
- 2)No hay norma expresa que atribuya la propiedad entonces se deben seguir los principios generales, según el cual las aguas pertenecen al dueño de la tierra donde se formó el lago o laguna (Arts. 2342 inc. 1º, 2347, 2518 y 2578 CC 1871).
- 3)El derecho de los actores (ribereños) no es un usufructo porque entonces tendrían todo el dominio útil de la laguna, lo que no se puede aceptar porque entonces la Provincia de Buenos Aires, propietaria de la laguna, perdería uso y goce actual y futuro porque el uso y goce reclamado es perpetuo por ley.
- 4)El derecho concedido por el artículo 2349 CC 1871 es una servidumbre legal establecida en beneficio de los fundos linderos que se justifica como compensación por la vecindad a las aguas, servidumbre predial por ser inseparable de la posesión y por estar establecida en favor de una heredad sobre otra ajena para servicio de la primera.
- 5)La concesión otorgada por la Provincia para practicar la actividad de pesca deja a salvo derechos de los ribereños en tanto es compatible con la servidumbre acordada.

Como conclusión, se puede verificar que los humedales aún circundados por propiedad privada en el caso de una laguna pueden ser protegidos y conservar la propiedad pública en su parte líquida si no se ha vendido su lecho. Pero lo que ésta sentencia de 1923 no termina de resolver es la cuestión referente al paisaje porque sencillamente este planteo no originó el pleito y porque no era una cuestión que pudiera ser centro de un debate de esta naturaleza en aquellos tiempos. Pero al declarar el dominio público sobre el espejo de agua, es evidente que solamente se puede acceder al mismo por vía de la expropiación o por vía de una Servidumbre lo que torna aplicable el instituto que estudiamos para acceder a la vista de un paisaje divisible desde el curso de agua, en este caso pública. Pero lo que no fue origen de pleito antes lo es hoy. Esta cuestión no se ha planteado en la jurisprudencia en términos paisajísticos sino de acceso a aguas públicas provinciales, pero a poco que se examina la cuestión y siguiendo la repercusión periodística que tuvo el tema, podemos afirmar que también se trata de un típico problema de acceso al paisaje. Se trata del caso "*ODARDA, María Magdalena y otros c/VIAL RIONEGRINA Sociedad del Estado y otros*

s/*Mandamus*¹¹⁹⁷ es una sentencia que recayó sobre el denominado Lago Escondido un paraje que encierra un paisaje lacustre maravilloso, totalmente circundado por montañas y bosques de muy difícil acceso si no es por el denominado camino de "Tacuifi" o camino principal. Este lago se encuentra dentro de una estancia y por lo tanto sin importar la propiedad de las aguas, lo que no es posible es acceder al mismo porque se encuentra totalmente rodeado por una propiedad privada cuyos contornos naturales hacen inaccesible la vista del paisaje, pero el espejo de agua sigue siendo público y por lo tanto el acceso al mismo también debe ser libre y sólo puede hacerse por expropiación o por servidumbre, legal o contractual. Pero no es posible adelantar conclusiones sin terminar primero con los detalles: en principio, este segundo caso jurisprudencial que ofrecemos se desarrolló a iniciativa de una legisladora de la Provincia de Río Negro, María Magdalena Odarda (ARI RN) que presentó Acción de Amparo con el objeto de que se garantice el libre acceso a Lago Escondido (cf. art. 73 Constitución Pcia de Río Negro¹¹⁹⁸), se proceda a la reparación de caminos vecinales que a él conducen, eventualmente se proceda a la construcción de una nueva vía de acceso, incluyendo en su petición la fijación de un Plan de Manejo y un estudio de impacto ambiental respecto al área correspondiente a dicho lago, evitándose la concentración de la propiedad de la tierra y fomentándose el turismo, con conservación de la fauna y el patrimonio paisajístico. El Tribunal consideró que tanto el Lago Escondido como el camino de acceso al mismo entran en la categoría de bienes públicos conforme lo indicado en el art. 2340 inc. 5º e inc. 7º¹¹⁹⁹ del C. Civil, y por ello las personas particulares tienen el uso y goce de los mismos bienes públicos del Estado (cf. 2341, CC.¹²⁰⁰); y que no obstante lo ya legislado por el codificador, la Constitución de Río Negro en coherencia con el artículo 124 in fine ya citado de la Constitución de Argentina, al regular sobre la política de recursos naturales en el art. 70, ha reglado: "*La Provincia tiene la propiedad originaria de los recursos naturales existentes en el*

¹¹⁹⁷ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Secretaría Originaria N° 4.Expte. N° 20193/05. Sentencia N°89/2005.

¹¹⁹⁸ Art. 73. CCyCom 2014. *Se asegura el libre acceso con fines recreativos a las riberas, costas de los ríos, mares y espejos de agua de dominio público. El Estado regula las obras necesarias para la defensa de costas y construcción de vías de circulación por las riberas.*

¹¹⁹⁹ Art. 2340 Código Civil 1871: *Quedan comprendidos entre los bienes públicos: inciso 7º- Las calles, plazas, caminos, canales, puentes, y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.*

¹²⁰⁰ Art. 2341 Código Civil 1871: *Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las Ordenanzas generales o locales.*

territorio, su subsuelo, espacio aéreo y mar adyacente a sus costas, y la ejercita con las particularidades que establece para cada uno. La ley preserva su conservación y aprovechamiento racional e integral, por sí o mediante acuerdos con la Nación, con otras provincias o con terceros, preferentemente en la zona de origen. La Nación no puede disponer de los recursos naturales de la Provincia, sin previo acuerdo mediante leyes convenio que contemplen el uso racional del mismo, las necesidades locales y la preservación del recurso y de la ecología”, y en el art.73 se lee: “Se asegura el libre acceso con fines recreativos a las riberas, costas de los ríos, mares y espejos de agua de dominio público. El Estado regula las obras necesarias para la defensa de costas y construcción de vías de circulación por las riberas”. Pero su decisión fue entender que el Amparo era en realidad una acción de mandamus y la rechazó por no haber agotado la vía administrativa previa. Advirtió que existían cuestiones pendientes a resolver por parte de los requeridos...”quienes en un plazo razonable deberán finalizar los trámites administrativos registrables pendientes en orden al cumplimiento del Decreto N° 578/02¹²⁰¹ (cf. art. 2º, Ley N° 17801); y lo propuesto por el señor Fiscal de Estado, para permitir y asegurar el acceso al Lago Escondido por el camino objeto de servidumbre, de acuerdo a las normas vigentes aplicables al caso¹²⁰². Guillermo J Cano, refuerza esta posición judicial al interpretar que el agua es susceptible de...”uso recreativo, que comprende tanto los lugares de baño y los natatorios públicos, como la contemplación de la belleza de los lagos naturales o artificiales y la pesca deportiva¹²⁰³,...

IV.El Derecho de Superficie

1.Crítica, referencia al paisaje

Nuestra principal disidencia con esta figura, antes de la reforma de 2014, era la implementación de un Derecho real limitado tan sólo al ámbito de lo forestal y a la

¹²⁰¹ Por el que se constituía una servidumbre de Paso, que el Gobierno no había construido por falta de presupuesto al momento de la Sentencia.

¹²⁰² Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro. Secretaría Originaria N° 4. Expte. N° 20193/05. Sentencia N°89/2005.

¹²⁰³ CANO, Guillermo J. *Concepto y fuentes del Derecho Argentino de Aguas*. Jurisprudencia Argentina 1974-514. Buenos Aires 1974.

silvicultura, porque la función social que podía tener se restringía en forma notable. Se trata de un derecho versátil donde el paisaje creado puede tener algo que decir, por caso, en términos de desarrollo turístico sustentable, según lo explicamos anteriormente¹²⁰⁴. Como estaba regulado, la figura solo tenía aplicabilidad en el ámbito rural sujeta a un plan derivado del Código Civil para la aplicación del mismo, lo que nos permite pensar en un maridaje con el Derecho de Propiedad Aborígen¹²⁰⁵ que por ejemplo en el Código Civil y Comercial también funciona en el ámbito rural (Art 1°).

Se advierte en la necesidad de una evaluación de impacto ambiental que contemple la modificación del paisaje en el articulado de la ley en examen, para el lugar en donde se radicará la forestación, sobre todo evaluando su impacto en la biodiversidad. Hay una batería de normas que confluyen en este sentido en forma genérica pero no una norma precisa que lo aclare. Entre las normas genéricas está la ley N°25.675¹²⁰⁶ de presupuestos mínimos del ambiente, citada páginas atrás en este capítulo. Así como la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.723¹²⁰⁷, que en sus artículos 10 y Anexo 2 tratan la cuestión pero no con meridiana claridad a los efectos que nos interesan. De todas maneras se incumpliría con la ley 24.675¹²⁰⁸ que incorpora el Convenio para la Diversidad Biológica que en su artículo 14 justamente en la *medida de lo posible y según proceda*, establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación de impacto ambiental. Además la ley 25.080¹²⁰⁹ sobre inversiones de bosques cultivados, prevé en su artículo 5° que con carácter previo a la aplicación de esta ley deber realizarse estudio de impacto ambiental¹²¹⁰.

¹²⁰⁴ En el Bosque modelo formoseño, una de sus metas es el Patrimonio Cultural, y Programas de Turismo y Cultura y desarrollo de ecoturismo. CALLEGARI DE GROSSO, Lydia. Op. Cit., pp. 149.

¹²⁰⁵ Tengamos en cuenta que un Proyecto de Bosques Certificados (actividad técnica voluntaria, que informa al consumidor que tal madera proviene de tal productor de tal lugar que maneja la producción en forma sustentable) cualquiera sea, exige como primera medida el respeto a la ley, respeto al uso y tenencia de la tierra, respeto de los derechos de la comunidad, proyectos de desarrollo a largo plazo y fundamentalmente respeto a los derechos de las comunidades aborígenes de existir éstas. Art 24 inc "D" de Anexo aprobado por Decreto 133/99.

¹²⁰⁶ Ley 25675. BORA. 28/11/2002.

¹²⁰⁷ Ley 11723. BOPBA 22/12/1995 N° 23.036.

¹²⁰⁸ Ley 24675. BORA. 06/10/1994.

¹²⁰⁹ Ley 25080. BORA 19/01/1999 N°29.066.

¹²¹⁰ CALLEGARI DE GROSSO, Lydia. Op. Cit., pp. 139.

Es de lamentar que la ley no contemple una referencia clara hacia lo tributario, destacando a cual de los dos titulares les corresponde o en qué proporción el tributo sobre la tierra, solamente establece una obligación *propter rem* en el artículo 2123¹²¹¹ que con generosidad hermenéutica podría alcanzar a tributos impagos sin otros detalles ni disquisición. Aplicando la ley 25.080 es posible realizar desgravaciones impositivas. Pero como bien dice Pigretti¹²¹²...“*se trata del sueño de una noche de verano*” porque quienes dejarán de tributar acogiéndose a los beneficios establecidos por las exenciones de este régimen, deben tener presente la hipótesis de invariabilidad de la política económica tributaria (teniendo en cuenta que las desgravaciones previstas lo son por treinta años, pudiendo llegar a cincuenta en casos especiales). Cosa que en la Argentina, con diez mil artículos por año (más de dos veces el Código Civil), producidos sólo por la Agencia Federal de Ingresos Públicos en el año fiscal, se ve difícil. Pero, de todo esto es importante resaltar: que los incrementos al valor por inventario de las plantaciones no tributan, con lo cual las empresas aumentan su capital sin alterar la ecuación económico financiera que armará su coeficiente tributario. Tampoco pagan impuesto de sellos o por actuación administrativa. Entonces se advierte que se puede invertir en paisaje y desgravar impuestos, siempre que se trata de forestación, y es otra ventaja que puede ofrecer esta ley al que persiga la protección del paisaje, o es una ventaja que cuenta en el momento de fomentar estas políticas para futuros inversores en el sector.

V-Resumen

En este segundo capítulo sobre los Derechos Reales, en este caso sobre cosa ajena, comprobamos que se han verificado las hipótesis de trabajo. Las respuestas obtenidas son categóricas y sorprendentes cuando se verifica el funcionamiento de figuras que llevan 25 siglos produciendo servicios y cómo ha sido posible resignificarlas

¹²¹¹ Art. 2123 CyCom 2014. Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

¹²¹² PIGRETTI, Eduardo. *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley, Buenos Aires 2003, pp. 131.

y actualizarlas para mantenerlas en funcionamiento en clave actual. Ha sido de resultado sobresaliente comprobar la manera en que su penetración por el principio de la “función social de la propiedad”, (que nosotros hemos hecho extensible a los Derechos Reales que resultan a nuestra vista como operativos para esta nueva función) son eficaces en la protección del paisaje.

Cada una de las figuras que se estudiaron en este capítulo (Derecho de Uso y Servidumbre) han sido permeables a exhibir las innumerables posibilidades que tienen inyectadas de la función social y admitiendo la nueva dimensión que tienen si se admite que son potenciales vehículos de la aplicación del Derecho Público para limitar su diseño estructural en beneficio del interés público, puede ser mediante la aplicación de la teoría de la “función social de la propiedad” o mediante el otro expediente que es el de la intervención directa del Derecho Público para establecer limitaciones a favor del interés público. Siempre el interesado en esta limitación o autolimitación es el destinatario final del Derecho: su ciudadano o sus ciudadanos o su colectivo de ciudadanos si ya su número es indiferente. Hemos advertido en el análisis que las dos figuras pensadas individualmente por los romanos cobran nueva fisonomía y son susceptibles de un funcionamiento social exponencial si se admite el ingreso de estas ideas impregnadas de funcionamiento en beneficio del colectivo o del público masivo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL DOMINIO PÚBLICO

I. Presentación

En este examen a las diferentes técnicas de protección del paisaje, dirigido especialmente a la materia de los Derechos Reales, se han examinado distintos institutos caracterizados por titularidad privada, y también la manera en que el Derecho Público ha matizado los mismos con limitaciones efectuadas en el interés público. Además, un nuevo atributo que labora fundamentalmente a nivel del Derecho de Propiedad ha operado decisivamente a nivel del carácter absoluto del Dominio tornándolo en una función social de las cuales se desprenden otras herramientas, tales como el ordenamiento territorial. El fracaso de estas técnicas determina la expropiación.

Pero todavía no se ha examinado, la protección del paisaje cuando el titular del Derecho Real es el Estado, ya sea de manera originaria en ejercicio del Dominio Eminente o por el mencionado fracaso de las técnicas descritas en el párrafo anterior que determinaron la expropiación.

Éste es justamente el caso que corresponde examinar en este capítulo. Por esta razón, justificaremos la siguiente posición: que el Derecho Público es operativo para proteger al paisaje. La metodología a emplear para abastecer esta posición tiene un perfil similar a los casos anteriores. Primero presentamos el tema con la determinación conceptual del mismo y fijamos algunos conceptos. Después, daremos cuenta de los casos de dominio público que nos interesa dilucidar, dado que nuestro objetivo es específico y acotado por el tipo de tesis que presentamos. Con esta metodología daremos fundamentación a la posición que abre el siguiente titular:

II. El Dominio Público y la protección del paisaje

1.Introducción

Para entender la vinculación entre el Dominio Público y el Paisaje, es necesario presentar brevemente qué se entiende por Dominio Público en el objeto de una tesis que pretende determinar la manera en que ésta técnica es operativa para proteger al paisaje¹²¹³. Determinaremos qué es el Dominio Público y qué no es, y cuáles son los elementos que la doctrina asume para establecer cuándo estamos ante un bien de dominio público. Terminada esta tarea sumariamente, nos abocaremos a analizar con más detalle los siguientes temas específicos: patrimonio natural, patrimonio cultural y un especial caso que es el del agua a través del plan hidrológico y el de represas hidroeléctricas que dejamos para el final por su especial característica.

2.Concepto, compatibilidad para comprender al paisaje

En España, muchos autores¹²¹⁴ mantienen sobre el Dominio Público la idea de ser por un lado una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo¹²¹⁵ y por otro un régimen jurídico exorbitante¹²¹⁶ para la exención (en lo necesario) del orden jurídico civil ordinario, a fin de proteger la función pública correspondiente; régimen jurídico que afecta las cosas o los bienes en sentido jurídico civil instrumentalmente precisos como soporte del ejercicio de la función pública¹²¹⁷. La razón de la indicada exención radica exclusivamente en la indispensable extracción de

¹²¹³ Para una completa evolución histórica del concepto “Dominio Público” Véase PAREJO ALFONSO, Luciano. “*Dominio Público, un ensayo de reconstrucción de su teoría general*”- RAP N° 100-102 Vol. III, En-Dic. 1983, pp. 2379/2392. Ver también RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Derecho Administrativo Patrimonial*. Tomo II, Bosch, Barcelona 2005, pp. 15 y ss.

¹²¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. “*Dominio Público, un ensayo de reconstrucción de su teoría general*”. RAP N° 100-102 Vol. III, En-Dic 1983, pp. 2379/2392.

¹²¹⁵ VILLAR PALASÍ, J.L. Voz: “Concesiones Administrativas” En “Nueva Enciclopedia Jurídica” Tomo IV, pp. 684-770. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

¹²¹⁶ Parejo Alfonso, Op. Cit 1983.

¹²¹⁷ FERNÁNDEZ DE VELASCO. Naturaleza del Dominio Público según Hariou. Aplicación de su doctrina a la legislación española. En Revista de Derecho Privado pp. 230 – 236. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

dichas cosas del tráfico jurídico ordinario o común. Esta tesis es denominada por la doctrina “tesis dualista”¹²¹⁸. Parecería quedar fuera de esta teoría la cosa, porque diferentes son las cosas públicas de las privadas, salvo que el concepto de función social de la propiedad ofrece su atención para ordenar los conceptos porque con la técnica estatutaria las cosas pasan a estar sujetas al régimen de cada estatuto, ocurre que si los bienes están aún en el comercio, la intervención puede llevar lisa y llanamente al fracaso de la función social y con ello a la expropiación. También campean en el Derecho español tesis extremas que niegan el carácter de propiedad al Dominio Público por entender que pertenecen al contenido esencial del derecho de propiedad al gozar y disponer de un modo relevante de la cosa que constituye su objeto (Código Civil español, Art. 348); partiendo de esta idea hay autores¹²¹⁹, que estiman que la titularidad del dominio público corresponde a la nación soberana que se expresa en las titularidades de la Administración Pública concretándose a través del ejercicio de potestades de uso y aprovechamiento de bienes afectados y la defensa y conservación de estos bienes. Otros autores¹²²⁰, sostienen que el dominio público es la afirmación del dominio eminente sobre bienes públicos del Estado sobre bienes en los cuales le es característico es el ejercicio del poder público para asegurar su destino¹²²¹.

En síntesis, como dice López Ramón¹²²², no se trata de propiedades de las que libremente puedan disponer los servicios administrativos, sino de propiedades afectadas a la utilidad pública y por ello sujetas a régimen especial de protección y utilización pero siempre dentro de la categoría Derecho de Propiedad¹²²³. Además, desde la Constitución de 1978 se vincula – como hemos visto- el Derecho de Propiedad

¹²¹⁸ *Ibidem*, pp. 2416.

¹²¹⁹ MORILLO VERDE, J.I. *Dominio Público*. Trivium. Madrid 1992, pp. 156. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

¹²²⁰ MENÉNDEZ REXACH, A. *El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho Público español*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 10 Madrid 2004, pp.209. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

¹²²¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

¹²²² *Ibidem*, pp. 42 y ss.

¹²²³ Ello explica que se inscriban los bienes del Dominio Público en el Registro de la Propiedad, que la competencia por litigios sea civil, que la Unión Europea (Art. 345 Tratado) manifieste indiferencia a la teoría que cada Estado parte adopte para el caso.

al cumplimiento de una función social (Art 33.2 CE) y subordina la riqueza nacional al interés general...”*en contenido del derecho de propiedad, esto es el conjunto de relaciones que la propiedad de un bien crea entre el titular y terceras personas, tiene que estar inspirado por el interés general, y ello tanto en el caso de la propiedad privada como de la pública. La diferencia de una y otra es de grado: toda propiedad está subordinada a un interés general, pero en unos casos con mayor intensidad que otros; la propiedad privada ha de cumplir una función pública. Planteada así la cuestión, no parece que pueda existir objeción grave a la concepción patrimonialista del dominio público como función o como título de intervención, sino que más bien la asume*¹²²⁴...

En Alemania, no se admite la categoría del Dominio Público, las cosas públicas no están fuera del comercio, y si fueran objeto del derecho de propiedad privada, el propietario sólo puede usar y disponer de ellas respetando el derecho de servidumbre de Derecho Público (conjunto de restricciones que aseguran las utilidades públicas de las cosas y que es propter rem). Se trata de un régimen de propiedad privada que no comprende todas las facultades del titular, pero si fuere necesaria la expropiación por la intensidad de facultades que requiere el régimen público para satisfacer el interés general, de todas formas se mantiene la servidumbre de Derecho Público¹²²⁵.

En la Argentina, todo lo que se refiere al Dominio Público del Estado y su marco teórico, seguimos a Miguel S Marienhoff¹²²⁶, que es la doctrina que sea ha impuesto en los últimos años y que no ha recibido embates de importancia que hagan tambalear las instituciones jurídicas, ni en su condición registral o penal o consecuencias expropiatorias comunes, para quien el dominio público consiste...”*en una masa o conjunto de bienes, que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público – directo o indirecto-*

¹²²⁴ SAÍNZ MORENO, Dominio Público, una reflexión sobre su concepto y naturaleza 50 años después de la Revista de la Administración Pública. Revista de la Administración Pública. RAP N° 150 pp. 477. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

¹²²⁵ LOPEZ RAMON, Fernando. Sistema de los bienes...pp. 42.

¹²²⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V: Dominio Público. Cuarta Edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998, pp. 169 y ss.

de los habitantes¹²²⁷.... Esta definición se acentúa si se verifica que las leyes argentinas¹²²⁸ no contienen una definición de dominio público, se limitan a mencionar qué cosas revisten carácter dominial, pero algunas notas características del dominio público surgen del Código Civil. No se trata de una creación natural, es un concepto jurídico de origen legal, dependiendo del orden jurídico que se trate¹²²⁹. Si bien no hay un debate marcado en la Doctrina, todo parecería indicar que en la Argentina prevalece la idea de que el Dominio Público es una institución del Derecho Civil, matizada por ciertas particularidades cuando el sujeto activo es el Estado, pero no parece ofrecer opciones para considerar este sector de la realidad jurídica como una institución del Derecho Público, salvo el caso del Dominio originario o el Dominio eminente, que tratamos en otro lugar, pero que refiere exclusivamente a los recursos naturales y en algunas provincias como las de Buenos Aires incluye a los recursos ambientales también¹²³⁰. Máxime que existe una categoría de bienes *intra commercium* que son los que pertenecen al Dominio Privado y su regulación es principalmente derivado del Código Civil, por eso empezamos señalando que se trata de un concepto monista.

Según el artículo 2339 del Código Civil argentino de 1871 que sin graves cambios sigue el artículo 235 del actual Código Civil y Comercial 2014, los bienes pueden corresponder al dominio público (como órgano político de la Nación) o privado (como cualquier particular)¹²³¹. En este análisis nos referimos a bienes que son exclusivamente a bienes del Dominio Público, destinados al uso y goce de los ciudadanos, inalienables, de uso gratuito por definición (aunque pueda cobrarse por su mantenimiento) e imprescriptibles, se trata de bienes que pueden ser desafectados y por lo tanto habilitados para ingresar al dominio privado, por decisión del Poder

¹²²⁷ *Ibidem*, pp. 43.

¹²²⁸ La legislación española ha seguido un criterio distinto, porque en la Constitución de 1978 ha elevado al dominio público a jerarquía constitucional (art 132) si bien ha delegado en la Ley la regulación de su régimen construido en base los elementos de titularidad administrativa, afectación a un bien público y régimen jurídico especial. SAINZ MORENO, Francisco. *El Dominio Público: una reflexión sobre su concepto y su naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*. RAP, N° 150. Sep-Dic 1999, pp. 477.

¹²²⁹ *Ibidem* pp. 46.

¹²³⁰ Nos remitimos al Capítulo II donde tratamos el tema *in extenso*.

¹²³¹ Art. 2.339 Código Civil 1871: *Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.*

Legislativo y el Poder Ejecutivo nacional o provincial según se trate. Como se ve, la diferencia entre un bien y otro es de régimen jurídico, debiendo las afectadas al dominio público ser afectadas directamente (no como simple instrumento) al uso común, subordinado a la norma que así lo constituya.

El texto del Código Civil Comercial 2014 no propone reformas significativas en este segmento que simplifique o modifique el régimen de 1871. Se mantiene la clasificación analizada en el párrafo anterior con modificaciones superficiales tales como las que corresponde a incisos “a”, (mares), “c” (ríos y demás aguas) del artículo 2340 en el texto del nuevo artículo 235¹²³². Pero cuando esta sección hace referencia al régimen, hay algunas variantes en la redacción porque la expresión “dominio público” se pierde y el título refiere a “las cosas del Estado”, y en el texto de la norma se refiere a... “bienes públicos del Estado” y no habla de ciudadanos sino de personas que sólo tienen uso y goce, pero más adelante dice que “*Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*”. Deja la duda si esta expresión laxa de bienes del “dominio público” incluye también a los del dominio privado alcanzando a éstos últimos también el carácter de inenajenables, inembargables e imprescriptibles, lo que parece un contrasentido pero provoca dudas en el régimen aplicable de naturaleza civil o administrativa para éste último tipo de bienes.

Hay en este punto otra modificación en el texto de este nuevo Código Civil y Comercial que es importante en el caso del Dominio Público por que hace a la cláusula de inenajenabilidad. La redacción original las prohíbe¹²³³ y el artículo 1972 del nuevo Código las permite¹²³⁴ si es a personas determinadas pero la restringe a diez años.

¹²³² Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 2012.

¹²³³ Art. 1364 Código Civil 1871: *Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; más no a una persona determinada.*

¹²³⁴ Código Civil y Comercial 2014. Cláusulas de inenajenabilidad. En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de DIEZ (10) años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a DIEZ (10) años, se considera celebrada por ese

3.Elementos de Dominio Público y Paisaje

Para saber si estamos o no frente a un bien del dominio público es preciso saber si concurren todos sus elementos, porque es ése el test que debe sortear el paisaje para ser considerado tal. Si la respuesta es afirmativa se le aplica el régimen jurídico especial. Estos elementos esenciales son cuatro: sujeto, objeto, finalidad, norma¹²³⁵.

Elemento subjetivo, las cosas o bienes del dominio público si son *res nullius*, no pueden pertenecer a las personas particulares. Porque la satisfacción de las necesidades públicas es excluyente y exclusiva función estatal y no de particular alguno. Siguiendo a Marienhoff, consideramos que la titularidad del dominio público le corresponde al pueblo¹²³⁶, en referencia a los bienes comunes que son aquellos bienes que todo ciudadano puede usar y gozar directamente sin intervención ni habilitación estatal y en los que el Estado debe tutelar *motu proprio* por medida de policía, lo contrario ubicaría al Estado en posición de un simple actor civil reivindicando un bien del dominio privado como cualquier particular. Se sigue que la naturaleza de un derecho de propiedad y otro es distinta, de otra forma si por ejemplo el Estado fuera el propietario de los caminos, solo el Estado podría utilizarlos, lo que es un contrasentido, entendemos que la misma situación se da con el paisaje, por ejemplo la vista al mar desde la playa o el cambio de escenario que en muchos pueblos ha producido la construcción y plantación de viveros verdes. Agrega Marienhoff que sostener que el Estado y no el pueblo es el sujeto del dominio de las cosas públicas, equivale a sostener que el Estado es dueño de sí mismo, dado que los elementos del Estado son justamente pueblo, territorio, imperium. Los integrantes del pueblo que vivían en un territorio antes de constituir el Estado, ya eran dueños de esos bienes ubicados dentro

tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de DIEZ (10) años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.

¹²³⁵ BALLBÉ, Manuel. “*Concepto de Dominio Público*” Bosch. Barcelona 1945. Citado por MARIENHOFF, Miguel S., Op cit pp. 57.

¹²³⁶ CSJN Tomo 146 pp. 143. No parece ser esta la opinión de la Corte que utiliza la expresión “poder público”, pero no obstante no es un fallo en el que el Cívero Tribunal se exprese categóricamente. Por lo demás es la opinión de los clásicos argentinos: LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit Tomo 1 pp. 422; BIELSA, Rafael Op. Cit pp 387 y ss. MITRE, Bartolomé. Diario de Sesiones H C Senadores pp 820 S 11/09/1869. Ver MARIENHOFF, Miguel S. Op Cit pp. 65 y 68.

del territorio, esa propiedad colectiva persiste después de la formación del Estado, y quien pasa a administrarlo es el imperium, osea la autoridad constituida que el pueblo elige al efecto.

La naturaleza del derecho que el pueblo tiene sobre el dominio público en su carácter de titular de éste, según Marienhoff¹²³⁷, es el de una propiedad pública que se distingue de la privada por su destino, por estar fuera del comercio, por poseer un régimen diferencial, y por la diferencia subjetiva porque en un caso es el conjunto de hombres considerado como comunidad política: el pueblo¹²³⁸, y en otro es un particular. Además el uso que corresponde al pueblo es un uso “popular” en el sentido de comprender sólo usos comunes y excluir los usos en forma particular, amén de ser inalienable e imprescriptible, entendemos que el paisaje reúne estas notas. Que el Código Civil refiera al dominio público no la califica como tal ni deja de ser administrativo por esa inclusión, sólo deslinda campos.

El *elemento objetivo*, se relaciona con las cosas o bienes susceptibles de integrar el dominio público. Según el autor que seguimos...*“la propia ratio juris a que responde el dominio público demuestra que cualquier bien puede incluirse en él: bastará con que el respectivo bien tenga la aptitud necesaria, o reúna las correspondientes características, para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial. Acertadamente se dijo que el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada, pues también se expresó que la dominialidad es independiente de la cualidad de las cosas. De manera que objetivamente, pueden integrar el dominio público cualesquiera clase de bienes o de cosas (objetos corporales e incorporales ya se trate de inmuebles, muebles o*

¹²³⁷ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. pp 97 y ss.

¹²³⁸ Artículo 20. *Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.* Asimismo, el artículo 41 de la Constitución Nacional refiere a “habitantes”.

*derechos*¹²³⁹).... Queda en el aire la pregunta ¿Y el paisaje? Porque no es posible afirmar que el paisaje en nuestro régimen es una cosa, pero hemos demostrado en el capítulo 1 que se trata de un bien y por lo tanto puede integrar esta clasificación. También es admisible que se lo considere como accesorio a un principal y siga su suerte...Después de todo, si a un parque público se le podan todos sus árboles sigue siendo parque público, ¿El uso u objeto es el mismo? ¿El paisaje, es el mismo? Nada obsta que expropiando un predio con destino de área protegida, entre los objetivos de protección se encuentre justamente el paisaje que es la técnica usual de protección del sistema tradicional de parques nacionales.

El *elemento normativo*, es el que determina que su existencia depende de la voluntad del legislador, sin ley no hay bien de naturaleza dominial. Además la facultad de establecer qué bienes son públicos y cuales privados es de incumbencia del Congreso de la Nación (Art 75 inc 12) cuestión civil, de fondo. Pero determinar qué bienes son de Dominio Público es Derecho Administrativo, se trata de una facultad no delegada y crea plazas, caminos, etc. todo por ley o reglamento según el caso¹²⁴⁰.

El *elemento finalista*, está dado por la utilidad pública, la importancia que tenga el bien para la población lo que da fundamento a su afectación a un servicio público¹²⁴¹.

4. Dominio Público, uso y finalidad en la protección del ambiente y el paisaje

El Dominio Público protege al ambiente y al paisaje porque de esta manera justifica la satisfacción de necesidades colectivas, y difusas previstas en el artículo 41 de la Constitución argentina y hace realidad el precepto que reza...*"todos los habitantes gozan el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan, las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras"*...La finalidad primordial del Dominio Público es su población, sin ella no hay Estado, ni mucho menos Derecho, por lo tanto

¹²³⁹ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. pp 102 y ss.

¹²⁴⁰ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. pp 102 y ss.

¹²⁴¹ LÓPEZ RAMÓN. Fernando. Sistema jurídico...pp. 140.

es objetivo prístino de la Constitución asegurar el uso y goce de los mismos a los que integran la comunidad. Proteger los recursos naturales críticos y asumir este cometido como uno esencial para el Estado Ambiental de Derecho es asegurar el cumplimiento de ése mencionado objetivo a disfrutar del derecho a un ambiente sano y equilibrado y apto para el desarrollo humano¹²⁴². Por esta razón el segundo párrafo de la norma ambiental constitucional dice que son las autoridades quienes deben proveer a la protección de este derecho y...“a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica, y a la educación y educación ambientales”...Porque si no, la función ambiental que debe cumplir el Dominio Público no se cumpliría, no se satisfarían necesidades colectivas, sino quizás individuales pero nunca compatibles con la idea de que la Constitución establezca un régimen congruente con la calidad de vida que ofrece un...“ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano” con un uso sostenible o...“utilización racional de los recursos naturales”,,, ya sea el uso común, especial o privativo.

El uso común o general, según los autores españoles¹²⁴³, procede cuando no concurren circunstancias singulares, ejerciéndose libremente conforme la naturaleza del bien y lo previsto en la afectación¹²⁴⁴, no precisa título habilitante de la actividad del particular. Ejemplo, las aguas superficiales para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como abrevar ganado¹²⁴⁵, y del mar y sus playas para recreo, baño, navegación, pesca deportiva o artesanal¹²⁴⁶, el uso general del dominio público....”se considera un derecho de uso cívico de carácter gratuito derivado del carácter general

¹²⁴² ...”El fin o función pública al que está afectada la categoría de bienes naturales es la de la protección ambiental, como ha reiterado el TCE en las SSTC 227/1988 de 29 de Noviembre (Ley de Aguas) y 149/ 1991 de 4 de Julio (asunto Ley 22/1988, 28 de Julio de Costas)”...En la primera de estas Sentencias, se dice...”a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a las satisfacción de necesidades colectivas primarias, como por ejemplo la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien a la defensa o utilización racional de la “riqueza del país”, en cuanto a que subordinada al interés general (art 128.1 de la Constitución)”...BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. “La ambientalización del dominio público”. En Obra Colectiva: “La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales”. Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp 90.

¹²⁴³ Y conforme Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Art. 6.d.

¹²⁴⁴ Reglamento de Bienes, Art. 76.

¹²⁴⁵ Ley de Aguas, Art. 50.1.

¹²⁴⁶ Ley de Costas, Art 31.1.

del administrado. En consecuencia la supresión o modificación del uso general no entraña por sí sola la restricción de un derecho de los particulares afectados”... y no conlleva indemnización ni expropiación al menos en casos de colindancia como cuando se traza un camino más lejos del actual que pasa por una propiedad¹²⁴⁷.

El uso especial es aquel en el que concurren circunstancias singulares por cualquier motivo y por lo tanto requieren autorización, las circunstancias puede ser tales como el peligro, uso intensivo, ejemplo de ello: la navegación¹²⁴⁸, servicio de temporada en las playas¹²⁴⁹, este régimen se ha flexibilizado en sus requisitos de licencia previa después de la aprobación de la Directiva de Servicios que establece el libre acceso a las actividades de servicio¹²⁵⁰ lo que reafirma una naturaleza declarativa del derecho al uso para el administrado y da más versatilidad a un pedido de uso para disfrutar del paisaje. Pero en éste último caso deberá observarse si se han cumplido los requisitos de la norma que autorice el uso del paisaje urbano o rural, según el caso como otro de los elementos del reglamento. En el caso de Barcelona y su Ordenanza de Protección del Paisaje Urbano¹²⁵¹, la Autoridad de Aplicación deberá tener presente el cumplimiento de los requisitos establecidos por esta normativa, y en casos especiales requiere de hasta un visado de impacto urbanístico emitido por el órgano de gestión paisajística urbana¹²⁵².

El uso privativo es excluyente, estable, requiere instalaciones fijas integradas al Dominio Público, como las de regadío, minería, etc. Otorgado por concesión o autorización que en lo paisajístico se expresaría mediante una norma especial de interés público con duración limitada, como la rehabilitación de una fachada que se traduce desde el punto de vista público en asegurar el interés colectivo de orientar políticas para disfrutar del paisaje en los términos de la Convención de Florencia.

¹²⁴⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Sistema jurídico...pp.152.

¹²⁴⁸ Ley de Aguas, Art. 86.2.

¹²⁴⁹ Ley de Costas, Art. 51.

¹²⁵⁰ Directiva 2006/ /123/ CE. LÓPEZ RAMÓN, F. Sistema jurídico..pp. 52

¹²⁵¹ Aprobada por acuerdo del Consejo Plenario de 26 de marzo de 1999 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el 19/06/1999.

¹²⁵² HERVÁS MAS, Jorge *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Bosch 2008, pp.175.

5. Resumen

La respuesta que es posible ofrecer a esta altura del análisis, a la primera pregunta que formulamos en este capítulo y que abrió al mismo es un categórico afirmativo. Encontramos al Dominio Público operativo para proteger al paisaje. En otras palabras, es posible proteger paisaje mediante la técnica de utilizar el Dominio Público. Claro está, siempre es más fácil proteger si se es titular del señorío ejercido sobre el lugar de protección. Responder a la pregunta por la razón por la cual el Estado puede proteger un determinado paisaje, perímetro o región mediante la técnica del Dominio Público es muy sencillo: el Estado protege porque interviene y es el dueño, y no cualquier dueño, se trata de uno que lleva en el ejercicio de tal Derecho una responsabilidad mayor que la del simple particular sobre su propiedad privada que ha sido limitada por el mismo Estado en razones de interés público para proveer al interés general mediante la función social de la propiedad y de la protección del ambiente. Aquí el titular es quien limita a los demás, fundado en las mismas razones de interés público y hace que el pueblo que es el sujeto del dominio lo ejerza sobre un bien, con tal grado de protección que hasta se lo ha ubicado fuera del comercio y definido imprescriptible e inalienable. El problema será identificar las situaciones expropiatorias para este fin¹²⁵³, o se utiliza la técnica de la expropiación porque se priva de uso, goce y disposición a un particular para constituir un Parque Nacional o se utiliza la técnica del ordenamiento cuidando de no cercenar el Derecho de tal forma que lo que es funcional a la protección del Estado pase a desnaturalizar el Derecho del titular afectando su contenido esencial, lo cual debiera surgir de la norma constitutiva de protección. Una es indemnizable y la otra no (Art 17 CN)¹²⁵⁴.

¹²⁵³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “La problemática indemnizatoria en los espacios naturales protegidos”. En Obra Colectiva: “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp 143.

¹²⁵⁴ En el Derecho español ha sido tradicional distinguir los conceptos de privación y delimitación de derechos de propiedad. La expropiación indemnizatoria surge de la violación al principio de igualdad porque se impone al afectado un sacrificio en beneficio de la comunidad. En cambio, si el sacrificio afectaba en forma general a todos los afectados no había infracción a la igualdad ni potestad expropiatoria, sino simple delimitación legal del Derecho de Propiedad. Actualmente, este criterio asume un carácter complementario al principal que es el de la definición del contenido esencial del Derecho de Propiedad.

III. Protección que confiere al paisaje el Dominio Público

En la introducción a la presente, adelantamos que no perseguimos el análisis del artículo 2340 del Código Civil 1871 (235 CCyCom 2014), sino determinados temas específicos a través de los cuales indagaremos por el tipo de protección que el Dominio Público le otorga al paisaje. Nos interesa saber cómo es tal protección, si es superficial o integral, si es específica o genérica, si se trata de un cometido central o reflejo. Conocer el perfil de la protección paisajística dado hasta el presente por el Dominio Público nos remite a examinar la legislación que se ha ocupado del mismo.

En este sentido, clasificamos tres categorías de Dominio Público que se ocupan con menor o mayor alcance del paisaje: patrimonio natural, patrimonio cultural y un especial caso en el recurso agua que dejamos para el final por su especial característica. La propuesta es conocerlas para saber la intensidad de protección de nuestro objeto de estudio.

1.El paisaje como patrimonio cultural.

1.1.Introducción

Utilizamos nuevamente la expresión más conocida, pese a que según lo hemos explicado anteriormente, preferimos la noción de cultura o Derecho de la Cultura en referencia al “bien cultural” en este costado de análisis siguiendo la doctrina europea que explicaremos someramente en el próximo título. Expresión ésta última más abarcadora, porque comprende no sólo lo tangible sino lo intangible y en este caso particular comprende la idea de paisaje *-si bien no como objeto principal de tutela-* y porque en el diseño normativo de la protección al “bien cultural” es donde han ubicado al paisaje como uno de sus capítulos, junto a otros ítems tales como el patrimonio, histórico, artístico o arqueológico por ejemplo. Enseguida presentamos los antecedentes legislativos comparados, hemos seleccionado solamente de España e Italia por ser dos naciones de evolución con muchos temas en común, que han

desarrollado una doctrina sobre el particular y acuñado el concepto de “bien cultural” que comparten y que puede ser funcional en la Argentina para dar soluciones jurídicas, dependiendo del lugar que para el caso se adopte para el analista. Finalmente un rápido examen al marco jurídico argentino sólo para demostrar la ausencia del paisaje como elemento del mismo sujeto a consideración y protección.

1.2. Antecedentes legislativos

La legislación española tempranamente consideró al paisaje dentro del patrimonio cultural como sustrato de temáticas históricas subsumida dentro del concepto de “monumentalidad” reconociendo las facultades de la autoridad de aplicación estatal para... *ponderar alteraciones ambientales no sólo de los monumentos, edificios, calles, etc., sino del paisaje que los rodea*¹²⁵⁵, ...debiéndose reconocer que se trata todavía de un elemento secundario donde subrayar lo histórico y la cultural era lo más importante porque eran las razones de protección, dentro de la denominada “doctrina de los bienes culturales”.

Lo importante para señalar en el régimen español, es que es mayoritaria la doctrina que considera que no hay propiedad ajena a los intereses generales, según el texto del Art 128. de la Constitución española... *toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*... El fin esencial del régimen jurídico especial de los bienes de interés público consiste en la conservación del bien y el acceso del público a su disfrute, integrándose los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico (Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, Arts, 1.2)¹²⁵⁶. Por esta razón, en la legislación española forman parte los bienes arqueológicos, históricos, artísticos, ambientales y paisajísticos. Desde este punto de vista no cualquier paisaje es relevante para la legislación española sino el que está inserto dentro de una historicidad... *por cuanto su consideración como tales se hace*

¹²⁵⁵ Art. 1006 de 1981. Ponente Ruíz Sánchez Citado por BARRERO RODRÌGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Instituto García Oviedo – Univ. de Sevilla. Ed Civitas. Madrid 1990 pp. 100.

¹²⁵⁶ LOPEZ RAMON, Fernando. Sistema de los bienes... pp. 42. BARRERO RODRÌGUEZ, Op. Cit., pp. 120.

*inseparable del juicio emitido con concretas coordenadas de tiempo y lugar, lo que se considera cultural, significativo desde el punto de vista de la historia de la civilización es, en efecto, una cualidad, en principio indeterminada y sometida a mutaciones constantes, de ahí la absoluta necesidad de que el derecho sienta de proceder a su concreción, de establecer un mecanismo que delimite con precisión cuáles son los bienes portadores de esta naturaleza*¹²⁵⁷... Así se convierte la noción de un bien cultural en objetivo al requerir su declaración para alcanzar tal status jurídico. En síntesis, es dentro del análisis del contexto del patrimonio histórico que aparece entre sus elementos el interés histórico, artístico, arqueológico, paisajístico, y en general todos los recogidos por la norma, que son diferentes manifestaciones que el Derecho de cada tiempo determinará qué bienes de esta naturaleza van a adquirir consecuencias jurídicas¹²⁵⁸.

En Italia, Giannini¹²⁵⁹, cuando define el dominio público histórico artístico como propiedad colectiva demanial no considera al paisaje todavía en forma explícita¹²⁶⁰ pese a la clara alusión del mismo por el artículo 9 de la Constitución italiana de post guerra¹²⁶¹. Se trata de conceptos que reconocen sus antecedentes en la Comisión Franceschini que concluyó en identificar a bien cultural con a) todo bien de interés arqueológico, artístico, ambiental, paisajístico, documental y bibliográfico y cualquier otro bien que constituya testimonio material con valor de civilización; b) la compatibilidad del bien cultural con el disfrute y disposición del mismo por su propietario dentro de los límites establecidos por la legislación que aplica así la función social del Derecho de Propiedad; c) el carácter declarativo de la intervención administrativa que identifica la cualidad cultural determinante del régimen jurídico especial dado que deriva

¹²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 121.

¹²⁵⁸ En España, actualmente la cuestión se halla regulada en la ley 16/1985 de 25 de junio (BOE 19/06/1985). Es una ley (LPHE) detallista con 79 artículos, con una sistemática original porque no aborda el tema desde las distintas clases de bienes y el consecuente régimen como comúnmente lo hacen los distintos ordenamientos. El artículo 1 autoriza a su reglamentación la cual se hizo por Real Decreto (RPHE) 111/1986 de 10 de enero (Reglamento de desarrollo parcial) y ocho años después modificado por el Real Decreto 64/1994 de 21 de enero que adaptara a este Reglamento a la Doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia 17/1991 de 31 de enero y a la ley 30/1992 y a la ley 30/1992 de Régimen jurídico de la administración pública y procedimiento administrativo común.

¹²⁵⁹ GIANNINI, Massimo Severo. *Il beni Culturali*, in Riv. Trim. de Diritto Público, Roma 1976., pp. 20 y ss.

¹²⁶⁰ *Ibidem*., pp. 89 y ss.

¹²⁶¹ Artículo 9. *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.*

de las características del bien, respondiendo el acto administrativo a la comprobación porque produce certeza legal de la cualidad¹²⁶².

1.3.La protección del paisaje a través de la técnica del patrimonio cultural

En la Argentina la legislación sobre patrimonio cultural se encuentra legislada con cierto desorden, de manera inorgánica y poca o casi nula referencia al paisaje¹²⁶³, no obstante la referencia del artículo 41 de la Constitución federal. La situación se halla contemplada parcialmente por las leyes 25.517¹²⁶⁴ sobre restos humanos, 25743¹²⁶⁵ reglamentada por el Decreto 1022 /2004¹²⁶⁶, y ley 26.118¹²⁶⁷. La Ley 25.197¹²⁶⁸ que crea un Registro Único de Bienes Culturales define el Patrimonio Cultural argentino, a sus efectos como un universo de "bienes culturales", que integra con aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional, entre ellos el producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas (Artículo 2). La ley Nacional 25068¹²⁶⁹ establece el "Premio a la Protección Ambiental y Preservación del Patrimonio Natural a residentes en la Argentina que se hubieran distinguido en la defensa del Patrimonio Cultural. En cuanto al Patrimonio Cultural Material: se encuentra disperso en la legislación y hay que hacer una tarea hermenéutica para darles un contexto armónico. El Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, en la Ley 25743 toma el tono de sub-categoría en un marco jurídico nacional para la preservación del Patrimonio Arqueológico y del Paleontológico que los incluye en el Patrimonio Cultural de la Nación (Artículo 1). El Patrimonio Arqueológico,

¹²⁶² LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Sistema jurídico...pp. 50.

¹²⁶³ Para un estudio del Régimen español de hallazgos de interés artístico ver: MOREU BALLONGA, José Luis, *Régimen jurídico de los hallazgos de interés artístico, histórico o arqueológico*. Revista de la Administración Pública RAP. N° 90, Sep-Dic 1979, pp. 79. El punto de partida es la apropiación automática del Estado.

¹²⁶⁴ Ley 25517. BORA 20/ 12/ 2001. ADLA 2002-A pp. 20.

¹²⁶⁵ Ley 25743. BORA 26/ 06/ 2003. ADLA 2003-C pp. 2601.

¹²⁶⁶ Decreto 1022/ 2004. BORA 10/ 08/ 2004.

¹²⁶⁷ Ley 26118. BORA. 27/07 /2006. que aprueba la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, UNESCO, París 2003 que define dentro de la categoría jurídica de Patrimonio Cultural la sub-categoría Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹²⁶⁸ Ley 25197. BORA 15/ 12/ 1999. A.D.L.A. LX -A pp. 13.

¹²⁶⁹ Ley 25068. BORA 01/ 11/ 1999. A.D.L.A. LIX-A pp. 73.

destaca los hallazgos que pudieran proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron lo que hoy se llama Argentina cientos y miles de años atrás. El patrimonio paleontológico, refiere a los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico, y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en subsuelo o bajo aguas jurisdiccionales (Artículo 2). Como ese marco jurídico es específico para la preservación del patrimonio arqueológico y paleontológico, prevalece sobre toda disposición que norme el Patrimonio Cultural. El artículo 2 de la Ley 25743 incluye en el Patrimonio Arqueológico y Paleontológico bienes públicos y privados, con modalidades de uso, goce y disposición. Atribuye destino a bienes públicos e impone modificaciones, restricciones y limitaciones al derecho *jus utendi* y *jus abutendi* sobre bienes privados. El artículo 12 aclara que la inscripción de un yacimiento arqueológico o paleontológico en los Registros Nacionales de Yacimientos, Colecciones y Objetos Arqueológicos y de Yacimientos, Colecciones y Restos Paleontológicos no implica ninguna modificación al Derecho de Propiedad sobre el terreno objeto. La inteligencia extensiva de la norma comentada, abonada por la simple lectura del resto de la ley autoriza a interpretar que tampoco implica modificación al Derecho de Propiedad sobre las cosas muebles. Seguirán en el régimen dominial del Código Civil con las modificaciones, restricciones y limitaciones que la nueva ley impone. La reforma del Código Civil argentino en 1968 (art. 2340 inc.9) ya había declarado de dominio público a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, que el actual Código Civil y Comercial mantiene en el artículo 235, según vimos. Por su parte, la ley 12665 de lugares y monumentos históricos prohíbe disminuir el valor histórico y el histórico-artístico de los lugares, monumentos e inmuebles de particulares que la autoridad nacional califique como tales. En consecuencia la autoridad debe intervenir en su reparación, restauración y enajenación (Art. 4). Se declaran sujetos a expropiación, además, cuando su conservación implica limitación al dominio, sus propietarios tienen derecho a indemnización (Art. 3). A principios del siglo XX se había dictado la ley 9080¹²⁷⁰ y casi noventa años después se sanciona la ley 25743 protectora del patrimonio arqueológico y paleontológico que

¹²⁷⁰ Ley 9080 BORA 1889 – 1919, pp. 888. D. Ses. Sen. 1912 Tomo II, pp. 267.

abrogó a la anterior, que atribuía a la Nación la propiedad de las ruinas y de los yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico¹²⁷¹.

El artículo 2340 inciso 9º del Código Civil y 235 CCyCom 2014 incluye en el dominio público “*Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico*”. Pero en otros casos las cosas que integran ese Patrimonio son bienes del Dominio Privado. Su inclusión en la categoría de patrimonio las somete a restricciones fundadas en el interés público que, como lo dispone el artículo 2611 del Código Civil, se rigen por el Derecho Administrativo, en idéntica sintonía el artículo 237 CCyCom 2014.

El artículo 2º de la Ley 25743 considera integrante del Patrimonio Cultural de la Nación las cosas que incluye en el Patrimonio Arqueológico: hábiles para proporcionar información sobre los grupos socioculturales desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes. Incluye en el Patrimonio Paleontológico, que son los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos, que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales. Establece una categoría de cosas que abarca algunas de las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos que el artículo 2340 inciso 9º del Código Civil incluye en el dominio público, pero no le impone un régimen dominial distinto de las otras cosas. La Ley 25743¹²⁷² no atribuye una naturaleza jurídica especial a lo que denomina Patrimonio Cultural de la Nación, ni al Patrimonio Arqueológico ni al Paleontológico. No hay modificación al Derecho de Propiedad sobre las cosas muebles con un régimen dominial clásico. Pero, además de someter el dominio privado los predios en que se encuentren yacimientos arqueológicos o paleontológicos a esas modificaciones, restricciones y limitaciones, la ley 25743 incluye otras cosas en el

¹²⁷¹ Ley 25743 (Art. 1) y los sometía a las siguientes restricciones: a) Sólo podían utilizarse o explotarse con permiso ministerial; b) Se reservaba su exploración a las instituciones científicas (Art. 4); c) Se prohibía la exportación de sus elementos (Art. 5). d) Se declaraban sujetos a expropiación con destino a los museos nacionales los objetos antropológicos, arqueológicos y paleontológicos (Art. 7). e) Cuando la conservación de las ruinas implicaba una servidumbre, el Estado debía indemnizar al dueño del terreno (Art. 3).

