

---

# DE LA AFECTACIÓN COMO ÁREA NATURAL PROTEGIDA

RAÚL ANIDO BONILLA\*

## 1. De las disposiciones

En la ley 18308, en el título IV, de “La planificación para el desarrollo sostenible”, se regula la categorización del suelo en el territorio, de competencia exclusiva de los Gobiernos Departamentales mediante los instrumentos de ordenamiento territorial. Dicha actividad normativa de los Gobiernos Departamentales reconoce tres categorías: rural, urbano y suburbano; sin perjuicio de que los instrumentos de ordenamiento territorial puedan disponer subcategorías. Y, en la categoría suelo rural, en el artículo 31 de dicha ley, se prevé la subcategoría rural natural, la que, nos dice “podrá comprender las áreas del territorio protegido con el fin de mantener el medio natural, la biodiversidad o proteger el paisaje u otros valores patrimoniales, ambientales o espaciales”, así como, también, “podrá comprender...el álveo de las lagunas, lagos, embalses y cursos de agua del dominio público o fiscal, del mar territorial y las fajas de defensa de costa.”

Dentro de la categoría suelo rural natural se ubican las áreas naturales protegidas, que encuentran su regulación en la ley 17234; sin perjuicio de que su regulación se complemente, conforme lo dispone el artículo 31 inciso final de la ley 18308, con “toda otra limitación que establezcan los instrumentos” (de ordenamiento territorial).

Así vemos cómo en las áreas naturales protegidas convergen dos regulaciones: la medioambiental y la de ordenamiento territorial. Así, en ésta, hallamos en el artículo 4° de la ley 18308, lo que califica como “materia del ordenamiento territorial”, la que comprende, entre otras, en el literal c, “la identificación y definición de áreas bajo régimen de Administración especial de protección, por su interés ecológico, patrimonial, paisajístico, cultural y de conservación del medio ambiente y los recursos naturales.” Y, dentro de los principios rectores del ordenamiento territorial, en el artículo 5° de la ley 18308, se nos dice que “son principios rectores del ordenamiento territorial y desarrollo sostenible: a) La adopción de las decisiones y las actuaciones sobre el territorio a través de la planificación ambientalmente sustentable, con equidad social y cohesión territorial”, así como “j) La tutela y valorización del patrimonio cultural, constituido por el conjunto de bienes en el territorio a los que se atribuyen valores de interés ambiental, ..., referidos al medio natural y la diversidad biológica, unidades de paisaje, ...”.

---

\* Escribano Público, Profesor de Investigación Jurídica y Práctica Profesional en la Universidad de Montevideo.

Dentro de la regulación medioambiental y de ordenamiento territorial, en el artículo 9 de la ley 17234 (conocida como de “áreas naturales protegidas”) leemos que “Cuando los padrones a que refiere el artículo 7º (los que componen el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas) de la presente ley, sean de propiedad privada, previamente calificados, antes de ser enajenados, deberán ser ofrecidos al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, el que dispondrá de un plazo de sesenta días para manifestar si acepta o no dicho ofrecimiento. En caso que la Administración no se pronuncie en ese plazo, se tendrá por rechazado el ofrecimiento.” “Expresada la voluntad de aceptación de la oferta, el Estado dispondrá de un plazo de noventa días para celebrar el contrato de compraventa.” “Si el propietario no cumpliera con esta obligación, será pasible de la multa prevista en el último inciso del artículo 35 de la ley Nº 11.029, de 12 de enero de 1948.”

El artículo 7º de la ley 17234 dispone que “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, deberá: A) Seleccionar y delimitar las áreas naturales que incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. En todos los casos el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, con carácter previo a la elevación de propuestas al Poder Ejecutivo, pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública. A tales fines, efectuará una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, a partir de la cual correrá un plazo que determinará la reglamentación, para que cualquier interesado pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considera convenientes. La reglamentación determinará también la forma de convocatoria y los demás aspectos inherentes a la realización de la audiencia pública, en la que podrá intervenir cualquier interesado.”