¹²⁷² Con carácter previo a la sanción de ésta ley un tribunal de segunda instancia de la Provincia de Córdoba acogió positivamente un Amparo y decidió que... “*la inexistencia de una ley que declare monumento histórico el inmueble no enerva su protección*”...“ (Causa 45945.ED 8598 del 7-10-94, CCyC VSecc Córdoba 12/8/1994).

dominio público. Su artículo 9º proclama que *“Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil”* y actualmente Art. 235 CCyCom 2014. Debemos destacar una contradicción porque el referido inciso 9º y el inciso “g” del actual incluyen en el dominio público *“las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”*. Los monumentos, objetos arqueológicos y restos paleontológicos que se descubran en el proceso de prospecciones e investigaciones realizadas en yacimientos arqueológicos o paleontológicos en virtud de una concesión, el artículo 30 de la ley los atribuye al dominio público. Todo ello agrega cosas al dominio público del artículo 2340 inciso 9º del Código Civil y 235 inciso “g” CCyCom.

Toda esta exquisito mixtura, no puede desligarse, de la tesis de Giannini de la teoría de los bienes culturales en que la titularidad de la cosa queda en un segundo momento en beneficio de su valor cultural volcado al disfrute colectivo bajo la tutela de los poderes públicos, el valor cultural se desgaja de la cosa y los avatares patrimoniales de ésta discurren al margen de aquel, que se configura como un interés público y objetivo tutelado por los poderes públicos, lo que torna prescindible el concepto de dominio público porque no requieren de esta categoría para cumplir su finalidad pública, mas si en el Derecho español no existe cláusula legal que determine que estos bienes integran tal dominio¹²⁷³.

En cuanto al Patrimonio Cultural Inmaterial en la legislación argentina¹²⁷⁴. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, define como

¹²⁷³ BARCELONA LLOP, Javier. *El Dominio Público arqueológico*. RAP. N°151. En-Abr 2000, pp. 135.- Vd. GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Consideraciones sobre una nueva legislación sobre el patrimonio histórico* REDA N° 29 1983, pp. 582. MOREU BALLONGA, José Luis. *Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico..* RAP N° 132 Sep – Dic 1993.

¹²⁷⁴ Ley 25197 ARTICULO 2º *A los efectos de la presente ley se entiende por "bienes culturales", a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el Patrimonio Cultural argentino. Se entiende por "bienes culturales histórico-artísticos" todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de*

Patrimonio Cultural inmaterial...”los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su Patrimonio Cultural. Este Patrimonio Cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el Patrimonio Cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible¹²⁷⁵, ...

Se ve de este análisis una nula consideración al tema del paisaje, en el sitio legislativo donde los países europeos han ubicado en su legislación doméstica la regulación del mismo dentro del marco del patrimonio cultural de la nación. También hay falta de técnicas de protección como las que se establecen en la legislación española¹²⁷⁶, estableciendo una evaluación de impacto ambiental por el propio texto de la ley sectorial que identifica, describe y evalúa en forma apropiada los efectos directos e indirectos de un proyecto para el ser humano, la fauna, la flora, el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje, los bienes materiales incluido el patrimonio cultural, así como la interrelación entre los elementos mencionados. Varias Comunidades autónomas siguen esta línea para sus patrimonios culturales especialmente de obras que pueden afectar el patrimonio arqueológico y paleontológico¹²⁷⁷.

vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

¹²⁷⁵ Artículo 2: Explica que ese Patrimonio Cultural Inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del Patrimonio Cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

¹²⁷⁶ Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de Enero.

¹²⁷⁷ Valencia, Art. 11 Ley 5/1007 de 9 de Febrero; Ley de Andalucía, art 32; Ley de Canarias, Art 51; Ley de Baleares Art. 57, Ley del País Vasco arts. 13 y 14, Ley de Extremadura art 30. Decreto 37/2007 de 19 de Abril de Castilla y León, Arts. 80 y 83. Citado por VILLAGRASA ROSAS, María del Mar. En Obra colectiva: *Bienes*

2.El paisaje como patrimonio natural

2.1.Introducción

El tema se encuentra regulado por un plexo jurídico profuso, que es preciso ordenar. En 1903 por ley 4192¹²⁷⁸, se acordó como recompensa por los servicios prestados a la Argentina en el conflicto de límites con Chile una extensión de tierras fiscales al Sur del Rio Negro que comprendía el actual Parque Nacional Nahuel Huapí, a Francisco P Moreno. Tan solo tres meses después, el beneficiario dona la totalidad de los terrenos que habían servido para pagar sus honorarios como perito a la República Argentina para que se constituya un “parque natural”. El paisaje y su conservación fue un tema central en la nota de donación...”*en aquella magnificencia tranquila podrán encontrar sano y adecuado panorama los habitantes de ambos lados de los Andes, y contribuir, reunidos en comunidad de ideas durante el descanso y solaz...al hacer esta donación emito el deseo de que la fisonomía actual del perímetro que abarca no sea alterada y que no se hagan más obras que aquellas que faciliten comodidades para la vida del visitante culto*¹²⁷⁹... Esta donación fue aceptada por Decreto Presidencial del 1° de Febrero de 1904...”*acéptese dicha renuncia y resérvese como Parque Nacional la zona indicada, sin que en ella pueda hacerse concesión alguna a particulares*¹²⁸⁰...Pero recién se nombraría un encargado de la Reserva en 1916 por Decreto de 26 de Mayo, aceptando el cargo “ad honorem” Jorge Newbery y el 8 de abril de 1922 el Presidente Hipólito Yrigoyen decreta la creación del Parque Nacional del Sur de 785.000 hectáreas¹²⁸¹. Pero se tendría que esperar hasta la sanción de la ley 12.103 en 1934 que crea los Parques Nacionales Nahuel Huapí e Iguazú para tener un

Públicos Urbanismo y Medio Ambiente. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 595.

¹²⁷⁸ Ley 4192. BORA. 02/08/1903.

¹²⁷⁹ Nota de Francisco P Moreno al Presidente Julio Argentino Roca, por la que se hace la donación del núcleo primitivo del Parque Nacional Nahuel Huapí. MORENO, Eduardo V. *Reminiscencias de Francisco P. Moreno*. Ed. Elefante Blanco Buenos Aires 2009, pp. 277.

¹²⁸⁰ *Ibidem*, pp. 284.

¹²⁸¹ MICHELETTI, Lelia Beatriz. “Los Parques Nacionales”. En Obra Colectiva *Temas de Recursos Naturales*, dirigida por Eduardo Pigretti. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982, pp.153.

cuerpo orgánico de áreas protegidas, con creación de Autoridad de Aplicación, instrumentos de protección, objetivos, tal como hoy es posible concebir.

Tal ordenamiento, no menciona la palabra “paisaje” pese a las dos grandes maravillas de la naturaleza que está considerando para su protección¹²⁸². No obstante lo cual, es llamativo que su principal redactor: Ezequiel Bustillo, treinta años después, al publicar un libro¹²⁸³ que resume vivencias, de la que nos interesa la correspondiente a su actuación pública, hizo referencias muy claras a la necesidad de conservar los “paisajes” de los parques nacionales y que ello lo inspiró en la redacción del proyecto. Ciertamente es que encontramos esta afirmación dentro de un contexto en el que no sobresale el “paisaje” como el objetivo fundamental, sino como uno de tantos. Pero no por eso deja de tener una importancia significativamente mayor que la que se había traslucido en el texto legal¹²⁸⁴. Para Bustillo, el paisaje es una nota característica más de las que informan al ambiente natural, el cual es preciso conservar por motivos de política nacional, en donde el aprovechamiento económico debe reducirse a su máxima expresión, lo que implica un reduccionismo propio de la época que ya hemos comentado con ejemplos del Derecho Español. Se muestra restrictivo a llegar a considerar que toda tutela natural debe erigirse en monumento natural, pues encuentra inescindible la idea de crear un parque nacional con la de “goce colectivo” sirviendo a la comunidad en...”*el doble aspecto, social y económico*”...A nuestro juicio, hay aquí algunos elementos, quizás sólo rastros, por donde empezar a pesquisar la necesidad de ver intereses colectivos, que también pueden llegar a ser difusos. Y en todo caso se puede hablar de paisaje como accesorio al elemento principal que es el dominio público de las tierras donde se ha constituido el parque nacional uno de cuyos objetivos es

¹²⁸² Solamente el artículo 10 de esta norma trae ciertos elementos que eventualmente pueden ser considerados a efectos de proteger el paisaje, aunque no se mencione esta expresión...”*será de competencia exclusiva de la dirección (de Parques Nacionales, creada por esta ley) propender a la conservación de los parques y su embellecimientos; estimular las investigaciones científicas e históricas, organizar y fomentar el turismo a los mismos; y en general, todas aquellas actividades que por su índole puedan ser comprendidos dentro de esos fines*”...Ley 12103. BORA 29/ 10 /1934. ADLA 1920-1940 pp. 548.

¹²⁸³ BUSTILLO, Ezequiel. *Huellas de un largo quehacer*. Depalma 1972. Buenos Aires. pp. 68 y ss.

¹²⁸⁴ ...”*Puede reconocerse en los parques nacionales este aspecto que es común a todos; el de considerar una política que aboga por la protección de áreas determinadas, muy extensas, con rasgos típicos y paisajes de una calidad excepcional que se intenta conservar en su estado primitivo para uso y goce de las generaciones presentes y futuras*”... BUSTILLO, Ezequiel. *Huellas de un largo quehacer*. Depalma 1972 Buenos Aires.

proteger el paisaje. Pero resulta claramente identificable que la protección se da a través de la propiedad pública.

Tendrán que pasar treinta y seis años para que se sancione la ley 18594¹²⁸⁵ y mencione la palabra “paisaje” entre las prohibiciones de afección¹²⁸⁶, pero sin darle al objeto paisaje el lugar de una categoría diferenciada, toda vez que el objeto de la ley es según el artículo 1 citado: crear parques nacionales, reservas naturales y monumentos naturales, con referencia a nociones tales como “bellezas escénicas” (Arts. 1º, 20 Inc. f) o “escenario natural” (Art. 20 Inc. h). Esta norma también trae notas de marcado tono elitista (en el sentido de hacer referencia a una parte específica de la naturaleza, a una especie de flora o fauna o territorio claramente determinado). Crea determinadas categorías que lucen en el Derecho de España tales como el Monumento Natural (Art. 7º) definido como toda área, cosa, especie viva de animal o planta de interés estético o valor histórico o científico a las cuales se otorga protección absoluta. Pero cuando examinamos los objetivos de la ley¹²⁸⁷, aparecen curiosamente los temas más dispares tales como: goce de generaciones presentes y futuras, investigaciones científicas, caza para controlar especies que pueden convertirse en plaga, o la seguridad nacional¹²⁸⁸.

La Ley 22.351¹²⁸⁹ de parques nacionales y monumentos naturales, tiene también un marcado tono nacionalista¹²⁹⁰. Esta afirmación, se justifica con lo dispuesto por el

¹²⁸⁵ ...”Art 1º A los fines de esta ley podrán declararse Parque Nacional, Monumento Natural o Reserva Nacional, las áreas del territorio nacional que por su extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctonas o en razón de un interés científico determinado deban ser protegidas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones”... Ley 18594. BORA 23 /02 /1970 ADLA T XXX-A pp. 159.

¹²⁸⁶ ...”Art. 5º Sin perjuicio de la prohibición general establecida y excepciones referidas en el artículo anterior, queda expresamente prohibido a los parques nacionales: Inciso J-Toda otra acción que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico”...Ley 18594 citada, pp. 160.

¹²⁸⁷ PIGRETTI, Eduardo A. *Derecho de los Recursos Naturales*. FEDYE, Buenos Aires 1971, pp. 327 y del mismo autor, su *Derecho Ambiental*. Depalma. Buenos Aires 2000 pp. 95.

¹²⁸⁸ En la exposición de motivos de la ley 22.351 se puede ver que los autores del proyecto consideran la opinión del Dr. Bustillo (*Huellas de un largo quehacer*. Depalma 1972 Buenos Aires) quien fuera redactor de la ley 12.103. Explican que el mismo Bustillo habría reconocido, entonces, que el principal motivo por el cual se inspiró para redactar el proyecto de lo que posteriormente sería la ley 12103 fue el de...”la urgencia de nacionalizar y ocupar una frontera sobre la que ejercíamos una frontera puramente nominal”... Ley 22351. BORA. del 12/ 12/ 1980, ADLA Tº XLD 1980 pp. 4059 quizás esto explique falta de mención a nuestro objeto.

¹²⁸⁹ Ley 22351 citada.

¹²⁹⁰ La ley 20.161 en su artículo 2º reformaba el artículo 21 de la ley 18594 introduciendo en el Directorio del Servicio de Parques Nacionales un vocal propuesto por el Comando en Jefe del Ejército, la Exposición de motivos

artículo 3º que exige como requisito un pase al Ministerio de Defensa previo a determinar la creación del proyecto de ley de parque nacional, o con la del artículo 4º que justifican alteraciones en un parque nacional en virtud de exigencias de la Defensa Nacional como las construcciones autorizadas por el artículo 5º Inc. “J”, o la expulsión de intrusos con intervención del Ministerio de Defensa en el artículo 12 in fine. El “paisaje” no es, definitivamente, más que uno de los elementos que convergen en el concepto naturaleza a proteger por la ley. La exposición de motivos, reconoce que la conservación de la naturaleza es la finalidad principal¹²⁹¹. Es ilustrativo al respecto el artículo 4º que define al “Parque Nacional” por los requisitos que debe observar para ser considerado tal: área que amerite conservar su estado natural, representativa de región biogeográfica, y tengan gran atractivo de bellezas escénicas o interés científico. Estas “bellezas escénicas” (también en Arts. 8 y 10º), son otra expresión para referir a la noción paisaje¹²⁹², pero todo ello no cambia el hecho de que las referencias son pocas, digamos contadas¹²⁹³. Por otra parte el sistema de categorías de protección de la Argentina con una ley de 1980, está muy alejado de las modernas categorías de la IUCN ancladas con una mirada propia de la Segunda Guerra Mundial después de la Convención de Washington, con cierta “refrescada” en ocasión del Convenio para la Diversidad Biológica, pero que no aquietan la necesidad de una reforma integral del sistema de protección, en donde un cúmulo de resoluciones administrativas hace de muletas transitorias al sistema legislativo hasta que sea integrado y actualizado en el nivel de jerarquía legal que merece.

justificaba esta modificación...”por la competencia que le asiste en la seguridad de nuestras áreas de fronteras”... B.O. 23/02/1973.- ADLA T XXX-A pp. 305.

¹²⁹¹ Ley 22351 citada, pp. 4060, Exp. Motivos, 2º columna.

¹²⁹² Ley 22351 citada. Exp. Motivos, 1º columna...”concuera en forma sintética, con la definición dada por la 10 Asamblea de la UICN realizada en Nueva Delhi, en el año 1969, en la cual se puso de relieve que los parques nacionales deben ser áreas representativas de uno o varios ecosistemas y donde los hábitats sean de especial interés científico o encierren un paisaje natural de gran belleza”...

¹²⁹³ Como la de los artículos 5º Inc. K que enumera entre las prohibiciones las acciones u omisiones que pudieran originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico, artículo 8º que considera monumento natural, entre otros ítems, las áreas de interés estético, o el artículo 10º que refiere a bellezas escénicas. No hay otras referencias en el texto legal, ni siquiera en la posibilidad de iniciar acciones legales para su tutela, dado que el artículo 31º habilita a la Administración General de Parques Nacionales que se crea a designar procuradores fiscales para ejecutar por vía de apremio sus multas.

2.2.El Paisaje en la legislación básica de Parques Nacionales

Las áreas protegidas están reguladas en Argentina por la ley nacional de parques nacionales 22351 sancionada y aprobada en 1980 por el anterior gobierno militar, que establece el Dominio Público como técnica de protección¹²⁹⁴, declarado como tal por el Poder Legislativo Nacional solamente en casos en que...” *extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctona o en razón de un interés científico determinado, deban ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones, con ajuste a los requisitos de Seguridad Nacional (Art 1º)*”... quedando prohibida la explotación económica de estas áreas excepto lo referido a la industria turística (Art 4º). Esta técnica responde no sólo a razones filosóficas sino también a razones históricas, porque eran consagrados en esta categoría con una previa base territorial que correspondía al concepto de “establecimientos de utilidad nacional¹²⁹⁵” y la necesidad de administrar inmediatamente inmensos territorios nacionales sin población y con títulos no pacíficos, según algunos de los incisos del antiguo artículo 67 la Constitución de 1853¹²⁹⁶. No es de extrañar que estas áreas protegidas se asentaran dentro de la categoría intermedia de “Territorio Nacional”, que eran de propiedad pública pero con dependencia directa del Poder Ejecutivo Nacional hasta que se dieran las condiciones (sobre todo de población, calificada por tal en la Constitución de 1853¹²⁹⁷). Pero la

¹²⁹⁴ Artículo 2: *Las tierras fiscales existentes en los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, son del dominio público nacional. También tienen este carácter las comprendidas en las Reservas Nacionales, hasta tanto no sean desafectadas por la autoridad de aplicación.* Artículo 3: *La creación de nuevos Parques Nacionales, Monumentos Naturales o Reservas Nacionales, en territorio de una provincia, sólo podrá disponerse previa cesión de la misma a favor del Estado Nacional, del dominio y jurisdicción sobre el área respectiva. Podrá incluir los territorios afectados por la ley 18.575 y normas complementarias, previa intervención del Ministerio de Defensa.*

¹²⁹⁵ En la Constitución de 1994 parece mantenerse este precepto el artículo 75 inciso 30: *Corresponde al Congreso: Inciso 30: Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.*

¹²⁹⁶ Artículo 67: *Corresponde al Congreso: Inc. 4. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional. Inc. 14. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Confederación, fijar los de las Provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que le asignen a las Provincias.*

¹²⁹⁷ Artículo 25: *El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.*

Nueva Constitución de 1994 establece un nuevo enfoque porque cambia el eje del utilitarismo de la Nación a las Provincias determinando la propiedad de los recursos naturales a favor de éstas últimas (Art. 124 CN) con lo que hoy día no es posible crear un parque o reserva nacional sin expropiar a la Provincia, atento la inexistencia actual de "Territorios Nacionales"¹²⁹⁸, si la técnica de protección sigue siendo el dominio público, es decir se trata de inmuebles¹²⁹⁹.

La gestión política de las áreas protegidas nacionales es ejercida -en general- por la Administración de Parques Nacionales, entidad autárquica del Gobierno Nacional que otorga la suficiente autonomía en la conducción de recursos, como para dar eficiencia y eficacia a la administración de las áreas protegidas¹³⁰⁰ y desde 1985 se desarrolla una estrategia para realizar diseños de manejo con la población y gobierno local de las diferentes provincias y al año siguiente la Red Federal de cooperación Técnica en áreas protegidas, como instancia federal de apoyo técnico y planificación para un sistema nacional de áreas protegidas en donde existan vasos comunicantes con los sistemas de protección provincial¹³⁰¹. Hay otros ejemplos de gestión administrativa de áreas protegidas que son conducidas por otros organismos fuera del principal que es la Administración de Parques Nacionales, hacemos referencia a la Universidad Nacional de La Pampa, La Plata, Misiones o Tucumán, al Consejo Nacional de investigación Científica y Técnica, Instituto Nacional de Tecnología

¹²⁹⁸ LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto. *La autarquía de Parques Nacionales, la nueva ley nacional de turismo y la necesidad de una nueva política de estado para la conservación de las áreas naturales protegidas*. RDA N° 2 Abril/ Junio 2005. Lexis Nexis. Buenos Aires 2005.

¹²⁹⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Derecho Administrativo Patrimonial*. Tomo II, Bosch, Barcelona 2005, pp. 1611

¹³⁰⁰ Artículo 14: *Será autoridad de aplicación de la presente ley, la ADMINISTRACION DE PARQUES NACIONALES, con domicilio legal en la CAPITAL FEDERAL, ente autárquico del Estado Nacional que tiene competencia y capacidad para actuar respectivamente en el ámbito del derecho público y privado, y que es continuador jurídico del organismo creado por la Ley 12.103 y sus modificatorios (Decreto Ley n. 654/58, Leyes 18.594 y 20.161). Sus relaciones con el PODER EJECUTIVO NACIONAL se mantendrán a través del MINISTERIO DE ECONOMIA por intermedio de la SECRETARIA DE ESTADO DE AGRICULTURA Y GANADERIA.*

¹³⁰¹ A fines de 2001, quizás en momento poco oportuno desde el punto de vista de la situación política general en la Argentina, se inició tíbiamente, al principio, una iniciativa que consistió en un Plan de Gestión Institucional para Parques Nacionales que trataba de una iniciativa de Gestión a largo plazo con pretensión de superar los distintos vaivenes políticos que se producen con los cambios de Gobierno. RÓVERE, Marta B. Argentina. En IZA, Alejandro O y ROVERE, Marta B. *"Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental"*. UICN, Serie de Política y Derecho Ambiental N° 53. Gland y Cambridge. Ed IUCN y Ediciones del puerto.

Agropecuaria¹³⁰². No obstante, esta versatilidad operativa, no participa del nuevo diagrama constitucional después de la reforma de 1994, a saber no integra el Consejo Federal de Medio Ambiente, ni el de Turismo lo que puede dar cierto aislamiento político del centro de decisiones ambientales.

La superficie protegida es de casi tres millones seiscientas mil hectáreas, asimismo hay cuatro especies que son monumentos naturales protegidos, de una superficie territorial total de 2.791.000 kilómetros cuadrados, con treinta y tres áreas protegidas con la técnica del Derecho de Propiedad y casi 270 áreas protegidas restantes presentan un marco de protección más variado al no tener el título de propiedad pública (repartido en propiedad provincial, universitaria, ONG, etc.).

La biodiversidad es protegida por el sistema de áreas protegidas mediante la ratificación del Convenio para la Diversidad Biológica y luego de un proceso de elaboración con la participación del sector gubernamental en sus diferentes niveles, privados y no gubernamentales coordinada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la cual se realizó la Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica¹³⁰³. Esta fue la última reforma legislativa en materia de áreas protegidas a nivel federal y la incorporación de esta variable en el sistema legal argentino a través de una Resolución administrativa¹³⁰⁴ creó la estrategia nacional para la diversidad biológica con una norma de contornos restringidos, pero con vocación decidida por la tutela del paisaje¹³⁰⁵. El trabajo de la aplicación de este Convenio es publicado en Informes, del cual el

¹³⁰² *Ibíd.*, pp. 73.

¹³⁰³ Resolución SADYS 91/2003. BORA 24/ 02/ 2003. Sancionada el 27/ 01/2003. La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible (SADYS), fue creada por Decreto 357/ 02 (BORA 22/02/02), y designada Autoridad de Aplicación del Convenio para la Diversidad biológica por Decreto 1347/ 97 (BORA 16/12/1997).

¹³⁰⁴ Resolución SADYS 91/2003. Cit.- En este texto normativo se hacen tibias referencias al paisaje, por ejemplo en la Sección Segunda: utilización sostenible de la Biodiversidad, Objetivo 3: 3.4. *Evitar la simplificación biológica excesiva en los sistemas productivos en sus distintas escalas (paisajes, ecosistemas y especies), así como en la base genética de los cultivos y especies animales domésticas.* Sección Tercera, Conservación de la Diversidad Biológica, Objetivo 1, se manda a planificar a escala de paisaje.

¹³⁰⁵ *Ibíd.* finalizando la Sección Tercera en el Objetivo 3º, dice 3.4. *Para los casos en que se transfieran en el futuro tierras fiscales remanentes de superficie significativa para la respectiva eco región en favor de propietarios particulares, para el emplazamiento de actividades productivas, establecer regulaciones que limiten el porcentaje máximo de la cobertura vegetal original que pueda ser removida, contribuyendo así a mantener mosaicos de paisaje natural con su diversidad biológica asociada.* Ésta última norma es la que más tutela ofrece al paisaje a nivel nacional en todo el sistema legal argentino.

correspondiente al 2010, hace algunas tibias referencias colaterales al paisaje¹³⁰⁶, pero son importantes porque establece la relación de los mismos con los ecosistemas¹³⁰⁷, asociado a la industria turística¹³⁰⁸ y como instrumento para designar y hacer referencia a los ecosistemas¹³⁰⁹.

En lo que refiere a las categorías de protección en el sistema de áreas protegidas federal el mismo se encuentra regulado en esta misma ley nacional de parques nacionales¹³¹⁰, y por legislación concordante y coincidente, en donde el paisaje no es mencionado pero brilla en su presencia y como un objetivo principal en la expresión “bellezas escénicas”, la Defensa Nacional y el Turismo son los otros objetivos, siempre que sea representativa de la región que protege, según el siguiente detalle:

1. Parques Nacionales: (Art. 4 Ley 22351): Se trata de áreas a conservar en su estado natural, representativas de una región fito-zoogeográfica y tengan gran atractivo en bellezas escénicas o interés científico, las que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control, la atención del visitante y aquellas que correspondan a medidas de Defensa Nacional adoptadas para satisfacer necesidades de Seguridad Nacional. En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo, que se ejercerá con sujeción a las reglamentaciones de la Autoridad de Aplicación.

2. Monumentos Naturales (Art 8º): áreas, cosas, especies vivas de animales o plantas, de interés estético, valor histórico o científico, a los cuales se les acuerda protección absoluta. Serán inviolables, no pudiendo realizarse en ellos o respecto a ellos actividad alguna, con excepción de las inspecciones oficiales e investigaciones científicas permitidas por la autoridad de aplicación, y la necesaria para su cuidado y atención de los visitantes.

¹³⁰⁶ 4º Informe Nacional. Convenio Diversidad Biológica. SADYS, Agosto 2010.

¹³⁰⁷ *Ibidem*. Resumen Ejecutivo, 2º Párrafo, pp. 4º.

¹³⁰⁸ *Ibidem*. Capítulo 1.1, pp. 7.

¹³⁰⁹ *Ibidem*. Capítulo 1.2, pp. 7; Cap. 1.2.1.6; pp. 1; Cap. 1.2.1.8, pp. 13; etc.

¹³¹⁰ Ley 22351 de 1980, Cit.

3. Reservas Nacionales (Art.9): áreas que interesan para la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del Parque Nacional contiguo, o la creación de zonas de conservación independientes, cuando la situación existente no requiera o admita el régimen de un Parque Nacional. La promoción y desarrollo de asentamientos humanos se hará en la medida que resulte compatible con los fines específicos y prioritarios enunciados.

Normativa dictada en 1990/1994, que preanunciaba la primera y cumplía la segunda, con el Convenio para la Diversidad Biológica, crean nuevas categorías destinadas a dar cobertura a la protección de la Biodiversidad. Así, en 1990 se crearon las primeras figuras, dentro del marco de “Reserva Nacional” reconociendo la primera de ellas¹³¹¹, en sus considerandos, los objetivos de tutela de la “biodiversidad” y “calidad de vida” y en su artículo 3º se agregó el mantenimiento de muestras representativas de los principales ecosistemas de las diferentes regiones biogeográficas y la preservación integral a perpetuidad de las comunidades bióticas que contienen y de las características fisiográficas de sus entornos, garantizando el mantenimiento sin perturbaciones de los procesos biológicos y ecológicos esenciales. Con estas reformas, las categorías de áreas protegidas en el orden nacional, expandieron sus categorías en el siguiente orden:

3.1.Reserva Natural Estricta¹³¹²: es el tipo de área protegida que ofrezca las máximas garantías para la conservación de la diversidad biológica argentina (Art.1), representativas de los distintos ecosistemas del país o que contengan importantes poblaciones de especies animales o vegetales autóctonas (Art 2º).

3.2.Reserva Silvestre¹³¹³: aquellas áreas de extensión considerable que conserven inalterada o muy poco modificada la cualidad silvestre de su ambiente natural y cuya contribución a la conservación de la diversidad biológica sea particularmente significativa en virtud de contener representaciones válidas de uno o más ecosistemas, poblaciones animales o vegetales valiosas a dicho fin, a las cuales se les otorgue

¹³¹¹ Decreto 453/ 1991. BORA. 18/10/1990.

¹³¹² *Ibíd.*

¹³¹³ Decreto 453/ 1993. B.O.R.A. N° 27.860 del 24/03/1994.

especial protección para preservar la mencionada condición. En este caso la protección al paisaje es indirecta porque no hay referencias al mismo como no sea a partir de la protección de los elementos que hacen al mismo.

3.3.Reserva Educativa¹³¹⁴: aquellas áreas que, por sus particularidades o por su ubicación contigua o cercana a las reservas naturales estrictas o silvestres, brinden oportunidades especiales de educación ambiental o de interpretación de la naturaleza.

Éstas son todas las categorías de áreas protegidas de que dispone la legislación argentina en el orden nacional.

2.3.El Paisaje en la ley de creación de cada Parque Nacional

En este punto analizaremos la legislación de creación, o reforma de cada uno de los Parques Nacionales de la Argentina con la finalidad de detectar disposiciones paisajísticas que contienen sus textos legislativos. Debemos advertir que contrariamente a lo que es dable suponer las referencias al paisaje no son tan numerosas porque la técnica de protección en análisis visualiza al paisaje como un elemento más de muchos a proteger en un Parque Nacional, pero evidentemente no el principal ni el único¹³¹⁵ como en los casos de los Paisajes Protegidos que es el elemento central. Pero ello no implica desmerecer la importancia que ha tenido el paisaje en el ideario de sus mentores.

En el caso de la Argentina, hay treinta y nueve áreas protegidas, que integran la Red Nacional de Áreas Protegidas, de las cuales sólo 23 tienen la categoría de Parques Nacionales, una es monumento histórico y las 15 restantes sólo adquieren la categoría

¹³¹⁴ *Ibíd*em, Artículo 6°.

¹³¹⁵ La defensa nacional, ocupación de tierras sin población y prácticamente desconocidas como lo era la actual Patagonia argentina era una motivación sustantiva para Francisco Moreno en la creación del “Parque Nacional del Sur”, en 1902.....”*La expropiación de las tierras privadas es urgente. A causa de la ignorancia de lo que eran aquellas regiones, la Nación, se ha desprendido, en beneficio de unos pocos, de la bella y y rica joya andina, donde se impone la formación de ciudades, la erección de fábricas y granjas*”...BUSTILLO, Exequiel. *El despertar de Bariloche*, Ed Goncourt, Buenos Aires 1968 pp. 367. Citado por MICHELETTI, Lelia Beatriz. “Los Parques Nacionales”. En Obra Colectiva *Temas de Recursos Naturales*, dirigida por Eduardo Pigretti. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982, pp.150.

de Reserva Nacional. Ubicamos a la derecha de la denominación un paréntesis con un número que indica el orden de creación. Distinguimos *tres grupos* de Parques Nacionales, los cuales son distinguidos en nuestro análisis por el reconocimiento directo o indirecto de la voz “paisaje” o por su mención a través de circunloquios tales como “bellezas escénicas, o “grandes escenarios” u otras expresiones afines que de manera inconfundible refieren a nuestra temática.

El *primer grupo* tiene en común su fecha de creación, por lo general a principios de la década del 30 del Siglo pasado y son los primeros en ser creados por ley nacional en la Argentina en general. Sólo reconocen disposiciones sobre paisaje en sus normas originarias de creación, que han sido derogadas en la actualidad para dar lugar a otros marcos teóricos que son genéricos pero están exentos de todo tipo de reconocimiento al paisaje en tales instrumentos, relegando tal tutela a sus planes de ordenamiento que no tienen jerarquía de ley federal por lo general, salvo excepciones que veremos. En este orden, reconocemos al Parque Nacional Iguazú (1), creado por Ley 12.103¹³¹⁶ y modificatorias: Leyes 18.801¹³¹⁷ y 19.478¹³¹⁸. Tiene disposiciones paisajísticas que ya hemos destacado en ocasión de hilvanar los antecedentes de las áreas protegidas y que marcan la importancia de la existencia del concepto de paisaje, aunque todavía con ubicuidad secundaria y en todo caso reduccionista en cuanto a la motivación para la creación de la protección. El Parque Nacional Nahuel Huapí (3), fue creado por la misma Ley 12.103¹³¹⁹ pero en su vida legislativa tuvo algunas nociones paisajísticas, quizás casuales pero más marcadas en su diseño de protección, por ejemplo su

¹³¹⁶ Ley 12103. BORA del 29/10/ 1934. Esta ley de 32 artículos fue derogada casi en su totalidad por Ley 18594 (BORA 23/2/70) excepto para los artículos 20 y 21 que están vigentes. El DL 9504/45 (BORA 29/5/1945) declara en vigencia la Ley 12103 y modifica sin alterar su texto a algunas de sus normas. También fue modificada por Decretos Ley 1739/45 BORA 30/1/45, 2394/45 BORA 10/2/45, 9504/45 BORA 29/5/45 Y 6325/56 (BORA 18/4/56); por Decreto 2524/46 (BORA 11/3/46) y artículo 86 de la Ley 13273 Ley de Defensa de la riqueza forestal (BORA 6/10/48).

¹³¹⁷ Ley 18801. BORA del 14/10/1970. Declaración y deslinde de la Reserva Nacional Iguazú del Parque Nacional Iguazú.

¹³¹⁸ Ley 19748. BORA. del 11/02/1972. ADLA XXX-A, pp. 159. Incorporación de una fracción de campo del Instituto Nacional de Colonización y Régimen del Agua.

¹³¹⁹ Ley 12103, citada.

modificatoria, Ley 14.487¹³²⁰ que es la ley que declara la pertenencia a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche y deja fuera de la jurisdicción de la Dirección de Parques Nacionales, las tierras fiscales ubicadas dentro del ejido municipal de esa ciudad (Art1º). Deja a la península Llao-Llao como parque público, con excepción de aquellas superficies cuya urbanización, hasta un total de ciento cincuenta hectáreas, no afecte la belleza panorámica y el valor turístico de la región (Art 2º), también sufrió otras modificaciones, tales como 19.292¹³²¹, 20594¹³²², 21.602¹³²³, 23290¹³²⁴ y 23291¹³²⁵. El Parque Nacional Los Arrayanes (4), creado por Ley 19.292¹³²⁶, constituido en el lote 10 de la Colonia Nahuel Huapí (Península Beatriz) tuvo nacimiento con un texto legal que impuso una simple modificatoria de límites pero sin referencia específica al maravilloso paisaje que protege.

Un *segundo grupo*, que pertenece a creaciones de Parque Nacional de fines de los 30` a principios de los 40` del Siglo pasado, con numeración de Decreto en 6 cifras, nunca más repetido en la historia del Derecho Argentino. Este grupo de Parques Nacionales reconoce motivaciones paisajísticas, pero sin embargo, fueron todas derogadas por sus normas modificatorias más bien aplicadas a precisiones documentales, tales como la fijación de límites, pero desprovista de las motivaciones, objetivos y designación de autoridades y gestión, porque estas eran derivadas a una norma única de gestión que sería la Administración de Parques Nacionales ya creada por la citada ley 12103 y las subsiguientes y citadas leyes 19292 y 22351. El Parque Nacional Lanín (2), creado por Decreto 105.433 de 11 de mayo de 1937¹³²⁷ y

¹³²⁰ Ley 14487. BORA del 18/10/1958.

¹³²¹ Ley 19292. BORA del 18/07/1977.

¹³²² Ley 20594. BORA del 19/04/1974, que trata de una simple transferencia de tierras a la Provincia del Neuquén.-

¹³²³ Ley 21602. BORA del 18/07/1977, ADLA XXXVII-C pp. 2500. Modificación de límites Parque Nacional Nahuel Huapí y Reserva Nacional Nahuel Huapí, Zona Gutiérrez.

¹³²⁴ Ley 23290. BORA del 05/11/1985. ADLA XLV-D pp. 3618. Modificación de límites, transferencia de áreas a la provincia de Neuquén a título gratuito, sujeto a cargos.

¹³²⁵ Ley 23291. BORA del 31/10/1985. ADLA XLV-D, pp.3620. Cesión a la Provincia de Neuquén de tierras ubicada en la Reserva Nacional Nahuel Huapí, dentro de la cual se encuentra la población de Villa Traful, Plan de desarrollo urbano de la zona.

¹³²⁶ Ley 19292. BORA del 16/11/1971. Artículo 3.3.

¹³²⁷ Decreto 105.433 de 11 de mayo de 1937. BORA del 28/05/ 1937. Crea la Reserva de ese futuro Parque Nacional.

modificatorios: Decreto 125.596 del 16 de febrero de 1938¹³²⁸ que modifica los límites de este Parque Nacional, de Los Glaciares y del Perito Moreno, Decreto-Ley 9504 de 28 de abril de 1945¹³²⁹, Leyes 19292¹³³⁰ y 19301¹³³¹. Es refugio de los montes de Pehuenes, araucaria típica de la Patagonia que con el Monte Lanín al fondo, marcan un paisaje de singular belleza.

El Parque Nacional Los Alerces (5), creado por Decreto 105.433 de 11 de mayo de 1937¹³³²; Decreto Ley 9504 del 28 de abril de 1945¹³³³ y Ley 19.292¹³³⁴. Protege bosques inmensos de alerces o lahuán, donde no sólo es valiosa su calidad de madera sino un paisaje hermoso que dibuja en la Patagonia, en los considerandos de la primera de las normas citadas se refiere a la necesidad de proveer a la conservación de zonas...”*que por sus características panorámicas y riquezas naturales que encierran, exigen sean reservadas para evitar que se siga destruyendo una parte ponderable de patrimonio nacional que es deber de los poderes públicos mantener en toda su integridad*”...

El Parque Nacional Los Glaciares (7), creado por Decretos 105.433 del 11 de mayo de 1937¹³³⁵ y 125.596 de 16 de febrero de 1938 que modifica los límites¹³³⁶; Decreto-Ley 9504 del 28 de abril de 1945¹³³⁷ y Ley 19.292¹³³⁸. Es también sitio

¹³²⁸ Decreto 125.596 del 16 de febrero de 1938. Registro Nacional del 25/02/1938.

¹³²⁹ Decreto-Ley 9504 de 28 de abril de 1945. BORA del 29/05/1945. Crea el Parque Nacional Lanín.

¹³³⁰ Ley 19292. BORA del 16/11/1971. Se trata de una norma de consolidación del listado de Parques y Reservas Nacionales y fijación de límites.

¹³³¹ Ley 19301. BORA del 02/11/1991 Transfiere a la Provincia del Neuquén un área del Parque Nacional Lanín, modificando para ello el Art. 1º del Decreto 125596/1938.

¹³³² Decreto 105.433 de 11 de mayo de 1937. BORA del 28/05/ 1937.-Art. 1.- *Declarase reservas con destino a parques nacionales las zonas comprendidas dentro de los límites que más adelante se expresan: Reserva nacional Lanín, en el Territorio Nacional del Neuquén; de Los Alerces, en el Territorio Nacional del Chubut; Perito Francisco P. Moreno y de Los Glaciares, en el Territorio Nacional de Santa Cruz.*

¹³³³ Decreto Ley 9504 del 28 de abril de 1945. BORA del 29/05/1945. Crea el Parque Nacional Los Alerces.

¹³³⁴ Ley 19292. BORA del 16/11/1971. Artículo 3.4.

¹³³⁵ Decreto 105.433 del 11 de mayo de 1937. BORA del 28/05/ 1937.

¹³³⁶ Decreto 125.596 de 16 de febrero de 1938 que modifica los límites. Registro Nacional del 25/02/1938.

¹³³⁷ Decreto-Ley 9504 del 28 de abril de 1945. BORA del 29/05/1945. Art. 1.- *La Dirección de Parques Nacionales, creada por ley 12103 y constituida actualmente como Dirección de Parques Nacionales y Turismo, funcionará con carácter autárquico con el nombre de “Administración General de Parques Nacionales y Turismo” bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Obras Públicas de la Nación. Art. 5.- Además de las atribuciones que le confiere la ley 12103, la Administración General de Parques Nacionales y Turismo tendrá las siguientes: a) Difundir dentro y fuera del país el conocimiento de sus bellezas naturales; las condiciones de su clima, playas,*

UNESCO, la imponente figura del glaciar Perito Moreno cayendo sobre el Lago Argentino, es uno de los paisajes más maravillosos de la Tierra, que congrega a centenares de miles de turistas.

El Parque Nacional Laguna Blanca (8), creado por: Decreto 63.691 de 31 de mayo de 1940¹³³⁹; Decreto-Ley 9504 del 28 de abril de 1945¹³⁴⁰ y Ley 19 292¹³⁴¹. Dedicado al cuidado de aves y nidos, fundamentalmente de cisnes de cuello negro.

El Parque Nacional Perito Moreno (9), creado por Decretos 105.433 del 11 de mayo de 1937¹³⁴²; 125.596 de 16 de febrero de 1938 que modifica los límites¹³⁴³, y 118.660 del 30 de abril de 1942¹³⁴⁴; Decreto-Ley 9504 de 28 de abril de 1945¹³⁴⁵ y Ley 19.292¹³⁴⁶. Se protege al huemul o ciervo andino, en un escenario de singular belleza con enormes lagos de deshielo y picos nevados en el horizonte, en aguas que duplican el paisaje reflejando al cielo.

El Parque Nacional El Rey (12), creado por Decreto 18.800 del 24 de junio de 1948¹³⁴⁷, se trata de bosques que están rodeados por un cordón montañoso, marco

fuentes termales, así como de todas aquellas atracciones de carácter geográfico, histórico, científico, artístico, industrial, deportivo, etc., que de alguna forma interesen o atraigan al turismo.

¹³³⁸ Ley 19292, citada Artículo 3.6.

¹³³⁹ Decreto 63691 de 31 de mayo de 1940. Registro Nacional del 06/06/1940. Artículo 1º: *Destinase el ángulo Sud Oeste, del lote 25, sección XX, del Territorio del Neuquén, reservado con fines de utilidad pública por Decreto de 27 de Diciembre de 1911, para Parque Nacional, y resérvese con el mismo destino el resto del lote N°25 de que se trata, y los lotes N° 21 y 24 del mismo territorio.* Art2. *La Dirección de Parques Nacionales dispondrá de la tierra a la que se refiere el artículo 1º a los efectos de la conservación de la fauna y de la flora existentes, y procederá a determinar qué área le será indispensable para la finalidad de la reserva y la superficie definitiva de la misma.* Art 3º *De forma.*

¹³⁴⁰ Decreto-Ley 9504 del 28 de abril de 1945. BORA del 29/05/1945. Crea el Parque Nacional Laguna Blanca.

¹³⁴¹ Ley 19 292. BORA del 16/11/1971. Artículo 3.7.

¹³⁴² Decreto 105.433 del 11 de mayo de 1937. BORA del 28/05/ 1937.

¹³⁴³ Decreto 125.596 de 16 de febrero de 1938. Registro Nacional del 25/02/1938.

¹³⁴⁴ Decreto 118.660 del 30 de abril de 1942. Registro Nacional del 07/05/1942. Firmado el 30 de abril de 1942. Esta norma de dos artículos solamente corrige los límites Norte y Este de la Reserva Nacional Francisco P. Moreno,

¹³⁴⁵ Decreto-Ley 9504 de 28 de abril de 1945. BORA del 29/05/1945. Art. 7. *Declárase parques nacionales a las reservas Lanín, Los Alerces, Perito Francisco P. Moreno, Los Glaciares, con los límites establecidos para las zonas reservadas con tal fin por el decreto 105433 del 11 de mayo de 1937, y las modificaciones introducidas por los decretos 125596 del 15 de febrero de 1938, 94284 del 25 de junio de 1941, 118600 del 30 de abril de 1942 y 129433 del 2 de septiembre de 1942.*

¹³⁴⁶ Ley 19242. BORA del 16/11/1971. Artículo 3.8.

¹³⁴⁷ Decreto 18.800 del 24 de junio de 1948. BORA del 02/07/1948.

para un hermoso paisaje que custodia flora y fauna autóctona, pero el articulado de la norma de creación no trae otras disposiciones como no sean las necesarias a los fines de fijación de límites y declaración de utilidad pública para la expropiación de las 44.142 hectáreas de dicho Parque y la necesidad de detener una explotación forestal recientemente iniciada.

El Monumento Natural de los Bosques Petrificados (17), creado por Decreto 7252 de 1954¹³⁴⁸, se trata de un yacimiento de bosques petrificados, verdadero regalo de la pre-historia que ha llegado a nuestros días y su naturaleza amerita custodiar para legarlo a las generaciones futuras.

Finalmente, hay un *tercer grupo* de parques nacionales que sólo confiesan en sus normas de creación, nucleadas principalmente en torno a la ley 19292, un menú de disposiciones de límites y normas liminares de ordenamiento, pero sin referencias específicas al paisaje como objetivo de tutela. Se encuentran en esta lista varias áreas protegidas de esta categoría tales como: Parque Nacional Rio Pilcomayo (10), creado por Ley 14.073¹³⁴⁹ y modificatorias Leyes 17.915¹³⁵⁰ y 19.292¹³⁵¹ se trata de pastizales en el Chaco húmedo con numerosa cantidad de especies de flora y fauna; Parque Nacional Lago Puelo (6), creado por Ley 19.292¹³⁵²; Parque Nacional Chaco (11), creado por Ley 14.366¹³⁵³; El Parque Nacional Tierra del Fuego (13), creado por Ley 15.554¹³⁵⁴, modificado por ley 19689¹³⁵⁵; Parque Nacional El Palmar (14), creado por Ley 16.802¹³⁵⁶ y modificatoria Ley 19689¹³⁵⁷; Parque Nacional Baritu (15), Ley 20.656¹³⁵⁸ y 21680¹³⁵⁹; Parque Nacional Lihuel Calel (16), creado por Decreto 609 del

¹³⁴⁸ Decreto 7252 de 1954. BORA 07/05/1954.

¹³⁴⁹ Ley 14703. BORA 30/10/1951.

¹³⁵⁰ Ley 17915. BORA 11/10/1978, modificación de límites.

¹³⁵¹ Ley 19292. BORA 16/11/1971.

¹³⁵² Ley 19192, citada Artículo 3.5.

¹³⁵³ Ley 14366. BORA 19/11/1954.

¹³⁵⁴ Ley 15554. BORA 03/11/1960.

¹³⁵⁵ Ley 16689. BORA 26/06/1972.

¹³⁵⁶ Ley 16802. BORA 18/01/1966. ADLA XXV-C pp. 2169.

¹³⁵⁷ Ley 19689. BORA 26/06/1972. Modificación de artículos 2 y 3

¹³⁵⁸ Ley 20656. BORA 22/04/ 1974 ADLA XXX-A pp. 159.

31 de mayo de 1977; Parque Nacional Pre- Delta, creado por ley 24063¹³⁶⁰; Parque Nacional El Leoncito (33), creado por artículo 3º Ley 25565¹³⁶¹. La tutela paisajística aquí se reconoce por remisión al marco legal genérico de áreas protegidas que corresponde a la ya citada Ley 22351.

Se creó el primer parque acuático, se llama (34) Parque Nacional Marino Monte León, custodia lobos marinos y aves costeras en la Provincia de Santa Cruz, con donación de la Fundación Vida Silvestre Argentina al Estado argentino en 2002 - es de jurisdicción federal. Es un parque costero-marino que protege una parte continental de 60 km²; y 36 km de costas y una zona intermareal, la incidencia en la protección del paisaje es indudable¹³⁶². En 2012 el Congreso de la Nación convirtió en ley la creación de los tres nuevos Parques Nacionales, en territorio santacruceño, se trata de: (35) Parque Nacional Bosques Petrificados de Jaramillo, (36) Parque Interjurisdiccional Marino Makenke y (37) Parque Interjurisdiccional Marino Isla Pingüino¹³⁶³, áreas naturales ubicadas en el centro norte de la Provincia de Santa Cruz. En 2014, se creó un nuevo Parque Nacional con una metodología poco común, se trata del primer espacio protegido creado por suscripción pública gracias al aporte de un conglomerado de instituciones, entre las que se destacan más de treinta ONGs, empresas, el Estado y la colaboración de la sociedad civil. El nuevo Parque Nacional (38) "El Impenetrable"¹³⁶⁴ está ubicado sobre 150.000 hectáreas, constituyéndose como el espacio protegido más grande del norte argentino, que permitirá proteger diversidad de flora y fauna silvestre única en Argentina, que incluye especies en peligro como el yagareté, el tatú carreta y el águila solitaria¹³⁶⁵.

En referencia a las Reservas Nacionales, debemos reconocer que los textos legislativos que las crean, no hacen referencias al paisaje. Se trata en todos los casos

¹³⁵⁹ Ley 21680. BORA 22/08/1978. ADLA XXXVII-C pp. 2457. Modificación de límites Artículo 1º Ley 20656.

¹³⁶⁰ Ley 24063. BORA 20/01/1992, ADLA LII-A, pp. 80.

¹³⁶¹ Ley 25565. BORA 16/10/2002.

¹³⁶² Ley 25945. BORA del 20/10/2004.

¹³⁶³ Ley 26817. BORA del 13/ 12/ 2012.

¹³⁶⁴ Ley 26996. BORA del 24/10/2014.

¹³⁶⁵ La Nación. Buenos Aires 23/ 10/ 2014.

de textos legislativos que proveen a su creación y a la fijación de sus límites geográficos con remisión a su marco teórico más genérico que son las leyes 19292, que declara y crea parques nacionales y reservas naturales y posteriormente a la Ley de Parques Nacionales que ya hemos comentado N°22351. Fuera de estas remisiones, no hay otras referencias a conceptos paisajísticos, porque la metodología siempre remite a un marco teórico general que es el que consagra la protección del paisaje entre otros elementos de tutela.

Con esta aclaración citamos como ejemplos de Reserva Nacional las siguientes: Reserva Nacional Iguazú (18), creada por Ley 18.801¹³⁶⁶; Reserva Natural Formosa (19), creada por Ley 17.916¹³⁶⁷; Reserva Nacional Lanín Zona Lacar (20), creada por Ley 19.292, modificada por ley 22191¹³⁶⁸; Reserva Nacional Lanín zona Ruca Chorro (21), creado por Ley 19.292; Reserva Nacional Lanín, zona Malleo (22), creado por Ley 19.292 modificado por Ley 23750¹³⁶⁹; Reserva Nacional Nahuel Huapí zona centro (23), creado por Ley 19.292, modificado por Decreto 42/ 1979¹³⁷⁰; Reserva Nacional Huapí Zona Gutiérrez (24), creado por Leyes 19.292 y 21.602¹³⁷¹; Reserva nacional Los Alerces (25) creada por Ley 19292; Reserva Nacional Puelo, Zona Turbio (26), creada por Ley 19292; Reserva Nacional Puelo Zona Norte (27), creada por Ley 19292; Reserva Nacional Los Glaciares, Zona Centro (28), creada por Ley 19292; Reserva Nacional Los Glaciares, Zona Viedma (29), creada por Ley 19292; Reserva Nacional Los Glaciares, Zona Roca (30), creada por Ley 19292; Reserva Nacional Laguna Blanca (31), creada por Ley 19.292; Reserva Nacional Perito Moreno (32), creada por Ley 19292.

De lo examinado a este punto para la legislación del Estado Nacional en la Argentina, no adelantaremos conclusiones como no sea anticipar lo que es evidente:

¹³⁶⁶ Ley 18801. BORA del 14/10/1970.

¹³⁶⁷ Ley 17916. BORA del 11/10/1968.

¹³⁶⁸ Ley 22191. BORA del 18/03/1980. ADLA del XL-A pp. 95. Modificación de límites.

¹³⁶⁹ Ley 23750. BORA del 27/10/1989. ADLA XLIX-D pp. 3731, Transferencia a título gratuito de diversos lotes ubicados en jurisdicción de la Reserva nacional Lanín a la Asociación de Fomento Rural de Curruhuinca

¹³⁷⁰ Decreto 42/ 1979. BORA del 16/01/1979, ADLA XXXIX-A, pp. 109. Aprobación de ordenamiento territorial y manejo Isla Victoria, denominado "Plan maestro Isla Victoria", Reserva Nacional Nahuel Huapí, Zona Centro.

¹³⁷¹ Ley 21602. BORA del 18/ 07/ 1977.

que el paisaje es uno más de los elementos importantes a tutelar del ambiente natural de un área protegida. No hay indicios de que el legislador argentino distinga a este concepto, erigiéndolo en una nueva categoría jurídica o le merezca la atención legislativa que ocupó a España desde temprana edad del Siglo XX. Hay más predisposición a proteger la naturaleza que la cultura que insertamos en ella con nuestra particular mirada humana.

2.4.La protección del Paisaje en los Parques Públicos de Provincia

No obstante, la afirmación con que concluimos el título anterior, y los magros ejemplos y antecedentes que lucen en la legislación federal de áreas protegidas sobre protección del paisaje, las Provincias tienen antecedentes diferentes que es importante destacar aunque todavía son incipientes en la mayoría de los casos, pero abre perspectiva para la reglamentación y el desarrollo de nuestro instituto por su prolífica incorporación a los sistemas legislativos de estas unidades. Comentaremos en este apartado las legislaciones provinciales importantes en la materia sobre paisaje, para obtener conclusiones sobre el grado de desarrollo de la tutela paisajística en el segundo nivel constitucional normativo en la Argentina que es el correspondiente al Derecho Público provincial.

En el caso de la Provincia de Córdoba, los primeros tiempos legislativos para su paisaje no tuvieron diferencia con lo ya examinado¹³⁷² ya sea en miras a definir Reservas Provinciales de uso múltiple¹³⁷³ o en el ámbito de las prohibiciones en las Reservas Recreativas Naturales (Art. 65º Inc.2). Ya hemos comentado en otro lugar la ley 7343 de la Provincia de Córdoba¹³⁷⁴, que es pionera en introducir un tratamiento

¹³⁷² Así la ley 6964 de 1983 hace figurar entre sus objetivos en el artículo 5º inciso c,..."conservar destacados paisajes, bellezas escénicas, rasgos fisiográficos y formaciones geológicas"...y en el inciso h..."Preservar en su estado actual, paisajes de excepcional belleza o valor creados por el hombre, considerando en particular la creciente desaparición de los modos de vida que los originaron"...que es reiterado en el artículo 29º- *Los Parques Naturales Provinciales tendrán como objetivo conservar el estado más prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.*

¹³⁷³ Artículo 42º Considérense Reservas Provinciales de Uso Múltiple las áreas: Que necesitan un régimen regulador que garantice el armónico desarrollo y conservación de su potencialidad productiva, vida silvestre y paisaje;

¹³⁷⁴ Ley 7343. BOPC 27/09/ 1985.

diferencial al paisaje intentando una definición¹³⁷⁵. Pero se trata de una reiteración de conceptos reduccionistas¹³⁷⁶ que asumen a un área protegida tan sólo por su belleza y no por los otros elementos que el paisaje resume o en todo caso corona con su estética que son la biodiversidad, la ecología, identidad, calidad de vida que produce, lo cual amerita considerar un futuro sostenible para el mismo si se lo quiere legar a las generaciones futuras. Tampoco se medita y acredita protección sobre el problema de la insularización del paisaje protegido o del área protegida y las consecuencias paradójicas para su conservación. Introduce una cláusula aislada e ineficaz que tan solo dice regular la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente pero destacando entre sus objetivos la necesidad de utilizar racionalmente el paisaje en función de los valores del ambiente con un régimen especial de gestión¹³⁷⁷.

En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, la ley 10.907¹³⁷⁸ de 1990 reformada por la ley 12459¹³⁷⁹, que regulan las áreas protegidas en esa Provincia consideran al “paisaje” como un elemento más de las mismas. Es elocuente el artículo 1 cuando refiere a las finalidades de la norma¹³⁸⁰. Entre las características a reunir por un área para ser considerada “Reserva Natural”, en términos de la ley, se encuentra justamente la paisajística¹³⁸¹. Y entre las categorías de Reserva Natural por su tipo, enumera en el artículo 10 apartado c.5) *Reservas escénicas: (sitios naturales). Aquellos lugares protegidos en razón de su valor estético con el objeto de prohibir todo lo que pueda*

¹³⁷⁵ Art. 2 Inc. m) Paisaje o Escenario: El contexto interactuante de elementos constitutivos naturales y artificiales del ambiente que, por la particular combinación en un cierto espacio provocan en el hombre sensaciones visuales y estados psíquicos de distinta índole.

¹³⁷⁶ Se desliga de las demás finalidades de un área protegida en las que el paisaje es un elemento más de tutela.

¹³⁷⁷ En el apartado que destaca los elementos que comprenden estos objetivos, destaca en el Art. 2º Inc. b) la...”utilización racional del paisaje en función de los valores del ambiente”... Y en el Inc. c)...”los elementos culturales o paisajes, merecen un régimen especial de gestión”... Cuando la ley define al concepto “degradación” en el artículo 4º Inc. i entiende por tal...”no sólo el deterioro de los ecosistemas y sus componentes en general, y del agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna sino también el paisaje como resultado de las actividades deteriorantes del ambiente”...

¹³⁷⁸ Ley 10907. BOPBA 06/06/1990.

¹³⁷⁹ Ley 12459. BOPBA 26/07/2000.

¹³⁸⁰ ...”por razones de interés general, especialmente de orden científico, económico, estético o educativo deban sustraerse de la libre intervención humana a fin de asegurar la existencia a perpetuidad de uno o más elementos naturales o la naturaleza en su conjunto, por lo cual se declara de interés público su protección y conservación”....

¹³⁸¹ ...”ARTICULO 4º: Podrán ser declaradas reservas naturales, aquellas áreas que reúnan, por lo menos, una de las características que se enumeran a continuación: 1. a) Ser representativas de una Provincia o Distrito fito y/o zoográfico o geológico. b) Ser representativa de uno o varios ecosistemas donde los hábitats sean de especial interés científico o encierre un paisaje natural de gran belleza o posean una gran riqueza de flora y fauna autóctona”...

alterar su belleza, pudiendo realizarse mejoras tendientes a facilitar su acceso y aumentar su atractivo natural. Otro detalle importante de esta ley es la creación de una “zona de amortiguación”¹³⁸², así denominada a los sitios dónde se evalúan los efectos de las actividades entrópicas sobre el ambiente.

Más, lo verdaderamente importante de la legislación de esta Provincia argentina es el dictado de la ley 12.704 de “Paisaje Protegido”. No podemos soslayar que el texto es pasible de algunas críticas metodológicas, porque la técnica de tutela se realiza con la creación de categorías definidas como superficies o perímetros demarcados que serán protegidos por la ley, igual que el caso de las Áreas Protegidas, lo que no podrá evitar el “problema de la insularización” y del financiamiento, ni en todo caso la necesidad de expropiación de todo o parte del menoscabo a la propiedad privada, del cual se habla en España, desde fines de los 60`. Así el artículo 1º, exhibe la creación de dos nuevas categorías que no existen en la ley de áreas protegidas examinada en el párrafo anterior¹³⁸³, que sí pueden ser subsumidas pero que no tienen vida en el sistema más genérico. Asimismo las finalidades de la ley tampoco coinciden con las de las áreas protegidas, imprimiendo aristas de futuras confusiones hermenéuticas que sobre abundan. El artículo 2¹³⁸⁴ de esta norma detalla explícitamente protege y enfatiza la belleza escénica pero no hace mayores precisiones de carácter amplio como observamos en la legislación española con pretensión de usar al paisaje como un instrumento que califique la biodiversidad de un lugar, evitando la división política o jurisdiccional que menoscabe la protección eficaz del medioambiente. Se advierte la

¹³⁸² Artículo 13º: *Las Reservas de Uso Múltiple estarán zonificadas de la siguiente manera: 1. Zonas Intangibles: subdivisión de la reserva dedicada a la conservación. 2. Zona de Amortiguación: área que circunda y protege a la zona intangible, y en la cual pueden evaluarse los efectos de la manipulación del paisaje sobre la estructura y función de los ecosistemas.*

¹³⁸³ Artículo 1º.- *Por el régimen de la presente Ley se establecen y regulan las condiciones para las áreas que sean declaradas "Paisaje Protegido de Interés Provincial" o "Espacio Verde de Interés Provincial", con la finalidad de protegerlas y conservarlas. Las áreas, que deberán ser declaradas por ley, poseerán carácter de acceso público, tendiendo al bienestar común, con el fin de elevar la calidad de vida de la población y la protección del medio.*

¹³⁸⁴ Artículo 2º.- *Determinese para la aplicación de la presente norma legal como "Paisaje Protegido de Interés Provincial" a aquellos ambientes naturales o antropizados con valor escénico, científico, sociocultural, ecológico u otros, conformados por especies nativas y/o exóticas de la flora y fauna, o recursos ambientales a ser protegidos. Los ambientes deberán poseer una extensión y funcionalidad tal que resulten lo suficientemente abarcativas como para que en ellos se desarrollen los procesos naturales o artificiales que aseguren la interacción armónica entre hombre y ambiente”...*

tutela a elementos culturales y naturales y la falta de definición de una técnica jurídica que le otorgue al paisaje autonomía y elementos de protección. A favor, debemos conceder la posibilidad de cooperación entre los Municipios para cumplir los fines de la ley¹³⁸⁵. Todavía no hay muchos ejemplos de creación de las áreas definidas con una superficie relevante, salvo el caso de Tandil o del Rio Quequén que veremos, con lo que no parece ser posible evaluar todavía su eficacia, toda vez que los instrumentos de protección que lucen en la legislación autonómica, lucen por su ausencia. Pareciera una legislación pensada para la “insularización” y las pequeñas superficies urbanas o periurbanas antes que para las grandes extensiones geográficas que caracteriza a una Provincia Federal del tamaño de España.

La Provincia de Chubut en su sistema provincial de áreas protegidas cuenta con la Ley 4617/2000¹³⁸⁶ que contempla dentro de la categoría áreas naturales silvestres, sub-categorías tales como “Paisaje Terrestre y Marino Protegido” (Categoría V), definiendo al paisaje en su artículo 3º inciso “n”, como...*“porción de superficie, con límites naturales, en donde los componentes naturales forma un conjunto de interrelación e interdependencia”*...y el artículo 4º inciso “b” establece al paisaje como uno de los objetivos de conservación. La norma que amplía el concepto se encuentra en el artículo 16º que define al “Paisaje Terrestre y Marino Protegido”¹³⁸⁷. Esta provincia tiene autonomía municipal y también protege al paisaje en la Carta Orgánica de sus municipios, tema que dejaremos para analizar en otro lugar.

¹³⁸⁵ PETERS, Edson Luiz. *Gestión transfronteriza de espacios naturales protegidos*. RDA N°18 Abril/ Junio 2009. Abeledo Perrot, pp. 205.

¹³⁸⁶ Ley 4617. BOPCh, 16/08/2000.

¹³⁸⁷ Ley 4617/ 2000. Artículo 16 Paisaje Terrestre y Marino Protegido: *área protegida manejada principalmente para la conservación de paisajes y con fines recreativos. Comprende superficies de tierra, con costas y mares, según el caso, en las cuales las interacciones del ser humano y la naturaleza a lo largo de los años han producido zonas de carácter definido con importantes valores estéticos, ecológicos y/o culturales, y que albergan una rica biodiversidad. Las directrices para la selección de esta categoría son las siguientes: a) El área debe poseer un paisaje terrestre y/o marino con costas e islas, según el caso, de gran calidad escénica, con diversos hábitat y especies de flora y fauna asociados, así como manifestaciones de prácticas de utilización de tierras y organizaciones sociales únicas o tradicionales, de lo que deben dar testimonio los asentamientos humanos y las costumbres, los medios de subsistencia y las creencias locales; b) El área debe brindar oportunidades al público para disfrutar de ellas a través de la recreación y el turismo, en el marco de sus estilos de vida y actividades económicas habituales.*

La Provincia de Mendoza en la Ley 6045¹³⁸⁸ que establece el régimen de áreas naturales y ambientes silvestres, establece en su artículo 5º incisos “D”, “H”, “I” varios objetivos de protección al paisaje¹³⁸⁹. Y en el artículo 20 en la categoría 5º, se considera como categoría la Reserva de Paisaje Protegido, prohibiendo en las zonas restringidas, toda acción u omisión que pudiera originar alguna modificación al paisaje o del equilibrio ecológico (Art 24 inc. “I”). También figura como requisito del Artículo 30 para considerar la creación de un Parque Provincial¹³⁹⁰ y el artículo 33º define dos tipos de reserva de paisaje protegido caracterizándose ambos casos por su participación antrópica¹³⁹¹.

En la Provincia de Tierra del Fuego, la Ley 272¹³⁹², solamente prohíbe en zonas restringidas acciones u omisiones que puedan modificar el paisaje (Art 28), entre los objetivos de protección de un Parque Natural Provincial (Art 33º) se encuentra justamente el hecho de encerrar bellezas paisajísticas y la norma que sigue (Art 34º) destaca como objetivo de los Parques Naturales Provinciales conservar el estado prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.

¹³⁸⁸ Ley 6045. BOPM. 18/10/93

¹³⁸⁹ *Ibídem*. Artículo 5º C) *Conservar destacados paisajes, bellezas escénicas, rasgos fisiográficos y formaciones geológicas. Y en su inciso H) Preservar en su estado actual, paisajes de excepcional belleza, o valor creados por el hombre, considerando en particular la creciente desaparición de los modos de vida que los originaron.-I) Proporcionar oportunidades para fomentar en las personas el conocimiento de los valores citados y también para que accedan al goce de paisajes naturales, vegetación, vida animal y recreo al aire libre por medios y en lugares adecuados.*

¹³⁹⁰ *Ibídem* Artículo 30: *Esta categoría comprende áreas no afectadas por la actividad humana que gozan de representatividad biogeográfica y/o que contengan ecosistemas acuáticos o terrestres, especies de flora y fauna, elementos geomórficos o paisajes naturales de belleza o intereses excepcionales cuya protección necesaria para fines científicos, educativos, y recreativos dada su función deben ser relativamente extensas’...*

¹³⁹¹ *Ibídem*, Artículo 33º: *El carácter de las zonas que forman parte de esta categoría será muy diverso, debido a la gran variedad de paisajes seminaturales y culturales existentes en el país, dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Se pueden diferenciar dos tipos de áreas dentro de esta categoría: A) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluirán zonas naturales o modificadas, situadas a lo largo de zonas lacustres o fluviales, de rutas, en zonas de montañas o periurbanas, que presenten panoramas atractivos, siempre que no sean netamente urbanas; B) Paisajes que por ser el resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (costumbres, técnicas de uso y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas. Dadas las características de estas áreas, los esfuerzos deberían estar dirigidos a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas.*

¹³⁹² Ley 272. BOPTdF 12/ 01/ 1996.

En la Provincia de Catamarca luce la Ley 5070¹³⁹³ que crea el sistema provincial de áreas protegidas, en la definición de área protegida uno de los requisitos es justamente la tutela del paisaje (Art 3º) y en el artículo 5º se establece una equivalencia con las categorías de la UICN, donde Monumento Natural es equivalente a las categorías III (Monumento Natural Nacional o Provincial), V (Paisaje Protegido) y X (Sitio de Patrimonio Mundial Natural). Por esta razón se aclara en su artículo 9º “a”, que *...“considera Monumento Natural a aquella área que contenga sitios especiales, dentro de ambientes naturales, con paisajes de particular singularidad por su belleza escénica, sitios arqueológicos o históricos, o hábitats únicos de especies de flora y fauna amenazada o endémica y que requieran protección”...*

La Provincia de La Rioja, sancionó su Ley 7138¹³⁹⁴ y observa entre sus objetivos de protección al paisaje prístino¹³⁹⁵ (Art 5º inciso “4”) y el antropizado (Art 5º inciso “4”) con una magra regulación de protección del paisaje.

La Provincia de Rio Negro regula su sistema de áreas protegidas con la Ley 2669¹³⁹⁶, define en su artículo 2º al paisaje como...*“porción de la superficie terrestre, provista de límites naturales, en donde los componentes naturales (rocas, relieve, clima, aguas, suelos, vegetación, fauna) forma un conjunto de interrelación e interdependencia”...*y entre los objetivos de protección de un área protegida en el artículo 3º inciso “F” el de preservar el paisaje natural, y en la Categoría II de Parque Provincial (Art 15º) se establece al paisaje como uno de sus requisitos¹³⁹⁷ y en la misma norma pero en la categoría V Paisaje Protegido, se incluye el máximo de tutela estableciendo que...*“el carácter de las zonas que forman parte de esta categoría será muy diverso, debido a la gran variedad de paisajes naturales, seminaturales y culturales*

¹³⁹³ Ley 5070. BOPCa 09/05/2002.

¹³⁹⁴ BOPLR 11/09/ 2001 Sancionada el 05/07/2001.

¹³⁹⁵ Artículo 21: *Los Parques Naturales Provinciales tendrán como objetivo conservar el estado más prístino de sus ambientes y recursos naturales, paisajes y vida silvestre.*

¹³⁹⁶ BORN 10/01/2008.

¹³⁹⁷ Artículo 15: *Esta categoría comprende áreas no afectadas por la actividad humana, que gozan de representatividad biogeográficas y/o que contengan ecosistemas acuáticos o terrestres, especies de flora y fauna, elementos geomórficos o paisajes naturales de belleza o interés excepcionales, cuya protección es necesaria para fines científicos, educativos y recreativos. Dada su función, deben ser áreas relativamente extensas.*

existentes en la Provincia, dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Se pueden diferenciar dos tipos de áreas dentro de esta categoría:

a) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluirán zonas naturales o modificadas, situadas a lo largo de costas marinas, lacustres o fluviales, de rutas, en zonas de montañas o periurbanas, que presenten panoramas atractivos, siempre que no sean netamente urbanas.

b) Paisajes que por ser el resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (costumbres, técnicas de uso y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas). Dadas las características de estas áreas, los esfuerzos deberían estar dirigidos a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas”...

En la Provincia de Salta, la Ley 7070¹³⁹⁸ de “protección del ambiente” hace referencia al paisaje en varias disposiciones. Incluye al paisaje dentro del concepto de medio ambiente y le asegura protección en tanto y en cuanto se trata de relaciones del hombre con su entorno¹³⁹⁹. Se establecen directivas con conceptos paisajísticos¹⁴⁰⁰, ausentes en otras normativas argentinas, y se lo define en el artículo tercer como...”porción de espacio de la superficie terrestre captada visualmente, en sentido más preciso, parte de la superficie terrestre que en su imagen externa y en la acción conjunta de los fenómenos que lo constituyen presenta caracteres homogéneos y cierta unidad espacial básica. El paisaje es resultado de la combinación dinámica de elementos físico-químicos, biológicos y antrópicos que en mutua dependencia generan un conjunto único e indisoluble en perpetua evolución”...pero también se lo considera

¹³⁹⁸ BOPS 17/01/2000.

¹³⁹⁹ *Ibíd.* Art. 2° - La presente ley conforme al art. 30 y capítulo VIII, título II, de la Constitución de la Provincia de Salta, tiene por objeto establecer las normas que deberán regir las relaciones entre los habitantes de la provincia de Salta y el medio ambiente en general, los ecosistemas, los recursos naturales, la biodiversidad, en particular la diversidad de ecosistemas, especies y genes, el patrimonio genético y los monumentos naturales, incluyendo los paisajes; a fin de asegurar y garantizar el desarrollo sustentable, la equidad intra e inter generacional y la conservación de la naturaleza; sin perjuicio de las materias que se rigen por leyes especiales.

¹⁴⁰⁰ Artículo 3: Calidad del paisaje: Grado de excelencia de sus características visuales, olfativas y auditivas. Mérito para no ser alterado o destruido, para que su esencia, su estructura actual se conserve.

un recurso natural en el glosario que dispone la misma norma¹⁴⁰¹, disponible para ordenamiento territorial¹⁴⁰², o declarada de interés provincial¹⁴⁰³. Es importante destacar que esta norma consagra un capítulo a la protección del paisaje considerándolo un recurso natural y por tanto un patrimonio provincial¹⁴⁰⁴, con lo cual es la primera norma argentina que llega a una conclusión tan definida sobre este aspecto de la naturaleza jurídica del paisaje. Un autor nativo de esta Provincia, hace una interesante observación a las versatilidad de este cuerpo normativo como alternativa para la sostenibilidad social...”*sobre todo si consideramos que, en gran parte del territorio provincial donde persiste la biodiversidad, la población está por debajo de los índices de pobreza*¹⁴⁰⁵. *La planificación y gestión de un área protegida privada, sujeta a una estrategia participativa con los pobladores de la finca y vecinos, permite instrumentar acciones de conservación efectivas, ya que los habitantes y/o propietarios del territorio pueden advertir los beneficios de la conservación de manera más directa y evidente*¹⁴⁰⁶...

En la Provincia de Santa Cruz, la Ley 786¹⁴⁰⁷, establece el sistema provincial de áreas protegidas en el año 1972 y en su artículo 4º entre las prohibiciones de afección, figura con gran adelanto a los tiempos el inciso 9) que incluye...”*toda otra acción que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico*”...Y en el

¹⁴⁰¹ Recursos naturales: Bienes naturales. *En sentido amplio, bienes procedentes de la naturaleza no transformada por el hombre, entre los que se incluyen el aire, el agua, el paisaje, la vida silvestre, entre otros, en cuanto son capaces de satisfacer las necesidades humanas.*

¹⁴⁰² e) *El ordenamiento territorial y las actividades o proyectos destinados a la utilización racional y sustentable de los recursos naturales, incluyendo monumentos naturales y paisajes, que integren el patrimonio de la Provincia.*

¹⁴⁰³ Art. 62. - *A los fines de alcanzar los propósitos de estas disposiciones especiales los poderes públicos de la Provincia, reconocen, aceptan y declaran de interés provincial: a) La preservación del carácter de recurso natural de: Ríos y sus márgenes, aguas subterráneas, lagos, humedales, atmósfera, fauna, paisajes, patrimonio genético y patrimonio cultural.*

¹⁴⁰⁴ Capítulo VI - De los paisajes naturales y su protección: Art. 92. - *Los paisajes naturales, sus valores escénicos y recreacionales constituyen un recurso natural con un valor intrínseco que forma parte del patrimonio provincial.* Art. 93. - *Es deber de todos los habitantes de la provincia proteger y conservar los paisajes en su forma nativa.* Art. 94. - *El Estado provincial debe regular todo tipo de acción o proyecto que implique modificaciones negativas del paisaje.*

¹⁴⁰⁵ FERNANDES SANTIAGO, Alex. *¿Colisión entre derechos fundamentales? El derecho a la vivienda y el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas.* Revista de Derecho Ambiental N°25. Enero – Marzo 2011, pp. 197. Este autor estudia el interesante contrapunto y se pronuncia en favor de la prevalescencia de la protección del Medio ambiente en Brasil.

¹⁴⁰⁶ MÈNDEZ MACÍAS, Diego. *Las áreas protegidas privadas, una estrategia para el desarrollo sustentable.* Revista de Derecho Ambiental N° 5 Enero-Marzo 2006. Lexis Nexis. Buenos Aires., pp.33. Ver Artículo 4º de la Ley que contiene no sólo la propiedad pública provincial sino también la privada.

¹⁴⁰⁷ BOPSC 30/ 12/ 1972.

artículo 8º se establece prioritario la...”*conservación de la fauna, de la flora y de las principales características fisiográficas y bellezas escénicas y de las asociaciones bióticas del equilibrio ecológico*”...

En la Provincia de Santa Fe, no hay hasta el presente ley de áreas protegidas pero sí una Ley Marco Ambiental 11717/9¹⁴⁰⁸ que establece entre sus principios generales...”*la creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas naturales protegidas de cualquier índole y dimensión que contuvieren suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas o no, rasgos geológicos, elementos culturales o paisajes*”. Asimismo, hay otras normas tutelares que reconocen al paisaje tanto un recurso natural como un elemento a ser tutelado en un área protegida¹⁴⁰⁹. Por esta razón en el artículo 25 se considera una conducta de daño al ambiente las que atenten contra el paisaje¹⁴¹⁰.

En la Provincia de Santiago del Estero, la ley 6321¹⁴¹¹, declara de propiedad de la Provincia al ambiente de la misma en una redacción de dimensiones tan amplias que se pierde de vista el objeto de la misma. De todas formas incluye al paisaje en estas consideraciones¹⁴¹² como recurso. Y en el artículo 21 pone a cargo de la Autoridad de Aplicación...”*c) La evaluación de la incidencia de los contaminantes sobre los bienes y recursos estéticos -"Servicios Naturales"-, tales como el paisaje, la luz solar, el silencio*”...Y en el artículo 70 se incorpora en un ejemplo normativo excepcional al paisaje como materia de evaluación de impacto ambiental.

¹⁴⁰⁸ BOPSF 11/ 04/ 2000.

¹⁴⁰⁹ Artículo 2.- *La preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo: b) La utilización racional del suelo, subsuelo, agua, atmósfera, fauna, paisaje, gea, fuentes energéticas y demás recursos naturales, en función del desarrollo sustentable f) La creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas naturales protegidas de cualquier índole y dimensión que contuvieren suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas o no, rasgos geológicos, elementos culturales o paisajes.*

¹⁴¹⁰ Artículo 25.- *Se consideran conductas dañosas contra el medio ambiente a las siguientes: d) Destrucción, modificación perjudicial u otras acciones u omisiones susceptibles de causar daño al paisaje natural o ambiente humano.*

¹⁴¹¹ BOPSD E 08/ 11/ 1996.

¹⁴¹² *Ibidem.* Artículo 5º: El Poder Ejecutivo Provincial y los Municipios garantizarán la preservación, conservación, defensa y recuperación de los ambientes degradados y fiscalizará a través de sus órganos de control las acciones antrópicas que puedan producir una alteración del equilibrio ambiental y que a los fines propuestos comprenden: a) El uso y el aprovechamiento racional de los recursos naturales, materiales y energéticos, renovables y no renovables, paisaje, patrimonio históricos y culturales, funciones sensoriales: visión, audición y olfato.

En la Provincia de Tucumán, la Ley 6.292/ 1991¹⁴¹³ de Recursos Naturales Renovables y Áreas Naturales Protegidas. Las referencias al paisaje son excepcionales e indirectas. En el artículo 76 que refiere a los requisitos para considerar un área natural protegida, se visualiza como tal a aquella de jurisdicción del Estado Provincial, fiscales o privadas, sobre las que la *autoridad de aplicación considere necesaria su preservación o conservación, de acuerdo a los siguientes objetivos: d) Mantener bajo manejos protectivos o recuperativos, según correspondan aquellas especies que constituyen muestras de ecosistemas, paisajes y formas de relieves singulares o únicos. Tal acción tenderá a asegurar la preservación de todo el material genético existente y la libre ocurrencia de los procesos dinámicos esenciales que se dan en la naturaleza, tales como evolución biótica, edáfica y geomórfica, los flujos genéticos, los ciclos biogeoquímicos y las migraciones animales. k) Preservar el paisaje natural.*

La Ley N° 4358/96¹⁴¹⁴ en la Provincia de Chaco, establece, entre sus objetivos, que el Sistema de Áreas Protegidas se constituya en una red interconectada a través de corredores para contribuir al desenvolvimiento normal de los ecosistemas, aunque no prevé instrumentos privados de conservación; asimismo las áreas naturales protegidas serán beneficiadas con una ley específica, y si es un predio privado, la celebración de convenios con los propietarios del mismo, para su conservación y manejo. Se establece entre los objetivos de la Ley (Art 5° inc. "c")...*"conservar destacados paisajes, rasgos fisiogeográficos, formaciones geológicas o áreas de interés científico, educativo y/o turístico para la Provincia; en el inciso i)..."promover el acceso al goce de paisajes naturales, vegetación, vida animal y recreo al aire libre, por medios y en lugares adecuados"*...y como requisito para considerar un parque natural¹⁴¹⁵o reserva natural cultural¹⁴¹⁶.

¹⁴¹³ BOTu 01/10/1991.

¹⁴¹⁴ BOCH 20/ 12/ 1996.

¹⁴¹⁵ *Ibíd.* II – Parque Natural Provincial : *Serán consideradas Parque Natural aquellas áreas que gozan de representatividad biogeográfica y/o contengan ecosistemas, especies nativas, elementos geomórficos y paisajes naturales de interés excepcionales, cuya protección es necesaria para fines científicos, educativos o recreativos.*

¹⁴¹⁶ IV –Reserva Natural Cultural: *Serán así consideradas las zonas naturales o modificadas que presenten panoramas atractivos, aprovechados por el hombre para esparcimiento o turismo (costas de ríos, lacustres, de rutas, zonas periurbanas, etc.) o aquellos paisajes que por ser el resultado de la interacción del hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas (modalidad del uso de la tierra, costumbres, organización*

La Provincia de Corrientes, sancionó su ley de áreas protegidas 4736¹⁴¹⁷ de 1993 pero con pocas referencias al paisaje como por ejemplo la del artículo 1º¹⁴¹⁸ en los motivos de aplicación de la ley y en el artículo 3º inciso “K” que prohíbe...*“toda otra acción u omisión que pudiere originar modificación del paisaje o del equilibrio ecológico”*...y se les otorga protección parcial (Art 8º) a las áreas que sean declaradas Reservas Naturales zonas circundantes o de transición con los Parques Provinciales. En ellas tendrán prioridad a todo otro interés, la conservación de la flora y fauna autóctonas, las bellezas panorámicas y el equilibrio de sus ecosistemas. En la jurisprudencia, un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en decisión del 26/11/2007 en autos “Leiva, Bruno c/ Forestal Andina S.A. s/ sumarísimo¹⁴¹⁹” hizo lugar a un amparo para detener la construcción de una obra que se había iniciado sin previa evaluación de impacto ambiental...*“dejar la obra como está implica modificación del relieve con la consiguiente alteración en los patrones de drenajes naturales; pérdida de la cubierta vegetal y su fauna asociada. Alteración de la unidad ecológica; modificación del paisaje; evidencia de actividad antrópica en la zona de Reserva Natural (fs. 122), y si bien a fs. 123 el experto da cuenta que destruir podría causar mayores daños, esta última conclusión no obsta a la que arribó la Cámara desde que el mismo perito da cuenta que aceptar el “hecho consumado” es algo netamente negativo especialmente porque hacer perder de vista el valor del carácter previo que posee el Estudio de Impacto Ambiental”*... Se ve que el Tribunal ve al

social, infraestructura o construcción típicas) que muestren una relación armónica. Se incluye en esta categoría a las expresiones o realizaciones de las comunidades indígenas, que por sus valores antropológicos e históricos, asociados a rasgos culturales de valor, es necesario mantener con propósitos múltiples. Los planes de manejo que se apliquen en estas áreas estarán dirigidos a mantener la calidad e integridad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas, contribuyendo a lograr equilibrios globales y evitando la ruptura del proceso milenario de aculturación de la biósfera.

¹⁴¹⁷ BOC 12/ 10/ 1996.

¹⁴¹⁸ *Ibíd*em Artículo 1.-Règimen: La presente Ley se aplicará a aquellas áreas del territorio provincial que sean declaradas Parque Provincial, Monumento Natural o Reserva Natural en razón de sus extraordinarias bellezas panorámicas, o riquezas en flora y fauna autóctonas o especiales características de sus ecosistemas, las que deberán ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, goce espiritual y enriquecimiento cultural de las presentes y futuras generaciones.

¹⁴¹⁹ VALLEJOS, Juan Carlos. *La saga del terraplén que atraviesa el Iberá. Apostillas procesales sobre un nuevo fallo que intenta proteger ese humedal.* Revista de Derecho Ambiental N°26, Abril-Junio 2011, pp. 129.

paisaje como un elemento más del ambiente natural a proteger, pero le otorga una protección principal y no parcial como señala esta Ley.

La Provincia de Formosa no cuenta con una ley que regule específicamente las áreas naturales protegidas, pero tiene una Ley General de Medio Ambiente¹⁴²⁰, la cual determina las políticas de manejo de los recursos naturales, contemplando expresamente las áreas protegidas y los recursos paisajísticos, y estableciendo sólo respecto de las primeras su pertenencia al dominio público. En el artículo 19 inciso "F" considera al paisaje un recurso natural y en el artículo 110 la autoridad de aplicación regulará todo tipo de actividades o construcción que pudiere transformar el paisaje, requiriendo a los responsables un estudio de impacto ambiental previo a la aprobación de las actividades o el inicio de las obras.

La Provincia de Jujuy, aprobó la Ley 4203¹⁴²¹, de preservación de recursos naturales, parques reservas y monumentos naturales incluyendo al paisaje como prohibición de afección solamente (Art 3º Inciso "J") y entre los objetivos de la ley se encuentra en el artículo 4 inciso n) la formulación de pautas para la creación y gestión de áreas naturales protegidas y para la conservación y defensa de los paisajes; y entre los factores que deterioran el ambiente (Art 6 Inc "J") la alteración parcial de los paisajes naturales. Pero quizás el hallazgo más importante de esta normativa es la incorporación de una Sección (VII) intitulada Del Paisaje, que declara en forma novedosa para el Derecho Argentino el derecho de todos los habitantes de la Provincia (Art 121)... "a disfrutar de los paisajes naturales y urbanos que, por sus especiales valores escénicos y estéticos, contribuyen a su bienestar físico y espiritual"... También dicta en forma inédita para el Derecho argentino verdaderas normas de ordenamiento y directivas¹⁴²²e

¹⁴²⁰ BOPF Ley 1063/ 1993.

¹⁴²¹ BOJ Ley 4203 del 31/ 03/ 1986.

¹⁴²² *Ibíd.* Artículo 122º.- *Corresponde a la autoridad de aplicación, en coordinación con los organismos provinciales con injerencia en la materia, o, en su caso, a los municipios, dentro de sus respectivas jurisdicciones:*
a) *Identificar los recursos panorámicos o escénicos que, por sus especiales características, serán protegidos;* b) *Prohibir, en aquellos paisajes protegidos, todo tipo de obra o actividad que pudiera alterar los mismos;* c) *Fijar límites de altura o determinar estilos de construcción para preservar valores estéticos, históricos o culturales;* d) *Procurar que las actividades turísticas se desarrollen preservando la integridad natural, cultural e histórica de cada lugar.*

integración de paisaje¹⁴²³, quizás en forma muy genérica todavía pero que abren el campo a la reglamentación.

En la Provincia de La Pampa la Ley de áreas protegidas N° 1321/91¹⁴²⁴ establece que las mismas deben ser declaradas por una ley especial, y que los inmuebles de particulares que quedan comprendidos en ellas podrán ser afectados por servidumbres y otras limitaciones al dominio -dispuestas por decreto-, las cuales deben ser anotadas en el Registro de la Propiedad Inmueble. La referencia a valores paisajísticos es muy laxa con una tibia referencia a valores estéticos en su artículo 1º¹⁴²⁵. Y en su decreto reglamentario se realiza la integración del concepto paisaje como elemento de un área protegida provincial¹⁴²⁶.

La Provincia de San Luis, creó el sistema de áreas protegidas mediante Ley 5421¹⁴²⁷, adoptando la protección al paisaje desde que adopta la definición de UNESCO para sus áreas protegidas en el artículo 2º¹⁴²⁸ y área natural modificada al final de dicha norma¹⁴²⁹. También tiene presencia el paisaje en la definición de parque natural provincial¹⁴³⁰, y se crea la categoría de paisaje protegido¹⁴³¹, sin reglamentación

¹⁴²³ *Ibíd.* Artículo 123.- *En la ejecución de obras públicas o privadas, se procurará la integración de las mismas al entorno, manteniendo la armonía y estética del paisaje natural y urbano.*

¹⁴²⁴ BOLDP 31/05/ 1991.

¹⁴²⁵ *Ibíd.* Artículo 1º.- *Los espacios naturales o seminaturales ubicados en territorio provincial que revistan importancia ecológica, económica, social, histórica o estética podrán ser declarados “áreas protegidas” bajo en régimen establecido por la presente Ley, a los efectos de su conservación, recuperación, aprovechamiento de sus recursos naturales y armonización de las actividades que se cumplan en los mismos.*

¹⁴²⁶ Decreto 1283 / 1995. Artículo 4º. 2) Parque provincial: *son áreas con representatividad biogeográfica, no afectadas por la actividad humana, que contienen ecosistemas y especies de flora y fauna, geo formas o paisajes naturales de belleza excepcional con fines científicos, educativos y recreativo.*

¹⁴²⁷ BOSL 08/ 12 /2003.

¹⁴²⁸ *Ibíd.* Artículo 2: *Entiéndase por Áreas Naturales Protegidas a aquellas áreas comprendidas dentro de ciertos límites bien definidos, especialmente consagradas a la protección, que sobresalen en el contexto natural, destacándose por sus condiciones ambientales, por su flora y fauna, por sus bellezas escénicas, convirtiéndose por estas razones en ámbitos de un valor excepcional para las regiones que las contienen.*

¹⁴²⁹ *Ibíd.* Áreas Naturales Modificadas: *son aquellas en las que el medio natural ha sido modificado por el hombre, generando un cambio distinguible en el paisaje y en los ecosistemas locales (Diques y Embalses), y que fundamentalmente inciden significativamente en el Desarrollo Regional.*

¹⁴³⁰ *Ibíd.* Categoría II. Parque Nacional o Parque Provincial: *Conservar áreas con representatividad biogeográfica, no afectada por la actividad humana, que contienen ecosistemas y especies de flora y fauna y/o paisajes naturales de belleza excepcional, con fines científicos, educativos y recreativos.*

¹⁴³¹ *Ibíd.* Categoría V. Paisaje Protegido: *Mantener la calidad escénica de paisajes seminaturales o culturales dignos de ser preservados en su condición tradicional.-*

ni ampliación de sus conceptos pero con el marco teórico adecuado para hacerlo en el futuro.

La Provincia del Neuquén crea su sistema de áreas protegidas mediante Ley 2594¹⁴³², que entre sus objetivos establece el de tutelar la biodiversidad (Art 2º) y lo hace mediante la conservación del paisaje natural y cultural, las bellezas escénicas, los rasgos fisiográficos y las formaciones geológicas (Inc 5º). En el artículo 5º crea la categoría de paisaje protegido definida como *área manejada principalmente para la conservación de paisajes y con fines recreativos, en la cual las interacciones del ser humano y la naturaleza a lo largo de los años ha producido una zona de carácter definido con importantes valores estéticos, ecológicos o culturales, y que puede albergar una rica diversidad biológica. Salvaguardar la integridad de esta interacción tradicional es esencial para la protección, el mantenimiento y la evolución del área*...

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe desde la época anterior al actual régimen de autonomía, por Ordenanza del entonces Concejo Deliberante¹⁴³³, la Reserva Ecológica de la Costanera Sur que encierra toda un área aledaña al Río de la Plata y la ciudad que desde 2005 es sitio Ramsar pero no trae específicas disposiciones paisajísticas.

En la Provincia de Misiones la Ley de Sistema de Áreas Protegidas¹⁴³⁴, considera generosamente al paisaje entre sus institutos de conservación y cuidado. Entre sus objetivos, se encuentra justamente el cuidado del paisaje¹⁴³⁵, tal es así que una de las categorías de área creada por la ley es justamente la de paisaje protegido (Art. 5 inciso g) que es explicitada en los artículos 28 a 29 de la Ley, en un prisma de 3

¹⁴³² Ley 2594. BOPN 31/ 12/ 2008.

¹⁴³³ Ordenanza 41247/1985.

¹⁴³⁴ BOMi 20/ 07/ 1992. Ley 2932.

¹⁴³⁵ *Ibíd.* Artículo 4º: Los objetivos generales de conservación del Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas son: i) Mantener bajo manejo protectorio o recuperativo, según corresponda, aquellos espacios que constituyen muestras de grandes ecosistemas terrestres o de ríos o arroyos de la provincia y paisajes y formas de relieve singulares o únicos. Tal acción tenderá a asegurar la preservación de todo el material genético existente y la libre ocurrencia de los procesos dinámicos que se dan en la naturaleza, tales como la evolución biótica, edáfica y geomórfica, los flujos genéticos, los ciclos biogeoquímicos y las migraciones animales. k) Preservar el paisaje natural.

subcategorías que van desde la tutela a un paisaje más natural a uno donde prevalecen las dotes más antrópicas, con una cierta nota elitista tendiente a proteger un lugar especialmente elegido por sus dotes excepcionales¹⁴³⁶, pero donde debe rescatarse una intención del legislador de proteger lo que podríamos denominar parte de un paisaje inmaterial o patrimonio cultural intangible en otras legislaciones tendientes a tutelar, no sólo lo estética que una cultura deja a la tierra, sino los saberes de la misma para darle su fisonomía¹⁴³⁷.

Asimismo vale destacar el ejemplo de participación a la actividad privada¹⁴³⁸ en la conservación del paisaje lo que ponen a esta Ley en la vanguardia de su tema en la época de sanción. El primer ejemplo de aplicación de esta directiva es la de Uruguay¹⁴³⁹. Otra propuesta normativa de esta Provincia que es digna de relieve paisajístico es la denominada “Área integral de conservación y desarrollo sustentable corredor verde de la Provincia de Misiones¹⁴⁴⁰”; no tiene una sola mención a la palabra

¹⁴³⁶ *Ibidem.* artículo 28: *Se considerarán paisajes protegidos, a los paisajes naturales, seminaturales y de carácter cultural dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual. Dentro de esta categoría se pueden diferenciar dos tipos de áreas: a) Zonas aprovechadas por el hombre de manera intensiva para esparcimiento y turismo. Aquí se incluyen zonas naturales o modificadas situadas en la costa de ríos, arroyos y lagos, a lo largo de rutas, en zonas diversas, que presenten panoramas atractivos siempre que no sean netamente urbanas. b) Paisajes que por ser resultado de la interacción entre el hombre y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales específicas, como por ejemplo, costumbres, técnicas de uso, y manejo de la tierra, organización social, infraestructura o construcciones típicas. La autoridad de aplicación tomará las medidas necesarias dirigidas a mantener la calidad del paisaje mediante prácticas de ordenamiento adecuadas. Las tierras de esta categoría estarán sometidas al régimen de regulaciones y controles que por vía reglamentaria determine la autoridad de aplicación en relación a los objetivos de conservación establecidos para el caso. Artículo 29.- La autoridad de aplicación podrá convenir con los propietarios de tierras donde se encuentre esta categoría de paisaje protegido para su uso, cuidado y conservación y eventual acogimiento a lo establecido en el artículo 25 de la presente ley.*

¹⁴³⁷ Tiene coherencia con la norma contenida en el artículo 30 de la Ley, con una inconfesada orientación a las notas de la FAO que hemos detallado en este trabajo en otro capítulo. artículo 30: *Artículo 30.- La categorización internacional de Reserva de la Biosfera, será un área extensa, con protección jurídica a largo plazo, que permitirá la conservación y el aprovechamiento armonioso de los recursos naturales. Comprenderá: a) Ejemplos representativos de biomas naturales. b) Comunidades únicas o territoriales con características naturales o habituales, de interés excepcional. c) Paisajes armoniosos resultantes de modelos tradicionales de aprovechamiento de la tierra.*

¹⁴³⁸ MÈNDEZ MACÌAS, Diego. Op. Cit.

¹⁴³⁹ Artículo 66.- *Declárense Áreas Naturales Protegidas sujetas al régimen establecido en la presente ley, sin perjuicio de las que se incorporen en el futuro, a los denominados Parques Provinciales, Monumentos Naturales, Reservas Naturales Culturales, Reservas de Uso Múltiple, Parques Naturales Municipales, Reservas Privadas y Paisajes Protegidos creados por las leyes que a continuación se enumeran: Inciso 18. Área Natural Protegida con el rango de Paisaje Protegido, al lago formado por la presa del Arroyo Urugua-í hasta su máxima cota de embalse, sus islas y costas con más de 200 metros a partir del máximo nivel de embalse declarado por Ley N. 3302.*

¹⁴⁴⁰ Ley 3631. BOMi 30/11/1999.

“paisaje” pero resulta de indudables consecuencias paisajísticas a fines de mantener el verde del bosque subtropical distintivo de esta región en franca retirada en algunos sitios de la misma por la explotación forestal (Ej. corredor Ruta 12). Los objetivos de esta norma llevan la intención de generar condiciones (art 2 inciso a) favorables para la preservación de las masas selváticas para unir los tres principales bloques de las Áreas Naturales Protegidas existentes en la Provincia¹⁴⁴¹; proteger las nacientes y altas cuencas de los ríos y arroyos que constituyen el sistema hidrográfico (Inc “b”); prevenir el aislamiento progresivo de las Áreas Naturales Protegidas, permitiendo así la continuidad de los procesos naturales de migración y desplazamiento estacionales de la fauna silvestre, y los relacionados con la dispersión y reposición natural de la flora silvestre de los bosques nativos (Inc “c”); y otros objetivos comunes en estos ordenamientos tales como la calidad de vida (Inc “d”); planeamiento bioregional (Inc “h”); efecto invernadero (Inc “g”); servicios ambientales reconocidos (Inc “e”); contribución a compromisos asumidos por el Estado en la ratificación de los convenios: sobre Cambio Climático y de Diversidad Biológica (Inc “f”).

2.5.La protección del paisaje en Parques Municipales

La tercera unidad del sistema federal en la Argentina, el Municipio, también reconoce ejemplos de protección del paisaje con diferentes y creativas maneras de actuar a través de los Concejos Deliberante del orden local. A fin de no emprender un trabajo exhaustivo que no agregaría mayor evidencia para este apartado, elegimos tres ejemplos testimoniales de las mismas: a través de normativa ambiental excepcional y con la creación de áreas protegidas locales, de dimensiones menores a las estudiadas y con similares pretensiones. Un caso nos ubicará en el Noroeste ambiental, en la Provincia de Misiones, otro en el Sur en la patagónica ciudad de Comodoro Rivadavia y finalmente en el Centro de la Argentina con Tandil con su área protegida local.

¹⁴⁴¹ *Ibíd.* Artículo 2, inciso 1: 1. Al Norte, los parques provinciales Yacuí, Uruguái y Foerster, y previa suscripción de acuerdo o convenio con la Administración de Parques Nacionales, el Parque Nacional Iguazú; 2. al Este, la Reserva de Biosfera Yabotí y los Parques Provinciales Esmeralda y Moconá; 3.- al Sur, los Parques Provinciales Salto Encantado y Cuña Pirú,

2.5.1. Eldorado

Este Municipio de la Provincia de Misiones, la segunda ciudad en importancia, ha sancionado por Ordenanza el 23 de agosto de 1995¹⁴⁴², movilizado por la sanción de la Reforma Constitución Nacional de 1994 según reconoce en los Antecedentes, un texto legislativo tutelar que denomina “Código de Medio Ambiente de la ciudad de El Dorado”¹⁴⁴³. El artículo primero de esta norma, no sólo tiene pretensiones sobre el ambiente sino sobre el paisaje¹⁴⁴⁴. Otras consideraciones válidas para destacar en los considerandos, son los valores de la normativa expresadas en objetivos tales como “calidad de vida”, (Artículos 1º, 3º) desarrollo sostenible”(Artículo 3º) y “cooperación” (Art 3º), en éste último caso asociado a iniciativas de trabajo conjunto con municipios vecinos (límites que la selva misionera no respeta) y hasta una propuesta quizás demasiado ambiciosa de extender la misma a la vecina República del Paraguay y Brasil (Art 17º) en base al principio de información y cooperación¹⁴⁴⁵. Se establece el marco para determinar partidas presupuestarias que permitan...”*la progresiva recuperación y conservación de Espacios Verdes, Parque Schweim, Salto Küpppers, Balnearios Municipales y otros paseos públicos*”.... lo que en lenguaje más actual denominaríamos restauraciones paisajísticas. Otra norma singular, de este Municipio es la que declara de interés público municipal a toda especie arbórea de la flora nativa dentro del ejido urbano¹⁴⁴⁶, estableciendo la categoría de “árbol protegido municipal”, para...”*aquellos ejemplares nativos que se encuentren en la vía pública, veredas, plazas, paseos, espacios verdes, que por su porte, singular belleza y valor semillero merezcan tal denominación*”(Art. 3º). La protección se realiza mediante la comunicación a cada propietario de tal designación y desaconsejando su apeo, poda o daño de cualquier tipo, salvo caso de fuerza mayor o peligro que requiere previa notificación al Municipio

¹⁴⁴² Ordenanza 089/1995. Decreto de Promulgación N° 105/ 1995 de 8 de agosto.

¹⁴⁴³ Obran de fundamento también la Carta Orgánica Municipal con los artículos 19 inciso “E”, 41 inciso “13”, 117, 119 y 120 según se confiesa en su elevación.

¹⁴⁴⁴ Artículo 1º: Las disposiciones del presente Código servirán de marco normativo para la preservación, cuidado y mejoramiento del Medio Ambiente y del patrimonio paisajístico en el ámbito del Municipio de Eldorado”...

¹⁴⁴⁵ PETERS, Edson Luiz. Op. Cit.

¹⁴⁴⁶ Ordenanza 112/ 2000 de 3 de Agosto.

(Art 5º). También existen reducciones impositivas significativas (Art 6º) para coadyuvar a esta conservación del paisaje urbano, que a diferencia del europeo basado en las construcciones, el presente se basa en la conservación de la naturaleza que convive con el hombre en una ciudad de un bellissimo y notable paisaje urbano verde.

2.5.2.Comodoro Rivadavia

La legislación del Chubut, y particularmente la del Municipio autónomo de Comodoro Rivadavia es pionera en la consideración tutelar del paisaje en la Argentina y una adelantada en la protección del ambiente. La Ley Orgánica Municipal, establece que el gobierno local es el responsable del desarrollo urbano, en armonía con las actividades económicas, sociales y culturales que se despliegan en su territorio; de la proyección y ejecución de acciones de renovación y *preservación de áreas y componentes del patrimonio histórico, urbano, arquitectónico, arqueológico y paisajes de la Ciudad, y reconocimiento del patrimonio colectivo de la comunidad*¹⁴⁴⁷. El Municipio actúa en fomento del paisaje como un aspecto del patrimonio cultural. Previamente se había aprobado en 1991 el “Código Ecológico Municipal”¹⁴⁴⁸, una verdadera constitución ambiental que considera no sólo al paisaje sino al ambiente, aún antes de la Conferencia de Río, considerándolo “patrimonio común de nuestra ciudad” en donde pueden rastrearse conceptos de la Convención del Derecho del Mar de Montego Bay 1982, y se anticipa el concepto de responsabilidad del futuro artículo 41 de la Constitución Nacional a ser reformada 3 años después¹⁴⁴⁹. Establece la evaluación de impacto ambiental como instituto que define nuestra disciplina antes que cualquier otro ordenamiento en la Argentina y declarando que los procesos ecológicos deben ser leídos en clave cultural” porque...”*El hombre interviene sobre el ambiente, no solo desde el punto de vista biológico, sino también histórica y culturalmente al extremo de que dicha intervención pueda trastocar los ciclos naturales*¹⁴⁵⁰.... Se enumeran

¹⁴⁴⁷ Art 30 Ley Orgánica Comodoro Rivadavia.

¹⁴⁴⁸ Ord. N° 3779 /1991.

¹⁴⁴⁹ *Ibíd*, B) Principios.1).

¹⁴⁵⁰ *Ibíd*. Introducción. A).

taxativamente, una serie de bienes¹⁴⁵¹ a los que considera “*patrimonio paisajístico urbano*” y se define al paisaje como un recurso natural¹⁴⁵², entre los que se cuenta los espacios verdes y arbolado público, declarando¹⁴⁵³ de interés y utilidad pública la conservación, protección, preservación, ordenamiento, mejoramiento, recuperación y desarrollo de todos los componentes de los espacios verdes, del arbolado público y de las áreas que configuren ecosistemas naturales y/o modificados, que forman parte del territorio municipal de Comodoro Rivadavia, ubicados en propiedad pública o privada” y en su art. 44 de “*Todos los árboles, arbustos, canteros con flores y/o césped plantados por el hombre, ... especies autóctonas y/o naturalizadas..., para resaltarlas e incorporarlas al paisaje*”...La tarea de gestión y ordenamiento del paisaje exige pensar en su carácter transversal, al interrelacionarse con el interés general, las cuestiones culturales, ecológicas, medioambientales y sociales y al contribuir en la elaboración de las culturas locales y en el bienestar individual y social. Por ello, su protección, gestión y sostenimiento implican los derechos y deberes de cada uno aplicados a partir de una serie de mecanismos que permitan proteger el paisaje cotidiano¹⁴⁵⁴.