En decreto dictado el 9 de febrero de 2015 se aprueba la selección del área natural protegida denominada “Humedales de Santa Lucía”, delimita la respectiva área, la incorpora al Sistema Nacional de Áreas Protegidas bajo la categoría de “área protegida con recursos manejados”, y determina los predios de los departamentos de Canelones, Montevideo y San José afectados por dicha incorporación. Asimismo en dicho decreto se dispone “como medida de protección de toda el área” “la promoción de buenas prácticas agropecuarias, de actividades extractivas y de turismo sustentable, procurando la generación de oportunidades de desarrollo para la población local, y la observación de una aplicación ejemplar de normas nacionales y departamentales de protección ambiental y desarrollo sostenible”, así como “la prohibición dentro de la misma de nuevas urbanizaciones, salvo aquellas expresamente previstas en los instrumentos de ordenamiento territorial que, con base en lo establecido en la ley 18.308 de 2008, se encuentren aprobados a la fecha del presente decreto, o en el plan del manejo del área”. Y, finalmente, se comete al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, “la comunicación del presente a la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura y a los Gobiernos Departamentales de Canelones, Montevideo y San José...”

## 2. De la conexión entre ordenamiento territorial y medio ambiente

Maeso Seco<sup>1</sup> nos ha hablado de una triple conexión entre medio ambiente y ordenamiento territorial, diciéndonos que el Derecho ambiental y el Derecho urbanístico (lo que nosotros llamamos del ordenamiento territorial) son nociones y ramas del ordenamiento jurídico estrechamente relacionadas entre sí. Dicha conexión se manifiesta en el aspecto físico o material, en el plano sistemático-constitucional, y en el derivado del carácter horizontal o transversal de la propia materia del medio ambiente. Pero ambas, agregamos, implican límites al derecho de propiedad. Tanto que Gómez-Ferrer<sup>2</sup> denunciara la “confusión entre las funciones públicas y la función social de la propiedad privada” y el “riesgo de que se regule el urbanismo desde la perspectiva del derecho de propiedad, y de los derechos y deberes del propietario”. Ambas regulaciones inciden en el régimen estatutario del derecho de propiedad, afectándolo con deberes –verdaderas obligaciones *ob rem-* derivados, entre otros, de las normas que concretizan los principios del derecho ambiental y del ordenamiento territorial.

En el plano físico o material ambas ramas del Derecho coinciden en su objeto de regulación físico o material: el suelo; ello en cuanto ambas se proponen ordenar una misma realidad física denominada suelo. Aunque, nos advierte Maeso Seco, dicha coincidencia no encuentre continuidad en el plano de la teleología o de los propósitos finales.

Así Ortega Álvarez<sup>3</sup> nos dice que el Derecho del medio ambiente se caracteriza por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios que se imponen precisamente para hacer posible el cumplimiento de estos fines; los que coinciden en un fin último de garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible, la que se descompone entre la garantía de los recursos y de los elementos esenciales en los que se basa la transmisión de la vida (aire, agua, suelo) y la regulación preventiva de los procesos humanos y naturales que pueden poner en peligro la cadena de elementos que aseguran la vida en el planeta. Mientras que Estévez Goytre<sup>4</sup> recoge la definición de Derecho Urbanístico como “aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación con el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planeamiento urbanístico”.

1 Luis F. MAESO SECO, “Medio ambiente y urbanismo” en *Tratado de Derecho ambiental* dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ y María Consuelo ALONSO GARCÍA con la coordinación de Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Tirant lo blach, Valencia, 2013, pág. 821 y ss.

2 GÓMEZ FERRER, Rafael, en AA.VV. , *Comentarios a la Ley reguladora de la actividad urbanística*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1995, pág. 204 citado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Constitución, Ley de suelo y ordenamiento territorial y urbanístico” en FERNÁNDEZ, PAREJO ALFONSO, BAÑO LEÓN, MENÉNDEZ REXACH, VAQUER CABALLERÍA, *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, 1ª edición, 2008, pág. 86

3 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente” en ORTEGA ÁLVAREZ-ALONSO GARCÍA (Dirs.), *Tratado de Derecho Ambiental*, tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág.35