2.5.3.Tandil

En 1972, se crea en Tandil una reserva natural de la flora y fauna autóctona en el predio municipal conocido como “Sierra del Tigre”¹⁴⁵⁵. En los considerandos se hace referencia a la necesidad de preservar la fauna y flora regional y a las facultades otorgadas por la entonces vigente ley provincial orgánica¹⁴⁵⁶ de todos los municipios a la vista de su falta de autonomía que permanece vigente al presente. De estas facultades, es importante resaltar las que surgen del artículo 5º, que establecía las facultades de los Intendentes de cada Municipio (Alcalde del Ayuntamiento) ligadas al

¹⁴⁵¹ *Ibíd.* Art 41.

¹⁴⁵² *Ibíd.* Art 3º Inciso a).

¹⁴⁵³ *Ibíd.* Art 43.

¹⁴⁵⁴ CISELLI. Graciela. “*El Patrimonio Cultural entre la identidad y el Ambiente*”. Revista Electrónica de Patrimonio Histórico. E- rph. Diciembre 2011, Universidad de Granada. pp 15.

¹⁴⁵⁵ Decreto 288 del 7 de Abril de 1972. Intendente Ricardo Stoddart y Secretario de Gobierno José Sultani.

¹⁴⁵⁶ BOPBA del 27/11/68 N° 16287. Decreto-ley 7443. Esta norma reforma la anterior Ley orgánica municipal de la Provincia, facultando al Gobierno Militar que había usurpado el poder público en 1966 a designar a los Intendentes Municipales, directamente por el Gobernador Militar elegido por el Presidente de facto que seguía el denominado Estatuto de la Revolución Argentina, que protagonizara el entonces Presidente Onganía.

ornamento y salubridad y que autorizaba en el inciso 16º a proteger árboles, jardines y paseos públicos, y en el apartado IV...”a la conservación de las obras municipales, monumentos, paisajes y valores locales naturaleza tradicional, turístico e histórico”...La gestión fue innovadora porque gobierno municipal la delegó en una ONG¹⁴⁵⁷ que se hizo cargo de la misma a poco de su creación para cumplir con sus fines¹⁴⁵⁸. Se realizó al principio una suerte de administración de hecho¹⁴⁵⁹, que en 1983 se oficializó por el reconocimiento por Decreto Municipal la autorización para la... “*exclusiva administración de la Reserva Natural de Sierra del Tigre*”¹⁴⁶⁰...Lamentablemente en esta última norma no se advierte un verdadero objetivo de protección y se hace referencia a labores de forestación y reforestación en un lugar donde el objeto de protección principal son los pastizales pampeanos, autóctonos de la zona, pero hay servicios interesantes como es la prestación de material para la producción de suero antiofídico para las víboras más comunes tales como la yarará¹⁴⁶¹. Sin embargo, no hay claridad conceptual entre fines conservacionistas o turísticos, sería una de las razones del fracaso de esta gestión privada, en donde el municipio debió subvencionar¹⁴⁶² a una siempre agotada Administración¹⁴⁶³ con un inventario de fauna protegida de cierta relevancia¹⁴⁶⁴ para las

¹⁴⁵⁷ “Asociación Cooperadora de la Reserva Natural Sierra del Tigre”, aprobada por Resolución N° 95 del 26 de Junio de 1973 del entonces Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁴⁵⁸ La Misión de Sierra del Tigre (Según estatuto fundacional) es la de preservar un sector serrano de naturaleza privilegiada y representativa donde es posible la conservación y cuidado del patrimonio vernáculo regional: relieve, flora y fauna. La geografía y la historia estarán allí lo más fielmente representadas, buscando crear un espacio de singular atractivo turístico e importantes proyecciones conservacionistas. Objetivos Generales: 1-Colaborar en la conservación, mejoramiento y funcionamiento de la Reserva Natural. 2-Colaborar con instituciones científicas en la realización de proyectos y planes de trabajo, estudio y experimentación tendientes a la conservación, regulación, mejoramiento e incremento de especies silvestres que pueblen dicho establecimiento. 3- Conservar en la forma más natural posible el paisaje de la Reserva Natural a fin de *no interrumpir el normal desarrollo de especies*. 4- Difundir por todos los medios a su alcance las *normas legales y éticas que regulen los principios de protección y conservación de los Recursos Naturales*. 5-Realizar Conferencias, sesiones educativas, actos públicos, etc. 6- Difundir las *finalidades y características de la Reserva Natural con miras a la promoción de turismo Nacional e Internacional*. IDEB, Informe, Tandil 2000. Inédito. Archivo de la Municipalidad de Tandil.

¹⁴⁵⁹ Reconocida por Decreto de 30 de Octubre de 1972, a la denominada “Agrupación Amigos de Sierra del Tigre” integrada entonces por Huberto Cuevas Acevedo, Reynaldo Coatti, Rafael Francisco Tripodi, Juan Calvo y Adolfo Domínguez. Expediente 430/A/ 1972.

¹⁴⁶⁰ Decreto Municipal 7019 del 7 de Diciembre de 1983.

¹⁴⁶¹ El Eco de Tandil del 24 de enero de 2010.

¹⁴⁶² Ordenanzas 6397/ 1994; 8277/ 2001, entre muchas otras.

¹⁴⁶³ Pago de juicios laborales que trabajadores de la ONG iniciaron por falta de pago de haberes y las inagotables peleas entre los miembros de la misma por el control de una personería que a esa altura ya no contribuía a fines preservacionistas. Ver Archivo Municipal, por ejemplo Nota 9921 de 5 de noviembre de 2001.

¹⁴⁶⁴ Gato montés (2); Pumas (4); Jabalíes (12); Asnos (13); Ciervos Axis (7); Ciervos Damas (7); Camélido sudamericano (9); Zorro (4); Carpinchos (2); Ñandúes (3); Perdiz Colorada (20); Caranchos (4); Buitre (1); Faisán

dimensiones del territorio protegido. Pero lo realmente atractivo de esta reserva de 150 hectáreas son sus paisajes, que se observan desde varios puntos panorámicos con vista al sistema serrano de Tandilia¹⁴⁶⁵ con servicios de recreación, esparcimiento y observación de especies naturales autóctonas.

2.6. Técnicas de control ambiental y paisajístico

Lamentablemente, en la Argentina éstas técnicas no pasan del ordenamiento con planes tipo PRUG o PORN. Con la sola excepción de la Ley de Paisaje Protegido de Tandil que veremos detenidamente en el último capítulo, no existe legislación sectorial que disponga técnicas de control. Sólo pueden realizarse a partir de la legislación de presupuestos mínimos de carácter nacional como la Ley General del Ambiente o de Información Ambiental, o legislación complementaria de las Provincias para el caso de aéreas protegidas provinciales. El ordenamiento español cuenta con algunos ejemplos que pueden servir como espejo a nuestra legislación, se trata de la Evaluación Ambiental Estratégica, Evaluación de Impacto Ambiental, Autorización Ambiental Integrada e Informes. Todas ellas son técnicas conocidas y su desarrollo exceden este trabajo, pero no puede soslayarse que son técnicas de conocido porte y que han dado muestras de ser eficaces. Falta la decisión política para convertirlas en Derecho¹⁴⁶⁶.

3. El paisaje en el uso del recurso agua

En este punto veremos dos perspectivas diferentes. La de España que aún en forma escasa tiene todo lo que le falta a la regulación de este recurso contemplando lo paisajístico a la Argentina y finalmente la referencia sustantiva más importante que tiene la Argentina sobre el particular. Carmen Fernández Rodríguez, utiliza la expresión “paisajes de agua”, para designar...”*los paisajes configurados por el mar, lagos, ríos,*

Plateado (2); Faisán Dorado(2). BARREYRA, Luján – CARBONE, Andrea - WOODWARD, Melisa. “*Política Ambiental: Sierra del Tigre*”. Tandil 2000. Inédito. Biblioteca de la UNICEN.

¹⁴⁶⁵ Página/12 del 18/04/ 2004.

¹⁴⁶⁶ TEJEDOR BIELSA, Julio. “Bienes Públicos, Urbanismo y Medio Ambiente”. En Obra colectiva: *Bienes Públicos Urbanismo y Medio Ambiente*. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 31.

*lagunas, embalses, humedales, que son paisajes de gran valor, aunque en realidad son paisajes que se unen a los adyacentes cauces de corrientes*¹⁴⁶⁷...

3.1.La planificación hidrológica

En España la planificación hidrológica es otro sector de intervención y la planificación hidrológica viene determinada por los planes de la cuenca, o más propiamente de demarcación hidrográfica¹⁴⁶⁸, que son los exigidos por la Directiva Marco de Aguas la que indica entre sus objetivos prevenir y mejorar los ecosistemas acuáticos y con respecto a las necesidades de agua de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependiente de los ecosistemas marinos. Participamos de la opinión, que un ecosistema es imposible de ser gestionado sin imagen y que nuestros valores están cargados en ellos como en cualquier otro tipo de geografía del territorio y como tal tiene su imagen, es decir tiene paisaje. Si se protege al ecosistema no puede hacerse sin considerar su paisaje y si éste se desmerece, no deja de ser el primer indicador¹⁴⁶⁹ que ayuda a advertir en la pérdida de ecosistema. Por estas razones pensamos que el paisaje es un elemento más del ecosistema acuático y como tal debe ser protegido, porque es parte del todo, del sistema, porque el paisaje nunca es el mismo con agua que sin agua. Además, no deja de ser...*"cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos"*...Y si todo esto es así pareciera de estricta lógica que en cualquier sistema legal en el Planeta, una planificación hidrológica debiera considerar al paisaje con variables prontas para su protección y desde luego ordenación y gestión.

Ello lleva a pensar que las regulaciones del recurso agua, no pueden hacerse como una regulación "pura" a la manera de Kelsen sobre el recurso. Por el contrario

¹⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. Op. Cit 2007, pp 223.

¹⁴⁶⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Sistema jurídico, Cit., pp. 223.

¹⁴⁶⁹ La simple observación visual del científico que es la primera etapa del proceso de conocimiento, que desde luego se efectúa antes que la observación de cualquier indicador fisicoquímico, digamos que primero se mira con los anteojos de sol, después con los prismáticos y por último en el microscopio.

debe ser interrelacionada e interdisciplinaria porque el flujo de agua no puede considerarse en forma aislada sino en contexto, no se trata del uso potable sino de los ecosistemas que de ella dependen y de cómo este recurso los regula y modifica paisajes. Con ello, se sigue, que aparecen muchas Agencias del Estado que deben articular¹⁴⁷⁰ sus actuaciones para intervenir y no sólo la Autoridad de Aplicación del agua¹⁴⁷¹, que debieran tomar el hábito de trabajar mancomunadamente y no en el sistema de compartimentos estancos; esto mismo es operativo para cualquier tipo de jurisdicción, porque el principio de cooperación sirve tanto para entender la interrelación entre provincias o comunidades autónomas que entre Estados entre sí, unidos o no por un Mercado Común, dado que el medio ambiente se ríe de las fronteras que trazan los hombres.

La legislación estatal española si bien tiene referencias al paisaje es escueta, la Ley de aguas de 1985¹⁴⁷², el paisaje aparece más bien ligado a las zonas húmedas¹⁴⁷³, y a las reservas¹⁴⁷⁴, de todas maneras el paisaje aparece en esta legislación y por lo tanto debe formar parte de la planificación hidrológica, y si esto es así se trata de previsiones que el urbanismo debe incorporar, porque ningún plan urbanístico puede dejar de respetar el plan hidrológico¹⁴⁷⁵, cuyo plan en líneas generales consiste en preservar aquellos ecosistemas acuáticos fluviales que presentan un alto grado de naturalidad¹⁴⁷⁶ y cuya demarcación general incluirá la descripción del marco

¹⁴⁷⁰ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. “¿Hacia una articulación de licencias urbanísticas y ambientales?”. Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. En-Jun 2012. Nº 25, pp. 25 y ss.

¹⁴⁷¹ AGUDO GONZALEZ, Jorge. “Ejecución y Gestión de Obras Hidráulicas, nuevos retos, nuevos conflictos”. Comares, Granada 2008, pp 23 y ss.

¹⁴⁷² Ley 29/ 1985, de 2 de Agosto, de aguas. Artículo 103...”los organismos de cuenca y la administración ambiental competente coordinarán sus actuaciones para la conservación, la protección eficaz, las gestión sostenible y la recuperación de las zonas húmedas, especialmente de aquellas que tengan un interés natural y paisajístico”...

¹⁴⁷³ En el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RD 849/ 1986, de 11 de Abril) las zonas pantanosas o encharcadizas, incluso las creadas artificialmente, tendrán la consideración de zonas húmedas, por ejemplo, marismas, turberas o aguas rasas, permanentes o temporales, etc. en aquellos casos en que así sea declarado para evitar daños graves a flora y fauna.

¹⁴⁷⁴ Real Decreto Legislativo 1/ 2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Que traspone la Directiva Marco de Aguas incorpora al plan hidrológico...”las reservas naturales fluviales, con la finalidad de preservar, sin alteraciones, aquellos tramos de ríos con escasa o nula intervención humana. Estas reservas se circunscribirán estrictamente a los bienes de dominio público hidráulico”...

¹⁴⁷⁵ TCE 277/88 de 29 de Noviembre FJ 20 Letra e). EMBID ARAUJO, “La planificación hidrológica, régimen jurídico” Tecnos. Madrid 1991, pp. 186.

¹⁴⁷⁶ Art 22 RD 907/2007, de 6 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica.

administrativo, físico y biótico de la demarcación así como el modelo territorial, incluyendo el paisaje y el patrimonio hidráulico¹⁴⁷⁷.

3.2.Las represas para generación de energía, antecedente olvidado

La denominada Ley de Energía Eléctrica¹⁴⁷⁸, en la Argentina, asumía las actividades de industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional; con excepción del transporte y distribución de energía eléctrica cuando su objetivo principal fuera la transmisión de señales, palabras o imágenes, que se regirán por sus respectivas leyes especiales (Art 1º).

Esta Ley, encierra un verdadero hallazgo que es la de conceder tutela paisajística en el caso de la formación de espejos de agua por medio de represas, nos referimos a la formación artificial de las denominadas “aguas dormidas”, tal como lo hemos detallado páginas atrás. Se trata del Artículo 15, que establece con toda claridad que...”*en las concesiones para aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de jurisdicción nacional (artículo 14, inciso a) -1 que establece requisito de concesión a represas que generen más de 500 Watts), que podrán otorgarse por plazo fijo o por tiempo indeterminado, habrán de establecerse las condiciones y cláusulas*”...Y entre estas condiciones, además de las usuales como el pago del objeto, canon, causales de caducidad, potencia y plazo de explotación, etc., se establece una sorprendente cláusula para la época, que se encuentra en el inciso 2º que textualmente establece...”*Las normas reglamentarias del uso del agua, y en particular, establecidas en su caso de acuerdo con la autoridad local: las que interesen a la navegación, a la protección contra inundaciones, a la salubridad pública, la bebida y los usos domésticos de las poblaciones ribereñas, a la irrigación, la conservación, y la libre circulación de los peces, la protección del paisaje y el desarrollo del turismo*”...Se advierte que existe una cláusula de protección paisajística fuera del plexo jurídico de áreas protegidas, que

¹⁴⁷⁷ Art 78.2 RD 907/2007, de 6 de Julio.

¹⁴⁷⁸ BORA N° 19340 del 22/09/1960. Ley 15336.

requería no sólo dominio público, como en el caso, sino categorización como tal, que en aquella época se hacía por ley especial, lo que había concebido un disperso y confuso sistema legal, porque no existía legislación marco de áreas protegidas.

Llama la atención que el Tratado de Yaciretá-Apipè¹⁴⁷⁹ con la hermana República del Paraguay con una modificación del paisaje extraordinaria como nunca se ha visto en la Argentina y el Paraguay, con desaparición bajo el espejo de aguas de islas aluvionales de una superficie significativa por su dimensión geográfica y belleza singular, con la creación de un nuevo mega-paisaje que requiere evaluaciones estratégicas para concebir sus impactos, no tenga una sola disposición paisajística y tampoco disposiciones ambientales con un desarrollo normativo, acorde al impacto producido por una de las represas hidroeléctricas más grandes del mundo. El mismo criterio sigue el Chocón Cerros Colorados, con otra modificación de paisaje similar creando un embalse de 82.500 hectáreas, superior al Nahuel Huapí¹⁴⁸⁰ y una tibia y casi desapercibida mención se realiza en la Represa de Salto Grande, sobre el Río Uruguay¹⁴⁸¹, similar temperamento en Cabra Corral en la Provincia de Salta¹⁴⁸². En lo que a la República Argentina concierne le es aplicable la legislación sobre paisaje de la mencionada ley 15336 y el plexo jurídico ambiental, por aquellos impactos causados en territorio argentino¹⁴⁸³, pero lucen por su ausencia disposiciones sobre paisaje, pese a que las grandes transformaciones del mismo, ha cambiado la vida de la generalidad de los territorios sobre los cuales se han generado grandes espejos de agua, productores posteriormente de actividades turísticas de todo tipo generadoras de impacto económico y posteriores ordenamientos si bien rudimentarios en cuanto a la técnica legislativa, no dejan de poner en relieve la necesidad de considerar nuestro tema

¹⁴⁷⁹ Aprobado por Ley 20.646 de la República Argentina (BORA: N°22879, p.2, 26/03/74) y por Ley 433 del 20 de diciembre de 1973 de la República del Paraguay.

¹⁴⁸⁰ BORA N°21341 26/12/1967

¹⁴⁸¹ Ley 24954 BORA 13/05/1998, que ratifica acuerdos celebrados por las provincias mesopotámicas para el aprovechamiento de esta Represa, ver artículo 2° del Acuerdo:..."*todo lo que conduzca al desarrollo de la región*"...Sobre todo llama la atención que en éste último caso, el último gran conflicto diplomático con la República hermana del Uruguay tuviera ocasión por motivos en donde el paisaje tuvo alguna presencia.

¹⁴⁸² Decreto N° 2.812 del 19/12/94. BOPS N° 14581 05/01/1995.

¹⁴⁸³ Tratado de Yaciretá. Artículo V.2. 2. *El condominio que se constituye sobre las instalaciones y obras referidas no conferirá, a ninguna de las Altas Partes Contratantes, derecho de propiedad ni de jurisdicción sobre cualquier parte del territorio de la otra. Tampoco implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías ni modifica los derechos actuales de las Altas Partes Contratantes sobre la navegación del Río Paraná.*

objeto. Se trata de grandes espejos de agua que coadyuvaron a solucionar uno de los grandes problemas de la Argentina que es la gran extensión y la poca población¹⁴⁸⁴, llevando la industria turística, una industria sin chimeneas que sin paisaje no funciona, y en el que el Derecho hasta ahora ha permanecido ausente a los hechos.

4. Inventario de ideas principales

Dar fundamento a la segunda posición formulada al iniciar este capítulo tiene algunos matices, sin dejar de ser afirmativa, una vez aceptado que el Dominio Público examinado, en tales condiciones es operativo para proteger al paisaje. Indagamos por el tipo de protección para averiguar si es superficial o integral, específica o genérica, o si se trata de un cometido central o reflejo. Como es una tesis jurídica nuestras herramientas para el examen propuesto están volcadas a la legislación en vigor, tratándose el caso de una protección refleja porque el objetivo central o principal no es la protección del paisaje, que siempre es uno más entre tantos (normalmente alrededor de una veintena), pero no es posible desdeñar que la protección al paisaje siempre ha sido positiva porque es una consecuencia ineludible de la conservación y de la gestión ambientalmente sostenible de un área protegida, que además eleva la calidad de vida de la población con estos sistemas protegidos.

En cuanto a la legislación provincial, si bien el marco general es similar al anterior, ya hay muchos casos en que la legislación se abre hacia una protección directa del paisaje, ya sea con la creación de reservas cuyo fin principal sea conservar el paisaje como es el caso de la Provincia de Buenos Aires con además una ley específica como único ejemplo, Misiones, Chubut, Salta, Corrientes, Córdoba, que avanzan en definiciones de paisaje y una tutela más uniforme en el texto legislativo. Es

¹⁴⁸⁴ Entre los diques formadores de represas en la Argentina contamos con: Cabra Corral en Salta, El Cadillal y Escaba en Tucumán, Yaciretá en Corrientes, Río Hondo en Santiago del Estero, Cuesta del Viento, Ullum, Quebrada del Ullum y Los Caracoles en San Juan, Salto Grande en Entre Ríos, San Roque, Los Molinos y Río -Grande en Córdoba, Arroyito y El Chocón en Río Negro / Neuquén, Planicie Banderita en Neuquén, y finalmente la Provincia con más trabajo hidroeléctrico que es Mendoza quien cuenta con las siguientes centrales: Cacheuta, Álvarez Condarco, El Carrizal, Agua del Toro, Los Reyunos, El Tigre, El Nihuil 1, 2, 3, 4.

importante señalar el caso de Salta porque su Ley 7070¹⁴⁸⁵ de “protección del ambiente” hace referencia al paisaje en varias disposiciones. Incluye al paisaje dentro del concepto de medio ambiente y le asegura protección en tanto y en cuanto se trata de relaciones del hombre con su entorno. Se establecen directivas con conceptos paisajísticos ausentes en otras normativas argentinas, y se desarrolla una definición con notable influencia en las posiciones de Ramón Martín Mateo que vimos en el primer capítulo. Es importante destacar que esta norma consagra un capítulo a la protección del paisaje considerándolo un recurso natural y por tanto un patrimonio provincial¹⁴⁸⁶ sujeto a ordenamiento. Es la primera normativa del tipo que llega a una evolución tan definida sobre el paisaje.

IV. Resumen

Dos posiciones fijamos para indagar al inicio de este capítulo que trata del Dominio Público y el paisaje. La primera, a su carácter operativo para proteger paisaje y la segunda por el tipo de protección que confiere. Solo bastó estudiar los contornos dogmáticos del Dominio Público, preguntar por su definición y elementos que lo componen y con ese simple expediente confrontarlo con el objeto paisaje, que debe cubrir los elementos solicitados para entrar en la categoría. Si la respuesta es afirmativa es fácil responder que el dueño siempre puede proteger sus dominios porque por algo es el dueño, y más si el sujeto titular es el pueblo, que lo disfruta directamente y sin intervención alguna justamente por ser el dueño.

La segunda posición indaga por el tipo de protección que en la inteligencia del primer párrafo otorga el instrumento que encontramos hábil para tal empresa. Para responder esta pregunta analizamos al Dominio Público del Estado en sus tres ámbitos; nacional, provincial y municipal. Las coincidencias en estos tres ámbitos está dada por

¹⁴⁸⁵ BOPS 17/ 01 /2000.

¹⁴⁸⁶ CAPITULO VI - De los paisajes naturales y su protección: Art. 92. - *Los paisajes naturales, sus valores escénicos y recreacionales constituyen un recurso natural con un valor intrínseco que forma parte del patrimonio provincial.* Art. 93. - *Es deber de todos los habitantes de la provincia proteger y conservar los paisajes en su forma nativa.* Art. 94. - *El Estado provincial debe regular todo tipo de acción o proyecto que implique modificaciones negativas del paisaje.*

el hecho de ser la protección otorgada refleja, porque los instrumentos legislativos no hacen referencia en forma directa a la protección del paisaje. Por el contrario, se protege mediante el cumplimiento de objetivos directos que mediatizan al paisaje y se ocupan del mismo en segundo término. En consecuencia, se trata de un objetivo más entre tantos y por lo tanto no puede ser específica ni por objetivo principal ni por programa incidental, al menos la ley no los trata no obstante que la gestión ambiental pueda admitir esa posibilidad por decisión gerencial de cada área protegida.

La excepción, que nos permite seleccionar un arquetipo exportable a las demás provincias como el modelo más desarrollado en la Argentina de protección de paisaje es la de la Provincia de Buenos Aires que es la única entre 25 Provincias que aprobó una ley específica de protección del paisaje, previamente seleccionados y perimetrados. Se trata de una ley de ordenamiento, y por esta razón ocupará un lugar específico en el otro capítulo dado que la técnica de protección es la “función social de la propiedad”, es decir, opera a nivel de propiedad privada.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO IX. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y PAISAJÍSTICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y EL MUNICIPIO DE TANDIL

I. Presentación

En este capítulo se va a enfatizar el estudio de dos grandes ordenamientos paisajísticos en la Argentina: primero la ley de paisaje protegido de la Provincia de Buenos Aires, con la integridad de los paisajes seleccionados dentro de este marco para su protección. Segundo el plan de ordenamiento territorial paisajístico de Tandil. Se trata de un sistema que elige (¿elitismo?) determinados lugares para ser protegidos especialmente escogidos por el Legislador bajo el manto del marco general de la ley específica y no de uno con protección integral a todo el territorio a la manera del artículo primero de la Convención de Florencia...”*por «paisaje» se entenderá 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”...*

Lo importante, no es solo el desarrollo de estas dos leyes, sino los motivos por el cual las hemos elegido para estudiar y la respuesta sencilla de efectuar por cierto, puede no conformar: porque es lo única evidencia de esta materia legal en la Argentina. A lo largo de este trabajo hemos estudiado todas las técnicas de protección que implementa al Derecho Público para proteger al paisaje y se confirmó que no hay en el orden federal una ley básica de protección del paisaje, se trata de protecciones reflejas instrumentadas a través del Derecho de Propiedad en la lógica de la función social y del dominio público. En el orden provincial tampoco hay cuerpos orgánicos que protejan al paisaje, pero hay un peldaño más en el avance a la protección porque ya muchas constituciones provinciales y legislación general de protección del ambiente en lo provincial destacan al paisaje. Provincias como las de Salta han avanzado notablemente en el marco teórico pero sin separarla de la ley provincial general del ambiente, todavía el paisaje no obtiene domicilio provincial a través de legislación especial con herramientas de protección idóneas como el ordenamiento paisajístico. El

único caso hasta 2014, es la Provincia de Buenos Aires, con la sanción de una ley específica de protección del paisaje, y con la aprobación de una norma de ordenamiento territorial y paisajístico en al menos uno de los paisajes protegidos por el sistema creado por la ley de paisaje. Estas son las razones por las cuales desarrollamos en este capítulo los ordenamientos elegidos, tienen por ahora, la condición de ser arquetipos de futura legislación de protección del paisaje en la Argentina. Debe tenerse presente este punto en común: que todas las ciudades y las provincias de la Argentina pueden seguir este modelo porque según hemos demostrado en los capítulos anteriores y completamos en éste, se trata de un modelo que aprueba el test de constitucionalidad. El paisaje es un recurso natural en términos del artículo 124 de la constitución argentina, tal recurso pertenece a las provincias. Éstas pueden ordenar territorialmente para proteger sus recursos ambientales tales como el paisaje por medio de la función social de la propiedad a través de legislación administrativa de competencia provincial por ser facultad no delegada por las provincias a la Nación (Art 121 CN). Este es el caso de la Provincia de Buenos Aires, el único caso, por esta razón decidimos incluirla en este capítulo. Es por así decirlo, nuestro corte espacial. Intentaremos demostrar a lo largo de este capítulo que el material de estudio que analizaremos, si bien perfectible, es un modelo de protección válido para todas las provincias y justamente por este motivo tiene que ser válido para la Argentina.

II. La Ley de Paisaje Protegido de la Provincia de Buenos Aires, como modelo para las demás provincias argentinas

1. Introducción

El Ordenamiento Territorial, en la Argentina es una rama del Derecho que no tiene una clara mención¹⁴⁸⁷ en el texto de la Constitución de la Nación para la determinación de su competencia, siguiendo por ende, el destino del sistema constitucional general. En este sentido, y siendo las Provincias históricamente

¹⁴⁸⁷ Salvo que se considere de mención lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 124 de la Constitución argentina, respecto del recurso suelo: Artículo 124. *Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.*

anteriores a la Nación que forman, al definirse -y consagrarse en la Constitución Nacional- un sistema federal, las Provincias cedieron al poder central los controles indispensables para asegurar la organización nacional (defensa, moneda, relaciones exteriores, aduanas, navegación, etc.) y se reservaron la soberanía en todo aquello que no consta específicamente delegado a la Nación y reservados a la materia legislativa del Congreso de la Nación Argentina. Estos temas forman las potestades o facultades conocidas como *no delegadas y que mencionamos en la página anterior*, y reservadas en la materia legislativa a las Legislaturas de los Estados Provinciales por el sistema constitucional provincial¹⁴⁸⁸. Se denomina, en consecuencia *facultades delegadas* aquellas que son privativas del Estado Nacional. Hay también en este plexo jurídico un *tertium genus* que corresponde a las *facultades concurrentes*, (educación, bienestar social, infraestructura vial, etc.).

Cada Provincia, a su vez, regula el régimen municipal, dentro de los límites dados por la Constitución Nacional¹⁴⁸⁹ y conforme a lo establecido en cada constitución provincial, los Municipios legislan dentro de ese marco mediante Ordenanzas¹⁴⁹⁰. Sin embargo el tema del Ordenamiento Territorial es un viejo olvido de las Legislaturas provinciales y de tal manera que sólo 2 Provincias sobre 24 legislaron sobre el particular: Buenos Aires y Mendoza, en los demás casos los Municipios asumieron la tarea legislativa hasta tanto sus Provincias tomen iniciativas al respecto.

¹⁴⁸⁸ Artículo 121. *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

¹⁴⁸⁹ Artículo 5°. *Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional: y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.*

Artículo 123. *Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

¹⁴⁹⁰ El Art. 190 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, trata del Régimen Municipal, declarando que la administración de los intereses y servicios locales en la capital y en cada uno de los partidos que formen la provincia está a cargo de una municipalidad compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad, y aprueban sus decisiones legislativas mediante normas denominadas "Ordenanzas".

Ahora bien, el Ordenamiento Territorial actual es un Ordenamiento territorial ambiental, a partir de la reforma de la Constitución de la Argentina en 1994. Recordemos que el nuevo artículo 41 *en su tercer párrafo dice que...* “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. La atribución originaria de establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental recae en el Congreso Nacional; por lo tanto, habrá una protección ambiental mínima en todo el territorio nacional y en cada provincia, una igual o mayor. Las legislaturas provinciales no podrán disminuir estos presupuestos mínimos, aunque obviamente podrían elevarlos¹⁴⁹¹. Esta distribución de competencias se hace dentro del marco del derecho subjetivo consagrado en el primer párrafo de ese artículo 41 que define el derecho de... “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarla”... A ningún observador atento se le escapa que esta nueva normativa puede fungir de marco teórico legal para que el Congreso Nación legisle sobre ordenamiento territorial con una ley de presupuestos mínimos que brinde un marco general como en España lo da la Ley 6/1998 de 13 de abril¹⁴⁹², sobre régimen del suelo y valorizaciones, para que cada provincia luego dicte una Ley de Ordenamiento Territorial y Paisaje como lo hizo la Generalitat Valenciana con su Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje¹⁴⁹³ y el Decreto 120/ 2006, de 11 de Agosto¹⁴⁹⁴. Hasta hoy no se ha sancionado tal marco jurídico en ninguno de los dos niveles (Nación – Provincia) y en ninguno de los dos rubros (Ordenamiento territorial y Ordenamiento paisajístico). Tan sólo hay una norma genérica que hace referencia al caso en la Ley General del ambiente de la

¹⁴⁹¹ Sin embargo, en caso que la Nación no dicte la legislación pertinente, las Provincias podrán hacerlo en ejercicio de sus poderes concurrentes. Pero no es fácil para las Provincias dictar normas de protección ambiental efectivas, ya que no tienen el poder de sancionar normas de Derecho Penal sustantivo, porque son facultades exclusivamente reservadas al Congreso Nacional.

¹⁴⁹² Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valorizaciones BOE N° 89 del 14/04/1998, pp. 12.296.

¹⁴⁹³ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje BOE N°174 del Martes 20 de Julio de 2004, pp. 26294. N°13470.

¹⁴⁹⁴ Decreto 120/ 2006, de 11 de Agosto DOGV N°5325 del 16 08 2006, pp. 28242.

Nación Argentina que rige desde 2002¹⁴⁹⁵, y que el objetivo final es tener todo el territorio nacional, ordenado ambientalmente, pero indudablemente cada provincia deberá realizar lo correspondiente en su territorio, coordinando su acción a través del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA)¹⁴⁹⁶. Algunas zonas del Ordenamiento Ambiental Territorial merecerán la coordinación entre una o más competencias en razón del territorio caso de recursos compartidos. Y si bien no se hace referencia al paisaje como objeto de ordenación y protección, es cierto que es posible integrar la legislación a fin de proveer a dicho objetivo, porque la normativa manda considerar en forma prioritaria para autorizar las actividades humanas y sus asentamientos una serie de variables que integradas producen como resultado inevitable la protección del paisaje¹⁴⁹⁷.

De todas maneras esta cláusula ambiental de la Constitución del Estado Nacional tiñe con su color verde el contenido de la normativa que comentaremos a continuación, no obstante que gran parte de ella tiene sanción pre-constitucional.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹⁴⁹⁵ BORA del 28/11/2002. Artículo 9º.- *El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generará mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública.* Ver también Principio de Cooperación en el artículo 4º de esta Norma. Asimismo, el artículo 8º menciona en primer término al “ordenamiento ambiental del territorio” como instrumento de política y gestión ambiental.

¹⁴⁹⁶ ZIGARAN de VIGO, Noemí R. - BELLAGAMBA, Gustavo Adolfo – ALONSO MENDILAHARZU, Luis Fernando. *Ordenamiento ambiental territorial como instrumento de política ambiental.* LL Sup. Act. 15/10/2009.

¹⁴⁹⁷ Artículo 10. -*El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable. Asimismo, en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, se deberá considerar, en forma prioritaria: a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) La distribución de la población y sus características particulares; c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; e) La conservación y protección de ecosistemas significativos.*

2. Distribución de competencias Provincias – Municipios

Las Provincias argentinas han incorporado una cláusula ambiental en sus textos constitucionales. En la Provincia de Buenos Aires, donde tiene sede la Universidad donde trabaja este tesista, en el orden constitucional provincial es el artículo 28 el que ofrece la consagración del derecho subjetivo a gozar de un ambiente sano, ejerciendo el dominio eminente no sólo sobre el ambiente, sino sobre los recursos naturales incluyendo el subsuelo lo que importan entender que definitivamente el concepto suelo integra la categoría de recursos naturales. Todo esto obliga a la Provincia a una tarea legislativa que está definida a renglón seguido donde dice que es deber del Estado provincial preservar, recuperar y conservar estos recursos y planificar su aprovechamiento controlando su impacto ambiental, asegurando políticas de conservación y recuperación de calidad de –entre otras cosas- el suelo¹⁴⁹⁸. Se verifica sin mucho desarrollo teórico que el Ordenamiento Territorial cabe precisamente en esta definición de términos. Paradójicamente, no es posible encontrar un marco más claro en la parte de la Constitución reservada a los Municipios (arts. 190/ 197), que administran los intereses generales de las unidades políticas menores al interior de la Provincia: el “Partido” o “término municipal” en lenguaje constitucional español. En el artículo 211 se encuentra la única referencia a la ley orgánica de los municipios que es la que ejerce la pretensión de suplir la falta de dictado de constituciones locales que la Constitución provincial elípticamente veda (Arts. 190 y 192) y la Constitución Nacional habilita (Art 123).

¹⁴⁹⁸ Art 28 Constitución de la Provincia de Buenos Aires... “Los habitantes de la Provincia tienen derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y de la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente, está obligada a tomar las precauciones para evitarlo”...

La ley orgánica de las municipalidades de la Provincia de Buenos Aires es pre-constitucional, se trata en realidad de un Decreto- ley de poco más de medio siglo (DL 6769/ 1958) con tamaña cantidad de reformas que ocuparía otra tesis solamente enumerar sus enmiendas por lo que derivamos a lectura especializada, pero en el cual tamaño parche con camino no hace más que demostrar que hay que hacer un nuevo pavimento institucional jus-municipal. Como sea, el artículo 25 que marca la competencia municipal nada dice sobre el ordenamiento¹⁴⁹⁹, solamente el artículo 27 hace referencia dentro de un cúmulo de competencias superficiales y sin un tratamiento en detalle¹⁵⁰⁰ y el Art. 28 la complementa con radicación industrial, de hospitales, bibliotecas, mataderos y abastos, cementerios públicos y privados, etc. Y finalmente, el artículo 59 define a las obras públicas municipales e incorpora dentro de las mismas...*“las de ornato, salubridad, vivienda y urbanismo”*...también las de infraestructura urbana sin mencionar paisajes urbanos ni espacios verdes.

Se ve que es la ley orgánica de las municipalidades (DL 6769/ 1958) y la ley de ordenamiento territorial provincial (DL 8912/ 1977) que estudiaremos en el título siguiente, quien asigna la competencia que nos ocupa a los Municipios de la Provincia

¹⁴⁹⁹ ...*“Las Ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales”*...

¹⁵⁰⁰ Artículo 27°: (Texto según Dec-Ley 9117/78) *Corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar: 2. - El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competencia provincial. 3. - La conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico. 4. - La imposición de nombres a las calles y a los sitios públicos. 6. - La instalación y el funcionamiento de abastos, mataderos, mercados y demás lugares de acopio y concentración de productos y de animales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales 8. - Las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos. 9. - La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia. 17. - La prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico, así como las trepidaciones, la contaminación ambiental y de los cursos de agua y el aseguramiento de la conservación de los recursos naturales. 19. - La ubicación, habilitación y funcionamiento de guardacoches, playas de maniobras y de estacionamiento. 24. - La construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados, así como también sus partes accesorias. 25. - Lo referente a las propiedades ribereñas y dominio de muros y cercos. 26. - Los servicios fúnebres y casas de velatorios.*

de Buenos Aires¹⁵⁰¹, y por ende explica la sanción de la normativa que analizaremos, que si bien es anterior a la Constitución Provincial actual que también rige desde 1994, la Legislatura Provincial ha sido cautelosa para efectuar actualizaciones y reformas, justamente por la idea tan privatista que todavía existe en la Argentina sobre la tarea del Ordenamiento Territorial, tan sesgada por el Código Civil.

De modo que para detectar las normas tutelares del paisaje urbano o natural debemos buscar en la legislación de referencia provincial, y en algunos casos también en el orden municipal con esfuerzo por subsumir en sus categorías a la normativa que la protege.

3.Paisaje protegido en la Provincia de Buenos Aires

La ley 12.704¹⁵⁰² de “Paisaje Protegido y espacio verde de interés provincial” define sus términos en el artículo 2º tomando distancia del camino iniciado un año antes por la Convención de Florencia¹⁵⁰³. Para empezar no se habla de territorio, tan solo de ambientes... los cuales pueden ser constituidos por distintos paisajes. No es posible, ni es operativa para detectar los valores de la provincia, ni la identidad de los bonaerenses (de existir ésta), ni tampoco existe la intención del legislador de crear o consolidar una identidad nueva de manera positivista. Simplemente, protege valores naturales o artificiales (“antropizados”, dice la norma) con determinado valor que no es especificado, pero que sí puede hacer referencia a la escena, a la ciencia, cultura, ecología u otros... Y la introducción de elementos exóticos está tan asumida que hasta se permite su protección también. La única limitación que sufren estos ambientes a ser protegidos es que sean operativos para contener el proceso natural o artificial (no explica qué proceso puede constituir un ambiente artificial, se tratará seguramente de

¹⁵⁰¹ RECA, Ricardo Pablo. *Derecho Urbanístico*. Volumen II: El ordenamiento territorial. La Ley. Buenos Aires 2002, pp.120.

¹⁵⁰² Ley 12704. BOPBA N° 24.306 del 28/06/2001.

¹⁵⁰³ Artículo 1 –Definiciones. *A los efectos del presente Convenio: por “paisaje” se entenderá 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.*

un grupo escultórico o de edificios) que aseguren la interacción entre hombre y ambiente.

3.1. Objetivos

En los fundamentos de esta ley y en su texto, no hay referencias a conceptos abstractos como los de “identidad”, “trabajo”, “nacionalidad” o “regionalismo”. En una sola ocasión (Fundamentos) se hace referencia a “calidad de vida” pero con una aplicación de tono más secundario a lo que acostumbran los modelos europeos, que junto al “Desarrollo Sostenible” hacen de estos dos parámetros fundamento último de protección. No obstante ello, la “calidad de vida” tiene fundamento en los artículos 5 inciso e), 25, 29 inciso e) de la ley general del ambiente de la Provincia y desde luego en la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 2, tercer párrafo, según vimos.

Por esta razón, no se protege todo el paisaje de la Provincia tal como es percibido por sus ciudadanos, siguiendo el modelo de la Convención Europea del Paisaje, más bien hay que integrar la norma y hacer una hermenéutica que permita descifrar cual fue la intención del legislador en el momento de expedir la norma¹⁵⁰⁴. Lo que el legislador no ha definido pero al parecer tenía entre sus objetivos, es la protección de una estética heterodoxa arquitectónica¹⁵⁰⁵ de determinada antigüedad, que difícilmente supere el siglo en la Provincia de Buenos Aires, excepto excepciones de ciudades un poco más antiguas tales como Carmen de Patagones, Chascomús, o las creadas hacia el Sur de la ciudad de Buenos Aires por Martín Rodríguez en 1820: Dolores, Las Flores, Azul, Tandil, por ejemplo, en oportunidad de las primeras

¹⁵⁰⁴ BRAÑES BALLESTEROS. Raúl. *Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación mexicana para la educación ambiental – Fondo de Cultura Económica. México 2000, pp. 653. El maestro Brañes incluía este punto como una de las razones de eficacia de una norma.

¹⁵⁰⁵ Derecho de goce estético que parece haber ingresado en su patrimonio o haber estado siempre, y del cual el ciudadano no es propietario en forma directa, ni tampoco la sociedad ya integrando un interés difuso o colectivo por medio de un Derecho Real que no existe sin reforma del Código Civil que genere un nuevo tipo por el régimen de *númerus clausus* de nuestro ordenamiento y que está reservado sólo al Congreso de la Nación Argentina por el artículo 75 inciso 12 y vedado al Congreso provincial que aprueba esta ley de paisaje. Se sigue que generamos otra duda respecto de las facultades que tienen las provincias para legislar sobre paisaje, o al menos con qué alcance pueden ejercer su potestad legisferante.

expediciones militares para conquistar territorios todavía dominados por los aborígenes originarios.

3.2. Objeto

Este marco teórico está dirigido en forma prioritaria al paisaje urbano antes que al natural, tal es así que se crea la figura de “espacio verde de interés provincial” que no tendría sentido en el medio de un área protegida o perimétrica como área dentro del desierto verde del tamaño de España que constituye la Provincia de Buenos Aires. ¿Para qué un espacio verde dentro del verde? Si el único objetivo es el uso y goce del verde¹⁵⁰⁶. Es evidente que se trata de un espacio urbano diferenciado al de las zonas libres y espacios verdes de la ley de ordenamiento territorial provincial 8912/1977 que veremos en el siguiente punto de este capítulo que ordena espacios verdes en las ciudades y los planifica y hace fungibles por otras zonas libres. Pero el espacio verde de esta ley pertenece a otra categoría porque es protegido e intangible por ser de interés provincial y regulado no por Decreto-ley 8912 /1977 sino por Ley 12704/2001 que además protege con el mismo rango a determinados paisajes creados por ley en áreas específicas y determinadas. Hay millones de paisajes o vistas individuales e indudablemente todo un gran territorio como paisaje, pero los únicos paisajes protegidos son los que las leyes especiales de protección -*que marcan un lugar (“ambiente”, dice la ley) determinado-* deciden proteger en aplicación del marco de la mencionada ley 12.704¹⁵⁰⁷. En otras palabras, la técnica de tutela se realiza con la creación de este marco general que luego da cobertura a diversas leyes sectoriales desde el punto de vista geográfico destinadas a proteger determinados “lugares”, perímetros demarcados catastralmente, que serán protegidos con una intangibilidad que no está definida en el texto, pero que sin duda no es portadora del Derecho de

¹⁵⁰⁶ Artículo 3°. -Entiéndase, a los efectos de la aplicación de esta Ley como Espacio Verde de Interés Provincial aquellas áreas urbanas o peri urbanas que constituyen espacios abiertos, forestados o no, con fines ambientales, educativos, recreativos, urbanísticos y/o eco-turísticos.

¹⁵⁰⁷ Artículo 1°. Por el régimen de la presente Ley se establecen y regulan las condiciones para las áreas que sean declaradas "Paisaje Protegido de Interés Provincial" o "Espacio Verde de Interés Provincial", con la finalidad de protegerlas y conservarlas. Las áreas, que deberán ser declaradas por ley, poseerán carácter de acceso público, tendiendo al bienestar común, con el fin de elevar la calidad de vida de la población y la protección del medio.

Propiedad como técnica de Protección. En consecuencia, adelantamos que sólo queda en todo caso, la definición de algún tipo de restricción administrativa provincial innominada, que requiere de razonabilidad y proporcionalidad en su creación y aplicación, para no desnaturalizar el Derecho de Propiedad ejercido sobre el soporte natural de esa particular mirada estética que realiza y construye la comunidad sobre un determinado lugar y que el Estado decide proteger a través de este instrumento denominado “paisaje protegido”.

3.3.Dinámica social

Cuando llegue el momento de examinar los paisajes creados para su protección, observaremos un verdadero desfasaje entre el marco teórico y las leyes sectoriales de aplicación del paisaje protegido, porque el verdadero y gran debate se da por el paisaje rural y no por el urbano porque las leyes pedidas por la población para proteger paisajes -en la década que lleva de vigencia (sancionada en 2001)- son las que refieren a los grandes escenarios y no a paisajes urbanos. Efectivamente, esta ley ha resultado exitosa, probablemente por el flanco que menos atención había puesto el legislador: no tanto por el conurbano bonaerense caracterizado por el paisaje urbano, sino por el interior de la provincia caracterizada por el paisaje natural, que es la de grandes dimensiones geográficas y que en consecuencia es la que precisa evaluación de impacto ambiental y hasta estratégica aunque la ley no lo exija¹⁵⁰⁸, siguiendo el

¹⁵⁰⁸ Artículo 7°. *La realización de toda obra o actividad pública o privada que produzca o sea susceptible de producir efectos negativos al ambiente, declarado Paisaje Protegido o Espacio Verde, y/o a sus recursos naturales deberá obtener la autorización correspondiente expedida por la autoridad competente, previa presentación obligatoria de una evaluación de impacto ambiental, que aprobará la autoridad ambiental que corresponda. En la misma se tendrá especial consideración en los siguientes puntos, con carácter restrictivo: 1. Loteos y división de tierras, excepciones al Código de Ordenamiento Urbano. 2. Uso extractivo del suelo. 3. Obras hidráulicas, viales e instalaciones de producción y transporte de energía. 4. Contaminación de los recursos naturales. 5. Estabilidad y aprovechamiento de masas forestales. 6. Ubicación y construcción de urbanizaciones, centros recreativos, deportivos y turísticos. 7. Establecimientos industriales o comerciales en el lugar o en zonas aledañas. 8. Cualquier otra actividad que por vía reglamentaria se determine. Previo a la autorización de la obra o emprendimiento por la autoridad competente, el municipio correspondiente deberá recepcionar y considerar las observaciones fundadas que hayan sido emitidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas interesadas en opinar sobre el impacto ambiental del proyecto.*

examinado modelo de Córdoba, y no evaluación de impacto de ambiente urbano para un monumento o conjunto de construcciones siguiendo el modelo de ICOMOS¹⁵⁰⁹.

3.4. Instrumento de ordenación y gestión

Los paisajes identificados y declarados protegidos por ley, llevan destino de registro¹⁵¹⁰, no hay aquí otro tipo de instrumentos de ordenación y gestión paisajísticas más sofisticadas¹⁵¹¹ como las que se pueden ver por ejemplo en los instrumentos creados por la legislación de la Comunitat Valenciana, que seguramente darían certeza y eficacia a la protección y ordenación paisajística. Evidentemente, estos aspectos aspiran (presumimos) a ser suplidos por un aspecto no reglamentado pero de alguna manera incluida en el estudio de impacto ambiental que registrado, caratulado y rubricado por la Autoridad de Aplicación será el expediente de evaluación de impacto ambiental exigido en los artículos 4º y 7º. Tampoco se ocupa este ordenamiento de la gestión o incentivo para la creación de carreras universitarias de grado o al menos de post-grado especializadas en el seguimiento de este aspecto dinámico de la naturaleza, tal como es visto su rostro por los hombres de cada tiempo en cada lugar, deber genérico que asumió la Provincia en su ley general del ambiente¹⁵¹² y que tiene su paradigma en el modelo anteriormente comentado de la Comunitat Valenciana¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁹ Artículo 4º. *Para que un área sea declarada Paisaje Protegido o Espacio Verde de Interés Provincial, deberá contar con un estudio ambiental previo elevado por cualquier persona física o jurídica, pública o privada y avalado por un profesional incumbente quien será responsable de la veracidad del mismo. Deberán contener como mínimo, sin perjuicio de aquello que establezca la reglamentación: a) Informe catastral. b) Una descripción general del área (fisonómica, biogeográfica, geomorfológica, etc.) c) Caracterización de las comunidades biológicas naturales y/o artificiales. d) Descripción de las actividades antrópicas. e) Objetivos y fines perseguidos. f) Opinión y evaluación técnico-ambiental de la Autoridad de Aplicación, la que realizará un relevamiento previo funcional, espacial y social.*

¹⁵¹⁰ Artículo 8º. *Créase el Registro de Paisajes Protegidos y Espacios Verdes de interés provincial que funcionará bajo la dependencia que designe el Poder Ejecutivo, debiéndose comunicar a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad la incorporación de las áreas declaradas por ley a fin de hacerlo constar en las cédulas catastrales correspondientes.*

¹⁵¹¹ Estudios de Paisaje que contienen un plan de Participación Pública, información del Territorio, valorizaciones de integración visual y paisajística con medidas y acciones para los objetivos de calidad paisajística, con verdaderos catálogos de paisajes y delimitación de espacios, con normas de Integración Paisajística, y guías para una adecuada ordenación, y Programas de Paisaje. Vale la pena destacar también los Estudios de Integración de Paisaje, que describen la actuación y determinan su alcance además de determinar su valor, integración visual, y medidas.-

¹⁵¹² Ley 11723. Art. 29. BORA 22/12/95 N° 23.036. Deber Estatal: *El Estado provincial y los municipios en cumplimiento de su deber de asegurar la educación de sus habitantes procurarán: d) La motivación de los miembros de la sociedad para que formulen sugerencias y tomen iniciativas para la protección del medio en que viven. e) La*

3.5. Autoridad de Aplicación

En cuanto a la Autoridad de Aplicación, tampoco hay innovaciones en este punto, hay una suerte de delegación a los municipios que en caso de duda debe resolverse en coordinación con la Provincia lo que implica reconocer *-en un ámbito donde la autonomía municipal es inexistente-* una imprecisa reserva para la Provincia de sus facultades, dado que no existe una reglamentación que amplíe y desarrolle el concepto de “paisaje protegido”. También se reserva la Provincia la función de asesorar a los municipios en la elaboración de los planes de protección y conservación así como los de monitoreo y control, pero no se han reglamentado estas intervenciones que solo llegan hasta la planificación, ni tampoco ajustado términos para su ordenación y gestión. De modo que el marco legal está relegado a la capacidad de los gestores y de la aplicación de tantos marcos de gestión como gestores intervengan en los distintos paisajes de la Provincia, relegando un marco que debe ser jurídico, en todo caso, a las reglas del arte de cada profesión interviniente en la tarea paisajística, o a la guapeza y buena voluntad de las personas de bien interesadas por el ambiente y el paisaje que cada uno pueda observar en la idea de un hallazgo con pretensión de objetividad y universalidad provincial. Esta falta de un ente coordinador que estructure las diferentes actividades intervinientes, y asimismo que ejecute unificando criterios de trabajo y objetivos de protección, calidad paisajística y puesta en valor paisajística pueden llevar a que la eficacia de la legislación sea la protección de panorámicas desprovistas de valor universal alguno¹⁵¹⁴. En este punto, las únicas tareas de coordinación están dadas

capacitación para el desarrollo de tecnologías adecuadas que compatibilicen el crecimiento económico con la preservación de los recursos naturales, la conservación y el mejoramiento de la calidad de vida.