4 ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo, Manuel de derecho urbanístico, Comares/urbanismo, 8ª edición actualizada, Granada 2016, pág. 10

### 3. De los pensamientos directores medioambientales a la regulación del ordenamiento territorial

Larenz<sup>5</sup> nos ha dicho que los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. Y, precisamente, en nuestro sistema jurídico, los pensamientos directores que Ortega Álvarez nos dice se encuentran presentes en la regulación medioambiental también los hallamos en la regulación del ordenamiento territorial. Quizás sea porque ya estamos ante la integración entre las variables ambiental y urbanística del suelo que él<sup>6</sup> propiciara; diciéndonos<sup>7</sup> que el legislador y la normativa urbanística tienen que “ambientalizarse”, al tiempo que el legislador y la normativa del medio ambiente han de “urbanizarse”. Y tanto se ha “ambientalizado” la regulación del ordenamiento territorial y del mismo derecho agrario que la ley 15239, en su artículo primero, declara “de Interés Nacional promover y regular el uso y la conservación de los suelos y de las aguas superficiales destinadas a fines agropecuarios”; disponiéndose, además, que es “deber del Estado velar por prevenir y controlar la erosión y degradación de los suelos, las inundaciones y la sedimentación en cursos de agua y en los lagos y lagunas naturales y artificiales, así como detener y fijar las dunas”. Mientras que en el artículo segundo se establece que “todas las personas tienen la obligación de colaborar con el Estado en la conservación, el uso y el manejo adecuado de los suelos y de las aguas”. Lo que se liga a que la ley 17777 (por la que se dictan normas relativas a las sociedades agrarias, asociaciones agrarias y sociedades civiles con objeto agrario), en su artículo tercero, al definir la actividad agraria, se reputa “también” como tal el “manejo y uso con fines productivos de los recursos naturales renovables”. Además de las disposiciones referidas en la ley de ordenamiento territorial (ley 18308) antes referidas.

En tal sentido vemos cómo los principios que ORTEGA ÁLVAREZ<sup>8</sup> enuncia de ordenación ambiental, como los de globalidad, horizontalidad (o transverabilidad)<sup>9</sup>,

---

5 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, reimpresión 1991, pág. 32

6 MAESO SECO (n.1), pág. 836

7 MAESO SECO (n.1), pág. 839

8 ORTEGA ÁLVAREZ (n. 3), pág. 36 y ss.

9 Al analizar el carácter transversal de la regulación del medio ambiente, Maeso Seco nos explica que el medio ambiente constituye una materia horizontal o transversal en cuanto alude al conjunto de recursos naturales (bióticos y abióticos), así como a los sistemas ecológicos puestos al servicio del ser humano (visión antropocéntrica del medio ambiente), inclusión hecha del paisaje y de otras nociones culturales y estéticas, que hace posible la vida, lo que lo convierte en una materia indudable y “...metafóricamente transversal...” Pero, en nuestro sistema jurídico, la misma regulación del ordenamiento territorial dispone que los suelos categoría “rural natural” se tipifican por “comprender las áreas de territorio protegido con el fin de mantener el medio natural, la biodiversidad o proteger el paisaje u otros valores patrimoniales, ambientales o espaciales.” Y, además, la regulación de las sociedades y asociaciones agrarias admite, “además”, de la actividad agraria, la de “conservación, aprovechamiento y mejora de los recursos naturales renovables, así como la promoción respecto al agro, de soluciones y mejoras materiales y sociales para el medio rural, incluyendo aquellos paisajísticos, de recreo natural o turismo rural”.

sostenibilidad, solidaridad, prevención<sup>10</sup>, y el de integración de costes ambientales<sup>11</sup>, se encuentran igualmente presentes en la regulación agraria y en la regulación del ordenamiento territorial. Así en la ley 18564, en su artículo 2º establece potestades sancionatorias ante el incumplimiento de las normas que regulan el uso y el manejo de los suelos y de las agua (sostenibilidad e integración de costes ambientales). Y así, también, en la regulación del ordenamiento territorial, además de establecer un “derecho de preferencia” (artículo 66), se dispone la necesidad del permiso (también llamado “acto administrativo de autorización”) respectivo ante toda modificación predial (prevención), “la obligatoriedad del cumplimiento” de las “determinaciones” derivadas de los instrumentos de ordenamiento territorial “para todas las personas, públicas y privadas” (horizontalidad), el “deber” de todo propietario “de proteger el medio ambiente y la diversidad” (globalidad), y “la reserva de suelo para vivienda de interés social” (solidaridad). A través de ello vemos cómo en la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo se encuentran presentes los “pensamientos directores” de la regulación medioambiental.

#### 4. De los bienes jurídicos medio ambiente y suelo

En el plano sistemático-constitucional, se nos advierte por Parejo Alfonso<sup>12</sup> y Maeso Seco de que los bienes jurídicos “medio ambiente” y “suelo” tienen idéntico valor de principios rectores de la política social y económica. Para ello se basan en el artículo 45 de la Constitución española y en el artículo 37 de la Carta de Derechos Europea, y en relación al suelo, en el artículo 47 de la Constitución española, transfigurado en derecho a una vivienda digna y a la no-especulación. Creemos que la misma afirmación se puede emitir en nuestro sistema jurídico, en el que, en el artículo 47 de la Constitución en el que leemos que “El agua es un recurso natural esencial para la vida.” “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”. “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.” “1) La política nacional de Aguas y Saneamiento se basará en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general...”. Dicha disposición se suma a que, conforme el mismo artículo 47 de la Constitución, “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción

10 El principio de prevención, nos dice Ortega Álvarez, es debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, y se cifra, como es fácil colegir en la potestad del sometimiento de las actividades con riesgo ambiental a los preceptivos controles, tanto previo, como de funcionamiento. Dentro de este principio se encuadra la técnica de evaluación de impacto y el subprincipio de cautela, en base al cual puede limitarse una actividad potencialmente peligrosa para el medio aun sin haber sido probado exhaustivamente la relación causa-efecto. El principio 14 de la declaración de Río señala que “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.”

11 El principio de causalidad obliga a no detener la acción preventiva o reparadora en el escalafón último donde se haya manifestado el daño ambiental, sino que deben recorrerse todos los escalafones previos hasta averiguar cuál es la causa del resultado dañoso. Y, finalmente, el principio de integración de costes ambientales pretende introducir la economía ambiental en el circuito de la economía productiva tradicional.

12 *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs., 53 a 56, citado por MAESO SECO (n. 3), pág. 823

o contaminación graves al medio ambiente. ...". E, igualmente, en relación a la vivienda digna, el artículo 45 de la Constitución, se dispone que "Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, ...". Pero estos derechos, creemos, coexisten necesariamente con el derecho de todos los habitantes de la República "a ser protegidos en el goce de su ... libertad, seguridad y propiedad." Y, aquí, también, a través de la propiedad, se reconoce al suelo, como "principio rector" de nuestro sistema jurídico.

La Constitución, junto a las normas que regulan la organización de los poderes públicos, estatuye las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; lo que se ha llamado "constitución en sentido material". Estas disposiciones Guastini<sup>13</sup> las ha llamado disposiciones "sustanciales", aclarando que constituyen una "declaración de derechos y/o disposiciones teleológicas, que formulan "principios" y programas políticos." Asimismo Guastini<sup>14</sup> nos dice que la llamada concepción contemporánea de la Constitución "contiene un proyecto detallado de "sociedad justa"". Sociedad justa en la que encontramos la protección del medio ambiente, junto a la libertad y la seguridad, los que, al decir de Guastini, se corresponden a "principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples concretizaciones". En estas afirmaciones de Guastini hallamos rastros de la concepción que postula que los textos constitucionales no se limitan a formular "reglas", sino que establecen "principios" y/o proclaman "valores".<sup>15</sup> Y, al estudiar la interpretación de las disposiciones constitucionales que expresan principios generales Guastini<sup>16</sup> nos reenvía a la concretización de los mismos y a la "estrategia" de la ponderación o "balanceamiento". Y, la concretización de los principios, nos dice<sup>17</sup>, significa determinar las reglas "implícitas" (en sentido amplio) que pueden obtenerse del mismo, y, por lo tanto, "determinar su ámbito de aplicación, decidir a cuáles clases de supuestos concretos es aplicable"; y, "determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea, determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea las subclases de supuestos a los que no es aplicable". Así, ante la regulación medioambiental, y las normas que la concretizan, ya estamos en presencia de un principio general del derecho, y, que, como tal, ingresa en la lógica de éstos, marcada, como indicara Guastini, por la ponderación y por la determinación de reglas implícitas.