¹⁵¹³ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje. DOGV N° 4400 del 10 12 2004, pp. 28249. Artículo 9. *Políticas de sensibilización y educación 1. El Consell fomentará las enseñanzas escolares y universitarias abordando, en las disciplinas interesadas, los valores inherentes al paisaje y las cuestiones relativas a su programación, gestión y ordenación. La Generalitat mediante la Conselleria competente en materia de ordenación del territorio y paisaje mantendrá una actitud dinámica en relación con la formación, información y divulgación de los paisajes valencianos. 2. El Consell promoverá la formación de especialistas en el conocimiento y la intervención en los paisajes mediante programas pluridisciplinarios de formación sobre políticas, protección, gestión y ordenación del paisaje, destinados a profesionales del sector privado y público y a las asociaciones concernidas.*

¹⁵¹⁴ Artículo 5°.- *Las autoridades municipales establecerán las normas correspondientes a su jurisdicción y competencia, y arbitrarán los medios para la aplicación de la ley que declare el Paisaje Protegido o el Espacio Verde, procurando la armonización de las actividades desarrolladas por el hombre con el ambiente protegido. Las autoridades provinciales incumbentes brindarán el asesoramiento técnico necesario a fin de elaborar los planes de*

con municipios vecinos que supuestamente compartan un mismo escenario, y que tomen la decisión de coordinar acciones para el manejo mediante acuerdos que incrementen la eficacia y la eficiencia de la labor administrativa de gestión para el manejo del área paisajística protegida, tema que todavía no ha tenido aplicación¹⁵¹⁵.

3.6. Plan de manejo consensuado en áreas privadas

Finalmente, uno de los efectos más contradictorios de este ordenamiento es el último párrafo del artículo 5º, que trae una redacción poco clara respecto de los fines tutelares que toda ley protectora del paisaje debiera de ser portadora. Su redacción casi pasa desapercibida, sin embargo es por lo menos paradójica: *...”en aquellos casos en que el área sea de dominio privado(1), se deberá(2) establecer un plan de manejo(3) consensuado(4) a fin de proteger el ambiente según los fines previstos(5)”*...Se trata de una norma que no requiere de voluntad política solamente, porque el amparo jurídico parece requerir del concurso inexorable de dos voluntades.

Analizamos seguidamente las cinco características más notables que se advierten superficialmente, no obstante que la enumerada en cuarto término es la que sobresale en este análisis:

1. Normalmente las áreas a proteger pertenecen al dominio privado, si pertenecen al dominio público son fácilmente convertibles en área protegida o en algún otro expediente público de protección. Se trata de un simple cambio de destino en el que lógicamente debe intervenir el legislativo provincial.

protección y conservación así como los de monitoreo y control. En las cuestiones de competencia provincial, los municipios coordinarán su accionar con las autoridades provinciales pertinentes. En aquellos casos en que el área sea de dominio privado, se deberá establecer un plan de manejo consensuado a fin de proteger el ambiente según los fines previstos.

¹⁵¹⁵ Artículo 6º.- *Cuando el ambiente sea compartido jurisdiccionalmente por dos o más municipios, los mismos celebrarán acuerdos para establecer formas de gestión coordinadas para su manejo. Los mismos podrán realizar programas de interés general que tiendan a la protección y conservación de las áreas protegidas con entidades locales, organismos provinciales, nacionales o internacionales. Los municipios podrán tomar las medidas de promoción que crean convenientes.*

2. Cuando en el texto legal se establece un verbo en sentido imperativo, en el caso: “deberá”, no hay duda que el legislador pretende dar ninguna alternativa a la conducta que manda realizar.

3. Solamente se hace referencia a un plan de manejo, de manera tal que la protección y ordenación es pobre en instrumentos que aseguren su eficacia como en la Comunitat Valenciana con los estudios de paisaje, los procesos de participación y de información pública, catálogos, integración, programas, y valorización de paisaje.

4. Si el plan de manejo es portador de un requisito como el de la necesidad de consenso, la Autoridad de Aplicación voluntariamente acepta un plano de igualdad con el privado. Es el Estado mismo quien se pone en igualdad de condiciones con el particular, y renuncia al carácter y potestad pública en la imposición del cometido estatal por loable que este sea. En consecuencia, si el particular no accede al consenso todo este marco teórico se tornaría inútil sin una nueva ley para imponer plazos y condiciones de eficacia que modifique la presente para cada caso particular. Una decisión contraria de la Autoridad de Aplicación que ponga fin a ese consenso que impone la ley, pondría en serio riesgo de arbitrariedad la actuación de la misma, porque hasta la decisión política que persiga el más noble de los fines como lo es la protección del ambiente y el paisaje debe serlo dentro del marco del Estado de Derecho, sin cuya vigencia plena no hay Derecho Ambiental, Derecho Ecológico, Derecho de la Biodiversidad, Derecho del Paisaje, ni tampoco derecho a disfrutar de un paisaje adecuado. Pero existe un argumento adicional, porque esta necesidad de consenso podrá estar respaldada en razones políticas que podemos presumir pero nunca establecer ni determinar, pero no podemos dejar de lado las razones jurídicas en las que se fundada: se trata del Derecho de Propiedad y la manera en que una Provincia le da contenido a la función social sin desvirtuar sus alcances¹⁵¹⁶ y su contenido

¹⁵¹⁶ BOPBA 31/07/86 N° 20.804. Ley 10419. Esta Ley que rige el patrimonio cultural, la Provincia de Buenos Aire solamente establece la expropiación en caso de que el propietario no acepte condiciones de conservación y preservación que les serán propuestas por la comisión provincial del patrimonio cultural con inscripción en registros públicos (Art 5 inciso a) o importe la conservación y/o preservación del bien una limitación del dominio (Art 13°). Asumimos ilustrativa esta Ley porque la cultura (en este caso a través de la protección al patrimonio cultural) es la mitad del contenido de una ley de paisaje protegido, la otra mitad es la naturaleza, y por lo tanto con alcances aplicables.

esencial¹⁵¹⁷, porque en el sistema legal argentino este Derecho es regulado sólo por el Congreso de la Nación argentina y no por las Legislaturas Provinciales. Es válido traer a colación una norma extranjera que citamos en las primeras páginas de este capítulo¹⁵¹⁸, y es el primer artículo que aparece en la ley que escogimos como modelo de este segmento que es la que regula el ordenamiento territorial y paisajístico de la Comunitat Valenciana y no por casualidad el Legislador valenciano la ubica en el Artículo primero que es el que normalmente abre la temática y tiñe con su filosofía todo el ordenamiento que regula.

5. Los únicos fines previstos por la ley, enumerados en el artículo 1 son la “calidad de vida” y la “protección del medio”.

4. Protección sectorial del paisaje, necesidad de una protección global

Habíamos adelantado que los únicos paisajes protegidos son los que las leyes especiales de protección designan en aplicación del marco de la mencionada ley 12.704, porque las áreas deben ser designadas por ley según el artículo 1º. Asimismo no sólo se protegían las leyes a sancionarse a futuro sino las ya aprobadas¹⁵¹⁹.

En las próximas páginas daremos cuenta de cada una de estas leyes sectoriales que acaso constituyan los únicos ejemplos en la legislación argentina de aplicación de una ley de paisaje protegido, con una técnica de protección similar a la de las áreas protegidas en el procedimiento. En el fondo, como analizamos páginas atrás, no se utiliza la técnica del Derecho de Propiedad Pública a través de la expropiación, sino una menos gravosa desde el punto de vista económico para la Administración, que consiste en una restricción administrativa al dominio, y nota en su título a través del Registro de Propiedad (Art 8º citado).

¹⁵¹⁷ Que en el caso es la explotación canteril.

¹⁵¹⁸ Artículo 1. Ley 4/ 2004, de 30 de Junio, Objeto de la Ley. *Es objeto de la presente Ley definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional.*

¹⁵¹⁹ Artículo 11º.- *Los paisajes protegidos y espacios verdes declarados por ley con anterioridad a la vigencia de la presente, deberán regirse por esta norma y su reglamentación.*

4.1. Antecedentes a la protección sectorial

Respecto de las leyes de protección de paisaje aprobadas con antelación a la ley marco de protección de paisaje y espacios verdes 12704, se inscriben las siguientes: ley 11831¹⁵²⁰, 12099¹⁵²¹, 12247¹⁵²², 12290¹⁵²³. Daremos cuenta de estos ejemplos haciendo especial énfasis en el primero por ser el antecedente más lejano de la protección del paisaje en la Provincia de Buenos Aires.

4.1.1. La Manzana 115 en Mar del Plata, caso de paisaje urbano

El tema de la Manzana 115 había sido un tema histórico en Mar del Plata, una de las ciudades más bellas de la Argentina, apodada “la perla del Atlántico” por los argentinos en la época en que nació en la Argentina el denominado “turismo social” con el ascenso del modelo de estado de bienestar durante la vigencia del primer gobierno del Presidente Juan Domingo Perón. Ciertamente es que había estado de moda a principios del Siglo XX, como balneario local, para quienes ya no podían veranear en Europa por la Primera Guerra Mundial, pero naturalmente estas inclinaciones de ocio y esparcimiento no tuvieron la nota masiva que adquirió posteriormente.

Esta “inundación” de turistas mostró la necesidad de ofrecer alojamiento y las deficiencias que la ciudad tenía en ese punto para ofrecer sus servicios, se desató entonces un auge en la construcción, ciertamente desmedido, que arrasó con el paisaje urbano y también impidió el acceso desde la ciudad al otro paisaje que es el más barato y más paradigmático del mundo: el mar, lo cual no está mencionado en norma o antecedente alguno. La Manzana numerada como 115 en el catastro municipal, ubicada frente al mar impedía ver ...”*Estos edificios (que) son los elementos dominantes del arco de playas que forman la bahía de la playa Bristol, constituyéndose en un símbolo de la ciudad y de identidad para la población, habiendo sido reconocidos por su*

¹⁵²⁰ Ley 11831. BOPBA N° 23200 del 12/09/1996.

¹⁵²¹ Ley 12099. BOPBA N° 23586 del 05/05/1998.

¹⁵²² Ley 12247. BOPBA N° 23749 del 25/01/1999 (suplemento).

¹⁵²³ Ley 12290. BOPBA N° 23822 del 17/05/1999.

*monumentalidad y valor arquitectónico como patrimonio histórico cultural. Este complejo está ubicado en el borde marítimo del área central donde se encuentran los servicios más jerarquizados y la mayor concentración de población turística y permanente de Mar del Plata, no habiéndose previsto con el transcurso del tiempo la creación frente a los edificios mencionados de espacios que permitieran su correcta visualización y una adecuada articulación con la ciudad*¹⁵²⁴...

En noviembre de 1984, el Honorable Concejo Deliberante local, había aprobado la Ordenanza N° 6104¹⁵²⁵ que limitó las posibilidades de modificaciones a la manzana, permitiendo únicamente las construcciones limitadas a su altitud ya fijada y sin cambios de uso de suelo. De modo que había antecedentes, que no tenía diferencias partidarias tal es así que fue una decisión política consensuada en todos los partidos de la ciudad la de intervenir en la manzana y hacer un corredor verde frente al casino. Vale destacar que en la manzana 115 funcionaban tres hoteles, dos restaurantes, edificios de departamentos y locales comerciales, además de una dependencia municipal sobre turismo¹⁵²⁶, ahora se construiría una plaza y dos estacionamientos subterráneos¹⁵²⁷. La iniciativa se fundamentó en la jerarquización del paseo costero, a partir de su embellecimiento. Cuando el total del proyecto se concretó, tras un llamado a un concurso de ideas, no apareció un nuevo espacio verde como muchos esperaban sino una gigantesca fuente de agua que embellece y tranquiliza una zona de largo paseo peatonal..."*La propuesta ganadora planteó mediante nuevas funciones y espacios, la puesta en valor del área y su revitalización creando entornos y actividades que garantizan múltiples propuestas de uso*¹⁵²⁸... La Provincia de Buenos Aires concretó la expropiación a través de la Delegación local de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, previamente autorizada por la expropiación y declaración de utilidad

¹⁵²⁴ Ley 11831 citada.

¹⁵²⁵ BOMGP N° 1240 del 12/11/1984 pp. 1. N° interno: 0-210; Expediente DE 1984/3/17241 y HCD 1984/ 1463 que aprueba Ordenanza N° 6104; Sanción 09/11/1984, Promulgación 12/ 11/ 1984.

¹⁵²⁶ La Capital. Periódico matutino. Edición 16 de Junio de 2009. Mar del Plata. "A diez años de la esperada demolición de la Manzana 115".

¹⁵²⁷ Clarín, Edición del día 20 de marzo de 1999.

¹⁵²⁸ Ley 11831, citada. Fundamentos.

pública que había realizado la Provincia por ley 11831¹⁵²⁹, dado que los municipios provinciales no tienen autonomía y no pueden realizar expropiaciones de tal naturaleza, y posteriormente se perfeccionó la donación provincial al municipio del cual la ciudad de Mar del Plata es cabecera¹⁵³⁰, con lo cual la técnica de protección de este paisaje es claramente la del Dominio Público, lo que la diferencia notablemente de la técnica declarativa de la ley 12704.

Por extraer uno de los debates oficiales más representativos en momentos en que se tomó la decisión de expropiar y demoler las construcciones de la Manzana 115, citamos uno producido en el órgano de resonancia de la ciudad, poco tiempo antes de su extirpación como contaminación visual. El debate comenzaba recordando que...*”la manzana 115, estuvo durante años sujeta a expropiación y creo que jamás la ciudad tomó conciencia de la importancia urbanística que tenía esta manzana 115. Si esta manzana fuera plaza, por ejemplo, dispondríamos de una postal marplatense inédita porque podríamos advertir en perspectiva el más hermoso conjunto o el más simbólico conjunto arquitectónico que tiene Mar del Plata –que es el Casino Hotel Provincial – e incluso jerarquizaríamos la visual de todas esas moles que rodean a la plaza Colón”*...¹⁵³¹.

En la madrugada del 16 de junio de 1999, una detonación controlada demolía parte de la manzana 115¹⁵³². Poco más de un mes después se completaría la tarea con el derrumbe de dos edificios, contemplados en la segunda parte del plan¹⁵³³. Esta demolición daría lugar a un espacio sin construcciones que no sería verde, pero que dejaría libre la visual del paisaje urbano que querían ver los marplatenses, por uno que nunca habían querido y que consideraban un error histórico haber autorizado

¹⁵²⁹ *Ibíd.*

¹⁵³⁰ *Ibíd.* Artículo 2: *Facúltese al Poder Ejecutivo a transferir a la Municipalidad de General Pueyrredón los inmuebles expropiados, con cargo de afectar su destino a la ampliación de superficies de espacios verdes, mejoramiento de las condiciones de circulación vehicular y peatonal, renovación del paisaje e imagen urbana del área y ampliación de los espacios destinados a estacionamiento público.*

¹⁵³¹ Honorable Concejo Deliberante del Partido de Gral. Pueyrredón. Banca Abierta. Libro de Sesiones de 1994. Sesión del 08/09/1994. Exposición del entonces presidente del Colegio de Arquitectos del IX distrito: arquitecto Domingo Ángel Barilaro.

¹⁵³² La Nación. Edición del día 17/05/1999. Buenos Aires.

¹⁵³³ Clarín. Edición del día 17/06/1999. Buenos Aires.

construcciones de edificios de varios pisos en el mismo porque impedían acceder con la vista al paisaje que sí querían ver: el conjunto arquitectónico símbolo de su ciudad y más allá el mar.

Esta misma idea de protección del paisaje, se vería reafirmada por la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios con sede en esa misma ciudad, tan sólo dos semanas después de aquel año. Lo paradójico fue que en el caso, el Municipio siguió siendo protagonista pero ahora como sujeto pasivo de un Amparo Judicial y tendría que demoler otra vez¹⁵³⁴. El Municipio de Gral. Pueyrredón, cuya ciudad cabecera es la de Mar del Plata, a través de una empresa pública: “Obra Sanitarias Sociedad del Estado Mar del Plata OSSE”, había comenzado la construcción de un cerco perimetral de dos metros de altura y 800 metros de longitud dentro de la planta de tratamiento de efluentes cloacales, paralelo a la Ruta 11, denominada “interbalnearia” que conecta Mar del Plata con Santa Clara del Mar, y tenía por efecto impedir la vista al mar en el tramo de la ruta que afectaba. Después de varios reclamos administrativos fallidos la Sociedad de Fomento de Parque Cariló y algunos vecinos fueron en Amparo a la Justicia local por agresión al paisaje urbano y privación del derecho a contemplar el paisaje y su calidad de vida a los transeúntes y vecinos.

El Tribunal¹⁵³⁵ actuante entendió que la medida municipal era arbitraria, en tanto el muro era antiestético, agresivo para el paisaje urbano, impropio e inadecuado para el marco natural y una obstrucción al entorno marítimo lo que implica una vulneración al derecho a la protección del Ambiente (Artículo 41 CN) , que se funda en el derecho a una calidad de vida adecuada (Art 43 Constitución Pcia de Buenos Aires) , y en este marco considera la incorporación de obligaciones positivas del Estado la de tutelar el paisaje....“*la tutela judicial que brinda la acción de amparo no funciona como vía subsidiaria, sino que reviste carácter de alternativa principal cuando los derechos lesionados constituyen enunciados básicos constitucionalmente reconocidos, ya que tiende*

¹⁵³⁴ “Sociedad de Fomento Barrio Félix CAMET y otros”, C. Apelaciones Garantías en lo Penal Sala I, Mar del Plata, 9/9/99 y Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nro. 1, 30/6/99, LLBA, 2000-991, con nota de Augusto N. MORELLO. Y LLBA, 2000- 1174, con nota de J. ESAÍN.

¹⁵³⁵ CGP Mar del Plata S1. “Sociedad de Fomento Barrio Félix Camet y otros”

a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción, derecho que emana de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio -artículos 18, 43 in fine, 75 inciso 22 CN, 15 y 20 de la Constitución de la PBA"...Son conceptos que serían reiterados por la justicia de Corrientes en 2004¹⁵³⁶, confirmando una firme línea jurisprudencial en este sentido.

4.1.2. Parque Cariló, caso de paisaje natural y contaminación visual

Cariló (médano verde) ubicada 360 km al sur de la ciudad de Buenos Aires, dentro del término territorial del Partido de Pinamar, en el litoral atlántico de la Provincia del mismo nombre con el encanto que transmite cualquier paisaje que combina sol, playa y bosque en un medio donde hay plantados hoy más de tres millones de pinos, acacias y otras especies que no sólo fijan dunas sino que regalan gracia, tranquilidad y belleza al visitante. Hábitat de aves y plantas cuyos nombres han sido utilizados para identificar a esas calles de arena y tierra que tanto contribuyen a su prestigio y a su belleza. En 1998 la Legislatura provincial aprueba la ley 12.099¹⁵³⁷, que declara de interés provincial¹⁵³⁸ el paisaje protegido¹⁵³⁹ y el desarrollo ecoturístico de la localidad¹⁵⁴⁰.

Esbozando el modelo que seguiría la ley de paisaje protegido provincial 12704, la Autoridad de Aplicación se pone en cabeza del Municipio y deberá coordinar con la Provincia cuando roce su competencia en razón de la materia, quienes además

¹⁵³⁶ Incidente de Medida Cautelar, "Leiva, Bruno c Forestal Andina SA s/ Sumarísimo, Expte N° 2165. Voto preopinante del jurista de la Provincia de Corrientes, Carlos A Rodríguez,

¹⁵³⁷ Ley 12099. BOPBA N° 23.586 del 05/05/1998.

¹⁵³⁸ *Ibídem* Artículo 1.-*Declarárase de interés provincial, el paisaje protegido y el desarrollo ecoturístico de la localidad Parque Cariló. Esta localidad está delimitada por la Ruta Provincial n° 11 al Oeste; el Océano Atlántico, al Este; las calles Corbeta Agradable y Sequoia, al Norte y la Avenida Constancia, al Sur del Partido de Pinamar.*

¹⁵³⁹ *Ibídem*. Artículo 2.-*La declaración de paisaje protegido, tiene por objeto conservar y preservar la integridad del paisaje fitogeográfico, geomorfológico y urbanístico Parque Cariló. *Lo subrayado y en negrita se encuentra observado por el Decreto de Promulgación de la presente N° 114/98, que en sus considerandos justifica acertadamente este veto... "no obstante lo expuesto, es dable observar, en el artículo 2 del proyecto aprobado, la inclusión del término "fitogeográfico", habida cuenta que preservar la integridad fitogeográfica del área significaría intentar la recuperación de las condiciones originales del ambiente -esto es, médanos con vegetación natural-, implicando la remoción total de las forestaciones artificiales del lugar, circunstancia ésta que se opone abiertamente a las intenciones del legislador y al espíritu que informa la presente"...*

¹⁵⁴⁰ *Ibídem* Artículo 3.- *Por desarrollo ecoturístico se entiende al desarrollo del turismo asociado a la preservación integral de las condiciones naturales del lugar.*

brindarán asesoramiento y colaboración¹⁵⁴¹. Pero la parte más importante de esta ley se encuentra en los artículos 4º y 5º de la misma que son los que incorporan como requisito de la autorización de toda obra pública o privada la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental, que debe ser ineludible cuando se trata de autorizaciones o permisos de construcción que requieren para su viabilidad de una norma de excepción al Código de Edificación urbana local. Si bien este procedimiento ya había sido creado en el año 1995 por la Legislatura provincial cuando aprobó su ley general del ambiente¹⁵⁴². Esta ley, había habilitado a los municipios, en determinados casos¹⁵⁴³, a exigir y tramitar la Evaluación de Impacto ambiental pertinente, que en este caso, aunque la ley no lo diga, debe incluir de un instrumento de intervención más afinado todavía que es el de la Evaluación Paisajística, nonato en la legislación argentina pero que como regla del arte puede ser incluida en el Estudio de Impacto Ambiental, observando que el paisaje es parte del ambiente. Otro detalle que cubre el artículo 6º de esta Ley, que no surge con tanta claridad de la ley general del ambiente comentada, es que se...*"deberá prever que, con posterioridad a la producción de la evaluación de impacto ambiental y antes de que se otorgue la autorización definitiva, todo vecino de Pinamar tenga durante un tiempo prudencial la posibilidad de tomar vista de las actuaciones y formular objeciones al respecto"*¹⁵⁴⁴...La importancia que se da a este punto en la legislación en comentario es tan genuina que se agregó una consecuencia en esta norma, que no es común en una de su naturaleza que es la sanción de nulidad para toda autorización que no cuente con previa Evaluación de Impacto Ambiental, pero debe tenerse presente que todavía no había entrado en

¹⁵⁴¹ *Ibíd*em Artículo 4.-Las Autoridades Municipales del partido de Pinamar, arbitrarán los medios a su disposición para procurar la preservación de las condiciones expuestas en los artículos 2 y 3 de la presente Ley, coordinando su accionar con las Autoridades Provinciales cuando la cuestión entre en el ámbito de competencia de éstas. Las Autoridades Provinciales, brindarán al partido de Pinamar la colaboración adecuada para la obtención de los fines previstos en esta Ley.

¹⁵⁴² Ley 11723, citada. Arts. 10/ 23.

¹⁵⁴³ *Ibíd*em. Anexo 2.Inciso D)Intervenciones edilicias, apertura de calles y remodelaciones viales.

¹⁵⁴⁴ *Ibíd*em Artículo 6. El Departamento Deliberativo Municipal reglamentará el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y la posterior autorización definitiva de las obras a que se refiere el artículo anterior. Dicho procedimiento deberá prever que, con posterioridad a la producción de la evaluación de impacto ambiental y antes de que se otorgue la autorización definitiva, todo vecino de Pinamar tenga durante un tiempo prudencial la posibilidad de tomar vista de las actuaciones y formular objeciones al respecto. Es nula toda autorización que otorgada respecto de los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 5, no cuente con la previa evaluación de impacto ambiental y no se haya posibilitado la toma de vista e intervención por los vecinos.

vigencia la ley 12704 y su artículo 7º¹⁵⁴⁵. No obstante el Municipio se resistía a la aplicación de la ley.

La ocasión de utilizar este arsenal legal no tardó en llegar. Los valores del metro cuadrado de Cariló, cual Denia, crecieron geométricamente en los años posteriores a la aprobación de la ley y los especuladores planearon sus proyectos arquitectónicos con total desaprensión para con el paisaje que se protegía. Se trató de un emprendimiento inmobiliario que pretendía instalar un centro comercial con dos salas cinematográficas de 900 metros cuadrados requiriendo talar un bosque y perforar un médano para ello, con una imaginable modificación del paisaje¹⁵⁴⁶. Los vecinos se opusieron judicialmente para frenar estas obras nucleados a través de una Sociedad de Fomento local creada hacia los 80' del siglo anterior que entre las notas de su Estatuto justamente agrega la necesidad de cuidar las características del ambiente local, sus playas, los médanos, el bosque, su flora y su fauna. Para esta actora, la evaluación requerida no fue presentada y aun así, las obras se iniciaron con la autorización del municipio¹⁵⁴⁷.

La Sociedad de Fomento Cariló promovió una acción de Amparo¹⁵⁴⁸ contra la Municipalidad de Pinamar, omisión arbitraria en la aplicación de las mencionadas leyes

¹⁵⁴⁵ Artículo 7º. *La realización de toda obra o actividad pública o privada que produzca o sea susceptible de producir efectos negativos al ambiente, declarado Paisaje Protegido o Espacio Verde, y/o a sus recursos naturales deberá obtener la autorización correspondiente expedida por la autoridad competente, previa presentación obligatoria de una evaluación de impacto ambiental, que aprobará la autoridad ambiental que corresponda. En la misma se tendrá especial consideración en los siguientes puntos, con carácter restrictivo: 1. Loteos y división de tierras, excepciones al Código de Ordenamiento Urbano. 2. Uso extractivo del suelo. 3. Obras hidráulicas, viales e instalaciones de producción y transporte de energía. 4. Contaminación de los recursos naturales. 5. Estabilidad y aprovechamiento de masas forestales. 6. Ubicación y construcción de urbanizaciones, centros recreativos, deportivos y turísticos. 7. Establecimientos industriales o comerciales en el lugar o en zonas aledañas. 8. Cualquier otra actividad que por vía reglamentaria se determine. Previo a la autorización de la obra o emprendimiento por la autoridad competente, el municipio correspondiente deberá recepcionar y considerar las observaciones fundadas que hayan sido emitidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas interesadas en opinar sobre el impacto ambiental del proyecto.*

¹⁵⁴⁶ Página / 12. Edición de 31 de Octubre de 2005. “*La justicia detuvo las obras de un shopping en un bosque de Cariló*”. Buenos Aires.- Nota: Shopping en Argentina es un Centro de Compras.

¹⁵⁴⁷ Revista Argentina Año Verde. Año 1 N° 8 - Diciembre 2005. Buenos Aires, pp. 4.

¹⁵⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo, “*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*”, Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL FCJS, 2005, pp 315.

11723 y 12099, lo que constituye un riesgo de alteración irreversible del paisaje que la nueva legislación tutelar manda preservar¹⁵⁴⁹.

Si bien en Primera Instancia se hace lugar a la medida solicitada, imponiéndose su reglamentación en un plazo no superior a sesenta días, se elevan los autos a Segunda Instancia por vía de apelación y la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia, decisión contra la cual la Sociedad de Fomento interpuso Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley que terminó llegando a Tercera Instancia provincial en Queja, en donde la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al Recurso revocando la sentencia de la Cámara y acogiendo la de Primera Instancia ordenando a la Municipalidad de Pinamar a adoptar medidas concretas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley de paisaje protegido. Se interpreta que el agravio es la mora de la Municipalidad de Pinamar en adecuar sus ordenanzas a la Ley 12099 que declara de interés provincial el paisaje protegido de Cariló, desplazando elíptica y fácticamente la normativa provincial, obstaculizando su aplicación. Por ello es necesario el amparo para impedir la devastación y el daño irreparable al medio ambiente, paisaje y desarrollo ecoturístico, daño que de consumarse no es restituible por naturaleza porque ya se han modificado niveles originarios de calles, extraído arena de médanos, destrucción de árboles sanos y añosos, etc., sin que exista una evaluación del impacto ambiental previa, lo que justifica este Amparo porque se trata de una omisión municipal que amenaza en forma actual e inminente a un bien ambiental como es el patrimonio paisajístico de la localidad o el derecho a preservar el área de interés paisajístico y turístico de Parque Cariló. ...”*Es precisamente para aventar los riesgos inminentes que la presión inversora y el libre juego de los intereses económicos (vinculados especialmente al campo edilicio y turístico), pueden provocar a ese paisaje protegido y al equilibrado desarrollo ecoturístico de la localidad (..), que se torna necesariamente imperiosa ordenada el art. 6º de la ley 12099. Sin tal regulación, sin la instrumentación adecuada del*

¹⁵⁴⁹ Sociedad de Fomento de Cariló c/ Municipalidad de Pinamar. SCBA Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 29.05.2002. BOTASSI, Carlos A. JA 9 de octubre 2002/ JA 2002-IV, Suplemento del fascículo N° 2. CAFFERATTA, Néstor A. JA 9 de octubre 2002/ JA 2002-IV, suplemento del fascículo N° 2.

*procedimiento de evaluación impacto ambiental, sin tender el andamiaje de este verdadero sensor del riesgo al equilibrio y conservación del paisaje, poco y nada se puede avanzar en el camino preventor que la ley diseña y en alcanzar los fines por ella perseguidos*¹⁵⁵⁰, ... Más adelante, la sentencia descarta también la elaboración de una Evaluación de Impacto Ambiental posterior que de alguna manera pueda sanear un vicio relativo, porque la nulidad es absoluta y si tal procedimiento de evaluación de riesgos permanece ausente en los Considerandos del Acto Administrativo que aprueba la obra no puede ser saneado¹⁵⁵¹. Porque la primera y gran arma que cuenta el derecho es la prevención. De allí que si el municipio omite o demora sin justificación la reglamentación referida, aletargando el cumplimiento de la manda legal y claudicando esa primera línea de prevención del paisaje geomorfológico y urbanístico que esa ley y la misma función de policía que encarna le imponen, corresponde que el amparo le venga dado, en forma rápida y expedita, por el órgano jurisdiccional¹⁵⁵². Por lo que “es menester, entonces, que las puertas de la justicia (con el rostro propio de los procesos preventores y de acompañamiento) se abran para que resplandezca el garantismo funcional, que posibilite y facilite (no impida ni malogre) la efectiva tutela de aquellos derechos que necesitan imperiosamente del instrumento anticipador del daño”¹⁵⁵³.

Pero transcurrió más de un año y el Municipio siguió con sus incumplimientos, entonces ya en 2003 los vecinos de la Sociedad de Fomento pidieron la "ejecución de la sentencia" y el caso volvió a recorrer el camino anterior. La jueza de Dolores volvió a ordenar la suspensión de las obras y esta vez le impuso al municipio una multa diaria de \$500 (en aquel entonces unos 120 euros) hasta que cumpla la sentencia. El municipio apeló una vez más y la Cámara hizo lugar¹⁵⁵⁴ nuevamente a la pretensión

¹⁵⁵⁰ Sociedad de Fomento de Cariló c/ Municipalidad de Pinamar. SCBA Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 29.05.2002. Considerando 13°.

¹⁵⁵¹ *Ibíd*em, Considerando 14 in fine... “No ha de olvidarse que siempre, frente a la situación de riesgo en que la indiscriminada e incontrolada expansión edilicia y urbanística coloca al paisaje de la región, de lo que se trata es de anticiparse a la concreción de daño a ese paisaje, al menoscabo o devastación del mismo, aunque él se produzca en parcelas o pequeñas zonas de esa unidad paisajística protegida”..

¹⁵⁵² *Ibíd*em, Considerando 15.

¹⁵⁵³ CAFFERATTA, Néstor A. *Amparo Ambiental y Contencioso Administrativo*. Ponencia “Primer Congreso de Derecho Administrativo Bonaerense”, Zárate-Campana, diciembre 2004 y publicada en su 1° parte, en “Revista de Derecho Ambiental”, Enero / Marzo 2005, N° 1, Lexis Nexis.

¹⁵⁵⁴ Clarín. Edición del domingo 19 de marzo de 2006. Ratifican que Cariló es "lugar protegido".

municipal, lo que derivó el asunto por segunda vez por vía de Queja a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹⁵⁵⁵. La cual sostuvo que no era posible tenerse...”*por cumplida la sentencia de la Suprema Corte con las medidas adoptadas por el municipio puesto que, de su articulado surge, que tanto la misma como la Ley 12.099 (aprobada en 1998) han quedado reducidas a una mínima expresión”...*”*Se ha dado cumplimiento al mandato judicial sólo en forma aparente, ya que analizado el contenido del Decreto y Ordenanza, se advierte que podrá burlarse en la práctica tanto el contenido de la norma como el fallo de la Suprema Corte, dejando el Concejo Deliberante todo el poder de aplicación o no de la Ley a la absoluta discrecionalidad del Poder Ejecutivo de Pinamar*”¹⁵⁵⁶. Con lo cual se hizo lugar al recurso extraordinario, se revocó la Sentencia de Cámara, en cuanto alteró la fecha de comienzo de las astreintes confirmándolas desde la fecha de la sentencia que las impuso, y en cuanto eximió parcialmente de costas a la demandada, confirmándolas en su totalidad. Respecto a este pronunciamiento, el Municipio de Pinamar intentó un nuevo Recurso Extraordinario (federal) para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fue rechazado el 11 de Marzo de 2009 por ser presentado en el lugar “equivocado”¹⁵⁵⁷.

Actualmente el Municipio de Pinamar ha reglamentado en tres oportunidades la Ley que declara de paisaje protegido al pueblo de Cariló por Decreto 792/03 refrendado por Ordenanza Municipal 3.031/03 (cuando comenzó la obra el actor); luego por Decreto 573/06 y Ordenanza Municipal 3.333/06.

Este desarrollo normativo, que atravesó una década de cuestionamientos judiciales, en donde la Jurisprudencia en pleno se ha pronunciado por la protección del paisaje, brinda muchos de los elementos del paisaje que ausentes en la Ley, lucen presentes en las decisiones judiciales, protegiendo un bien por ahora intangible como el

¹⁵⁵⁵ Clarín. Edición del 10 de Diciembre de 2005. “Cariló, por segunda vez frenan la construcción de un shopping.

¹⁵⁵⁶ Diario Judicial.com. Edición del 20 de Marzo de 2006.

¹⁵⁵⁷ El Recurso que interpuso el Municipio de Pinamar fue interpuesto en la ciudad de Dolores ante la Cámara de Apelaciones cuando en realidad debió ser presentado en la ciudad de La Plata, ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos (Tribunal que había dictado el fallo que se pretendía atacar).

paisaje. Con esto, el Estado Provincial a través de su Constitución local reformada en 1994 para incorporar la variable ambiental, asumió el deber de conservar los recursos naturales de su territorio, así como el de planificar su correcto aprovechamiento y controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema. Es importante poner en su justo lugar los valores paisajísticos de Cariló, que parecen incluir no sólo un escenario sino también una forma de vida, tranquila, ambientalmente segura y prevista en su cuidado entorno que marca un escenario que se quiere conservar y proteger¹⁵⁵⁸.

4.1.3.Cuenca del Arroyo “El Pescado”, caso de contaminación ambiental

La cuenca del Arroyo “El Pescado” está localizada en la localidad de Berisso, 80 kilómetros al Sur de la ciudad de Buenos Aires. El arroyo principal denominado “El Pescado” tiene sólo de 40 kilómetros de longitud, y su importancia radica en que es uno de los pocos cauces de la región que quedó al margen de la contaminación¹⁵⁵⁹. Atraviesa diversas zonas en su recorrido tales como Arana, Correas y Villa Garibaldi, y se prolonga en los municipios vecinos de Berisso y Magdalena, hasta llegar a su desembocadura en el Río de la Plata en un sitio donde hace un pequeño delta al que confluyen otros diminutos cursos como éste: La Balandra, La Bellaca y Saladero. Sin que se hubieran efectuado inversiones todavía, hay quienes ven posibilidades turísticas a la desembocadura de este arroyo en el delta mencionado.

Se trata en realidad de un verdadero sistema hídrico del cual este arroyo protegido es parte, que recorre lo que se conoce como monte costero, tierras bajas e inundables de origen aluvional, muy fértiles y de abundante vegetación, donde se

¹⁵⁵⁸ La Nación. Edición del Lunes 28 de febrero de 2005. Buenos Aires.

¹⁵⁵⁹ Ley 12247. BOPBA N° 23.749 del 25/01/1999 (suplemento).Artículo 2.-*El objeto de esta declaración es conservar el arroyo El Pescado como un recurso hídrico libre de contaminación y proteger la integridad del paisaje de su área de influencia, manteniendo sus condiciones naturales actuales.*

afincan muy pocos habitantes, de los cuales la mayor parte son quinteros y productores de madera, vid americana, caña, mimbre, miel, frutas y algunas hortalizas¹⁵⁶⁰.

La declaración de paisaje protegido de Interés provincial a la cuenca del arroyo “El Pescado” se efectúa en 1999 por Ley 12247¹⁵⁶¹, con la misma técnica de protección del caso anteriormente comentado de Cariló. El Municipio es Autoridad de Aplicación y la Provincia asesora y coopera (Art 3º). La técnica de protección es un ordenamiento a través de la Evaluación de Impacto Ambiental que debe ser favorable para que el Municipio bajo pena de nulidad¹⁵⁶² pueda autorizar las obras, o modificar régimen parcelario en el lugar, cuidando que la obra no altere...”las condiciones del Arroyo, ni las características del paisaje, ni de su fauna o su flora autóctona¹⁵⁶³”...

4.1.4.Barrio Parque Residencial Suhr Horeis en José León Suárez, la confusión del espacio verde con el espacio urbano

En este caso la legislación protectora del paisaje en la Provincia de Buenos Aires abordó la protección de un Barrio¹⁵⁶⁴, ubicado en el corazón del conurbano bonaerense, jungla de cemento donde viven 10 millones de personas rodeando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se encuentra ubicado en el Partido bonaerense de San Martín en la localidad de José León Suárez, a casi 20 kilómetros de la Casa Rosada. Es, por ahora, el único barrio en la Provincia de Buenos Aires declarado oficialmente Paisaje Protegido de Interés Provincial, debido a su historia y excepcional riqueza natural por contener un

¹⁵⁶⁰ LENTINI ROCCA, María Carmen. *Estrategia educativa para proteger el Arroyo “El Pescado”* UNLP e IPPA (Instituto de Planificación y Protección Ambiental) Congreso de Zoonosis 2006 - 10, 11 y 12 de Mayo - La Plata, Argentina. Mesa sobre Bioseguridad.

¹⁵⁶¹ Ley 12247. BOPBA N° 23.749 del 25/01/1999 (suplemento).Artículo 1.-*Declárase Paisaje Protegido de Interés Provincial a la Cuenca del Arroyo El Pescado, desde su nacimiento en el partido de La Plata, entre las calles 612 y la Ruta Provincial 36, hasta su desembocadura en el Río de La Plata, entre el Balneario Bagliardi y el Balneario Municipal de La Balandra en el partido de Berisso.*

¹⁵⁶² *Ibíd.* Artículo 6.-*Será nula toda autorización que no cumpla estrictamente con la evaluación ambiental que acredite el cumplimiento de los fines conservacionistas de la zona.*

¹⁵⁶³ *Ibíd.* Artículo 4.- *Toda modificación al régimen parcelario y la realización de toda obra pública o privada deberá ser autorizada por la autoridad municipal correspondiente, previa presentación de la parte interesada de una evaluación de impacto ambiental. Esta evaluación deberá contemplar que la obra no alterará las condiciones del Arroyo, ni las características del paisaje, ni de su fauna o su flora autóctona.*

¹⁵⁶⁴ Ley 12247 citada.

Jardín Botánico en su interior y fundamentalmente por encontrarse asentado dentro de un bosque centenario de 22 hectáreas con calles sinuosas, que reúne especies traídas de diferentes lugares del Planeta.

Según los fundamentos de elevación de la ley que declara paisaje protegido este lugar, el bosque alberga, casuarinas, pinos, eucaliptos, cipreses, ginkos, cedros, palo borracho, rosa, azer blanco, azer rojo, tipas, ombúes, tuyas, ligustros, plátanos, castaños de jardín, ceibos, cerezos japoneses de jardín, robles americanos, espinillos, moreras, sauces y otras especies de porte menor, frutales y florales que se observan en las propiedades privadas o de reposición en las calles, cobija gran variedad de insectos, inclusive nuestro mamboretá, sapos, culebrillas, y ranas. La fauna más notable se manifiesta entre las aves, observándose a simple vista la presencia de garzas moras, caranchos, chimangos, catas comunes, palomas torcazas, de la virgen y montaraces, lechuzas campestres y de los campanarios, picaflores verdes y uruguayos de pecho blanco, carpinteros campestres y en ocasiones los blancos, horneros, benteveos, ratonas, gorriones, jilgueros, mistos, chingolos, cabecitas negras, calandrias, zorzales colorados, cardenales comunes y amarillos, tordos, golondrinas azules y tijeretas.

El objeto de la protección está dado por la necesidad de conservar y preservar la integridad del paisaje geomorfológico y ecourbanístico de la zona (Art2º), entendiéndose por esto último el...*"desarrollo urbanístico asociado a la preservación integral de las condiciones naturales del lugar (Artículo 3º)"*... La técnica de protección es casi similar a los dos casos anteriores. El Municipio es Autoridad de Aplicación y la Provincia asesora y coopera (Art 4º). La técnica de protección en este caso es doble: por un lado a través de la Evaluación de Impacto Ambiental que debe ser favorable para que el Municipio bajo pena de nulidad pueda aprobarla. Asimismo, también se incorpora una técnica innovadora en el Derecho argentino y de la cual no conocemos precedentes que tengan una protección tan directa. Se trata de la necesidad de correr vista por treinta días a los vecinos del lugar, los interesados más directos en la protección de este paisaje, en el caso representados por la "Asociación Vecinal Parque Residencial Ecológico Suhr Horeis", para que puedan formular observaciones u

objeciones (Art7º). La consecuencia de omisiones a estos dos puntos del procedimiento de autorización municipal acarrea la nulidad¹⁵⁶⁵.

4.2.Aplicación práctica de la Ley de paisaje protegido

Las leyes aprobadas con posterioridad a la Ley 12704 son las siguientes: 12.707¹⁵⁶⁶, 14126¹⁵⁶⁷ y 14294¹⁵⁶⁸. Comprobaremos que el diseño normativo que tienen estas leyes de protección de paisaje es exactamente similar a los anteriores al dictado de la Ley marco. Se trata de un concepto que está basado en la Delegación Municipal para la Aplicación de ley, habida cuenta de las distancias de cada área protegida de la ciudad capital: La Plata. En la Evaluación de Impacto Ambiental como única herramienta de intervención, de la nula remisión a herramientas y modernas técnicas de intervención específicamente paisajísticas y de la reserva de la Provincia en la reglamentación, considerando algunos aspectos a tener en cuenta en cada Evaluación de Impacto Ambiental, que son reiterativos de la ley marco. De los tres casos, sólo uno tiene incidencia posterior con un plan de ordenamiento territorial local que analizaremos también y que nos harán extender respecto del promedio de páginas utilizado para cada uno de estos tres análisis.

4.2.1.Cuenca del Río Quequén – Salado, caso de paisaje ribereño

La cuenca del río Quequén Salado está ubicada al suroeste de la provincia de Buenos Aires, entre las cuencas de los ríos Sauce Grande al oeste y Claromecó al este es una de las dos cuencas en las que se clasifica al Río Quequén, la otra que es la denominada cuenca del Quequén grande, desemboca al Norte de la anterior en el

¹⁵⁶⁵ *Ibidem*. Artículo 8º. *Será nula toda autorización de realización de obras que no cuente con la previa evaluación de impacto ambiental que acredite el cumplimiento de los fines conservacionistas de la zona y la toma de vista por la Asociación Vecinal Parque Suhr Horeis debidamente acreditada.*

¹⁵⁶⁶ Ley 12707. BOPBA N° 24.306 del 28/01/2001.

¹⁵⁶⁷ Ley 14126. BOPBA N° 26.337 del 15/04/2010.

¹⁵⁶⁸ Ley 14249. BOPBA N° 26669 (suplemento) del 08/09/2011.

Partido de Necochea¹⁵⁶⁹ y no está protegida en su paisaje como la primera. Atraviesa una de las regiones agrícola-ganadera más productivas de la llanura pampeana en la Argentina, razón por la cual sus aguas son utilizadas para riego¹⁵⁷⁰. En su recorrido, es receptor de ríos y arroyos que provienen desde la Sierra Pillahuincó y que en época de lluvias producen anegamientos importantes en los suelos de la región¹⁵⁷¹ y en general de toda el área del Cordón de Sierra la Ventania y del Sistema de Tandilia. Después de recorrer 162 km desemboca en el océano Atlántico y forma un estuario. El área involucrada en este sistema hidrogeográfico se localiza en la cuenca inferior del río Quequén Salado, entre los 38°50'-38°56' S y 60°31'-60°32' W. Tres cordones de dunas cubren el sector costero: dunas móviles y semi-fijas, adyacentes a la playa y dunas fijas, asociadas a depresiones formadas entre las mismas. Cuerpos lagunares se registran hacia el continente¹⁵⁷². Respecto a las condiciones climáticas, el área pertenece a la zona de los climas templados, caracterizados por registrar valores extremos de temperatura con una clara diferenciación de las cuatro estaciones durante el transcurso del año. Con relación a la circulación general de los vientos, la consecuencia directa de la acción de los mismos, durante las décadas del 1980/1990, fue el avance de las dunas vivas y el abandono de viviendas, cubiertas por la arena, por parte de pobladores del balneario Marisol¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁹ FABIÉ DUBOIS, Christian. *Dinámica fluvial, paleo ambientes y ocupaciones humanas en la localidad arqueológica Paso Otero, río Quequén Grande, Provincia de Buenos Aires*. Intersecciones en Antropología Volumen 7, pp. 109-127. FCS UNCPBA Olavarría 2006. Este autor desarrolla con amplitud el estudio de la otra cuenca, que no es la protegida por la ley en estudio.

¹⁵⁷⁰ MARINI, Mario Fabián y PICCOLO, María Cintia. *Water quality for supplementary irrigation in the Quequén – Salado River*. Revista Papeles de Geografía, Volumen 39, pp. 157-172 S/E. 2009. Y también editado en: Investigaciones Geográficas N°37 pp. 59-71. Instituto Universitario de Geografía. Universidad de Alicante.

¹⁵⁷¹ MARINI, Mario Fabián – SCHILLIZI, Roberto y PICCOLO, María Cintia. *Carta Hidrogeomorfológica de la cuenca superior de los arroyos Pillahuincó grande y Pillahuincó Chico, Pcia Buenos Aires Argentina*. Revista de Geografía Norte Grande, 2009. S/E. Volumen 42. Para ampliar sobre la Hidrogeomorfológica de la cuenca alta de los arroyos Pillahuincó Grande y Pillahuincó Chico, localizados en la cuenca del río Quequén Salado, con el fin de determinar las características particulares de sus cursos y la dinámica y procesos a los que están expuestos.

¹⁵⁷² GRILL, S.C. y LAMBERTO, S. — *Análisis palinofacial de sedimentos actuales en la Cuenca inferior del Río Quequén Salado*. Revista Española de Micropaleontología, Volumen 38 N°1, 2006. Ed Instituto Geológico y Minero de España. Madrid, pp. 77-92.

¹⁵⁷³ *Ibíd.* Los vientos de dirección NE-SW atraviesan la provincia de Buenos Aires durante todo el año, los predominantes son los del sector Norte (21,9%), con velocidades medias de 15,8 km/hora, seguidos por los del Norte-Noroeste (9,9%), con velocidades medias de 16,8 km/hora. Los del sector Sur y Oeste presentan menos frecuencia pero mayores velocidades medias: 23,3 km/hora (Oeste) y 26,5 km/hora (Oeste-Suroeste), registrándose máximas de hasta 133 km/hora.- Los vientos del sector Este son menos frecuentes y no presentan velocidades altas durante el verano, el porcentaje total de calmas es muy bajo (1,1%), típico de zonas costeras (Marini, 2002) La precipitación media para la cuenca del río Quequén Salado, de acuerdo al promedio matemático obtenido entre

En 2001, se aprueba por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires la Ley 12707¹⁵⁷⁴, paisaje protegido la cuenca del Río Quequén Salado, la finalidad confesada por la Ley en la protección de este paisaje está dada por la necesidad de este río como cursos hídricos libres de contaminación y proteger la integridad del paisaje de su área de influencia, así como a la Villa Balnearia Marisol, manteniendo sus condiciones actuales (Art 2º).

La técnica de protección es similar a la utilizada en los paisajes protegidos anteriores a la ley marco de paisaje protegido 12704. Dado que atraviesa esta cuenca varios Municipios, ordena su actividad en una estrategia donde cada uno de ellos son Autoridad de Aplicación por las aguas de las cuales son ribereños, actuando con un sentido cooperativo¹⁵⁷⁵ y la Provincia asesora y coopera (Art 3º). Cobra protagonismo como herramienta de protección la Evaluación de Impacto Ambiental que debe ser favorable para que el Municipio bajo pena de nulidad pueda autorizar las obras, o modificar régimen parcelario en el lugar, cuidando que la obra no altere...*“las condiciones del río, sus afluentes y la Villa Balnearia, ni las características del paisaje, ni de su fauna, ni de su flora autóctona”*...La reglamentación, que hasta ahora el Gobernador nunca ha efectuado, establecerá el procedimiento y requisitos de esta evaluación de impacto ambiental, teniendo especialmente en consideración: a) La realización de loteos, parcelación y división de tierras. b) La instalación de establecimientos industriales y/o comerciales. c) El uso de agroquímicos y pesticidas

cuatro localidades circundantes, es de 819,2 mm (período 1981/1990) (Marini, 2002). Para el sector del Balneario Marisol (período 1995/1999) la media anual es de 668,6 mm, registrándose los valores máximos durante el mes de enero (promedio: 115,5 mm) y los mínimos durante el mes de agosto con 13,1 mm. La temperatura media anual del sector del estuario y del balneario Marisol (período 1995/1999) es de 14,8 °C, las temperaturas máximas absolutas registradas para ese período fueron de 40,8 °C en verano y 22,3 °C en invierno y las mínimas absolutas de 3,9 °C y 10,6 °C para el invierno y verano respectivamente.

¹⁵⁷⁴ Ley 12707. BOPBA N° 23822 del 17/05/1999. Artículo 1º. *Declárase Paisaje Protegido de Interés Provincial a la Cuenca del Río Quequén-Salado, desde su nacimiento en el partido de González Chaves hasta su desembocadura en el Mar Argentino: sus afluentes Arroyos Indio Rico y Pillahuincó, ambos desde su nacimiento en el partido de Coronel Pringles, y a la Villa Balnearia Marisol.*

¹⁵⁷⁵ Ley 12704. Artículo. 6º - *Cuando el ambiente sea compartido jurisdiccionalmente por dos o más municipios, los mismos celebrarán acuerdos para establecer formas de gestión coordinadas para su manejo. Los mismos podrán realizar programas de interés general que tiendan a la protección y conservación de las áreas protegidas con entidades locales, organismos provinciales, nacionales o internacionales. Los municipios podrán tomar las medidas de promoción que crean convenientes.*

contaminantes. d) El vuelco de efluentes cloacales, industriales y domésticos sobre el río. e) La realización de canalizaciones. f) El uso extractivo del suelo. g) Toda otra actividad que tienda a perturbar los fines específicos tutelados en la presente Ley.

El tema no ha ingresado en zona de debate por ahora, ni tampoco parecen estar ocupados los ciudadanos ribereños en esta reglamentación, pero es posible que el tema ingrese nuevamente en examen si prosperan algunos proyectos para construir una nueva represa que genere energía hidroeléctrica en el lugar. El tema no es nuevo, sólo que duerme desde hace treinta años, baste recordar que desde 1923 y hasta la gran inundación de los 80` que dañó seriamente las instalaciones de la vieja represa, la compañía Hidroeléctrica del Sud generó electricidad casi 60 años a partir del caudal de dicho río, abasteciendo a pequeñas localidades de la región. Actualmente la cooperativa eléctrica de la principal ciudad del distrito está gestionando la implementación de un sistema de represas interrelacionadas¹⁵⁷⁶ que a la vez que proveerían un importante potencial hidroeléctrico favorecerían la instalación de industrias y de emprendimientos turísticos.