## **5. Del medio ambiente y la propiedad privada como valores ideológicos básicos del orden jurídico**

Aarnio<sup>18</sup>, entre los tipos de principios, halla los que describe como "valores ideológicos básicos del orden jurídico", entre los que ubica el principio de imperio de la ley, el de suposición de la suposición del legislador racional, y, en los países con economía de mercado, el principio de la propiedad privada. No tenemos problema alguno en considerar la protección medioambiental como principio que es parte "de los valores

13 GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2008, pág. 44

14 GUASTINI(n. 13), pág. 49

15 GUASTINI (n. 13), pág. 55

16 GUASTINI (n. 13), pág. 73

17 GUASTINI (n. 13), pág. 79

18 AARNIO, Aulis, "Las reglas en serio" en AARNIO-GARZÓN VALDÉS-UUSITALO, *La normatividad del derecho*, Gedisa editorial, 1ª edición, Barcelona, abril de 1997, pág. 20

ideológicos básicos del orden jurídico”, pero que, como tal, coexiste con otros principios que también son parte “de los valores ideológicos básicos del orden jurídico”, como la propiedad privada y la seguridad jurídica. Todos los que nos conducen a la “estrategia” de la ponderación o “balanceamiento”, que nos llevará a lo que Gaustini<sup>19</sup>, al hablar de la concretización de un principio, llama reglas “implícitas” (en sentido amplio) que, nos dice, “pueden obtenerse del mismo, y por lo tanto: a) en primer lugar, determinar su ámbito de aplicación, decidir a cuáles clases de supuestos concretos es aplicable; b) en segundo lugar, determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea las subclases de supuestos a los que no es aplicable.

Todo ello no impide que, como lo afirmara Ortega Álvarez<sup>20</sup>, el Derecho del medio ambiente se caracterice “por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios”, entre los que ubica los principios de prevención, de causalidad y de integración. Pero, creemos, que estos principios, entran en lo que Betti<sup>21</sup> llamara “lógica de la materia disciplinada” –en este caso la medioambiental-, que se separa de los principios que se corresponden a la “lógica del Derecho”, que la describe como la que se corresponde a “la disciplina”, al “tratamiento jurídico como tal, considerado en su doble momento sistemático ...y teleológico”, en la que se hallan el principio de protección medioambiental, junto a los referidos principios de propiedad privada, libertad y seguridad jurídica. La referida distinción bettiana creemos que bien se puede corresponder a la distinción entre principios generales de la materia -entre los que se ubican los citados por Ortega Álvarez como propios del Derecho medioambiental- y principios generales del derecho, entre los que se ubica el de protección medioambiental con otros principios como el de confianza, y los antes referidos de propiedad, seguridad jurídica y libertad. Los que, impregnados de un sentido teleológico, determinarán que la lógica que marque su concretización, y de las normas que la concreten, sea no una lógica formal, sino teleológica. En cuanto, como lo dijera Kaufmann<sup>22</sup>, “el método jurídico no es, en primer lugar, lógico formal, sino teleológico.”

## 6. Del medio ambiente y los derechos fundamentales

Simón Yarza<sup>23</sup> nos ha dicho que la principal de todas las dimensiones *iusfundamentales* que posee el medio ambiente no es, en puridad, su función defensiva (frente a las injerencias estatales), sino su *función protectora* (frente a las injerencias privadas). Ello se debe a que la mayor parte de las amenazas que se ciernen sobre el entorno provienen de sujetos privados. Así, al tiempo que aumentan las actividades nocivas y peligrosas de los individuos, la tradicional función estatal de velar por la seguridad se traduce en un extraordinario crecimiento de su actividad administrativa, lo que conduce inevitable-

19 GUASTINI (n. 13), pág. 79

20 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente” en *Tratado de Derecho ambiental* dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ y María Consuelo ALONSO GARCÍA con la coordinación de Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Tirant lo blach, Valencia, 2013, pág. 35

21 BETTI, Emlio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1975, pág. 249

22 KAUFMANN, A., *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 55 y ss.

23 SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2012, pág.8

mente a un “Estado administrativo” según expresión de Schmitt. Dicha *función protectora* se concretiza, en la regulación de las áreas naturales protegidas, a través de “limitaciones o prohibiciones respecto de las actividades que se realicen” en dichas áreas, y zonas adyacentes, enunciadas en el artículo 8 de la ley 17234; hasta llegar a la expropiación de las mismas “cuyos titulares no presten su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”; sin perjuicio de lo cual “el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente podrá declarar tales áreas sujetas a las condiciones de uso y manejo que determine...” (artículo 6° de dicha ley). No tenemos dudas de la función protectora que conforma la *ratio legis* de dichas normas. Pero en ellas se mantiene la referida horizontalidad, en cuanto, en el inciso segundo del artículo quinto de la misma ley 17234 leemos que la afectación como áreas naturales protegidas, y las asignaciones de categorías dentro de las mismas, “regirá para los casos de áreas pertenecientes al patrimonio del Estado, así como de los particulares que a tales efectos presten su consentimiento”.

### 7. De las limitaciones y prohibiciones en la regulación de las áreas naturales protegidas.

En dicha función protectora se nos habla de “limitaciones o prohibiciones respecto de las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y zonas adyacentes”. En dicho texto la conjunción disyuntiva “o”, conforme el mismo Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española<sup>24</sup>, “denota diferencia, separación o alternativa entre dos más...cosas o ideas”. Aquí las ideas son “limitaciones” y “prohibiciones”. De los Mozos<sup>25</sup> nos ha dicho que la legislación que impone limitaciones a la propiedad, establece una adecuación funcional de los bienes al cumplimiento de tales finalidades. De ahí que derive a la expresión finca funcional, lo que De los Mozos<sup>26</sup> explica en cuanto por las limitaciones no se imponen límites a la propiedad, como una servidumbre, “sino que tales límites derivan de la delimitación o definición *objetiva*.” En similar sentido se había pronunciado Rodotà, de quien Delgado de Miguel<sup>27</sup> ya nos recordara que sostenía que “si la función debe considerarse como componente de la estructura de la propiedad los datos reconducibles a ésta (deberes y cargas que gravan al titular) no se pueden colocar en el exterior de la situación como límites de derecho público o de cualquier otro modo que se quiera considerarlos”. Desde el significado de “limitaciones”, la Real Academia Española<sup>28</sup> nos reenvía a limitar, y de éste presenta como significado el de “fijar la extensión que pueden tener (...) los derechos y facultades de alguien”.

Así la propiedad, siguiendo las palabras de Rodotà, está afectada por “deberes y cargas”, y, en el texto del referido artículo 8 de la ley 17234, “limitaciones y prohibiciones”. ¿Cómo distinguimos unas de otras? Creemos que, siguiendo el razonamiento que