Está claro que un proyecto de esa naturaleza tropezaría con una ley que protege el paisaje, y el debate que diez años después de aprobada la ley se ha postergado, muy probablemente tendría inicio y un gran despliegue en los tribunales, habida cuenta de la experiencia asumida en la Protección del Paisaje de Cariló, que brinda un claro marco jurídico al intérprete. Como si fuera poco, hay proyectos de convertir en área protegida una franja de territorio adyacente a la desembocadura¹⁵⁷⁷ lo que incrementaría las dificultades de desafectación con fines industriales en la producción

¹⁵⁷⁶CERIONI, Liliana - GOSLINO, Martín P. – MORRESI, Silvia S. *¿En qué medida el marco legal vigente contribuye Efectivamente al desarrollo de proyectos de energías renovables? El caso de Río Quequén Salado en la Provincia de Buenos Aires, Argentina.* Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur, pp. 1/15. Bahía Blanca 2007. Este informe hace un mesurado análisis del marco legal pero, se advierte en el mismo el defecto de muchos análisis económicos que abordan el tema jurídico que es la dificultad de ver el espectro jurídico en su totalidad. No analizaron si hay un área protegida, todas las demás variables analizadas arrojan resultados favorables, la única que impide la realización de sus conclusiones no ha sido analizada, o quizás diferida para el Derecho Político.

¹⁵⁷⁷ CELSI, Cinthia Eleonora *Propuesta para la incorporación de una parcela costera del fisco provincial y la playa marina en el Partido de Coronel Dorrego, al Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia de Buenos Aires.* Fundación de Historia Natural Félix de Azara Departamento de Ciencias Naturales y Antropología - Universidad Maimónides. Buenos Aires. 2009.

de energía, y otros estudios para crear áreas protegidas en el Partido de Coronel Dorrego que es adyacente a su desembocadura, hasta el Partido de Monte Hermoso¹⁵⁷⁸.

Pero lo que no puede perderse de vista es la jurisprudencia de la Cámara Federal competente en razón del territorio sobre el cual está asentado la mitad de la superficie de este paisaje protegido, en Sierra la Ventana¹⁵⁷⁹ distante unos 200 km en línea recta (en términos de EIA estratégica), que fuera intentada por el dueño de un campo sobre el cual se refleja un espectacular paisaje y otros vecinos del lugar sobre los que se asentarían obras planificadas por el ENRE (Ente Nacional Regulador de Electricidad) de tendido de líneas de Alta Tensión, que se construirían sobre la Sierra de la Ventana y que alteraría y lesionaría el paisaje y las bellezas turísticas del área. Se pedía la modificación del trayecto de trazado de línea en 21 km. La Cámara Federal reconoció la existencia de un amparo colectivo y la necesidad de tutelar el paisaje como bien de incidencia colectiva. Se ve que soslayar esta jurisprudencia, en el caso de un planteo federal, en la estrategia política del lugar puede ser un tanto imprudente no sólo en materia paisajística sino en el manejo del presupuesto público, que tornaría poco menos que negligente una decisión contraria a la conservación del paisaje, con el consecuente coste de reparación.

4.2.2. Tandil, caso de protección de la identidad

Especial atención nos merece el caso de protección del paisaje en Tandil, no sólo por nuestras clases en la Universidad local, la UNICEN, también porque los ancestros del autor llegaron a vivir a estas tierras en 1855 donde conocieron los últimos aborígenes y el paisaje prístino que hoy se pretende preservar. Pero el principal motivo es que este paisaje protegido ha sido el que mostró mayor debate en la sociedad local,

¹⁵⁷⁸ MONSERRAT, Ana Laura I y CELSI, Cintia Eleonora. *Análisis regional de la costa pampeana austral en el marco del sistema de áreas protegidas y caracterización de un área clave como reserva, en el Partido de Coronel Dorrego*. BioScriba Vol. 2 (1) pp. 1-23. Buenos Aires. Abril 2009.

¹⁵⁷⁹ CFA Bahía Blanca, S2. 17/03/1999. "Breti, Miguel y otros vs Ente Nacional de Regulación de la Electricidad". JA 1999-III-247.

dividiendo la opinión pública en dos partes hasta ahora irreconciliables y paradigmática en el debate entre el desarrollo minero y la protección al paisaje en la Argentina, para los tiempos que vendrán.

A.Antecedentes.

Las canteras de piedra granítica que constituyeron la primera industria de la ciudad cien años atrás habían comenzado a dar muestras elocuentes de su capacidad para cambiar la fisonomía de la ciudad. Durante todos estos años la ciudad había estado pendiente de la industria de la piedra y metalúrgica y se había construido dando la espalda, en sentido figurado, a las sierras. Pero a fines de los ochenta del siglo anterior, a poco la situación comenzó a cambiar, las huellas de la industria minera comenzaron a ser más perceptibles, un gigantesco hoyo, cual caries, surgió visible a la vista de todos desde el centro de la ciudad y desde los barrios más cercanos a las sierras. Se volvió la mirada a un cerro que había desaparecido después de cien años de explotación: el Cerro Leones, así llamado porque cuando se fundó la ciudad, su sombra proyectaba la vigilancia de dos leones mirados desde el Sur. Y se asumió la idea que lo que parecía habitual y parte de la vida no lo sería por mucho tiempo más en las actuales condiciones de explotación. ¿Seguiría presente el Cerro de las Ánimas en el mismo lugar? para que este ponente pueda contar a sus nietos lo que escuchó de niño por boca de su abuelo que pastaba vacas en 1890. ¿Que se escuchaba a la salamandra entonar las canciones más bellas para hipnotizar a los curiosos?, como en Hammelin hasta el volcán escondido y caer en su interminable boca. Que de noche brillan las almas en pena porque no encuentran el camino a los cielos, y por lo tanto debe rezarse un padrenuestro al ver la primera luz? ...Y así se recordó lo que durante mucho tiempo se había olvidado...Se vieron la sierras donde estaban, o quizás se reconstruyó su paisaje como Paul Cezánne con Saint Victore.

B.Necesidad de creación del Paisaje Protegido.

Las Sierras de Tandil poseen la singularidad de ser el afloramiento precámbrico más austral de América del Sur, la serranía más antigua de la Argentina y entre las más antiguas del Planeta....”*constituye un paisaje particular en tanto pequeño conjunto de islas serranas en la inmensidad de la llanura pampeana, articulada con un particular desarrollo urbano que sea extendido en una porción significativa de ese marco geográfico que distingue a la ciudad y su población*”¹⁵⁸⁰ ...

El Municipio comenzó, en soledad al principio, una lucha desigual contra el fuerte lobby minero para la protección del paisaje serrano, dado que los municipios de esta Provincia no tienen autonomía. En este contexto, desde 1972 dictó una serie de normas de clara orientación paisajística, lamentablemente no han sido publicadas por Boletín Oficial, y sí notificadas a los interesados, razón por la cual no pueden ser citadas, pero las mismas constan en el archivo municipal de esta ciudad donde han sido consultadas para este trabajo. La normativa es la siguiente:

**Decreto Municipal 348/1972:* establece un Área de Conservación del Paisaje delimitada por la poligonal trazada por la parte posterior y a mil metros de las rutas 30, 74 y 226. Esta norma impide habilitar explotaciones de canteras que modifiquen el perfil de los cerros y puedan observarse desde cualquier punto situado al interior de la poligonal o que afecten al tercio superior de las sierras. Esta poligonal será muy importante en los años venideros en la inteligencia de la legislación que estudiaremos en las próximas páginas.

**Decreto Municipal 1085/1979:* prohíbe directamente la instalación de nuevas explotaciones de canteras dentro del área delimitada por la poligonal y fija un plazo de 10 años para la erradicación definitiva de las canteras existentes.

**Ordenanza Municipal 4133/87:* deroga el decreto anterior, pero mantiene la prohibición de instalación de canteras en el área y el impedimento de llevar los frentes

¹⁵⁸⁰ De los Fundamentos de elevación a la Legislatura. Ley 14194. BOPBA N° 26337 del 15/4/2010.

de estas canteras a alturas que alcancen el tercio superior del cerro donde ha sido habilitada la explotación.

**Ordenanza Municipal 6543/94* establece una tasa diferencial a la piedra, con valores superiores dentro del polígono. Lo cual sería discutido judicialmente por los canteristas, que llevaron la cuestión a la Corte y el Municipio decidió acordar en estos juicios evitando un pronunciamiento judicial sobre el tema.

Se puede advertir una clara política de relocalización de la actividad extractiva de las minas a cielo abierto de granito. Esta ley era reclamada por la sociedad tandilense desde mediados de la década del 90 del siglo pasado, inicialmente por un grupo de vecinos que se nuclearon en el seno de una ONG informal: “Asociación amigos de las Sierras” a la que le sucedió la denominada “Multisectorial por la preservación de las Sierras”, posteriormente la Universidad Local con la creación de Licenciaturas afines a las ciencias ambientales, y últimamente con la asociación profesional de los egresados de estas carreras universitarias que no sólo se constituyeron para defender intereses gremiales, sino que también se involucraron en la lucha por la conservación del paisaje tandilense¹⁵⁸¹. Todo esto en menos de 15 años. En un momento dado el Municipio primero y un legislador local después¹⁵⁸², se lanzaron a la formalización de la protección del paisaje con un marco de protección provincial que sería aplaudido por unos y totalmente rechazado por otros. Ésta última posición la sostienen no sólo los grupos empresariales, que en palabras del titular de una de las canteras más importantes que deben cesar sus actividades con la aprobación de la ley... *“la ley es tan mala que no veo algo bueno que se le pueda sacar a la reglamentación, no rescato ningún artículo salvo el que quisieron dejar prevista la situación de los empleados*¹⁵⁸³ *que está correcto, que*

¹⁵⁸¹ ACLDyGA (Asociación de Licenciados en Diagnóstico y Gestión Ambiental) conocida como “acelga”.

¹⁵⁸² Se trata del Intendente (Alcalde) de Tandil, de la Unión Cívica Radical Dr. Miguel Lunghi y el Legislador del Partido Justicialista (peronismo) Dr. Néstor Auza, éste último autor del Proyecto que luego sería aprobado ley 14126.

¹⁵⁸³ Artículo 9: *Respecto de todo el personal de cualquier índole y jerarquía en relación de dependencia con las empresas alcanzadas por los efectos de esta Ley, y cuya dependencia sea debidamente documentada al momento de la sanción de la presente, que por cualquier motivo o circunstancia derivada de ella, cese en su trabajo o labor, los gobiernos municipal y/o provincial se harán cargo de sus indemnizaciones al momento del cese laboral, en un todo de acuerdo con el régimen establecido por la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, artículo 245° de la misma.* Artículo 10: *El personal comprendido en el artículo 9° de la presente, será incorporado por los gobiernos municipal y/o provincial, a partir del momento en que se suspendan sus actividades laborales en las empresas, siempre que medie aceptación por parte de las personas involucradas.* Artículo 11: *El personal mencionado en el artículo*

*lo puedan llevar a cabo es otro tema*¹⁵⁸⁴...La Cámara de la Piedra que es la entidad madre de los grupos mineros llegó a manifestar que...*"más allá de cualquier propuesta...la ley es inconstitucional y constituye un avasallamiento a la propiedad privada"...no es una estrategia, es una posición ideológica de esta Cámara: la ley es inconstitucional y nuestra posición no cambiará en nada"... "la solución para el problema tal como lo plantea la Constitución es la expropiación*¹⁵⁸⁵,...

Los preservacionistas tampoco echaban mantos de olivo sobre la situación, porque también asumían posiciones extremas. Referían la necesidad de oponerse firmemente a que las áreas de reconversión de canteras gocen de beneficios especiales para realizar actividades fuera del área protegida en donde también hay serranía y paisaje sólo que fuera del área de protección. Pero tenían razones fundadas para esta oposición...*"la ley les ha previsto beneficios para el cese de las mineras, dado que el Estado se hará cargo de la indemnización de todo el personal de las canteras, les garantiza un nuevo trabajo y otorgará créditos para la reconversión: entendemos que cualquier otro beneficio sobre los predios reconvertidos es sinónimo de desigualdad ante la ley. Es imprescindible aclarar que si se permite lotear o realizar construcciones sobre las áreas de reconversión minera, se desencadenará una ola de impactos negativos sobre el territorio, a partir de allí nada frenará el avance del urbanismo sobre las sierras"*¹⁵⁸⁶...También darían razones estrictamente naturales cuando sostuvieron que...*"el avance de las construcciones sobre las sierras pondría en riesgo la calidad de las aguas de las que se provee Tandil y sus más de 120.000 habitantes...no se pueden autorizar construcciones en lugares donde no hay servicios...la ley 8912 contempla la obligación de regular para preservar el bien común y el Plan de Desarrollo de Tandil contempla como objetivo estratégico la preservación del conjunto serrano, para lo cual establece que la ciudad debe crecer hacia el Norte/ N/E y no sobre el cordón*

anterior, en caso de incorporarse al municipio o a la provincia, percibirá los mismos haberes que recibió en la empresa respecto de la cual debió cesar su relación laboral, incluyendo su categoría, antigüedad, carga familiar y horas extras que le correspondían en el momento de interrumpirse el trabajo anterior.

¹⁵⁸⁴ El Eco de Tandil, Domingo 30 de Mayo de 2010, pp. 6. Entrevista a Francisco Tangherlini, titular cantera Los Naranjos. Los ex empleados canteriles hoy son empleados municipales con indemnizaciones por despido percibidas.

¹⁵⁸⁵ Nueva Era, Jueves 3 de Febrero de 2011, pp. 4. Entrevista Ingeniero Núñez Vicepresidente Cámara de la Piedra.

¹⁵⁸⁶ Nueva Era, Sábado 27 de Noviembre de 2010, pp. 5.

serrano¹⁵⁸⁷, ...ubicado en sentido contrario. No obstante que el Municipio regresaba ahora, insistiendo con reconversiones de las canteras en proyectos turísticos pero no un uso turístico¹⁵⁸⁸.

C. Autoridad de Aplicación, su equivocidad como elemento que dificulta la protección

La Ley 14126¹⁵⁸⁹, de paisaje protegido en Tandil, tiene una estructura similar a la mayoría de las leyes de su tipo, según vimos en las páginas anteriores. Con autoridad de aplicación provincial en todo menos lo que el Decreto reglamentario¹⁵⁹⁰ declare específicamente como de otra competencia que en este caso es ejercida en forma dividida:

1.-La competencia municipal¹⁵⁹¹ propiamente dicha, que en este caso se trata de la promoción y control del paisaje protegido para lo cual podrá... "adoptar lineamientos, acuerdos institucionales, programas, políticas y acciones con el fin de: -conservar y proteger el área; inspeccionar y vigilar el área; promover medidas de financiamiento para la realización de los proyectos; instrumentar medidas de coordinación entre los sectores público y privado, y organizaciones intermedias; capacitar y formar el personal técnico necesario con el asesoramiento de la autoridad de aplicación"... (Art 3º Dec. 1766/ 2011).

2-La competencia del Comité de Gestión creado por el Decreto Reglamentario (Art 3º Dec. 1766/ 2011) que estará integrado por representantes de organismos provinciales con competencia en el tema y autoridades locales. Sus facultades son consultivas, de cooperación, promoción, gestión y contingencia¹⁵⁹². La finalidad

¹⁵⁸⁷ Nueva Era, Miércoles 1º de Diciembre de 2010, pp. 5.

¹⁵⁸⁸ El Eco de Tandil, Miércoles 1º de Diciembre de 2010, pp. 6.

¹⁵⁸⁹ BOPBA N°26337 del 15/4/2010.

¹⁵⁹⁰ Decreto N°1766/2011. BOPBA N° 26454 (suplemento) del 8/10/2010.

¹⁵⁹¹ *Ibíd.* Artículo 2º. *Designar como autoridad de aplicación de la Ley N° 14.126 al Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires, o aquél que en el futuro lo reemplace.*

¹⁵⁹² *Ibíd.* Artículo 3: 3-1. *Se conformará un Comité de Gestión que estará integrado por representantes de organismos provinciales con competencia en el tema y autoridades locales. El Comité de Gestión efectuará consultas con representantes de instituciones y entidades de la comunidad local con interés sobre el tema.* 3-2. *El*

principal es netamente conciliatoria, se trata de contener a todas las partes en conflicto en un proceso común, a fin de construir una verdad paisajística que contenga a todos y adquiera finalmente tal legitimidad.

3-La competencia provincial que es doble:

3.1.-*Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible*: Es la Institución imparcial (de los intereses mineros) que elige la Provincia para la aplicación de esta ley, el cual se hace evidente en todo lo que no estuviera al alcance del municipio en materia de recursos técnicos y económicos¹⁵⁹³ está dado por la Provincia, así como el manejo consensuado, de acuerdo al artículo 5° de la Ley 12.704; sobre esta norma, hicimos un comentario al cual nos remitimos en el punto¹⁵⁹⁴. Para hacer honor a la verdad debemos resaltar que todo este confuso despliegue normativo en función de la competencia se justifica en el marco de un estado provincial que continua empeñado en retener competencias para seguir imponiendo su conducción política, aun negando las disposiciones que en este sentido impone la Constitución Argentina en los artículos 5¹⁵⁹⁵ y 123¹⁵⁹⁶ que establecen la autonomía municipal. Al presente, solamente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tiene el privilegio de gozar de autonomía plena.

3.2.-*La Dirección Provincial de Minería* sólo para decretar la caducidad de los permisos de explotación ante incumplimientos en la presentación del Plan de Manejo.

Comité de Gestión tendrá las siguientes funciones: - Colaborar con el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible y con el Municipio de Tandil en la elaboración del Plan de Manejo Ambiental; - Proponer medidas específicas para mejorar la capacidad de gestión en las tareas de conservación y protección del Paisaje Protegido; - Promover la participación social en las actividades de conservación del Paisaje Protegido; - Realizar las gestiones necesarias para la obtención de fuentes de financiamiento para el desarrollo de proyectos de conservación del sitio; - Formular un plan de contingencia conjunto para el área ante emergencias ambientales.

¹⁵⁹³ Artículo 3° Ley 14126, citada. *Las autoridades municipales y provinciales deberán coordinar su accionar a los efectos de arbitrar los medios necesarios para procurar la preservación del área de acuerdo al artículo 5° de la Ley 12.704.*

¹⁵⁹⁴ Artículo 5° Ley 12704, citada...”en aquellos casos en que el área sea de dominio privado, se deberá establecer un plan de manejo consensuado a fin de proteger el ambiente según los fines previstos”...

¹⁵⁹⁵ Artículo 5o.- *Cada provincia dictara para si una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”...*

¹⁵⁹⁶ Artículo 123. *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5o. asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

D. Objeto, y fines en la protección del paisaje

Finalmente, confiesa su artículo 2º de la ley que el objeto es la conservación y preservación de la integridad del paisaje geográfico, geomorfológico, turístico y urbanístico del área especificada en el artículo 1º¹⁵⁹⁷. Hay dos temas, sin embargo, que lucen particulares en este caso: la intervención paisajística en zona minera, lo que produce la discusión en torno de la sostenibilidad del paisaje en términos sociales y económicos, y, la búsqueda de un nuevo lugar de explotación lo que supone cerrar los ojos a la actividad en otra zona aledaña, también de bellos paisajes, que en este caso no estarían protegidos. Hubiera sido de hermenéutica más estilizada, establecer expresamente que entre los fines del legislador *-antes que dejarlo a la libre deducción del intérprete-* se encuentra el cese de la actividad minera, que es la sindicada como la *-prácticamente-* única causa del debate, porque orada la serranía con vista a la ciudad y es causa de la mayor afección paisajística. Se hace referencia al turismo, quizás sobredimensionando su importancia, cuando refiere que...*“éstas características constituyen no solo un elemento central de la identidad tandilense, sino también un importante potencial para el desarrollo turístico. Dicha actividad genera un importante impacto económico y demográfico en la región y, por ende, en la provincia, basándose en gran medida en el paisaje como factor de atracción. Las razones antes expuestas, incrementan la presión de la actividad humana sobre el entorno serrano que rodea a la ciudad de Tandil, el que de continuar se vería comprometido desde el punto de vista ambiental”*...concluyendo en la necesidad de preservación, fundamentalmente respecto del cordón serrano del entorno próximo a la ciudad, para mantener, desde el punto de vista paisajístico, la principal característica distintiva, considerando que el área determinada como “la poligonal” es un espacio de especial interés¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁷ Artículo 1. Declárase “Paisaje Protegido de Interés Provincial” de conformidad a los términos y condiciones de la Ley 12.704, al área del Partido de Tandil denominada “la poligonal”, conformada por la intersección de las actuales Rutas Nacional N° 226 y Provinciales N° 74 y N° 30, definida por la nomenclatura catastral que se especifica en el Anexo N° 1 y determinada en el Plan de Desarrollo Territorial de Tandil, por Ordenanza N° 9.865. Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto N° 244/10 de promulgación de la presente Ley.

¹⁵⁹⁸ De orden ecológico, estético, educativo y económico.

4.2.3.Reserva Santa Catalina, protección de paisaje con Dominio Público, nuevo caso testigo de reserva paisajística

Lo primero que debe establecerse en el análisis de esta muestra de protección del paisaje en la Provincia de Buenos Aires, es que el marco dentro del cual se concede dicha protección lo es dentro de una norma que crea un Reserva Natural en términos de la ley de áreas protegidas de la Provincia de Buenos Aires¹⁵⁹⁹. Por lo expuesto, esta ley como la anterior sale del molde normativo habitual de creación de paisajes protegidos en la Provincia de Buenos Aires examinados hasta este punto.

A.Antecedentes

En primera instancia, se trata de la creación de la Reserva Santa Catalina, probablemente uno de los últimos reductos rurales del gran conglomerado urbano situado en el conurbano sur bonaerense, después de sancionarse la recientemente analizada ley de paisaje protegido del Barrio Parque Residencial Suhr Horeis en José León Suárez. Se encuentra al Sur del Partido de Lomas de Zamora, muy cerca del curso del Riachuelo. Según la exposición de motivos, se trata de una isla verde rodeada de Urbanizaciones que superan los 400.000 habitantes cada una. Sus caminos y senderos son recorridos a menudo por estudiantes de diferentes instituciones durante visitas guiadas así como también por alumnos e investigadores universitarios, y por ciudadanos que buscan un momento de contacto con un ambiente natural. En una superficie cercana a las 700 hectáreas se conjuga una amplia variedad de ambientes, tales como pastizal pampeano, bajos y lagunas, relictos del talar nativo, plantaciones forestales, parcelas agropecuarias, áreas parquizadas con edificaciones históricas. Aún subsiste en el lugar parte de la estancia original, con cuatro siglos de historia¹⁶⁰⁰.

Según los fundamentos de la Ley el registro documental del establecimiento tiene su inicio a mediados del año 1588, cuando Don Juan Torres de Vera y Aragón,

¹⁵⁹⁹ Ley 14294. BOPBA N° 21735 del 06/06/90.

¹⁶⁰⁰ De MAGISTRIS, Alberto A. y BAIGORRIA, Julián E.M. *La Reserva Ecológica y Parque Didáctico Municipal de Santa Catalina*. Tu ecológica. La Plata 2008. También citado por Ley 14294 en Fundamentos.

Capitán General y Justicia Mayor de las Provincias Unidas del Río de la Plata, extiende el título de propiedad de tierras y solares urbanos a los primeros pobladores para el establecimiento de estancias, entre los que se encontraba Don Pedro López de Tafira, considerado el primer propietario de estas tierras. A partir de 1630 continua una etapa de subdivisiones y sucesiones. El nombre Santa Catalina aparece por primera vez como mención documental en una escritura del año 1819, en carácter de “Estanzuela de Santa Catalina” Posteriormente parte de la estancia es vendida a los hermanos John y William Parish Robertson¹⁶⁰¹, dos escoceses dedicados a actividades comerciales y políticas. Por su iniciativa y bajo el gobierno de B. Rivadavia, en 1825 se radica en Santa Catalina un contingente de 220 escoceses, con el fin de establecer una colonia, la cual contaría con la libertad de culto. Entre ellos se encontraba Juan Tweedi, jardinero y explorador botánico oriundo de Edimburgo, y W. Wilson primer médico de la zona. En 1870, el irlandés Patrick Boockey, propietario de Santa Catalina, vende las tierras al estado provincial y poco tiempo después se decide establecer allí un Instituto Agrícola que funciona hasta 1880, y el año siguiente se crea el instituto Agronómico-Veterinarios en la Argentina¹⁶⁰². En 1906, la Universidad Nacional de la Plata comienza la capacitación de peritos agrícola-ganaderos, entregando certificados de arquitecto paisajista, jardinero, horticultor, arboricultor y cabañista. Además, las tierras eran destinadas al cultivo de lúpulo, lino, durazneros y otros frutales, árboles forestales y plantas ornamentales. Se ofrecía a la comunidad leche, huevos, aves de corral. En 1920 el establecimiento queda bajo la administración de la Universidad Nacional de la Plata, a través de sus Facultades de Agronomía y de Veterinaria. El instituto Fitotécnico de Santa Catalina se Inaugura hacia fines de 1928 y sus labores en el área de la genética y el mejoramiento alcanzan renombre mundial, recibiendo la visita de destacados genetistas del exterior. El trabajo incluía el desarrollo de variedades de especies de cereales hortalizas y plantas ornamentales. Por Decreto N°877 de 1961, el Establecimiento de Santa Catalina es declarado lugar histórico Nacional, y comienza a funcionar el jardín Agro botánico de Santa Catalina que producía semillas, bulbos y

¹⁶⁰¹ PARISH ROBERTSON John y William. *Cartas sobre el Paraguay* Tomo 1. Hyspamèrica-EGA. Buenos Aires 1988. Carta IV pp. 38 y Carta V pp. 55.

¹⁶⁰² Ley 14294 Artículo 5°: *La nueva Reserva Natural conservará el status de lugar Histórico Nacional y de Reserva Ecológica declarados oportunamente.*

gajos de unas 350 especies de importancia económica, a la vez que mantenía canje con 143 jardines botánicos de 47 países de todo el mundo. El 31 de octubre de 1972 se crea la universidad nacional de Lomas de Zamora. La cual obtiene la cesión de 45 hectáreas del predio y tres cuartas partes del edificio central de Santa Catalina¹⁶⁰³.

Otros aspectos relevantes lo constituyen el contacto directo con la Reserva Natural y Parque Didáctico Municipal Santa Catalina y la proximidad con la cuenca de las lagunas de Rocha donde se identificaron 670 especies de plantas, 16 especies de mamíferos, 10 de peces, 7 de reptiles, 9 de anfibios y más de 50 de mariposas. La avifauna del predio, con 170 especies distribuidas en 45 familias, representa un 46 % de las aves de la provincia de Buenos Aires y un 15,5 % en la Argentina¹⁶⁰⁴. La diversidad de hongos de la reserva micológica es de varios cientos de especies¹⁶⁰⁵.

B.Necesidad de creación de la Reserva.

A tenor de los fundamentos de elevación del Proyecto de Ley¹⁶⁰⁶ no sólo es necesario sino urgente la creación de la Reserva Natural Provincial en este predio, atento las sospechas que despierta la venta de la mitad del predio por parte de la Universidad Nacional de La Plata a una empresa que hace disposición final de residuos

¹⁶⁰³ Ley 14294. BOPBA N° 26669 del 08/09/2011. Fundamentos.

¹⁶⁰⁴ Ley 14294 Artículo 2°: *Tal declaración se realiza en virtud que dicho predio, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 10.907, reúne los siguientes requisitos: a) Alberga especies migratorias, endémicas, raras o amenazadas, constituyendo un hábitat crítico para su supervivencia. b) Provee de lugares para nidificación, refugio, alimentación y cría de especies útiles. c) Constituye un área útil para la divulgación y educación de la naturaleza o de valor para el desarrollo de actividades recreativas o turísticas de acuerdo al plan de manejo asociadas a la naturaleza. d) Es lugar histórico declarado por decreto del PEN N° 877/61 y lugar Provincial declarado por la Ley 11.242. e) Por sus características, constituye un ámbito útil para: La realización de estudios científicos de los ambientes naturales y sus recursos. La realización de investigaciones científicas y técnicas y experimentación de medidas de manejo de comunidades o poblaciones naturales no perturbadas, o bajo regímenes de uso y aprovechamiento estrictamente controladas. La protección del suelo en zonas susceptibles de degradación y regulación del régimen hídrico en áreas críticas de cuencas hidrológicas. Conservar, en el estado más natural posible, ambientes o muestras de sistema ecológicos y disponer permanentemente patrones de referencia respecto a ambientes modificados por el hombre. Contribuir al mantenimiento de la diversidad biológica, asegurar la existencia de reservorios genéticos, mantenimiento de material vivo con potencial para obtención de beneficios útiles a la humanidad, en el desarrollo de especies domesticables o cultivables o bien para el mejoramiento genético y cruzamiento con especies domésticas o cultivadas. La repoblación (o reimplantación) de especies autóctonas raras o amenazadas o localmente escasas.*

¹⁶⁰⁵ De MAGISTRIS, Alberto A. y BAIGORRIA, Julián E.M. Op. Cit.

¹⁶⁰⁶ Ley 14294 citada.

urbanos como objeto de su estatuto y la autorización dada en el pasado para el relleno de cavas con el producido de la poda y escombros y actividades industriales precarias como la molienda de vidrio de descarte a cielo abierto. La decisión de declararlo Reserva Natural Provincial, en el marco de la Ley 10.907, encuentra voluntades para colaborar en su plan de manejo y mantenimiento en ámbito social, académico y político.

C. Creación de Reserva y protección del paisaje

La Ley 14294, crea en su artículo 1º una Reserva Natural en el citado predio denominado “Santa Catalina”, con una superficie de sólo 728 hectáreas, circundante a la Laguna de Santa Catalina, ubicado en el Partido de Lomas de Zamora, Circunscripción XV, (50 km al Sur de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en el marco de las previsiones establecidas en la Ley de Áreas Protegidas de la Provincia de Buenos Aires, Ley 10.907. Se hace la salvedad, que la protección a este lugar no sólo está dada por la adquisición de dichas tierras por parte del Estado Provincial sino con una declaración de paisaje protegido. Mediante lo primero¹⁶⁰⁷ se viabiliza el Derecho de Propiedad como técnica de protección principal que incluye la protección del paisaje como uno de sus objetivos de tutela como es ordinario en toda normativa sobre áreas protegidas¹⁶⁰⁸ pero sin que la norma se pronuncie por la categoría específica de Reserva a crear, teniendo en consideración que a primera vista hay una docena de posibilidades¹⁶⁰⁹. Con lo segundo se crea otra protección que es la que interesa principalmente a las páginas de este trabajo¹⁶¹⁰, como una forma de salvar un eventual

¹⁶⁰⁷ Ley 14294. Artículo 1º. *Declárase Reserva Natural al predio “Santa Catalina”, de aproximadamente 728 hectáreas, circundante a la Laguna de Santa Catalina, ubicado en el Partido de Lomas de Zamora, Circunscripción XV, en el marco de las previsiones establecidas en la Ley 10.907, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente.-*

¹⁶⁰⁸ Ley 10907. Artículo 4º. *Podrán ser declaradas reservas naturales, aquellas áreas que reúnan, por lo menos, una de las características que se enumeran a continuación: 1. b) Ser representativa de uno o varios ecosistemas donde los hábitats sean de especial interés científico o encierre un paisaje natural de gran belleza o posean una gran riqueza de flora y fauna autóctona.-*

¹⁶⁰⁹ Ley 14294 Artículo 12. *El Poder Ejecutivo, en forma previa a la instrumentación de la presente Ley, deberá verificar la situación dominial de las parcelas que integran el predio identificado en el artículo 1º mediante el correspondiente estudio de títulos, a fin de identificar a los titulares de las mismas y de tal manera efectuar la categorización de la reserva natural en los términos de la Ley 10.907 y de la presente Ley; así como constatar el cumplimiento de los cargos que oportunamente se establecieron sobre dicho predio.*

¹⁶¹⁰ Ley 14294 Artículo 2º. *Declárase Paisaje Protegido Provincial a las hectáreas del referido predio que se encuentren bajo el dominio del Estado Nacional, de conformidad con lo establecido en la Ley 12.704.*

cambio de destino en el ordenamiento territorial sobre tierras aledañas que no son de propiedad de la Provincia y que insumirían un costo exorbitante su expropiación para destinarlo a Reserva Natural, por el notable aumento del valor de la tierra en el sitio de protección. No obstante, este tipo de protección paisajística puede desnaturalizar los fines de los propietarios con antelación a la protección¹⁶¹¹, tal circunstancia parece ser la intención del legislador al derivar a la Ley de áreas protegidas las diferencias con los propietarios lo que implica que en principio es la técnica del Dominio Público la que se impone ante la duda para la protección del paisaje también, lo que constituye otra perla del plexo normativo de esta legislación tutelar del paisaje en esta provincia argentina¹⁶¹². Refuerza esta tesis el hecho de que se agrega un fundamento inusual en una norma de esta naturaleza como lo es la declaración de interés público en su protección y conservación, circunstancia ésta última que va de suyo en una norma tutelar de esta naturaleza porque cabe entonces preguntarse la razón por la cual el Estado Provincial recurre a la técnica que otorga mayor grado de protección sino considera de interés público su accionar protector del ambiente y el paisaje¹⁶¹³.

III. El Plan de Manejo de Tandil como modelo para los demás municipios argentinos

1. Introducción

El estudio al plan de manejo de este paisaje protegido comienza donde termina la Ley Provincial de creación de paisaje protegido en Tandil. Se trata de una competencia que deben desarrollar las autoridades municipales por habilitación del legislador provincial para exponer las directrices o normas generales que deben cumplir las distintas autoridades de Aplicación para los tres problemas más importantes que

¹⁶¹¹Ley 14294 Artículo 7°. *Las posibles causales que vulneren derechos adquiridos de personas públicas o privadas serán resueltas de acuerdo a lo establecido en la Ley 10.907.*

¹⁶¹²Ley 14294 Artículo 6°. *Serán de aplicación a la presente las normas previstas en la Ley 10.907 de Reservas y Parques Naturales de la Provincia de Buenos Aires y su Decreto Reglamentario 218/84 y Ley 12.704 de Paisaje Protegido de Interés Provincial.*

¹⁶¹³ Ley 14294 Artículo 4°: *Declarase de “Interés Público”, su protección y conservación, en función de lo expresado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.*

debe conjurar la legislación paisajística en comentario: plan de manejo, reconversión de las canteras a otra actividad y sustentabilidad social de estas medidas porque hay fuentes de trabajo que van a desaparecer y el equilibrio de sustentabilidad se quebraría si se atenta contra este criterio de sostenibilidad.

En las siguientes páginas daremos cuenta de estas tres directrices para dejar establecido cuáles son los límites que impone la legislación en este ejemplo de intervención paisajística, y, posteriormente daremos cuenta específicamente del plan de manejo que reúne estas Directrices en comentario, que ha estado a cargo exclusivamente de la autoridad municipal, si bien fue llevado a cabo todo el proceso de construcción de la norma mediante el procedimiento de educación e información ambiental por parte de una consultora integrada por la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional local (UNICEN). Los resultados fueron entregados al Municipio, junto a una propuesta de manejo en modelo legislativo.

Lo importante de este análisis es determinar si este modelo puede ser llevado a cabo en otros municipios para proteger el paisaje.

2.Directrices para el Plan de Manejo, la dificultad de su cumplimiento

La Ley hace referencia a un plan de manejo ambiental, con lo que tampoco incorpora las modernas técnicas de intervención paisajísticas que estudiamos en el caso de la Comunidad Valenciana. La cuestión puede ser salvada con la decencia y buena voluntad de los operadores paisajísticos, siempre que utilicen técnica específicas dentro del marco que brinda la ley que es el mencionado “plan de manejo ambiental” a cargo de la Autoridad competente que es el Municipio (Art 4) en congruencia con lo dispuesto por los artículos 5º y 9º de la ley 12704. Pero el Reglamento (Decreto Nº1766/2011), establece que el mismo será elaborado por la Autoridad de Aplicación Provincial, en este momento el OPDS (Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible), con el Municipio de Tandil, con la participación de otras autoridades provinciales con competencia en el tema (la Dirección Provincial de Minería) con lo que

se desdibujó notablemente la autonomía municipal en el punto. Dejamos el desarrollo de este Plan de Manejo expuesto en términos administrativos para las próximas páginas, para ocuparnos primero del texto legal.

Retomando el punto con el artículo 5º Ley 12704, algo hemos adelantado en ocasión de analizar el Artículo 5º Ley 12704 *in fine*, que textualmente reza...”*en aquellos casos en que el área sea de dominio privado, se deberá establecer un plan de manejo consensuado a fin de proteger el ambiente según los fines previstos*”...El artículo 9º es el que deriva a la reglamentación el establecimiento de las categorías (espacio verde o paisaje) y requisitos para el establecimiento del plan de manejo ambiental del área y los períodos de monitoreo para corroborar que se mantengan las condiciones que dieron origen a la declaración del área como tal.

Este plan de manejo tiene limitaciones legales con miras a la reglamentación que haría posteriormente la Autoridad de Aplicación Provincial (OPDS):

1. Prohibición de nuevas autorizaciones de explotación minera (Art5º).
2. Plan de reconversión a presentar en un año de plazo ante la Dirección Provincial de Minería, el mismo organismo encargado de la promoción de la actividad¹⁶¹⁴ (Art 6º).
3. Toda actividad minera de impacto sobre el paisaje¹⁶¹⁵, caducará en un año, contando a partir del vencimiento del plazo anterior (Art 7º).
4. El plazo para la reglamentación se establece en un año (Art 6º).
5. La falta de aprobación de los planes de reconversión o su incumplimiento culpable (Art. 8º) tiene dos consecuencias:
 - 5.1.La “interrupción anticipada” de la actividad minera, en donde suponemos la Ley se refiere a la caducidad de la concesión, licencia o autorización. No

¹⁶¹⁴ La Provincia de Buenos Aires es una de las mayores productoras mineras del país, principalmente en la extracción de minerales no metalíferos y rocas de aplicación indispensables en la industria de la construcción, obras viales y civiles de gran envergadura. La producción se concentra en unos 300 productores mineros, que mueven más de 10.000.000 millones de toneladas anuales entre los distintos materiales extraídos (calizas, granitos, arenas, tosca, arcilla, sales, etc.) y da trabajo a unas 2000 personas aproximadamente. FUENTE: <http://www.mp.gba.gov.ar/sicm/mineria> (Última revisión 01/09/2014)

¹⁶¹⁵ Es posible que considere minería subterránea que no impacta en el paisaje? La ley es ambigua en este punto.

obstante que en este punto se separa de las reglas generales de competencia y se deriva la misma a la Dirección Provincial de Minería¹⁶¹⁶.

5.2.Eventualmente, se pueden aplicar además las sanciones del artículo 10 Ley 12704 que a su vez reenvía al capítulo de las sanciones del Decreto-Ley 8751/1977 y de la Ley 11723.

Respecto de la primera de las normas mencionadas en 5.2., trata sobre faltas municipales como: amonestación, multa (hasta 100 salarios de un empleado municipal categoría mínima), arresto (falta de pago multa) e inhabilitación (Art 4 DL 8751/77). La principal observación que es posible efectuar a la aplicación de esta norma, es que no contempla la actividad minera entre las actividades que tutela y menos aún si dentro de la actividad regulada la infracción tiene relación con presentación de planes de reconversión, que es una conducta muy específica, que escapa aún al modelo de tipo contravencional abierto. La segunda de las normas mencionadas en 5.2.- es portadora del mismo problema que la anterior, con suerte resultaría aplicable por falta de presentación de la evaluación de impacto ambiental que debería correr incorporada al proyecto de reconversión, siempre que se trate de una planta o establecimiento que produzca residuos patogénicos o especiales (Art. 66 inciso c) ley 11723). No hay negligencias por actividades que generen conductas antisociales en el rubro minero, de manera que la aplicación de la faz represiva es casi nula.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir este Plan de Manejo Ambiental que en definitiva regirá la gestión paisajística (Art 4º) se destaca primero un plazo de presentación que es exiguo, de tan sólo cuatro meses contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario, plazo que es imposible de cumplir con la facción de un trabajo serio que no consista en un simple procedimiento de “*copy and paste*”. Los requisitos a cumplir son los siguientes:

a) Especificar los objetivos de conservación y desarrollo sustentable del área, en concordancia con la Ley N° 14.126;

¹⁶¹⁶ Decreto N°1766/2011. BOPBA N° 26454 (suplemento) del 8/10/2010. Artículo 7º. *El Acto Administrativo de cese de la actividad minera será emitido por la Dirección Provincial de Minería.*

- b) Diagnosticar con información actual las condiciones, problemas y conflictos ambientales del sitio;
- c) Realizar una zonificación del área y su zona de influencia, para su manejo operativo, incluyendo las propuestas de modificación de la normativa de ordenamiento territorial del partido de Tandil que resulten necesarias o convenientes para el cumplimiento de los fines de la ley;
- d) Formular las reglas de manejo de la zona protegida denominada "la poligonal", basándose en los objetivos propuestos, estableciendo la forma en que se organizará la administración del área y los mecanismos de participación de instituciones, grupos y organizaciones sociales interesados en su protección y aprovechamiento sustentable;
- e) Implementar un sistema de seguimiento y monitoreo a fin de evaluar anualmente los avances en la ejecución del Plan de Manejo Ambiental;
- f) Relevar e identificar las especies de flora y fauna silvestres existentes en el área y establecer medidas de protección;
- g) Establecer las acciones necesarias para mitigar el impacto ambiental negativo a realizar en el corto, mediano y largo plazo;
- h) Formular planes de contingencia para controlar cualquier problema o emergencia ecológica en el área protegida y su zona de influencia que pudiera afectar la integridad de los recursos y la salud de los pobladores locales;
- i) Establecer las condiciones para el acceso y circulación del público.

3.Directrices para la Reconversión, la falta de incentivos para su implementación

El plan de reconversión de la actividad de cada empresa minera instalada en la zona ahora protegida, se realizó de acuerdo a un procedimiento establecido por el Decreto Reglamentario en su artículo 6º, en donde el Municipio impulsaría el mismo. Primero intimando a las mineras para presentar las propuestas de reconversión, ofreciendo posteriormente posibilidades de inversión y desarrollo, con un plazo de tres meses de las mineras para responder. Estas presentaciones, de efectuarse debían ser remitidas por el Municipio a la Provincia para ser aceptadas o rechazadas por la

Autoridad de Aplicación Provincial (OPDS) por resolución fundada y en ochenta días. Antes de esto la Autoridad de Aplicación podía solicitar ampliaciones o correcciones, pero en ningún caso el plazo de resolución podía superar un año, teniendo en cuenta que todos estos plazos son improrrogables (Art 6 inc. h). Aprobados los planes de reconversión, debían ser puestos en conocimiento de las autoridades municipales, quienes tuvieron a su cargo el seguimiento de los mismos junto con el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), y la Dirección Provincial de Minería, a los efectos del ejercicio de su competencia como autoridad minera mientras las empresas seguían desarrollando actividades residuales de la minería en el marco de los planes de reconversión aprobados. Finalmente el último inciso de este artículo 6 del Reglamento, prevé que los planes de reconversión incluyan los nuevos planes de labores y explotación y de cese y cierre de la explotación minera, los cuales reemplazarán a las Declaratorias de Impacto Ambiental vigentes a la fecha de aprobación de los mencionados Planes de Reconversión.

4.Directrices para la sostenibilidad social, eficacia de las nuevas ideas

El costo social de la protección de este paisaje, está dado fundamentalmente por el desempleo que provoca el cierre de las empresas mineras que desarrollan sus actividades en el área objeto. El Reglamento hace provisiones al respecto, porque cada empresa deberá acreditar en su plan de reconversión la documentación laboral de cada nómina de personal en relación en dependencia, y posteriormente acompañar la documental que acredite el fin de la relación laboral, con la liquidación de sus indemnizaciones por despido, los datos que lleven a justificar y corroborar la misma. Asimismo dentro del marco de la Autoridad de Aplicación provincial del Trabajo, se proveerá la tutela de los trabajadores despedidos quienes serán asesorados personalmente al respecto. Esta última Autoridad redactará informe que comprenda el perfil técnico profesional de cada trabajador que haya manifestado su voluntad de incorporarse al gobierno provincial y/o municipal (Art 10 Reglamento). Los trabajadores que hubiesen prestado su expresa conformidad, serán incorporados en las plantillas de los gobiernos municipal y provincial en partes iguales, a dichos efectos se considerará

no sólo la cantidad de trabajadores incorporados, sino también la masa salarial a abonarles, los que deberán resultar equivalentes. Como el marco legal que aborda esta temática es derivado del Derecho Laboral y Previsional, nos eximimos de comentario, a la vista de su falta de relación con el Derecho del Paisaje y en todo caso Ambiental.

5. Plan de Manejo

El Plan de Manejo fue aprobado por Resolución administrativa¹⁶¹⁷, que aprueba en el ámbito del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, el plan de manejo ambiental del área del Partido de Tandil denominada “La poligonal”¹⁶¹⁸, invocando el artículo 28 de la constitución provincial que incorpora la variable ambiental en su parte dogmática y la ley general del ambiente provincial 11723 que aplica y desarrolla la norma constitucional referida para la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, se recalca que el presente acto administrativo (que en rigor de verdad es de contenido general) se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la ley provincial de ministerios de la provincia 13757¹⁶¹⁹ y su artículo 32 que es el que establece las facultades del titular para la agencia ambiental provincial (Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible), en una no muy clara delegación de funciones por parte del Gobernador ubicada en el filo del principio de legalidad y dentro de éste el de reserva, para que tal norma, en rigor de verdad un Instructivo, tenga alcances de contenido general dado que se afectan derechos individuales como el de los propietarios privados del área protegida. Debe tenerse presente también el plexo normativo sobre patrimonio cultural porque la Provincia de Buenos Aires¹⁶²⁰ solamente establece la expropiación en caso de que el propietario no acepte condiciones de conservación y preservación que les serán propuestas por la comisión provincial del patrimonio cultural con inscripción en registros públicos (Art 5 inciso a) o

¹⁶¹⁷ Resolución OPDS N° 17/11. BOPBA N° 26548 (suplemento) del 03/03/2011. Expediente N° 2145-6092/10

¹⁶¹⁸ *Ibíd.* Artículo 1°: *Aprobar en el ámbito del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, el Plan de Manejo Ambiental del Área del Partido de Tandil denominada “La Poligonal”, que como Anexo Único integra la presente, conforme lo expuesto en la parte considerativa.*

¹⁶¹⁹ Ley 13757. BOPBA N° 25796 del 06/12/07.

¹⁶²⁰ Ley 10419. BOPBA31/07/86 N° 20.804.

importe la conservación y/o preservación del bien una limitación del dominio (Art 13º). Ello porque la apreciación paisajística es cultura también y por lo tanto los alcances de su legislación se aplican al caso. Este diseño normativo no brinda seguridad jurídica, porque no somete a la jurisdicción de la ley una materia a ella reservada y sí a la voluntad de una persona por loables que sean sus intenciones, confundiendo la división de poderes. A continuación analizaremos lo sustancial del plan de manejo según las cinco partes en que se divide y finalmente un anexo donde se incorpora un plan de contingencia que también merece una opinión somera en este análisis.

5.1. Información general del sitio

En sus lineamientos, (3) el Plan de Manejo se define como herramienta técnico-administrativa para la planificación del manejo ambiental de un área, hacia el logro de sus objetivos de conservación en el corto, mediano y largo plazo. Resultado de un proceso de construcción colectiva en el...”*que participaron los actores sociales e institucionales interesados, que luego será protocolizado en los diferentes marcos regulatorios, de tal manera que se asegure su legitimidad social, su continuidad política y de gestión*”¹⁶²¹....En la realidad de los hechos, ninguna Autoridad de Aplicación actúa como escribanía de los procesos sociales, porque hay una responsabilidad política que debe ser ejercida, pero los talleres de trabajo se realizaron y arrojaron un resultado, lo cual debe ser destacado.

Los criterios del Plan de Manejo son la conservación, planificación, participación y legitimación social, entendiéndose por tal un proceso dinámico que debe ser actualizado permanentemente¹⁶²² y que comprende varios aspectos: descriptivo¹⁶²³, ordenamiento, normativo, y operativo (fase de implementación)¹⁶²⁴ con componentes descriptivos (en donde se almacena la información básica de este territorio, que

¹⁶²¹ Ibídem. Punto 3 del Plan de Manejo.

¹⁶²² Ibídem. Punto 4 del Plan de Manejo.

¹⁶²³ Si bien no surge del texto se entiende la “descripción del paisaje”, que como está en permanente cambio debe ser permanentemente actualizada por el monitorio.

¹⁶²⁴ Ibídem. Punto 5 del Plan de Manejo.

justifiquen decisiones), de ordenamiento, normativo y operativo (monitoreo, seguimiento y ajuste del plan). Asimismo confiesa objetivos generales (ley 14129¹⁶²⁵) y específicos entre los que se encuentran: uso del agua, conservación de cuencas hídricas, conservación y manejo sustentable de fauna y flora, gestión ambiental de agro-sistemas (buenas prácticas agrícola-ganaderas), turismo sustentable, reconversión de canteras, planificación territorial, educación ambiental y energías alternativas.

Llama la atención que en este plan de manejo no exista un sólo objetivo específicamente relacionado con el paisaje que se dice estar protegiendo, siguiendo el ejemplo de los estudios de paisaje de la ley valenciana¹⁶²⁶. Por ejemplo la definición y delimitación de unidades paisajísticas a partir de las cuencas visuales más importantes para la percepción del territorio. Delimitación de áreas que debieran ser objeto de atención prioritaria por su fragilidad o de zonas que precisen de protección de vistas, consideradas de elevado valor. Proponer medidas para la mejora paisajística de los ámbitos degradados y de restauración paisajística en ámbitos con elevado grado de deterioro. Incorporación de estudios de paisaje por los instrumentos de ordenación y gestión de carácter sectorial ausentes en su Plan de Ordenamiento Territorial.

El contenido del Plan (Punto 8 Plan de Manejo) *-como en todo instrumento de estas características-* hace referencia a la información general del sitio, ubicación geográfica, límites, accesos, con mapas, descripciones, etc., que no reiteramos aquí por exceder a este trabajo, solamente traemos a colación las superficies de las diferentes áreas protegidas: con 14.070 hectáreas el total de la superficie protegida, de las cuales 7427 hectáreas pertenecen al área rural¹⁶²⁷, 3920 hectáreas al área

¹⁶²⁵ Ley 14129. Artículo 2º *La presente Ley tiene por objeto conservar y preservar la integridad del paisaje geográfico, geomorfológico, turístico y urbanístico del área especificada en el artículo 1º.*

¹⁶²⁶ Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, Artículo 29. Acciones. 2. *Las medidas de protección del paisaje son acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje. Se propondrán para aquellos espacios en que esté justificado su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o de la acción del hombre. 3. La gestión del paisaje está constituida por acciones encaminadas a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales desde una perspectiva de desarrollo sostenible. 4. La ordenación del paisaje está constituida por acciones que tienen por objeto mejorar, restaurar o crear paisajes”...*

¹⁶²⁷ Punto 5.c del Plan de Manejo. El área rural: *es aquella destinada al emplazamiento de usos agrícolas, forestal, ganaderos, industrial, turístico, y otros.*

complementaria¹⁶²⁸, y 2723 hectáreas al área urbana¹⁶²⁹ dentro de la poligonal que es la ciudad de Tandil, la cual parece estar protegida también como paisaje urbano, sin que pareciera ser advertido por el Legislador que realizó toda una tarea con objetivos puestos en las sierras de Tandil y no en la ciudad de Tandil, desde donde se ven las sierras que se protegerían, porque el artículo 2º de la Ley 14129 no distingue. Se hace específica referencia a las canteras dentro de la Poligonal en un total de cinco, El Centinela, Carba S.A.(471 has.), El Naranjo (66 has), El Trincante y Montecristo.

El Contexto Sociocultural, tiene una exposición direccionada a resaltar a Tandil como ciudad turística, la cual según este plan de manejo se ha modernizado sobre la base de su aptitud paisajística, expresión ésta última de muy difusos y ambiguos alcances. El valor agregado de este paisaje, es para el Plan dado por las antiguas serranías del Sistema de Tandilia, y la actividad turística definida por dos circuitos tradicionales: el religioso en torno a la réplica del Monte Calvario en escenario natural y el netamente paisajístico dado por las Sierras de Tandilia, con 7000 plazas hoteleras habilitadas lo que multiplica por diez la disponibilidad de la década anterior, posiblemente incentivada por la caída de la industria metalúrgica en los 80` y 90` que había dado auge y crecimiento a la ciudad en los últimos 50 años.

En este sector, el Plan de Manejo distingue bajo el título "Fisonomía del Paisaje": el original del actual. El paisaje original "*lo constituyen las sierras, su flora y fauna autóctona, con presencia aun en la actualidad, con el territorio altamente antropizado. En los faldeos serranos, se puede observar la presencia de especies botánicas del género Stipa, perteneciente a la Familia de las Gramíneas; y de aves y mamíferos como el chajá, perdices, martinetas y otros como la vizcacha, cuises, comadreja*"¹⁶³⁰. El Paisaje actual lo conforma el paisaje natural..."*más todos los elementos introducidos en el territorio por el hombre. Está altamente antropizado, y esto*

¹⁶²⁸ Punto 5.b del Plan de Manejo. El área complementaria: *esta área circundante al área urbana, constituye la superficie de transición entre lo urbano y rural. Se encuentra en su mayor parte, por encima de los 220 msnm.*

¹⁶²⁹ Punto 5.a del Plan de Manejo. El Área urbana: *es el área destinada a asentamientos humanos intensivos y con ello la implantación densa de la residencia y de diversas actividades terciarias y las de producción.*

¹⁶³⁰ Punto II.1.Plan de Manejo.

se debe entre otros factores a un crecimiento exponencial de la población lo que conlleva a una mayor demanda del espacio y a su vez a una creciente competencia de usos en el mismo¹⁶³¹”...

Se hace una superficial referencia a la hidrología e hidrogeología y a la topografía del territorio protegido, que condiciona los cursos de agua de régimen transitorios y efímeros determinando mayores gradientes y un rápido escurrimiento superficial con aportes de parte de sus aguas al subsuelo. Las curvas de nivel que atraviesan el área de interés para el análisis son la 220, 250 y 280 metros sobre el nivel del mar¹⁶³². La geología y edafología referida en el Plan de manejo sucintamente, indica que las Sierras de Tandil pertenecen al macizo de Tandilia, que se formó geológicamente hace 2.500 millones de años con unos 300 kilómetros de largo -desde Olavarría hasta Mar del Plata, donde concluye en el Cabo Corrientes, terminando dentro de la plataforma marítima.

Se advierten dos ambientes fisiográficos: la Pampa Húmeda o Llanura Chaco-pampeana y el Sistema Serrano de Tandilia. Este último, ocupa la parte sur y occidental del término territorial del Partido, llegando a tener las mayores cotas en algo más de 500 metros sobre el nivel del mar. En el sector serrano compuestos por afloramientos de rocas del basamento se ubican las divisorias de agua superficiales de las subcuencas del área de estudio. Estas elevaciones de roca precámbricas poseen escasa altura relativa en relación con la llanura circundante, no superando en general los 200 metros. Los cerros más prominentes son La Blanca (501,90 msnm, figura 1), Montecristo (396 msnm.) y San Luís (435 msnm)¹⁶³³. El clima es subhúmedo serrano en razón del ambiente geomorfológico dominante, que conduce a un aumento muy leve de las precipitaciones en los faldeos orientales de las sierras y al incremento de las heladas¹⁶³⁴.

¹⁶³¹ *Ibíd.*

¹⁶³² *Ibíd.* Puntos II.II y II.III.

¹⁶³³ *Ibíd.* Puntos II.4.

¹⁶³⁴ *Ibíd.* Puntos II.5. *Estudios recientes han comprobado que parte de los ingresos de aire polar que llegan a esta región se trasladan desde el Pacífico, (corriente de Humboldt), produciendo precipitaciones en la región andina; al descender hacia el Este sufren un calentamiento y estas masas de aire frío y seco llegan a la Provincia de Buenos*

La flora característica de la eco región es el pastizal pampeano templado, cuya comunidad dominante es el flechillar, de alta palatabilidad ganadera en la que predominan géneros de Gramíneas como stipa, piptochaetium, Bromas, Aristidas, Briza, Setaria, Mélica, Poa, Paspalum y Eragrostis. Diferentes limitantes edáficas y geomorfológicos dan lugar a la presencia de otras comunidades vegetales: pastizales halófilos, con pasto salado y espartillo; pastizales diversos, pastizales de médano y comunidades boscosas restringidas a barrancas y cordones de conchilla litorales: los talares¹⁶³⁵. Las sierras y cerrilladas albergan aproximadamente un total de 600 especies de plantas vasculares, que corresponden al 90 % de las especies descritas para la zona¹⁶³⁶. A nivel más general, se han descrito una gran riqueza en endemismos para la Pampa Austral¹⁶³⁷.

La fauna autóctona se refugia en los pastizales y pajonales: cuises, zorros, gatos monteses y ñandúes, y sirve de alimento para numerosas especies de aves y algunas especies de plantas valuadas como fuente de germoplasma. Debido a que las comunidades de pajonal no están representadas dentro de áreas protegidas, su

Aires con temperaturas superiores a las de origen. La acción moderadora del mar se manifiesta restando rigurosidad al invierno. La confluencia del relieve, por su escasa altura, es pequeña y esto aumenta la frecuencia de las nieblas, por el rápido enfriamiento de las rocas desnudas. En general, el clima es suave, sin situaciones extremas. La temperatura promedio anual es de 14° C, con máximas promedio de 20° C, con mayores registros en el mes de enero; y mínimas promedio cercanas a los 8° C. Los meses más fríos son: junio, julio y agosto. La frecuencia anual de días con heladas es de 30 a 60, y son más abundantes en las zonas de sierras, ya que se asientan en las partes deprimidas”...

¹⁶³⁵ *Ibídem. II.6 Flora y Fauna. Las sierras son un punto de concentración de biodiversidad y albergan especies cuya conservación merece especial atención por ser endémicas de las sierras y de la región: Poa iridifolia, Baccharis tandilensis, Plantago tandilensis, Nothocactus mamulosus var pampeana. Entre la fauna, la loica pampeana (Sturnella defilippi), la lagartija tandilense (Liolemus tandilensis), el sapito de la sierra (Melanophryniscus sp.). Las de distribución restringida: Mimosa tandilensis, la orquídea Geoblasta penicillata, los helechos (Salle, 2010), los líquenes (Lavornia, 2009), los cactus. Albergan poblaciones de helechos (Rumhora adiantiformis) que sustentan una actividad económica importante a nivel local con extracción de productos que se distribuyen a nivel nacional, por lo que es necesario proteger la especie y regular la actividad extractiva (Salle, 2010). Es área de nidificación (compartida con las sierras de Ventania) del único águila que habita la provincia de Buenos Aires, el águila mora (Geranoaetus melanoleucus).*

¹⁶³⁶ *Ibídem. Los pastizales y arbustales de sierras y cerrilladas constituyen fragmentos de la vegetación original que antiguamente cubría también la zona interserrana, actualmente cultivada.*

¹⁶³⁷ *Ibídem. como las gramíneas Festuca ventanicola, Festuca pampeana, Stipajuncoides Bromus bonariensis y Poa iridifolia, y las latifoliadas, Senecio ventanensis y Plantago bismarckii. Estas afloran en las estepas y sitios rocosos ubicados a más de 500 m. Los sistemas serranos de Tandilia y Ventania concentrarían el 67% de las especies de plantas vasculares con mayor prioridad de conservación en la provincia de Buenos Aires.*

reemplazo progresivo es un punto importante para la conservación de la región pampeana. En el área de Tandilia, la composición de las comunidades vegetales y sus patrones espaciales a nivel del paisaje, se relacionan con variaciones topográficas y con tipos de uso de la tierra: agrícola-ganadero, minería y pastoreo sobre el sistema serrano y turístico recreativo basado en el valor patrimonial de su paisaje¹⁶³⁸.

El avance de especies exóticas es uno de los peores problemas para el ambiente no sólo producen daños a la biodiversidad, sino también a los sistemas agrícolas y a la economía de los pueblos, al tiempo que muchas de ellas afectan también la salud humana. Las especies invasoras pueden transformar la estructura de los ecosistemas y afectar a las especies vegetales nativas que los componen, ya sea por competencia o por cambios en las condiciones ecológicas de las que dependen¹⁶³⁹.

5.3. Diagnósticos

La zonificación, está definida en el Plan de Manejo...*"como una técnica de planificación y ordenamiento territorial que permite organizar racionalmente el uso del espacio dentro del área y que se define por los criterios técnicos que consideren el o los administradores de la misma"*...La zonificación interna de un área tiene como objetivo distribuir los ambientes más aptos a los distintos usos, siempre que sean compatibles con los objetivos de manejo del área. Cada División que comprende la zonificación debe contar con normas específicas de uso que son permitidos y restringidos para cada una de ellas.

¹⁶³⁸ *Ibíd.*...*"El proceso de desaparición y fragmentación, particularmente de las comunidades de las zonas media y baja de la sierra, al que se encuentran sometidos actualmente tienen como consecuencia concreta el desplazamiento de especies nativas, la simplificación de los sistemas y el avance e invasión de especies exóticas, que son también causa y efecto del mismo proceso, y la consecuente degradación de sus servicios ecosistémicos. Una de las principales consecuencias biológicas de la fragmentación es que los relictos de hábitats que resultan de este proceso se comportan como "islas" que son incapaces de sostener la misma cantidad de especies que contenían originalmente cuando estaban contiguos. Es por esta razón que se ha podido establecer una clara relación entre el proceso de fragmentación y la reducción local del número de especies"*...

¹⁶³⁹ *Ibíd.*...*"La zona serrana está siendo invadida por varias especies con distinto grado de agresividad. Las especies más peligrosas son la retama (*Spartium junceum*), la retamilla (*Genista mospessulana*), la zarzamora (*Rubus divaricatus*), y el pino (*pinus alepensis*), a las que se suman la rosa mosqueta y ligustro"*...

5.4. Propuesta de Manejo Integral

De todo el larguísimo desarrollo de este punto, asumimos el punto 5 que refiere a la reconversión como el que amerita un comentario en este trabajo por constituir el aspecto más individualizado e inaccesible de este caso, como no sea consultando directamente esta normativa subexámen.

La reconversión de canteras es el punto más importante de esta parte del Plan de Manejo. Los impactos ambientales generados por la actividad minera en las Sierras de Tandil han producido en la sociedad un cambio histórico. Cuando, desde los albores se consideraba a la actividad minera como principal actividad económica de Tandil, hoy se procura conservar la integridad del paisaje serrano, fortaleciendo la actividad turística de modo compatible con dicha perspectiva. El incremento del número de turistas a lo largo del tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad de una visión integral que aproveche el potencial económico de estos recursos sin deteriorar sus valores. En los últimos años, la sociedad tandilense ha reclamado fuertemente el cese de las actividades mineras y la creación de alternativas, que permitan preservar las Sierras, generando otras actividades de mínimo impacto. Es en este contexto, desde la provincia se sanciona la Ley 14.126 que declara Paisaje Protegido de Interés Provincial al Área de La Poligonal.

Los lineamientos básicos de todo proyecto de reconversión de canteras son los siguientes:

- * considerar que los proyectos turísticos deben asumir la existencia previa de pasivos ambientales para mitigar con esta nueva explotación
- * sostenibilidad como objetivo de estos proyectos con acciones de mitigación y/o restauración de potenciales pasivos ambientales generados en mediano y largo plazo.
- * Indivisibilidad de las otrora áreas de extracción como unidades parcelarias en miras a proyectos turísticos sostenibles.
- * Todos los proyectos deben tener el mismo contexto documental.

- * Todos deben presentar Estudio de Impacto Ambiental, y aunque el Plan de manejo no lo dice, pensamos que debe presentar un proyecto paisajístico dentro de tal Estudio.-
- * Considerar, para la formación de espejos de agua, diseño de manera que el límite del pelo de agua se establezca a nivel del terreno natural.
- * Las actividades deportivas deberán basarse en criterios de deportes no invasivos y de bajo impacto y en la normativa vigente.
- * Para cada actividad tener en cuenta la capacidad de carga del área.

En el rubro de actividades posibles en los proyectos autorizables lucen las turísticas -sin referencia alguna a las meramente paisajísticas- como las que han sido objeto de una mayor inclinación del legislador¹⁶⁴⁰, con ejemplos meramente enunciativos que de ninguna manera pueden coartar la aplicación de la ley siempre que se enmarque en los criterios y lineamientos del Plan de Manejo¹⁶⁴¹.

La planificación del territorio, no ofrece todavía estudios específicos pero¹⁶⁴², en cuanto a relevamiento del uso actual de las tierras protegidas, se infiere en que más del

¹⁶⁴⁰ *Prestaciones Turísticas; alojamientos turísticos hoteleros con un máximo de 35 habitaciones o 70 plazas, sugiriendo una altura máxima total de edificación de 7,5 m. Campings; servicios para Turismo aventura y/o Turismo Activo; actividades deportivas de bajo impacto ambiental; anfiteatros para eventos culturales; establecimiento de senderos interpretativos de uso general y de uso restringido. (Senderos geológicos, Sendero de observación de flora y fauna, Observatorios de aves); puesta en valor del patrimonio geológico minero. (por ej. Museo de picapedreros); centro de interpretación, tiene como objetivo interpretar la información ambiental que ofrece el medio en el que se encuentra éste, con especial incidencia en la observación de la intervención humana en la operación sobre áreas naturales, conservación o recuperación de los recursos ambientales del entorno; parque escultórico; actividades científicas, Actividades Recreativas (ambientalmente sustentables) y Educativas; observatorio astronómico; arqueología industrial; actividades comerciales y de elaboración de pequeña escala, relacionadas con el rubro turístico; las actividades y usos posibles podrán ser considerados, por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de las evaluaciones de las circunstancias particulares de cada caso, sobre las distintas propuestas que pudieren ser presentadas.*

¹⁶⁴¹ *Las acciones posibles dentro de este contexto, y también de manera enunciativa e inclinación a lo ambiental y cultural antes que al paisaje son las relacionadas con el ambiente a restaurar en lo natural y cultural; Identificar las áreas asociadas a pasivos ambientales mineros del sistema de Tandilia y diagnosticar su estado; analizar los elementos culturales y naturales de los pasivos ambientales, potencialmente aptos para usos alternativos; generar propuestas, entre ellas las de usos recreativos alternativos para la reconversión de pasivos ambientales mineros; relevar y diagnosticar la situación ambiental actual; identificar y clasificar pasivos ambientales existentes; diseñar estrategias de monitoreo y control de seguridad; generar propuestas de reconversión, según el instructivo de lineamientos bases, para la reconversión.*

¹⁶⁴² *La planificación territorial, otorga la posibilidad de ordenar las actividades humanas, en función de la zonificación de tipos de usos del suelo. Es una instancia valiosa en la ordenación de una ciudad o de un área determinada. Tandil continuará creciendo, por lo que es fundamental avanzar en una adecuada planificación del uso de las tierras del Partido. Considerando que el objetivo general de la Ley N° 14.126 es conservar y preservar el*

50% de la misma se encuentra afectada por actividades asociadas al medio rural (actividades agrícolas, ganaderas, tambos, canteras, turismo rural, etc.)¹⁶⁴³. El marco legal vigente reconoce la potestad y la obligación estatal de organizar y regular el territorio, cuidando del bien común y protegiendo el ambiente (Ley 8912/ 1977 y ccdes). El Partido de Tandil cuenta con el Plan de Desarrollo Territorial/ “PDT” (Ordenanza 9865/ 15 noviembre 2005), que es una excepción en el Provincia dado que no es común advertir municipios con otro ordenamiento territorial que no sea el que surge del mencionado Decreto Ley 8912/ 1977. En la citada Ordenanza, se han indicado y regido los usos del suelo establecidos para el área urbana y complementaria (Anexo 2 del PDT Ordenanza 9865/ 2005). El mismo “PDT”, establece una “Zona Protegida Natural Sierras de Tandil” para la cual se debe presentar aún un Plan de Manejo.

Como se indicara anteriormente la zonificación del área, que incluye las tres zonas definidas en el “PDT” (urbana, complementaria y rural), se elaboraría a partir de la definición de criterios que respondan a la complejidad del paisaje, abordando las dimensiones socio-económicas y ecológicas del territorio. La identificación de aptitudes y restricciones de uso y ocupación de cada unidad delimitada en la zonificación, permite diseñar la planificación territorial del área, atendiendo a las demandas de los distintos tipos de uso de las tierras.

La planificación territorial y la regulación de los usos deben contemplar la preservación del Patrimonio Natural y Cultural. El área a gestionar es compleja y como tal, las variables para su análisis son diversas, escapando su expresión al área “poligonal” protegida. La zonificación y los distintos grados de protección deberían responder a la existencia en el territorio de los valores que se pretende preservar. Considerando que la zonificación supone la diferenciación y delimitación de áreas sujetas a distintos niveles de protección, desde el más estricto para aquellas de mayor

paisaje, la planificación territorial y la regulación de los usos del suelo deben guardar coherencia con dicho objetivo general. En este sentido es importante ver cuál es el ordenamiento vigente y que es lo que hace falta adecuar y/o agregar.

¹⁶⁴³ *Informaciones brindadas por el Municipio, indican que el 19,3% corresponde al Área Urbana, un 27,9% es Área Complementaria y un 52,8% es Área Rural.*

importancia, áreas de amortiguación y áreas de menor restricción, se trata de realizar la planificación de modo que los distintos usos puedan realizarse en los lugares adecuados para los mismos y con el menor impacto. Ello demanda estudios integrados e interdisciplinarios del territorio que implican levantamientos de los diferentes componentes físicos de las tierras, como asimismo de sus interrelaciones e interacciones con indicadores socioeconómicos involucrados en los modelos de uso de las mismas. Se deberá elaborar una adecuada zonificación la cual facilitará la identificación del conjunto de Aptitudes y Restricciones de cada zona, que permitirá elaborar una correcta planificación del uso del suelo. Al incorporar a la Zonificación los estudios del uso actual, se podrán identificar áreas de conflicto y los principales impactos ambientales.

En este contexto el Plan de Manejo recomienda las siguientes acciones que mencionan sólo residualmente aspectos puramente paisajísticos, porque deben deducirse a partir de lo ambiental:

- Definir prioridades presupuestarias en base al diagnóstico integral del área.
- Establecer criterios de zonificación, para determinar el uso de suelo que consideren los aspectos ambientales económicos y socio-culturales.
- Desalentar, la urbanización en el conjunto serrano, siguiendo las pautas del Plan de desarrollo Territorial del Partido de Tandil.
- Reforzar mecanismos de control, a través del poder de policía en base a un cuerpo de inspección ambiental o guardas ambientales.
- Proponer un Programa de Intervención ambiental.
- Diseñar y poner en marcha una estrategia de conservación del paisaje, y promoción de buenas prácticas ambientales en el área protegida.

En el apartado correspondiente a la educación ambiental busca promover una nueva relación de la sociedad humana con su entorno, a fin de procurar a las generaciones futuras un desarrollo personal y colectivo más justo, equitativo y sostenible, que pueda garantizar la conservación del soporte físico y biológico sobre el

que se sustenta¹⁶⁴⁴. Es la herramienta donde tal vez se vuelque mayor importancia al paisaje diferenciándolo con más claridad respecto del paisaje con objetivos¹⁶⁴⁵ y acciones¹⁶⁴⁶ concretos.

5.5.Propuesta de Plan Operativo Anual y Plan Estratégico

El primer Plan Operativo que se dio a conocer y corresponde al Año 2011 se desarrolla con un cronograma tentativo de actividades, para tener concluido para el mes de noviembre la programación a largo plazo del Plan de Manejo Ambiental. Se hace referencia a los recursos hídricos, flora y fauna, agro ecosistemas, turismo sostenible, reconversión de canteras, planificación territorial, educación ambiental y energías alternativas.

5.6.Sistema de Seguimiento y Monitoreo. Plan de Contingencia

Entre las herramientas para el control de gestión, se encuentran los indicadores ambientales, que suponemos en algún momento utilizarán indicadores específicamente paisajísticos para monitorear el paisaje que es el objeto específico de esta ley¹⁶⁴⁷, pese

¹⁶⁴⁴ *Ibídem.* Con la educación ambiental se trata de facilitar, desde una aproximación global e interdisciplinaria, la comprensión de las complejas interacciones entre las sociedades y el ambiente. Y esto a través de un mejor conocimiento de los procesos ecológicos, económicos, sociales y culturales, es decir, del análisis crítico de los problemas socio ambientales y su relación con los modelos de gestión y las acciones humanas. Con la educación ambiental se pretende fomentar el compromiso para contribuir al cambio social, cultural y económico, a partir de un amplio abanico de valores actitudes y habilidades que permita a cada persona formarse criterios propios, asumir su responsabilidad y desempeñar un papel constructivo.

¹⁶⁴⁵ *Objetivos:* • Promover una toma de conciencia crítica y sensible respecto de la conservación del paisaje y de todos sus elementos constitutivos. • Priorizar y promover líneas de investigación integrada a necesidades de manejo específicas y que sirvan a los intereses sociales y educativos. • Tender a incorporar nuevos contenidos actitudinales coherentes con hábitos de respeto hacia el medio ambiente.

¹⁶⁴⁶ *Acciones:* Las acciones listadas a continuación fueron elaboradas teniendo en cuenta los aportes generados en distintas instancias participativas. • Crear programas de capacitación sobre valores patrimoniales, culturales y naturales sostenidos en la identidad local dirigidos a la población. • Armar una red de información permanente a la comunidad a los efectos de crear conciencia proteccionista utilizando todos los medios disponibles (educación pública y privada, medios de comunicación, material publicitario, etc.). • Establecer canales de diálogo y/o comunicación formales, abiertos y participativos. • Fortalecer la imagen de Paisaje Protegido de Tandil, mediante las siguientes acciones: o Incluir en la comunicación oficial las palabras Paisaje Protegido. o Reforzar la imagen de Paisaje Protegido de Tandil. incorporándola en el Día de la preservación de las Sierras o Adecuación de señalética vinculada al Paisaje Protegido.

¹⁶⁴⁷ *Ibídem.* Todo Plan, Programa, Proyecto o Acción debe tener la capacidad de identificar de manera adecuada los indicadores del entorno, ya que es fundamental para tomar las mejores decisiones, contar con dicha

a todo se recomienda aplicarlo en todo el término municipal del partido. Los indicadores ambientales que utiliza este Plan de Manejo son de presión, estado o respuesta.-

El indicador de PRESION es aquel que considera, variables que afectan al ambiente, tales como: uso del suelo; crecimiento poblacional; áreas verdes total y relac/habitante; arbolado público; calidad de los cuerpos de agua superficiales; expansión del área urbanizada; caudales bombeados de origen subterráneo; especies invasoras; residuos sólidos urbanos; consumo energético; producción y consumo de agua; grado de impermeabilización del suelo; expansión del área urbanizada, etc.

El indicador de ESTADO es aquel que aporta, datos verificables, tales como: situación de la salud de la población actual; crecimiento ínter censal; crecimiento turístico del área; etc.

El indicador de RESPUESTA son básicamente las acciones que, dan solución a la problemática, tales como: Plan Especial de Manejo – Programa de intervención ambiental; cobertura de salud; legislación ambiental; educación ambiental; superficie de áreas protegidas administradas; planes de vivienda; Infraestructura de servicios de saneamiento; servicios sociales.

Plan de Contingencia

En un Anexo, se agrega un plan de contingencia, entendiéndose por tal a un conjunto de procedimientos operativos específicos y preestablecidos que tienen por objeto en términos generales de coordinación, alerta, movilización y respuesta ante la

herramienta; una elección incorrecta de la información o una pobre comprensión de lo que significa el indicador puede llevarnos a interpretaciones y acciones equivocadas. Por ello, es importante enfatizar que un indicador es una herramienta y no un fin mismo. Asimismo, el diseño de políticas ambientales, tanto a nivel regional como local, exige el desarrollo de un sistema de indicadores de desempeño ambiental que proporcione información objetiva, concisa y comparable. Para el monitoreo y seguimiento, del Plan de Manejo Ambiental, se ha evaluado la conveniencia de utilizar la propuesta del modelo de Presión-Estado-Respuesta (PER), propuesto por Environment Canadá y la OCDE (OCDE, 1993), que se basa en una lógica de acción-respuesta entre la economía y el medio ambiente.

manifestación o la inminencia de un fenómeno peligroso particular, para el cual se tienen escenarios de efectos definidos. Se entiende que estos planes de contingencia deberían ser operativos para evitar o al menos minimizar la destrucción del paisaje. Requiere procesos de construcción y actualización permanente y debe ser consensuado, compartido y conocido por toda la comunidad. Es decir, aunque buena parte de un plan contiene aspectos técnicos y de información específica, su elaboración demanda un acuerdo colectivo que debe involucrar a todos los sectores y grupos sociales de la comunidad a la que se destina¹⁶⁴⁸.

Además de las principales características de la ciudad de Tandil y su población, el plan debe contemplar los aspectos operativos y de organización para la respuesta, incluyendo el desarrollo de protocolos, los recursos para la atención de personas afectadas, las acciones de preparación de la comunidad y las instancias de actualización.

Los objetivos específicos son: optimizar la organización para dar mejor respuesta a los eventos, incrementar la eficacia y eficiencia; inventariar recursos disponibles; coordinar la mejor actuación de dichos recursos; coordinar comunicación, fortalecer institucionalmente los actores, capacitar y orientar para los desastres a la comunidad.

6.Últimos encuadres en la Ley de Paisaje protegido

Finalmente cabe destacar que la actividad legal de encuadre en Paisaje Protegido no se ha terminado con el caso de Tandil. Hay varios proyectos de ley en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires que buscan encuadrar determinados paisajes o espacios verdes en éste marco normativo, baste hacer referencia, sin pretensión de exhaustividad alguna, el caso del Parque Miguel Lillo en Necochea, de zonas aledañas a la localidad de Berisso, o en el Municipio de General Rodríguez por mencionar algunos casos, de los cuales este último arrojó novedad legislativa porque a

¹⁶⁴⁸ *Ibíd.* Cada plan se elabora en relación con un espacio territorial acotado y un momento determinado, definiendo escenarios de riesgo. De este modo, las características geográficas, estructurales, demográficas, institucionales de la ciudad forman parte de esos escenarios y deben ser consideradas para la elaboración del plan.

finis de 2013 fue aprobado un caso de Espacio Verde de Interés Provincial en los términos de la Ley 12704 designando como tal al “Monte del Hospital Vicente López y Planes”, el cual se denomina a partir de esta Ley “Dr. Raúl Ricardo Alfonsín”. El detalle está dado porque las tierras no pertenecen a particulares sino al Municipio (20 hectáreas) y a la Provincia de Buenos Aires (40 hectáreas) lo que arroja una titularidad mixta con administración y gestión basadas en el principio de cooperación y subsidiaridad¹⁶⁴⁹.

IV. Resumen

Se ha podido establecer de acuerdo al análisis realizado que los modelos legislativos implementados en la Provincia de Buenos Aires son constitucional y ambiental y paisajísticamente modélicos, esto es: se trata de modelos que pueden ser implementados en otros municipios y otras provincias para proteger al paisaje.

La Ley de paisaje protegido, no lleva el modelo de la Convención de Florencia que hace a la protección de un paisaje para toda una región o una Nación, basado en principios como el de identidad, mas difícil de encontrar en América con menos años de vida en el lugar para las poblaciones, pero donde la percepción de cada habitante es importante y hace a lo que en otras oportunidades hemos calificado como el carácter líquido del paisaje¹⁶⁵⁰, porque lo que es paisaje digno de ser conservado para unos puede no serlo para otros. Caso de ciertos monumentos en Buenos Aires, por ejemplo la estatua de Cristóbal Colón ubicada atrás de la Casa Rosada, que el propio Gobierno Nación literalmente la extirpó de su lugar de emplazamiento como es de público y notorio. De manera que en el equilibrio de estas concepciones objetivas y subjetivas deben hábilmente manejar la tutela el jurista, y el político. Por lo tanto, lo único que hay de protección específica del paisaje con función social de la propiedad, es decir, sin necesidad de expropiación salvo que fracase la función social es la ley de paisaje protegido de esta Provincia. Es perfectible, es posible de ser actualizada a los tiempos

¹⁶⁴⁹ BOPBA 22/10/2013 Ley 14546.

¹⁶⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Paidós. Buenos Aires 2012, pp. 10 y ss.

para usar más herramientas de ordenamiento paisajístico que ya están disponibles en el Derecho Comparado y que sólo es preciso que el legislador agudice su mirada para dar más posibilidades a la estrategia provincial de protección paisajística. Esta ley ha cumplido con la misión de demostrar que proteger paisaje es posible, y eso en una Nación donde nunca se había intentado es bastante, dictar una ley semejante en otras provincias es factible constitucional y ambientalmente porque este examen ha demostrado que supera ese test, fundamentalmente en lo que hace a la función social de la propiedad.

Otra herramienta que mostrado la provincia ha sido una feliz combinación de Paisaje Protegido y Dominio Público, creando un área de paisaje protegido en Santa Catalina donde podía crear un Parque Provincial. Es experimental, pero se trata del desarrollo de otro modelo que puede ser llevado a otras unidades provinciales y es una nueva opción para proteger paisaje.

Finalmente llega el tema municipal, la principal contradicción que se encuentra en esta normativa es el hecho de haber llegado lejos para trabajar cerca. Se avanzó en un modelo de desarrollo de ordenamiento paisajístico único a nivel municipal en la Argentina pero se utilizaron las viejas herramientas de ordenamiento territorial, sin innovación alguna, y de un ordenamiento territorial a la manera como lo vio el mundo occidental en 1977 que es cuando se aprobó la ley de ordenamiento territorial de la provincia de Buenos Aires que ya ha sido superada por esquemas normativos más versátiles y dúctiles para el operador y en donde el paisaje sí importa. ¿Si es modélico? Solamente si se actualiza, sino es que no se transfiere ningún modelo sino que hace falta uno. Si se trata del proceso de información y educación ambiental para construir información con que informar la ley es aceptable y recomendable llevar a todos los rincones de la Argentina un proceso como éste. Pero si se trata del producto, no del proceso, sino de la forma en que se procesó el material obtenido para llevar protección del paisaje con recetas de 1970 parece innecesario porque es material disponible.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones pretenden controlar el análisis efectuado. La pregunta inicial era, recordemos: ¿Por qué los Derechos Reales, el Dominio Público y el Ordenamiento Territorial pueden ser aplicados para proteger el Paisaje?. Damos cuenta de este interrogante central con las razones que se exhiben en los próximos renglones, para afirmar:

PRIMERA

Que el concepto de paisaje que ofrecemos tiene la sola originalidad de exhibir lo obvio: partimos del encuentro entre la naturaleza y la cultura y sólo a partir de este feliz connubio manipulamos la definición de términos de la palabra paisaje. Por eso señalamos que hasta el paisaje prístino ingresa a la cultura con la sola mirada humana que lo “paisajiza”. Resaltamos el actual carácter versátil de la palabra paisaje que se distingue en mucho del concepto elitista de antaño que se quedaba con la postal y se teñía de fines eclécticos donde todo podía ser encontrado, desde cuestiones de defensa, policía, nacionalismo y hasta industria, tal el caso de la primera ley de parques nacionales en la Argentina de los 30, que creó los Parques Iguazú y Nahuel Huapí.

SEGUNDA

Que el paisaje es un bien jurídico, con sus notas: colectivo, indivisible, identitario y de tutela necesaria social y colectiva, matizado por la necesidad de prevenir acciones en contra y afectar recursos a su favor porque su protección es necesaria y de uso masivo, atípico y sin exclusión en su disfrute. Pero no existe legislación constitucional y nacional que refiera directamente al mismo. En el Derecho Público Provincial, por el contrario, hay dos técnicas de protección: la primera de ellas es mediante el ejercicio del Derecho de Propiedad porque el propietario puede proveer a su disfrute colectivo: voluntariamente si el propietario es el Estado o un particular aprensivo para con el ambiente y el paisaje, o mediante la función social de la propiedad que facilita el acceso

al paisaje a todo particular mediante la forma de tal ejercicio del derecho de propiedad donde se asienta un paisaje. La segunda técnica de protección lo es, mediante la propiedad pública del paisaje, lo que lo convierte en Patrimonio Cultural bajo el vehículo del Dominio originario de los recursos naturales que es propiedad originaria provincial en términos del artículo 124 in fine Constitución de la Argentina” y a través de éste Dominio, el Eminente considerado por el artículo 128 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tomado como arquetipo con su ley de protección del paisaje por ser un modelo prototipo para la protección, asumiendo una facultad delegada que todavía no ejerció la Nación cuál es la de dictar una ley básica o de presupuesto mínimo de protección del paisaje, tampoco ha dictado una ley de ordenamiento territorial similar.

TERCERA

Que en términos de la conclusión inmediatamente precedente, el acceso al paisaje es libre para todo habitante de la Argentina, porque si el paisaje pertenece al Estado como Dominio Eminente también pertenece a todos los ciudadanos un disfrute colectivo y por ende público en su uso y goce independientemente de la titularidad dominial, conforme la leyes que reglamenten su ejercicio, entre ellas la propiedad. Por esta razón, entendemos que este bien tiene protección del artículo 41 de la Constitución Argentina y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y versiones idénticas en las demás constituciones provinciales; en consecuencia se encuentra armado con la Acción de Amparo creada al efecto por el artículo 43 de la Constitución Nacional otorgándole la jerarquía de Derecho Fundamental.

CUARTA

Que en este contexto, es posible definir al paisaje en términos del Derecho argentino como la exquisita mixtura de naturaleza y cultura que materializa la imagen de un territorio, y que la particular mirada humana imprime una estética y valores que lo convierte en un nuevo objeto del Derecho que es subsistema del ambiente, y con ello comparte alguno de sus caracteres tales como el de ser bien colectivo, indivisible,

unitario, identitario, de tutela legal preventivo y prioritariamente reparador, de uso común, por ahora atípico y ubicable indistintamente en el anaquel del Dominio Eminente provincial y la función social de la propiedad.

QUINTA

Que la Convención de Florencia y el Derecho Autonómico Español (Cartas de paisaje, catálogos, etc.) son ilustrativos y Derecho imitable, con algunas salvedades. Se debe tener en cuenta el diferente contexto, los fines, y el estudio de los procesos a través de los cuales la ley ambiental y paisajística es producida en cada caso. Es preciso observar que esta Convención trata de consolidar, dar por finalizado o en todo caso terminar de construir un paisaje en el que todos estén incluidos y acepten su lugar en el cuadro. Esta meta social es fruto de una elite europea que tiene la finalidad de mantener a la vieja Europa como tal con tanta fuerza que el principio de subsidiaridad está preparado para intervenir, si el Estado evita responsabilidades asumidas y fracasa la cooperación, es decir permitirá que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e inversamente se restrinja o abandone cuando deje de ser justificada. Asimismo las acciones de la Unión no exceden de lo necesario para alcanzar sus objetivos, es decir con proporcionalidad (Art 3º del Tratado de la Unión).

SEXTA

Que el paisaje debe comprenderse dentro del margen de la función social de la propiedad, con intereses que deberán coordinarse y complementarse con los generales de la comunidad, pero sin que la función social absorba toda otra función de la propiedad privada. En consecuencia es operativa en la Constitución española, y perfectamente adaptable al orden jurídico argentino, vis a vis el artículo 75 inciso 22 de de la Constitución argentina, porque los Tratados Internacionales incorporados en dicha norma forman parte de la Constitución misma, caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 21 inciso primero dice... "*toda persona tiene derecho a uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*"... lo

que claramente define la función social de la propiedad dentro del texto constitucional y puede ser operativa para disfrutar el paisaje.

SEPTIMA

Que continúa vigente el modelo de protección que ofrece al paisaje el sistema de los Derechos Reales sobre cosa propia y cosa ajena: específicamente el Derecho de Propiedad puede proteger al paisaje, la función social de la propiedad también tiene un rol importante en tal desempeño. La expansión hacia el denominado Derecho de Propiedad Aborigen en la Argentina, después de 1994 con la nueva Constitución y después de 2015 con el nuevo Código Civil y Comercial exhibe una forma de proteger al paisaje de manera inusual, que no requiere limitación pública porque es un derecho público ad initio, fuera de que por razones que hacen a la sociología del Derecho el paisaje sea parte del diseño de la norma, un atributo de la misma y por lo tanto no pueda desagregarse el ejercicio de este Derecho sin la tutela al paisaje, porque todo forma parte de lo mismo.

OCTAVA

Que el Dominio Público también es operativo para proteger al paisaje. El Estado protege porque interviene y es el dueño, y no cualquier dueño, se trata de uno que lleva en el ejercicio de tal Derecho una responsabilidad mayor que la del simple particular. Es quien limita a los demás, fundados en las mismas razones de interés público y hace que el pueblo que es el sujeto del dominio lo ejerza sobre un bien, con tal grado de protección que hasta se lo ha ubicado fuera del comercio y definido como imprescriptible e inalienable. Es decisión política, en cada caso, utilizar la técnica de la expropiación o la del ordenamiento.

NOVENA

Que las técnicas de protección provincial tienen en la Provincia de Buenos Aires

un ejemplo preliminar que es constitucional, ambiental y paisajísticamente modélico, porque puede ser implementado en otros municipios y otras provincias para proteger al paisaje. Se trata de un modelo, que no es el de la Convención de Florencia que hace a la protección de un paisaje para toda una región o una Nación, basado en principios como el de identidad. Es sectorial e insular, pero es perfectible, pero lo importante es que demostró que proteger paisaje es posible, y eso en un Orden Jurídico donde nunca se había intentado es bastante.

DECIMA

Que la protección del paisaje a nivel municipal también es posible, cómo crítica a la experiencia del Municipio de Tandil está la de señalar que se avanzó en un modelo de desarrollo de ordenamiento paisajístico único a nivel municipal en la Argentina pero se utilizaron las viejas herramientas de ordenamiento territorial, a la manera como lo vio el mundo occidental en 1977 que es cuando se aprobó la ley de ordenamiento territorial de la provincia de Buenos Aires que ya ha sido superada por esquemas normativos más versátiles y dúctiles para el operador y en donde el paisaje sí importa. ¿Si es modélico? Solamente si se actualiza, sino es que hace falta uno. Si se trata del proceso de información y educación ambiental para construir información con que informar la ley es aceptable. Pero si se trata del producto, no del proceso, de la forma en que se procesó el material obtenido para llevar protección del paisaje con recetas de 1970 parece innecesaria porque es material disponible.

En el Otoño de Tandil, y la Primavera de Valladolid y Alicante. A.D. 2015.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFIA

A

AGUDO GONZALEZ, Jorge. *Paisaje, gestión del territorio y patrimonio histórico*. Revista de Patrimonio Cultural y Derecho. Fundación Aena. Madrid 2007, pp. 108 y ss.

AGUDO GONZALEZ, Jorge. *Ejecución y Gestión de Obras Hidráulicas, nuevos retos, nuevos conflictos*. Comares, Granada 2008, pp 23 y ss.

AGUDO GONZALEZ, Jorge. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*. Revista de la Administración Pública RAP N° 185 May-Ago 2011, pp. 11.

ALESSI, Rosalba. "Derecho Agrario y Medio Ambiente en el mundo jurídico". En obra colectiva: *Justicia agraria y ambiental en América*. CADA (Congreso Comité Americano Derecho Agrario) ED. Guayacán. San José de Costa Rica, pp. 570.

ALGARRA PRATS, Esther. *La disciplina de las inmisiones en el Derecho Privado*. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante 1994.

ALGARRA PRATS, Esther. *La defensa jurídico-civil frente a los humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*. McGraw-Hill, 1995.

ALONSO. Santiago Javier.-*Sobre la necesidad insatisfecha de la información ambiental*. Revista de Derecho Ambiental N°4 (oct-dic 2005) Lexis-Nexis. Buenos Aires.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *¿Hacia una articulación de licencias urbanísticas y ambientales?* Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. En-Jun 2012. N° 25, pp. 25

ALTERINI, Jorge Horacio – CORNA, Pablo María – VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. *“Propiedad Indígena”*. EDUCA – Librería Histórica de Emilio J Perrot. Buenos Aires 2005, pp. 69 y ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis *El Patrimonio Cultural, de dónde venimos, dónde estamos y a donde vamos*. En revista Patrimonio Cultural y Derecho Número 1 de 1997. ED Fundación AENA y Ferrocarriles Españoles. Madrid, pp. 15.

AMÁBILE CIBILS, Graciela María. *Problemática de la Contaminación ambiental*. EDUCA. Buenos Aires 2008. pp. 155.

ARCA. *Promoción de cuerpos legales e instrumentos para la conservación de tierras privadas en América Latina*. As. Paraguay. 2002.

ARCOCHA, Carlos E. – ALLENDE RUBINO, Horacio. *Tratado de Derecho Ambiental*. ED Nova Tesis. Rosario 2007.

ARGUEDAS, José María: *Los ríos profundos*. Losada, Buenos Aires 1958.

AZQUETA OYARZÚN, Diego. *Valoración económica de la calidad ambiental*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997

B

BARCELONA LLOP, Javier. *El Dominio Público arqueológico*. Revista de Administración Pública. RAP. N°151. En-Abr. 2000, pp. 135.

BARNES VAZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional, el estatuto jurídico del suelo agrario*. CIVITAS. Madrid 1988, pp. 58.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. "El componente ambiental de la función social de la propiedad privada y de la expropiación forzosa".- En obra colectiva *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Univ Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp. 63.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla. ED Civitas. Madrid 1990.

BARREYRA, Luján – CARBONE, Andrea - WOODWARD, Melisa. "*Política Ambiental: Sierra del Tigre*". Tandil 2000. Inédito. Biblioteca de la UNICEN.

BASSOLS, Coma - GÓMEZ FERRER, M. *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. IEA, Madrid 1975, pp. 123 y ss.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Paídos. Barcelona 2006, pp. 6 y ss.

BELLORIO CLABOT, Dino.-*Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo 1. Ed Ad – Hoc. Buenos Aires 1999.

BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, Félix. *El Patrimonio Cultural español, aspectos jurídicos, administrativos y fiscales, incentivos en la ley de fundaciones*. 2º Edición. ED Comares. Granada 1995. pp. 52.

BELLOTTI, Mirta Liliana. *Restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico*. Ed de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas de Córdoba. Vol XLV. ANDyCJC. Córdoba 2007.

BERGUER, John. *Modos de ver*, Ed Gustavo Gilli, Barcelona 2014.

BERNARD (H), Tomás Diego. Voz "Indigenismo". Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XV IMPO - INSA. Buenos Aires 1961 pp. 507 y ss.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. *Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos*. Revista Andaluza de Administración Pública. RADA. 76/ 2010 Univ Sevilla – IAAP, pp.121.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. La ambientalización del dominio público. En Obra Colectiva: “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp. 90.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley, Madrid 2001. pp. 29

BESALÚ PARKINSON, Aurora. *Responsabilidad por Daño Ambiental*. ED Hammurabi. Buenos Aires 2005 pp. 38.

BESTANI, Adriana. Principio de Precaución. Astrea. Buenos Aires 2012.

BIBILONI, Héctor Jorge.- *El proceso ambiental*. Ed Lexis-Nexis. Buenos Aires 2005.

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV, pp 297. Ediar. Buenos Aires 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría general de los Derechos Humanos. Astrea, Buenos Aires 2006, pp. 351 in fine.

BIELSA, Rafael. *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público, Restricciones y servidumbres administrativas*. Tea. Buenos Aires 1923., pp. 108.

BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*, actualizado por Delfina Borda 5° Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires 2008. Tomo 1 pp. 222 N° 259.

BOTASSI, Carlos A. Jurisprudencia Argentina (JA) 9 de octubre 2002/ JA 2002-IV, Suplemento del fascículo N° 2.

BOUAZZA ARIÑO, Omar. “*Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.” RAP N° 177. 2008.

BOULLÓN, Roberto. *Ecoturismo y sistemas naturales urbanos*. 3º edición. Ediciones Turísticas. Bs Aires 2003.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. –*Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación mexicana para la educación ambiental- Fondo de Cultura Económica. México. 2000.

BRONSTEIN, Arturo S. “*Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: síntesis de una evolución y temas de reflexión*.” En Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Originarios. ED OIT – Banco Mundial – Agencia Sueca de Cooperación Internacional. San José de Costa Rica 1999, pp. 20.-

BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995

BUSTILLO, Exequiel. *Huellas de un largo quehacer*. Depalma 1972. Bs Aires. pp. 68

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. “*La protección del Medio Ambiente y la Cultura como límite para las operaciones de reforma y renovación urbana, especial referencia a las actuaciones sobre cascos históricos*”. Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. N° 30 En- Abril 2014.

C

CAFFERATTA, Néstor A. Jurisprudencia Argentina (JA) 9 de octubre 2002/ JA 2002-IV, suplemento del fascículo N° 2.

CAFFERATTA, Néstor.-*La defensa del Patrimonio-histórico Cultural. El Monumento Nacional a la Bandera y la Protección al Ambiente*. Revista Jurisprudencia Argentina Julio 7 de 2004, fascículo N°1. Buenos Aires P82.

CAFFERATTA, Néstor. *Los derechos de incidencia colectiva*, LL sup. Adm. 2006-A.

CAFFERATTA, Néstor A., "*Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano*", Revista de Derecho Público, 2009- II, Derecho Ambiental – II, RUBINZAL- CULZONI Editores, Noviembre de 2009.

CAFFERATTA, Néstor. *Principio Precautorio en el Derecho argentino y brasileño*. Revista de Derecho Ambiental N°5 (En-Mar 2006). Lexis Nexis. Buenos Aires.

CAFFERATTA, Néstor. *Amparo Ambiental y Contencioso Administrativo*. Ponencia "Primer Congreso de Derecho Administrativo Bonaerense", Zárate-Campana, diciembre 2004 y publicada en su 1º parte, en "Revista de Derecho Ambiental", Enero / Marzo 2005, N° 1, Lexis Nexis.

CALLEGARI DE GROSSO, Lydia E. *El Derecho Real de Superficie Forestal*. Lexis Nexis. Buenos Aires 2006.

CAMPERO ARENA, Claudia. "Impactos socio-ambientales en los procesos de fractura hidráulica". En ROBLES MONTOYA, Benjamín (Coord.). *El impacto social y ambiental del fracking*. Senado de la República - Alianza mexicana contra el fracking. México 2014, pp 41-47.

CANO, Guillermo J. *Derecho, Política y Administración ambientales*. Depalma. Buenos Aires 1978 pp. 123.

CANO, Guillermo J. "Introducción al tema de los aspectos jurídicos del Principio "contaminador – pagador". CIIDA (Comisión Interamericana para el Derecho y la Administración del Ambiente) *El Principio Contaminador Pagador, aspectos jurídicos de su adopción en América*.

CANO, Guillermo J. "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino" La Ley. Tomo 1983D pp. 508.

CANTÓ LOPEZ, María Teresa. "La protección voluntaria del ambiente agrario: de la subvención al contrato territorial de explotación". En Obra Colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 411.

CANTÓ LÓPEZ, María Teresa. El régimen jurídico de los contratos territoriales del medio rural. RDAM N° 21 En-Abr 2012, pp. 152.

CAPALDO, Griselda. *Daño Ambiental y Derecho Aeronáutico, breve teoría del homo ambiens*. ED Universidad. Buenos Aires 1997.

CAPORALETTI, Julieta. "Los pueblos indígenas en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial. RDA N°39, pp 63 y ss. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago. "Nuevas observaciones sobre la condición jurídica del mar y sus litorales en el Derecho Romano". En Obra Colectiva: *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Ma. Reimundo Yanes*. Tomo 1, pp. 99 y ss. Universidad de Burgos 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, su relación con las potestades nacionales y provinciales*. La Ley del 30/05/2007, pp. 5.

CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA. *“La Iglesia Católica y la Reforma Constitucional”*. Buenos Aires 1994, pp. 27-28, en apartado XIV Aborígenes.

CELI, Alina. *“Instrumentos de política económica e incentivos públicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y del cambio climático”*. RDA N° 20, pp. 193. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009.

CELSI, Cinthia Eleonora *Propuesta para la incorporación de una parcela costera del fisco provincial y la playa marina en el Partido de Coronel Dorrego, al Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia de Buenos Aires*. Fundación de Historia Natural Félix de Azara Departamento de Ciencias Naturales y Antropología - Universidad Maimónides. Buenos Aires. 2009.

CERIONI, Liliana - GOSLINO, Martín P. – MORRESI, Silvia S. *¿En qué medida el marco legal vigente contribuye Efectivamente al desarrollo de proyectos de energías renovables? El caso de Río Quequén Salado en la Provincia de Buenos Aires, Argentina*. Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur, pp. 1/15. Bahía Blanca 2007.

CISELLI, Graciela. *“El Patrimonio Cultural entre la identidad y el Ambiente”*. Revista Electrónica de Patrimonio Histórico. E- rph. Diciembre 2011, Universidad de Granada.

COMPARATO, Fábio Konder, no artigo *Função social da propriedade dos bens de produção*, RDM 63/71-79,

CORBELLI, Primo. *Doctrina Social de la Iglesia, una síntesis para todos*. Editorial Claretiana. Buenos Aires 2002. pp. 169 y ss.

CORCHERO, Miguel. *“El agente urbanizador valenciano y la legislación de contratos de la Administración pública: referencia a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”*. Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. Año 2007-2 N° 16.

CORIA, Silvia. *-La importancia de los principios rectores en el Derecho Ambiental*. Revista de Derecho Ambiental N°2 (Abr- Jun. 2005). Lexis Nexis. Buenos Aires 2005.

CORTINA RAMOS, Albert. “*Las Cartas de Paisaje: un instrumento de concertación territorial y de compromiso ético a favor del Paisaje*”. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente N° 263 En-Feb 2011, pp. 167 y ss.

COSTA CASTELLA, Eduardo. *Apuntes a la Ley 8/ 2007 de 28 de mayo de suelo*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana N° 23/ 2007, pp. 501.

COZZI, Eugenio. *El principio de precaución. Las Patentes de invención y la responsabilidad civil*. Ad Hoc. Buenos Aires 2005.

CUSTODIO, Maraluce María. *Conceito Jurídico da Paisagem, contribuições a su estudo no direito brasileiro*. Belo Horizonte, DG UMFG 2012, pp 134 y ss.

CUSTODIO, Maraluce María. *Introdução ao Direito de paisagem, contribuições ao seu reconhecimento como ciencia no Brasil*. Lumen Juris Direito. Belo Horizonte 2014.

CUSTÓDIO, Maraluce M. “*Relevância da valoração econômica ambiental no Direito: estudos de caso*”. Universidad Internacional de Andalucía. Huelva. 2005.

CURA GRASSI, Domingo César. “*Reflexiones acerca del nuevo Derecho Real de Superficie Forestal*”. La Ley, Diario del 06/02/2003, Buenos Aires,

CUREAU, Sandra. “*A deficiência de avaliação do chamado meio sócio-cultural, nos estudos de impacto ambiental, e suas consequências para as comunidades afetadas pelas grandes obras*”. Direito socioambiental. Estudos em homenagem a Vladimir Passos de Freitas. ED Juruá. Galli, Alessandra: organizadora. Curitiba, 2010.

D

DAZA MARTÍNEZ, Jesús – RODRÍGUEZ ENNES, Luis. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Closas-Orcoyen. Madrid 2001, pp. 197.

De MAGISTRIS, Alberto A. y BAIGORRIA, Julián E.M. *La Reserva Ecológica y Parque Didáctico Municipal de Santa Catalina*. Tu ecológica. La Plata 2008. También citado por Ley 14294 en Fundamentos.

DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa. *El fortalecimiento del federalismo argentino*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (RDAM) N°27 Ene-Abr 2014, pp. 246.

DE REINA TARTIÉRE, Gabriel. *“Derecho Real de Superficie Forestal”*. Ed Ábaco. Buenos Aires 2003, pp. 91.

DE ROJAS MARTINEZ-PARETS, Fernando, *Los espacios naturales protegidos*, Thomson-Aranzadi, 2006

DE ROJAS MARTINEZ-PARETS, Fernando, *Fórmulas Alternativas de Protección y Gestión de los Espacios Naturales*, Thomson-Aranzadi, 2006.

DESDENTADO DAROCA, Eva - LEGUINA VILLA, Jesús. *Régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero*. Revista de Administración Pública. RAP N° 167 May - Ag 2005.

DE SALLES CAVEDÓN, Fernanda, *Função social da propriedade*. Momento Atual, Florianopolis 2003.

DI GIMINIANI, Piergiorgio. *“Tierras ancestrales, disputas contemporáneas, pertenencias y demandas territoriales en la sociedad mapuche rural”*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 2012, pp. 39.

DROMI, Roberto *Justicia Ecológica*. En obra colectiva “*Reparación Ambiental*”. Cuadernos de Época N°4 Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2002.

DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *El principio de precaución ambiental, la práctica argentina*. Cap 2 y 3. Lerner. Córdoba 2008.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Comares. Granada 2007, Capítulo 6, Título I in fine, pp. 212.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Comares. Granada 2005, Segunda Parte, Título 76, pp. 258 y ss.

DURÁN SÁNCHEZ, José Luis. *El nuevo concepto jurídico de paisaje*. CUIDES (Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible). N°9 Octubre 2012, pp. 31.

E

ECO, Humberto. *Historia de la belleza*. Debolsillo, Barcelona 2010.

EKMEDJÁN, Miguel Ángel c/ SOFOVICH, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho.-....”*El Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250)*.

EMBID ARAUJO, “*La planificación hidrológica, régimen jurídico*” Tecnos. Madrid 1991, pp. 186.

ENDERE, María Luz.-*Arqueología y legislación en la Argentina*. Inculpa-UNICEN, Olavarría 2000.

ENDERLE, Guillermo Jorge. *La congruencia procesal*. Rubinzal Culzoni, Bs Aires 2007.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor. *Urbanismo y Bienes Públicos*. En Obra colectiva: “Bienes Públicos Urbanismo y Medio Ambiente”. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 31.

ERBIN, Juan. *Tutela del ambiente urbano, diseño y urbanización sin planificación. El rol del Estado en la planificación del ambiente y creación del patrimonio cultural de las urbes*. La Ley, Sup. Act. 08/02/2011.

F

FABIER DUBOIS, Christian. *Dinámica fluvial, paleo ambientes y ocupaciones humanas en la localidad arqueológica Paso Otero, río Quequén Grande, Pcia de Buenos Aires*. Intersecciones en Antropología Volumen 7, pp. 109-127. FCS UNCPBA Olavarría 2006.

FALBO, Aníbal. *El dominio eminente provincial del ambiente y de los recursos naturales frente a las competencias impositivas municipales*. Revista de Derecho Ambiental. Abril – Junio 2010 N°22. Buenos Aires, pp. 227.

FARBER, FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y Derecho del usuario*. Astrea. Buenos Aires 1995. Página 220.

FERNÁNDEZ DE VELASCO. *Naturaleza del Dominio Público según Hariou. Aplicación de su doctrina a la legislación española*. En revista de Derecho Privado pp. 230 – 236. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

FERNANDEZ-ESPINAR Y LOPEZ, Luis Carlos. *Conflicto de intereses entre medio ambiente y sector económico minero*. Revista de Administración Pública, RAP. N°111 Sep-Dic 1986.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *El principio de subsidiaridad en el ordenamiento europeo*. Mc Graw – Hill. Madrid 1996.

FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. Y GAMBORINO MARTÍNEZ, G. "El Medio Ambiente: Conceptos Generales", en *Derecho ambiental español*, (coord.) Reyes López, M., Valencia: Ed. Tirant lo Blanch 2001, pp. 27

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. "*La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado*". Marcial Pons. Madrid 2007.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. "*Algunas consideraciones sobre el actual panorama del paisaje urbano en nuestro ordenamiento: desde su originaria y exclusiva protección por el ordenamiento urbanístico al incipiente ordenamiento paisajístico*". Revista del Derecho Urbanístico y Medio Ambiente N° 277 Nov 2012, pp. 187 y ss.

FERNANDES SANTIAGO, Alex. "*¿Colisión entre derechos fundamentales? El derecho a la vivienda y el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas*". Revista de Derecho Ambiental N°25. Enero – Marzo 2011, pp. 197.

FERRAGINI, Mario – ALONSO, Hernán A. "*Análisis del marco legal en materia de regulación de aguas continentales*". Centro de Ingenieros de Tandil. Archivo del Centro de Ingenieros, Inédito. Tandil 2010.

FERRER (h), Manuel. *Derecho Espacial*. Buenos Aires. Plus Ultra, 1976.

FINDLEY, Roger W. *Environmental Law in a nutshell*. 8th edition. West, Thomsom Reuters. St. Paul 2010, pp. 280 y ss.

FIDYKA, Leopoldo J. *Participación ciudadana: Despliegue temático en el marco constitucional comparado de la República Argentina*. Buenos Aires 1995.

FORNARI, María José. En ZANNONI, Eduardo (Director) y KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Tomo 11 (Arts 2611 – 2969) *a la vivienda y el derecho al ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas*. Revista de Derecho Ambiental N°25. Enero – Marzo 2011, pp. 197.

G

GAIO, Daniel. *A interpretação do Direito de Propriedade em face da Proteção Constitucional do Meio Ambiente Urbano*. Ed Renovar. Belo Horizonte 2015.

GARBARINI ISLAS, Guillermo *Derecho Rural Argentino*. Ed Restoy y Doeste, librerías editores. Buenos Aires 1925, pp. 51.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. *Consideraciones sobre una nueva legislación sobre el patrimonio histórico*. REDA N° 29 1983, pp. 582.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional*. Revista de la Administración Pública. RAP N° 141 Sep-Dic 1996.

GARCÍA GHIRELLI, José I. *Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*. Zavalía, Buenos Aires 1973, pp., 14 y ss. Sentencia del 25/03/1948.

GARCÍA MANZANO, Pablo. “*La doctrina constitucional española en la interiorización de la protección ambiental en la propiedad*”. En Obra colectiva: *La Dimensión ambiental del territorio frente a los derechos colectivos*. Univ Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004., pp. 34.

GARCÍA MINELLA, Gabriela. “*A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994. La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas*” RDAmb. N° 40 Oct-Dic 2014. Buenos Aires 2014, pp. 220.

GELLI, María Angélica. *La competencia de las provincias en materia ambiental*. La Ley 21/ 10/ 1997. Buenos Aires.

GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Bs. Aires 2001.

GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e Culturale*, in Revista Trimestrale de Diritto Público, 1971 pp. 1122 ss.

GIANNINI, Massimo Severo.-Rimi rilievi sulle nozione di gestione dell'ambiente e del territorio RTDP, núm 2,1975 pp 485.

GIBERTI, Horacio C. E. *Historia económica de la ganadería argentina*. Hyspamérica. Buenos Aires 1986.

GÓMEZ DE MARELLI, Nilda – MARÍN, Claudio – DEI CASTELLI, Mario. - CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE DE SANTA FÉ 1994. Proyectos Ingresados Nº10 (Proyectos ingresados hasta las 15.30 hs del 09/06/1994). Expediente 175 pp. 384. ED. Secretaría Parlamentaria, publicaciones.

GÓMEZ RIVERO, Ma. Carmen. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Tiran lo Blanch. Valencia 2000.

GONZÁLEZ LIMÓN, José Manuel.- *Medio Ambiente y desarrollo local*. Carpetas de Derecho Ambiental. Universidad Internacional de Andalucía. Huelva 2001.

GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Ed Ángel Estrada y Cía. Buenos Aires 1897, pp.486.

GRILL, S.C. y LAMBERTO, S. — *Análisis palinofacial de sedimentos actuales en la Cuenca inferior del Río Quequén Salado*. Revista Española de Micropaleontología, Volumen 38 N°1, 2006. Ed Instituto Geológico y Minero de España. Madrid, pp. 77-92.

GUISASOLA LERMA, Cristina. La tutela ambiental en el Código Penal español de 1995. En Obra colectiva "*Primeras conferencias sobre el medioambiente*". CES, Valencia 1999, pp. 79 y ss.

H

HARTMANN, Nicolai. *Ontología*. Tomo 1. F de C.E. México 1955. pp. 17.

HERVÁS MÁS, Jorge (2009): *Ordenación del Territorio, Urbanismo y Protección del Paisaje*, Barcelona, Bosch, pp. 85-169.

HESSE, Hermann. *El Caminante*. Bruguera. 3º Edición. Barcelona 1981.

HUTCHINSON, Tomás – FALBO, Aníbal J. *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*. LEP. La Plata 2011.

i

IBAÑEZ MACÍAS, Antonio. *La función social de la propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. RAAP. N° 22 Abr-May–Jun 1995, pp. 91.

IDEB, Informe, Tandil 2000. Inédito. Archivo de la Municipalidad de Tandil.

IGNATEVA, Marina Frolova, ESPEJO MARIN, Cayetano, BARAJA RODRÍGUEZ, Eugenio. y PRADOS VELASCO, María José. *Paisajes emergentes de las energías renovables en España*. Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles N.º 66 – 2014,

J

JIMENEZ BLANCO, José Ignacio. *“Historia agraria de la España contemporánea”*, 3. El fin de la agricultura tradicional (1900-1960). Editorial Crítica. Barcelona 1986.

JIMÉNEZ, Eduardo. P. *Consideraciones en torno a un interesante fallo reciente y la ratificación de un camino irreductible en materia medioambiental*, La Ley “ Suplemento de Derecho Ambiental. 26/08/1997. Buenos Aires.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Herder. Barcelona 1995 (1º Ed 1979 Frankfurt).

JORDÁ CAPITÁN, Eva. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Aranzadi. Navarra 2001.

JORDANO FRAGA, Jesús. *La tensión medio-ambiente desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. Revista Andaluza de Administración Pública Nº17. IAAP-Universidad de Sevilla 1994, pp. 93.

JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del Derecho a un medioambiente adecuado*. Ed Bosch. Barcelona 1995.

JORDANO FRAGA, Jesús. *El Derecho Ambiental del Siglo XXI*. Revista electrónica de derecho ambiental, Nº. 9, 2003, Sevilla.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Revisado y completado por André Brun; traducción de Santiago Cunchillos y Manterola Tomo 1. Volumen III. pp 127. Ed Bosch y Cía., Madrid 1950.

JUNQUERA I MURIANA, Isabel. “*La prevenció de la contaminació lumínica a Catalunya*”. URV. Tarragona 2008, pp. 23.

JUSTE RUÍZ, José. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Mc Graw-Hill, Madrid 1999.

JUSTINIANO, El digesto de. (D: 43.8.4.) Versión castellana por A. D’ors, F. Hernández pp 391. (Capítulo 4 pp 6)

K

KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. “*Derecho Real de Superficie*”. Astrea, Buenos Aires 1989.

L

LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil Tomo III. *Tratado de los Derechos Reales*, Vol 1, pp. 387 N°486. Ediar, Buenos Aires 1943.

LAQUIS, Manuel. *Derechos Reales*. Depalma. Buenos Aires 1975, Tomo 2 pp. 75.

LAMARQUE, Jean. -*Droit de la protection de la nature et de l’environnement*. Paris LGDJ. 1973 pp. 15.

LAPALMA, María Laura –LEVRAND, Norma Elizabeth ¿*Cómo regular lo que percibimos? Avances y dificultades en la tutela del paisaje como bien jurídico*. Revista de Derecho Ambiental de la Univ.de Palermo pp. 73-112 Año II, N° 1 Mayo 2013.

LASAGABASTER HERRARTE, I. y LAZCANO BROTONS, I. (2010): «El régimen jurídico de la protección del paisaje», en VV.AA.: *Derecho Ambiental. Parte Especial*, I, 2.ª ed., Bilbao, Lete, pp. 774-770.

LEÓN, Pablo Luis. *Reflexiones sobre Derecho Ambiental y urbanístico del paisaje como categoría jurídica*. Revista de Facultad. Paraná, 2010.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho.*, pp. 569 y ss. Bosch. Buenos Aires 1943.

LEGUINA VILLA, Jesús. *Propiedad privada y servidumbre de uso público en las Riberas del Mar*. Revista de Administración Pública. N° 65 May-Ago 1971, pp.65 y ss.

LEGUINA VILLA, Jesús. *Servidumbres de tránsito peatonal*. Revista de Administración Pública. N° 84 Sep-Dic 1977, pp.343 y ss.

LEGUINA VILLA, Jesús – DESDENTADO DAROCA, Eva. *Régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero*. Revista de Administración Pública. RAP N° 167 May Ag 2005.

LENA PAZ. JUAN A. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Plus Ultra. Bs Aires 1987.

LENTINI ROCCA, María Carmen. *Estrategia educativa para proteger el Arroyo "El Pescado"* UNLP e IPPA (Instituto de Planificación y Protección Ambiental) Congreso de Zoonosis 2006 - 10, 11 y 12 de Mayo - La Plata, Argentina. Mesa sobre Bioseguridad.

LEVENE, Ricardo. *"Historia del Derecho Argentino"*. Tomo VI, pp 99. Ed Guillermo Kraft, Buenos Aires 1948.

LINARES, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Astrea, Buenos Aires 1986, pp 486, N° 512.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. Plus Ultra, Buenos Aires 1987. Tomo IX, pp. 509 y ss.

LLORET, Elsa M.del C. “*El veto a la acción de clase en la Ley de Amparo Bonaerense*”.
RJC N° 1. Tandil 2011, pp 2.

LOPERENA ROTA, Demetrio. -*El derecho a un medio ambiente adecuado*. Civitas.
Madrid. 1996.

LOPERENA ROTA, Demetrio. *Principios del Derecho Ambiental*. IVAP-CIVITAS. Madrid
1998.

LÓPEZ ALFONSIN, Marcelo. *Derecho Ambiental*. Astrea. Buenos Aires 2012.

LOPEZ MENUDO, Francisco. *Parques, jardines y otras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía*. Revista Andaluza de Administración Pública. RADA. 57/ 2005. Univ Sevilla – IAAP.- pp. 23 y ss.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*. Real Colegio de España, Bolonia, 1980

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *El Derecho Ambiental como derecho de la función pública*. En obra colectiva: *La protección jurídica del medio ambiente*. ED Aranzadi. Pamplona 1997, pp. 108.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *La protección del paisaje tras el convenio de Florencia*. En: M.A. Torres López y E. Arana García (dir.), *Energía eólica. Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema de los bienes de Dominio Público*. Civitas – Thomson Reuters. Cizur Menor, 2012.

LOPEZ RAMON, Fernando, “En la polémica del <<fracking>>”, en: F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

LORENZETTI, Ricardo. *Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente*. La Ley. Tomo 1998-A, pp. 1024. Ed La Ley, Buenos Aires.

LORENZETTI, Ricardo, “*El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental*”, Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL FCJS, 2005, pp 315.

LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires 2008.

LORENZETTI, Ricardo. *Teoría de la Decisión Judicial, fundamentos de Derecho*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2008.

LOZANO CORBÍ, Enrique. *La expropiación forzosa por causa de utilidad común en el Derecho Romano*. Mira Editores. Zaragoza 1994, pp. 149.

LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In *A reconstrução do Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 785.

M

MADRIGAL CORDERO, Patricia. *-Derecho Ambiental en Centro-América*. Centro de Estudios y Capacitación Judicial Centroamericano. Escuela Judicial de Costa Rica. San José 1995.

MAGÁN PERALES, José María. *-La circulación ilícita de bienes Culturales*. ED Lex nova. Valladolid 2001, pp. 200.

MALALANA UREÑA, Antonio. *Patrimonio Cultural y fuentes de información*, bibliografía jurídica. En *Patrimonio Cultural y Derecho*. N°5 2001. ED Fundación AENA y Ferrocarriles Españoles. Madrid. pp. 231.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Restricciones y servidumbres administrativas. El electroducto*. Ad Hoc. Buenos Aires 2000, pp., 179.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Tomo 1. Zavalía. 2° Reimpresión. Buenos Aires 1986.

MARCH CERDÁ, Miguel Ángel. "L' experiència del Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la Naturaleza de Mallorca". En *Obra Colectiva: La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitar Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 383.

MARCHESI, Guillermo H. CONGHOS, Eduardo J. *El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo industrial*. Revista de Derecho Ambiental N° 28 (Octubre – Diciembre 2008) Abeledo – Perrot. Buenos Aires, pp 39 y ss.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot –Lexis Nexis, 4º ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, Tomo V, pp. 38.

MARIENHOFF, Miguel S. "Delfines o Toninas y acción popular" *El Derecho* (ED) Tomo 105 pp. 244.

MARINI, Mario Fabián y PICCOLO, María Cintia. *Water quality for supplementary irrigation in the Quequén – Salado River*. Revista Papeles de Geografía, Volumen 39, pp. 157-172 S/E. 2009. Y también editado en: *Investigaciones Geográficas* N°37 pp. 59-71. Instituto Universitario de Geografía. Universidad de Alicante.

MARINI, Mario Fabián – SCHILLIZI, Roberto y PICCOLO, María Cintia. *Carta hidrogeomorfológica de la cuenca superior de los arroyos Pillahuincó grande y Pillahuincó Chico, Pcia Buenos Aires Argentina*. Revista de Geografía Norte Grande, 2009. S/E. Volumen 42.

MARQUIEQUI, Dedier Norberto. *La inmigración española de masas en Buenos Aires*. Biblioteca Política Argentina N°401. C. Editor de América Latina. Buenos Aires 1993.

MARTÍN MATEO, Ramón. *La penetración pública en la propiedad urbana*. RCDI. Madrid 1972 pp 1230

MARTÍN MATEO, Ramón.-*El hombre una especie en peligro*. Campomanes. Madrid 1993.

MARTÍN MATEO, Ramón. *La calidad de vida como valor jurídico*. Revista de Administración Pública RAP N°117 Sep-Dic 1988, pp. 51.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. T 1, Trivium, Madrid 1991.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. T II. Trivium, Madrid 1992.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. T III. Trivium, Madrid 1997.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. T IV. Edisofer, Madrid 2003.

MARTÍNEZ, Víctor H. *El delito ecológico*. En *Obra Colectiva: Humanismo Ambiental*. ED Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. pp. 72. Córdoba 2001.

MARTÍNEZ GOLLETTI, Luis, *Ambiente, Bienes Forestales, Paisaje y Función Social*. En *Obra Colectiva: Humanismo Ambiental*.- 3º Jornadas de Reflexión. ED Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 43.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Estefanía. *La protección del medio natural en la Ley 4/ 2004 de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Colección Temas de las Cortes Valencianas N° 15. Ed CorsValencians. Alicante 2007.

MARTINOLI, Jorge E. *Ecología y Derecho*. ED Advocatus. Córdoba 1991.

MEILAN GIL, José Luis. *El dominio público natural y la legislación de costas*. Revista de Administración Pública RAP N° 139. En-Feb 1996.

MELLO CARDOSO, Sonia Leticia. *Servidumbre ambiental en el Derecho Brasileño y Costarricense*. Revista de Derecho Ambiental. Abril /Junio 2009 N°18. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2009, pp., 65 y ss.

MÉNDEZ MACÍAS, Diego. *Las áreas protegidas privadas, una estrategia para el desarrollo sustentable*. Revista de Derecho Ambiental N° 5 Enero-Marzo 2006. Lexis Nexis. Buenos Aires., pp. 33.

MENÉNDEZ REXACH, A. *El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho Público español*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 10 Madrid 2004, pp.209.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998 pp 112.

MICHELETTI, Lelia Beatriz. Los Parques Nacionales. En Obra Colectiva *Temas de Recursos Naturales*, dirigida por Eduardo Pigretti. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982, pp.153.

MITRE, Bartolomé. Diario de Sesiones H C Senadores pp 820 S 11/09/1869.

MONSERRAT, Ana Laura¹ y CELSI, Cintia Eleonora. *Análisis regional de la costa pampeana austral en el marco del sistema de áreas protegidas y caracterización de un área clave como reserva, en el Partido de Coronel Dorrego*. BioScriba Vol. 2 (1) pp. 1-23. Buenos Aires. Abril 2009.

MONTERO, María Verónica. *El Medio ambiente en la coyuntura de la integración*. Cuadernos de Época, serie Servicios Públicos 8. ED Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid 2003.

MORALES LAMBERTI, Alicia. *Derecho Ambiental, instrumentos de política y gestión*. Alveroni ediciones, Córdoba 1999.

MORALES LAMBERTI, Alicia. NOVAK, Aldo. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Lerner, Córdoba 2005.

MOREIRA, Manuel. *La cultura jurídica guaraní*. Ed Antropofagia. Posadas 2005.

MORELLO, Augusto – SOSA Gualberto y BERIZONCE, Roberto. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y la Nación, comentados y anotados*. T° II-C pp 78 y ss. Abeledo Perrot, La Plata 1993.

MORENO, Eduardo V. *Reminiscencias de Francisco P. Moreno*. Ed. Elefante Blanco Buenos Aires 2009, pp. 277.

MOREU CARBONELL, Elisa. “La patrimonialización de derechos mineros inactivos o abandonados, un obstáculo para el desarrollo de políticas territoriales”. En Obra colectiva: *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*. Universitat Pompeu Fabra – Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 411.

MOREU CARBONELL, Elisa. “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)” Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. III Núm. 2 (2012), pp. 4

MOREU BALLONGA, José Luis, *Régimen jurídico de los hallazgos de interés artístico, histórico o arqueológico*. Revista de la Administración Pública RAP. N° 90, Sep-Dic 1979, pp. 79.

MOREU BALLONGA, José Luis. *Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*. Revista de Administración Pública. RAP N° 132 Sep – Dic 1993.

MORILLO VERDE, J.I. Dominio Público. Trivium. Madrid 1992, pp. 156.. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en “*Sistema de los bienes de Dominio Público*”. Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

N

NAVARRO BATISTA, Nicolás. *Fondos Marinos y Patrimonio Común de la Humanidad*. Ediciones Universidad de Salamanca. 2000.

O

ONAINDIA, José. *La Constitución de los argentinos*. Errepar. Buenos Aires. Con Daniel Sabsay 1994. P 149.

ORTIZ GARCIA, Mercedes. *La Gestión eficiente de la zona costera. Los parques marinos*. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

OSORIO Y FLORIT, Manuel. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires 1969., Tomo XXVI pp., 541 y ss.

P

PAREJA LOZANO, Carles. El contenido esencial de la propiedad inmobiliaria y la protección ambiental del territorio en el derecho español. En obra colectiva: “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Universitat Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp 198.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “*Dominio Público, un ensayo de reconstrucción de su teoría general*”- Revista de Administración Pública RAP N° 100-102 Vol III, En-Dic 1983, pp. 2379/2392.

PARIS, Carlos. *Hombre y Naturaleza*. Ed Tecnos. Madrid 1970. pp. 46.

PASTORINO, Leonardo Fabio. *El Daño al ambiente*. Lexis- Nexis. Buenos Aires 2005.

PASTORINO, Leonardo Fabio, *Los derechos de propiedad y su influencia en la gestión de los bienes y valores ambientales provinciales*. II Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial. 4/5 Oct 2013, UNLP. La Plata, pp 4.

PAUL, Wolf *¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico*. El Derecho. Tomo 136 pp. 821. Buenos Aires. 1990.

PARISH ROBERTSON John y William. *Cartas sobre el Paraguay* Tomo 1. Hyspamérica-EGA. Buenos Aires 1988. Carta IV pp. 38 y Carta V pp. 55.

PEARCE, David - TURNER, R. Kerry. *Economic values and the natural world*. Londres Earthscan publications, 1993, p 129.

PEÑA CHACÓN, Mario, “*El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense*”. El Dial.com, Clave: DC 1783. Fecha publicación: 06/12/2011.

PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derechos Reales II.*, pp 25. Tea. Buenos Aires 1973.

PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia.-*Medio Ambiente, Diversidad Cultural y paisaje frente a la globalización.* Revista de Derecho Ambiental. ED. Lexis Nexis. Noviembre de 2004 Número 0, pp. 82.

PERETTI, Enrique D. *Ambiente y propiedad.* Rubinzal Culzoni. Santa Fe de la Vera Cruz 2014, pp. 74.

PEREZ CONEJO, Lorenzo. *Las costas marítimas, régimen jurídico y competencias administrativas.* Editorial Comares. Granada 1999, pp. 400.

PETERS, Edson Luiz. *Gestión transfronteriza de espacios naturales protegidos.* Revista de Derecho Ambiental Nº18 Abril/ Junio 2009. Abeledo Perrot.

PIERINI, Alicia, LORENCES, Valentín y COMPARATORE, Luis. *DERECHO AMBIENTAL, aportes para una mejor planificación, gestión y control en materia ambiental metropolitana.* Editorial Universidad. Buenos Aires 2007 pp. 115.

PIGRETTI, Eduardo. *Derecho de los Recursos Naturales.* Fedye La Ley. Bs Aires 1971.

PIGRETTI, Eduardo A. *Derecho Ambiental.* Depalma. Buenos Aires 2000.

PINO MIKLAVEC, Noemí. “*La Perspectiva ambiental en la regulación de los productos petrolíferos*” RDA Aranzadi. Navarra 2006.

PINO MIKLAVEC, Noemí. “*La Tutela Judicial Administrativa de los Intereses Ambientales*” Thompson Reuters - Aranzadi. Pamplona 2013.

PONTIFICIO CONSEJO AMOR Y PAZ. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Ed Conferencia Episcopal Argentina. Buenos Aires 2005. pp. 294 N° 463.

PORCEL, Roberto E. *Propiedad comunitaria de pueblos originarios en la reforma del Código Civil*. Cita: MJ-DOC-5974-AR | MJD5974.

PORRECA. Alberto Fidel. *Economía al sur del Salado, Tandil 1850 – 1900*. Ed Independencia Gráfica y Editora. Tandil 2012, pp. 53.

PREDIERI A. Significatto della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, in *“Urbanistica, Tutela del paesaggio, Espropriazione*. Milano, 1969.

PRIEUR, Michel.-*Droit de l'Énvironment*. Paris. Dalloz 1991. P 6.

PRIEUR, Michel *“La noción de patrimonio común”*. JA 1998 IV-1014.

PRIEUR, Michel. *“La convención europea del paisaje”* Revista Andaluza de Administración Pública. RADA. 50/ 2003. Univ de Sevilla IAAP.

PRIEUR, Michel. *El Medio ambiente entra en la Constitución francesa*. En Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Año 2007-2 N°12. Pamplona 2007. Ed Aranzadi.

PRIORE, Riccardo. *“Derecho al paisaje. Derecho del paisaje. La evolución de la concepción jurídica del paisaje en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional”*. Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental. N° 31 Año 2001 Madrid.

PUGLIA POMPEI, Eduardo Enrique. *O Direito Constitucional e as práticas adotadas para estímulo á sustentabilidade no direito comparado: Brasil e EUA*. Biblioteca de Escola Superior Dom Helder Câmara. Santa Efigênia Belo Horizonte, pp 177.

PUREZA José Manuel.-*El Patrimonio común de la Humanidad, ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?* Ed Trotta. Madrid 2002.

Q

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *El Estado Ecológico de Derecho en la Constitución Nacional*. La Ley Tomo 1996-B, pp 950. Buenos Aires.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1995.

R

REAL FERRER, Gabriel. *-La construcción del Derecho Ambiental*. Revista de Derecho Ambiental N°1. Aranzadi. Madrid 2001.

REAL FERRER, Gabriel. "El principio de solidaridad en la declaración de Río" En Canelobre Revista del Instituto de Cultura "Juan Gil Albert", N° 27 otoño/invierno 1.993.

REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 2º Edición. Pirámide. Madrid,

RECA, Ricardo Pablo. *Derecho Urbanístico*. Volumen II: El ordenamiento territorial. La Ley. Buenos Aires 2002, pp.120.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural*. Direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. Ed Juez de Oliveira. São Paulo 2004.

RÈMOND GOUILLOUD, Martine. *El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Editorial Losada Buenos Aires. 1994 (1º Edición). Primera edición en Francia en 1989 por Presses Universitaires de France.

RENART GARCÍA, Felipe. *El delito de daños al patrimonio cultural español*. ED Comares, Granada, donde se trata el concurso de delitos entre los artículos 321 y 323.

RETORTILLO, Martín L. “*Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias* (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Kyriatos vs Grecia” de 22 de mayo de 2003) *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 125. En-Mar 2005, pp 119 y ss.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Propiedad privada en la constitución española*.

ROBLES MONTOYA, Benjamín (Coord.). *El impacto social y ambiental del fracking*. Senado de la República - Alianza mexicana contra el fracking. México 2014, pp 41-47.

RODGERS, William H. *Handbook on environmental law*. West publishing Co. St Paul, Minnessota 1977.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. *La protección del patrimonio cultural inmaterial*. *Revista de Derecho Ambiental* N°10 ED Lexis Nexis. Abril-junio 2007 Buenos Aires

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. *Ley General del Ambiente de la República Argentina*. ED Lexis Nexis. Buenos Aires 2007

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La función ecológica de la propiedad en la ampliación y saneamiento de resguardos indígenas”. En *Propiedad, conflicto y medio ambiente*, C. Ed. Univ. del Rosario. Bogotá 2004. pp 111

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Comentarios a la ley de costas*. Dijusa 2003, pp. 98

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Medioambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal, la Administración Pública como garante*. Bosch. Barcelona 2007.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Playas y Costas en el Derecho Español*. Bosch, Barcelona 2010, pp. 125.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Derecho Administrativo Patrimonial*. Tomo II, Bosch, Barcelona 2005, pp. 1611.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Celia “*Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527-565 D.C.)* Dyckinson, Madrid 2012, pp. 182.

ROMERO, José Luis. *La Revolución burguesa en el mundo feudal*. S XXI. México. 1989

ROMERO, José Luis. *La estructura histórica del mundo urbano*. Siglo XXI. Revista de Historia N° 11 México. 1992.

ROMERO, José Luis. *Crisis y orden en el mundo feudo-burgués*. S XXI. Bs Aires 2003.

ROMERO, José Luis. *Latinoamérica, las ciudades y las ideas*. Siglo XXI. Bs Aires 2007.

ROMERO, José Luis. *La ciudad occidental, culturas urbanas en Europa y América*. Siglo XXI. Buenos Aires 2009 pp.19.

ROMERO HERNÁNDEZ, Federico. *Régimen jurídico para la instalación de puertos deportivos*. Revista de Administración Pública RAP N° 120, En – Feb 1989, pp. 133.

ROSA MORENO, Juan. *Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental*, en: T. Quintana López (dir.) y A. Casares Marcos (coord.), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ROSATTI, Horacio D. - *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal- Culzoni. Santa Fé de la Vera Cruz 2004 pp 15.

ROSATTI, Horacio, *La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales* 07/09/2011. Microjuris Buenos Aires. Cita: MJ-DOC-5516-AR | MJD5516

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Los indios y sus derechos constitucionales en la sociedad brasileña*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Número 13. Año 2008.1.

ROULET BARREIRO DE, Elba. -CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE DE SANTA FÉ. Proyectos Ingresados N°3 (Proyectos ingresados hasta las 18.30 hs del 03/06/1994) Expediente 53 pp. 164 ED. Secretaría Parlamentaria, publicaciones. 1994.

RÒVERE, Marta B. Argentina. En IZA, Alejandro O y ROVERE, Marta B. "*Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*". UICN, Serie de Política y Derecho Ambiental N° 53. Gland y Cambridge. Ed IUCN y Ediciones del puerto.

S

SABSAY, Daniel Alberto.- *Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable*. En obra colectiva "Ambiente, derecho y sustentabilidad", Dirigida por Juan Rodrigo Walsh. Ed La Ley. Buenos Aires 2000.

SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia. *El federalismo y la nueva ley general del ambiente*. Anales de la Legislación Argentina, boletín informativo N°32. Bs Aires 2002.

SAINZ MORENO, Francisco. *El Dominio Público: una reflexión sobre su concepto y su naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*. Revista de la Revista de la Administración Pública, N° 150. Sep-Dic 1999.

SAINZ MORENO, Fernando. *El subsuelo urbano*. Revista de Administración Pública N°122. Mayo-Agosto 1990, pp. 165.

SALVAT, Raymundo M., *Derecho Civil Argentino*, Derechos Reales Tomo 3. Ed. Tea, Bs. As. 1959. Cuarta edición actualizada por Miguel Argañaraz, pp. 411 y ss. N°1738

SAMBON, Jacques. "Usufructo y Derecho de Uso del Patrimonio Medioambiental". En Obra Colectiva: *La protección de los bienes comunes de la humanidad*, Coordinado por José Luis Gordillo. Trotta, Madrid 2006, pp.145.

SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2º Edition. Cambridge University Press. Cambridge. 2004.

SANMARTINO DE DROMI, María Laura. "Documentos Constitucionales Argentinos". Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina 1999, pp 2010.- LEVENE, Ricardo. Op. Cit. Tomo VI, pp.206 y ss.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Las claves jurídicas del Debate sobre el fracking*. RCDA Vol. V Núm. 1 (2014).

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Ordenación del territorio y campos de golf: reflexiones jurídicas desde el Plan Territorial Parcial de Rioja Alavesa*, LETE, 2010.

SANTOS GIL, Hugo. *Un freno a la voracidad urbanística de nuestro tiempo: El caso Cerro San Bartolomé o el triunfo de la conservación sobre el desarrollo*. Revista Andaluza de Administración Pública. RADA 61/2006

SANZ RUBIALES, Iñigo. *Los efectos ambientales acumulativos de los parques eólicos. Su evaluación*. Revista jurídica de Castilla y León, N°. 21, 2010, pp. 185-216

SANZ RUBIALES, Iñigo. *Régimen jurídico administrativo de la restauración de suelos contaminados en el ordenamiento español*. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Año XXXVII-N°205. Oct-Nov 2003. pp1498.

SCOTTI, Edgardo. *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*. El Derecho Tomo 160 pp. 737. Buenos Aires.

SEJENOVICH, H. *Las cuentas del patrimonio natural de un ecosistema andino patagónico de la Provincia de Río Negro, Argentina. Inventarios y cuentas del patrimonio natural en América Latina y el Caribe*, CEPAL ONU. S. de Chile. 1991.

SELF, Peter. *Los problemas del crecimiento urbano*. Ed Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958 pp. 264.

SHEAIL, John.- "The 'Amenity' Clause: An Insight into Half a Century of Environmental Protection in the United Kingdom" *Transactions of the Institute of British Geographers*, New Series, Vol. 17, No. 2 (1992), pp. 152-165. Blackwell Publishing en nombre de (on behalf) The Royal Geographical Society. London.

SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho*. Granada 1992.

SIBILAU, Agnes y SANTAGADA, Ezequiel F. *Servidumbre Ambiental para la protección a perpetuidad de tierras privadas en la Patagonia Argentina*. Estudio de caso: Las Lagunas de "Epulauquen", Provincia del Neuquén. Fundación Neuquén. 2003.

SIDOLI, Osvaldo Carlos. *Contaminación electromagnética ¿Un nuevo agujero de ozono?* RDA (Revista de Derecho Ambiental) N°8 pp. 33/58 octubre / diciembre 2006, Lexis-Nexis. Bs. As.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *A propriedade agrária e suas funções sociais*. In *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOZZO, Gonzalo. *El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)*. Revista de Derecho Ambiental N°10 ED Lexis Nexis. Abril-junio 2007 Buenos Aires.

SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Tomo 1 Vol 3º Buenos Aires 1953.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. "Agente urbanístico rehabilitador: transición urbanística e identidad cultural, económica y turística". Revista de Urbanismo y Edificación" N° 21. 2010-1.

SURGIL, Aloisio. "A luta pela propriedade da terra na história de Roma e no Brasil". En Obra Colectiva: *Actas del II Congreso Internacional y V Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Edisofer, Madrid 2001, pp. 311.

T

TANDY, Cliff. 1979-*Industria y Paisaje*. Ed Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid (T.O. Landscape of Industry, Leonard Hills Books, London 1975).

TANGORRA EGLER, Fabián. "El derecho de propiedad frente a la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación". En "*El derecho de propiedad, análisis transversal*". Obra Colectiva dirigida por GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. Nova Tesis, Buenos Aires 2008, pp., 368 y ss.

TEJEDOR BIELSA, Julio. "Bienes Públicos, Urbanismo y Medio Ambiente". En Obra colectiva: *Bienes Públicos Urbanismo y Medio Ambiente*. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 31.

TEROL BECERRA, Manuel José. "Conservación de la naturaleza versus derecho al medioambiente". En Obra colectiva: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. Atelier. Barcelona 2010, pp.73.

TOFFLER, Alvin. *La tercera ola*. Hyspamérica. Madrid 1980.

TORRECUADRADA - GARCÍA LOZANO, Soledad. *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Cuadernos Internacionales 2. Universidad Autónoma de Madrid – Dykinson. Madrid 2001, pp.59.-

TOYNBEE, Arnold J. *Ciudades en marcha*. EMECE. Buenos Aires 1971

TRABADO ÁLVAREZ, Concepción. *Protección penal del medio ambiente*. Derecho Penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente. Septem ediciones. Oviedo 2001

TRIAS PRATS, Bartolomeu. *De los paisajes protegidos a la protección del paisaje: un reto pendiente*. R.V.A.P. núm. 94. Septiembre-Diciembre 2012. Págs. 241-270

TRIPELLI, Adriana. *Los principios rectores ambientales según la Corte Internacional de Justicia*. Revista de Derecho Ambiental (En-Mar 2005). Lexis-Nexis. Buenos Aires.

V

VANACLOCHA BELLVER, Francisco – GARCÍA SÁNCHEZ, Ester – NATERA PERAL, Antonio. “La evaluación de la gestión de crisis: dimensiones analíticas y criterios de valor”. En Obra colectiva: *Catástrofes medioambientales, la reacción social y política*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp. 235.

VALENCIA MARTIN, Germán. “El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el “sistema español” actual de responsabilidad por daños ambientales”. En: *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español*. Aranzadi. Navarra 2005.

VALENCIA MARTIN, Germán. “La responsabilidad medioambiental”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 25, 2010.

VALENCIA MARTIN, Germán. "Boliden: un extraño conflicto negativo de competencia", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 24, 2013.

VALLS, Mario F.-*Patrimonio Cultural Inmaterial, una nueva categoría jurídica de bienes*. Revista El Dial.com. Buenos Aires 2006.

VALLS, Mario F., *Las reservas sobre los recursos naturales y el ambiente del artículo 8 del Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires no facilitan su gestión*, JA2000-III, 1209.

VALLEJOS, Juan Carlos. *La saga del terraplén que atraviesa el Iberá. Apostillas procesales sobre un nuevo fallo que intenta proteger ese humedal*. Revista de Derecho Ambiental N°26, Abril-Junio 2011, pp. 129.-

VARGAS, Adrián. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo 1. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza 1999.

VILLAGRASA ROSAS, María del Mar. En Obra colectiva: *Bienes Públicos Urbanismo y Medio Ambiente*. Coordinada por Fernando López Ramón y Víctor Escartín Escudé. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 595.

VILLAR PALASÍ, J.L. Voz: "Concesiones Administrativas" En "Nueva Enciclopedia Jurídica" Tomo IV, pp- 684-770. Citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando en "*Sistema de los bienes de Dominio Público*". Civitas – Thompson Reuters. Pamplona 2012.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo IV. Buenos Aires, TEA, 1952, pp 11.

VILLEY, Michel. "El humanismo y el Derecho," en *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*. Ghersi Editor. Buenos Aires 1978, pp. 78.

Z

ZAMORA MANZANO, José Luis. *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental*. Edisofer Madrid 2002.

ZAMORANO WISNES, José. *La ordenación del litoral*. La Ley. Madrid 2013, pp. 167.

ZARABOZO MILA, María Victoria. *Principios rectores en materia ambiental, de recursos naturales en general e hidrocarburíferos en particular*. Lajouane. Buenos Aires 2014.

ZIEGLER, Edward. *Belleza visual, estética y diseño en el Derecho Urbanístico de los Estados Unidos*. Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente. N° 167 En-Feb 1999, pp. 81.

ZIGARAN de VIGO, Noemí R. - BELLAGAMBA, Gustavo Adolfo – ALONSO MENDILAHARZU, Luis Fernando. *Ordenamiento ambiental territorial como instrumento de política ambiental*. La Ley Sup. Act. 15/10/2009.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA Y COMPARADA CITADA

***SUPREME COURT OF THE UNITED STATES**

.Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission (Storm King Mountain Case), 354 F.2d 608 (2d Cir. 1965).

.Hadacheck v. Sebastian. Supreme Court of the United States 239 U.S. 394 (1915)

.Penn Central Transportation Co vs City of New York. 179; 42 USC – 7509.-

Texas Courts

Parr v. Aruba Petroleum, Inc., Tex. County Ct., No. CC-11-01650-E, (Apr. 22, 2012).

***SUPERIOR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

.STC 102/ 1995 FJ^o4,

.STC 222/ 1988.

.STC 147/ 1991.

.STC 25 / 1989.

.STC 102/ 1995 FJ^o4.

***CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

.TIJ . Legality of the Treath or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996 pp 241 y ss. párrafo 29.

***CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Argentina)**

.CSJN Fallos: 31: 273, “Saladeristas de Barracas”.

.CSJN Fallos: 104: 247, “Arias Murúa, Nicolás vs Provincia de Salta” 12/06/1906.

.CSJN Fallos: 108: 240, “Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires vs Busto de Silva, Gregoria” 18/02/ 1908.

.CSJN Fallos: 136: 59, 07/12/1934.
.CSJN Fallos: 136 :161, 24/04/1922. "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw s/ consignación".
.CSJN Fallos: 139: 59, 21/08/1922. "Horta, José c/ Harguindeguy".
.CSJN Fallos: 236: 59, 27/12/1990. LL 1991-C-140.
.CSJN Fallos: 256: 235, "Milo c/ Nación Argentina".
.CSJN Fallos: 277: 313, "Rio Belén vs Provincia de Buenos Aires".
.CSJN Fallos: 304: 1186,
.CSJN Fallos: 315: 1492, 07 /08 /1992.
.CSJN Fallos: 320: 690 "Asociación de grandes usuarios de energía eléctrica de la República Argentina" LL 1997C pp 322.
.CSJN Fallos: 321: 0152.
.CSJN Fallos: Guari. Lorenzo c/ Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero.
.CSJN Fallos: Defensor del Pueblo de la Nación s/ Dto 1738/ 1992.
.CSJN Fallos: 318: 531, Revestek.
.CSJN Fallos: 321:1252, "Prodelco".
.CSJN Fallos: 321: 1352, "Consumidores libres" (1998).
.CSJN Fallos: 321: 2683, "Unola de Argentina Ltda. c. YPF".
.CSJN. Fallos: La Ley Tomo 2005C pp 858 y El Derecho 31/10/2005.
.CSJN Fallos: "Mendoza, Beatríz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios", 20/06/2006.
.CSJN Fallos: "Zorrilla, Susana y otro vs. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s. Expropiación - Servidumbre administrativa". 27/08/2013.
.CSJN Fallos: "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y D 1563/04 s/ amparo". 24/ 02/ 2009.

***TRIBUNALES PROVINCIALES EN LA ARGENTINA**

.STJSF. 19/9/91. "Federación de Cooperadoras Escolares (Dto. Rosario) c. Pcia. de Santa Fe", J. A. 1991 - IV - 294). Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe.
.JCyCyMinería Pico Truncado 24/03/2000 Paisman, Rubén Alejandro c/ Consejo Agrario Provincial s/ Acción de Amparo".

.CACyC de Azul Sala II. Municipalidad de Tandil vs Transportes La Estrella y otro s/ D y P. 22/10/1996 E.D. 171-373.

.CSBA "Fundación Biosfera y otros C/ Municipalidad de La Plata S/ Inconst, Ord. N° 10.703" La Plata, 24 de mayo de 2011.

.CCYC1 J, JA 2002 pp. 21 y 23. Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente, Pueblo Cochinoca c/ Estado Provincial s/ Prescripción Adquisitiva. Cámara C y C N°1 Jujuy

.JFS. 1996. Comunidades Indígenas de Pueblo Kolla de Finca Santiago c/ Finca Santiago SA y Provincia de Salta. Juzgado Federal de Salta

.CCCYL. Comunidad Aborigen Tekoa Ima y otro c/ Empresa Moconá SA s/ Recurso de Apelación" de la *Chiquichano, Francisco*", Cámara C y Comercial y Laboral de 3°C de Eldorado.

.JFPM del 22/ 06/ 2000 y "*Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente – Pueblo Cochinoca C/ Estado Provincial*". Juzgado de Familia de Puerto Madryn, Chubut

.CCYC S1 J del 14/09/2001 que reconoció la propiedad de un inmueble a la Comunidad Cochinoca bajo el régimen del artículo 75 inciso 17 de la Constitución. Cámara Civil y Comercial Sala 1° de Jujuy

.SCBA Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 29.05.2002. Sociedad de Fomento de Cariló c/ Municipalidad de Pinamar.

.CACYCC. Incidente de Medida Cautelar, en autos: "Leiva, Bruno c/ Forestal Andina S. A. s/ Sumarísimo", Expte. N° 2.615. De la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, Sala IV confirmada en 26/11/2007 por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (C1274036/5)

.CACyCC. Leiva Bruno c/ Forestal Andina S.A | sumarísimo. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes. 17-dic-2014. Cita: MJ-JU-M-90413-AR | MJJ90413

***LEYES APROBADAS POR LEGISLATURAS DE PROVINCIA**

Ley 10419. BOPBA 31/07/86 N° 20.804.

Ley 12704. BOPBA 28/06/2001 N°24306.

Ley 14194. BOPBA N° 26337 del 15/4/2010.

Ley 14294. BOPBA N° 26669 del 08/09/2011.

***LEYES APROBADAS EN CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA y reglamentos**

Ley de 24 de Octubre de 1825 Tomo 3 pp. 95 RN.

Ley 4863. BORA: 03/ 10/ 1905.

Ley 12103 BORA: 12/ 12/ 1980, ADLA Tº XLD 1980 pp. 4059

Ley 12636 ADLA 1940 pp. 862/ 870. LL. Buenos Aires 1940.

Ley 13246 BORA: 18/ 09/1948

Ley 14392 ADLA Tomo 1940 pp. 862/ 870. LL Bs Aires 1940.

Ley 15.336 BORA: 22/09/1960 N° 19340.

Ley 19.552 BORA: 13/04/1972.

Ley 20.646 BORA: 26/03/1974. N° 22879, p.2.

Ley 24.441 BORA: 09/01/1995

Ley 24.065 BORA: 16 /01/1992. N° 27.306.

Ley 25.080 BORA: 11/12/ 2001 - ADLA Tomo 62 A pp.18.

Ley 25.688 BORA: 03/01/ 2003.

Ley 26817. BORA: 13/ 12/ 2012.

Ley 26996. BORA: 24/ 10/ 2014.

Decreto N°1766/2011. BOPBA N° 26454 (suplemento) del 8/10/2010.

Resolución OPDS N° 17/11. BOPBA N° 26548 (suplemento) del 03/ 03/ 2011.

***TRATADO INTERNACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

***PERIÓDICOS DE LA ARGENTINA (PRENSA GRÁFICA)**

El Eco de Tandil, Domingo 30 de Mayo de 2010, pp. 6.

El Eco de Tandil, Miércoles 1º de Diciembre de 2010, pp. 6.

El Eco de Tandil, Lunes 29 de Septiembre de 2014, pp. 7.

Nueva Era, Jueves 3 de Febrero de 2011, pp. 4

Nueva Era, Sábado 27 de Noviembre de 2010, pp. 5.

Nueva Era, Miércoles 1º de Diciembre de 2010, pp. 5.

La Nación. Edición del Martes 17 de Mayo de 1999. Buenos Aires.

La Nación. Edición del Lunes 28 de febrero de 2005. Buenos Aires.

Clarín, Edición del día 20 de marzo de 1999.

Clarín. Edición del día 17/06/1999. Buenos Aires.

Clarín. Edición del 10 de Diciembre de 2005. "*Cariló, por segunda vez frenan la construcción de un shopping*".

Clarín. Edición del domingo 19 de marzo de 2006. "*Ratifican que Cariló es "lugar protegido"*".

Página / 12. Edición de 31 de Octubre de 2005. "*La justicia detuvo las obras de un shopping en un bosque de Cariló*". Buenos Aires.- Nota: Shopping en Argentina es un Centro de Compras.

La Capital. Periódico matutino. Edición 16 de Junio de 2009. Mar del Plata. "*A diez años de la esperada demolición de la Manzana 115*".

Revista Argentina Año Verde. Año 1 N° 8 - Diciembre 2005. Buenos Aires, pp. 4.

***PERIÓDICOS DE ESPAÑA**

.La Vanguardia. Edición del miércoles 8 de junio de 1960, página 5. Madrid.

.El País" del 03/03/ 2014: "*Se salvan de la piqueta 12 núcleos conflictivos*" (unas 3.400 viviendas).

.Levante, el mercantil valenciano.

***BOLETÍN OFICIAL PROVINCIAL**

B.O.Mendoza.: 18/10/93

B.O. Tierra del Fuego: 12/ 01/ 1996.

B.O. Catamarca 09/05/2002.

B.O. La Rioja 11/09/ 2001. Sancionada el 05/07/2001.

B.O. Rio Negro 10/01/2008.

B.O. Salta 17/ 01 /2000.
B.O. Santa Cruz 30/ 12/ 1972.
B.O. Santa Fe 11/ 04/ 2000.
B.O. Santiago del Estero 08/ 11/ 1996.
B.O. Tucumán 01/10/1991.
B.O. Chaco 20/ 12/ 1996.
B.O. Corrientes 12/ 10/ 1996.
B.O. Formosa Ley 1063/ 1993.
B.O. Jujuy Ley 4203 del 31/ 03/ 1986.
B.O. La Pampa 31/05/ 1991.
B.O. San Luis 08/ 12 /2003.
B.O. .Neuquén 31/ 12/ 2008.
B.O. Misiones 20/ 07/ 1992. Ley 2932.
B.O.P.S.F. 18/11/1999. Ley 11717. Art. 2.
B.O.P.C. 20/08/2010. Ley 9814.
B.O. Ciudad de Córdoba N° 1316, pp. 3 y ss. 22/11/1985.
B.O. Pcia. Córdoba del 27/09/1985. Ley 7343.
B.O. Pcia. Córdoba del 31/08/1993. Ley 8300.
B.O.P.B.A. 28/10/1977.
B.O.P.B.A. 04/08/1987.
B.O.P.B.A. 28/11/1983.
B.O.P.B.A. 27/07/1988.
B.O.P.B.A. 29-30/12/03.
B.O.P.B.A. 31/5/05 BO N° 25175.
B.O.P.B.A. 16/05/2005. Ley 8912 en estudio por Decreto 967/ 2005.
B.O.P.B.A. 19/01/1987.
B.O.P.B.A. 03/10/1995.
B.O.P.B.A. N° 24.306 del 28/06/2001.

***BOLETÍN OFICIAL ESPAÑOL Y CC AA**

.Ley 4/ 2004 de 30 de Junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (BOE N°174 del Martes 20 de Julio de 2004, pp. 26294. N°13470.

.Decreto 120/ 2006, de 11 de Agosto (DOGV N°5325 del 16 08 2006, pp. 28242), por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana.

.BOE. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1994, pp. 347 y ss.

.BOPSF 05/10/1967.

.DOGC N° 4407 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm. 4407) *Ley 8/2005 de 8 de junio de 2005 de protección, gestión y ordenación del paisaje.*

***BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA**

*ABC “*El programa de Estocolmo incluye la inmigración estudiantil*”.

<http://www.abc.es/20091212/canarias-canarias/programa-estocolmo-incluye-referencia-20091212.html> (Última revisión 01/09/2014).

*Novedades en Europa. Sección: Justicia y Derechos de los ciudadanos. Comisión Europea. Publicado el 10/06/2009. Asequible en el link http://ec.europa.eu/news/justice/090610_es.htm (Ultima revisión 01/09/2014)

*Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR N° 3. Año 2005. Asequible en el link: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/home.htm> (Ultima revisión 01/09/2014).

* Revista Electrónica de Derecho Ambiental, N° 9, 2003. (Última revisión 01/09/2014) Asequible en el link <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=824881>

*www.Diario Judicial.com. Edición del 20 de Marzo de 2006. (Última revisión 01/09/2014).

<http://www.vivecampoo.es/noticia/valderredible-busca-declaracion-paisaje-cultural-defenderse-fracking-1882.html>