24 Espasa, 22ª edición, pág. 1601

25 DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA, Madrid-1993, pág. 270

26 Ob. cit. pág. 269

27 DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*. Aranzadi. Pamplona-1992, pág. 65

28 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, cit., pág. 1380

ha acompañado la bipartición, que manejara la doctrina alemana, entre “*Nichtdürfen*” y “*Nichtkönnen*”, llegamos necesariamente a la distinción, planteada por Villa<sup>29</sup>, entre los límites al poder de los particulares (el *Können*) y los límites a la licitud del ejercicio del respectivo poder (el *Dürfen*). Distinción que, en la citada disposición, podemos llevar al correlato entre prohibición y límite al lícito ejercicio del respectivo poder. Y, como ya lo observara Rodotà, “lo que debe hacerse es reconstruir la *ratio* y el interés tutelado”. Y, así, derivamos, hacia la autorización, que Gasparri<sup>30</sup>, nos la ha presentado como aquel acto que hace posible el ejercicio de un derecho o de un poder que ya pertenece a su titular”; y que, en su variante, que llama “legitimadora”, determina la remoción de un límite en el ejercicio de un derecho. Ello explica que, en el artículo sexto de la ley 16466, ciertas “actividades, construcciones u obras, públicas o privadas” queden sometidas al “previo estudio de impacto ambiental”; y que, conforme el artículo séptimo de dicha ley, “para iniciar la ejecución de las actividades, construcciones, u obras en las que estén involucradas cualesquiera de las situaciones descriptas en el artículo anterior, los interesados deberán obtener la autorización previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente...” Y, en la regulación del ordenamiento territorial, hallamos que en el artículo 50 de la ley 18308, en ciertas situaciones, se prevé la edificación “en la faja de defensa de costas” “únicamente” mediante autorización “presentando un Plan Especial...”. Por lo que, en coherencia con sistema que conforma la regulación del ordenamiento territorial, determinaremos qué situaciones de las previstas en artículo octavo de la ley 17234, concretizan situaciones de “limitaciones” y de “prohibiciones”, atendiendo, como lo señalara Rodotà, a la respectiva *ratio* y el interés tutelado.

## 8. De los derechos de protección a la seguridad jurídica como determinabilidad

Se han presentado como principios que integran el derecho medioambiental, los de calidad de vida (dignidad humana), desarrollo sostenible (solidaridad colectiva), y de protección frente al riesgo. Así Simón Yarza<sup>31</sup> nos dice que las principales expresiones del crecimiento de la intervención estatal a través de un “Estado de precaución medioambiental” se concretiza en el Derecho administrativo. Por tal vía, siguiendo a Ballbé Mallol, observa una concepción de la seguridad entendida ante todo como “prevención de riesgos y peligros que afectan a la salud y al derecho a la vida de la gente”. De tal modo se aprecia, mediante tal concepción, un desplazamiento desde el concepto tradicional de peligro del derecho de policía hacia el concepto más difuso de *riesgo*, que se caracteriza por la indeterminación de su origen y por su incertidumbre. De ahí que se afirme que el derecho a la seguridad trasciende el marco del Derecho administrativo, hallando su expresión en la dogmática de los derechos fundamentales, como lo marcara Isensee<sup>32</sup>, merced al desarrollo de la comprensión de los mismos como deberes de protección estatal frente a las agresiones privadas. A ello se corresponde una línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Constitucional alemán seguida por al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que justifica que Doménech Pascual<sup>33</sup> escribiera que “los dere-

29 VILLA, Gianroberto, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè-Milano, 1993, pág. 15

30 GASPARRI, Pietro, voz “autorizzazione” “Diritto Amministrativo”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo , págs. 509-510

31 Ob. Cit. pág. 25

32 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 25

33 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 26

chos de protección estatal constituyen los derechos fundamentales típicos de la sociedad del riesgo en la cual vivimos”. Pero, agregamos, aquella seguridad entendida ante todo como “prevención de riesgos y peligros” medioambientales coexiste necesariamente con todas las demás concretizaciones del principio de seguridad jurídica. Y, así, coexiste con lo que Ávila<sup>34</sup> ha llamado “seguridad como determinabilidad”; afirmando que la seguridad, por otro lado, representa un estado ideal de certeza (relativa) como la posibilidad de que el ciudadano consiga prever, con un alto grado de determinación, el contenido de las normas materiales y procedimentales a que está y estará sujeto.

Ávila<sup>35</sup> ha observado la transición de un Estado Liberal, hacia una Estado Social (generador de prestaciones), a un Estado propulsor (fijador de planes), un Estado Reflexivo (fijador de programas)<sup>36</sup>, para llegar al Estado Incitador (productor de influencias)<sup>37</sup>, en cuyo ámbito se establecen vínculos de coordinación y cooperación. A ello se suma –continúa Ávila<sup>38</sup>–, el Estado, que, en vez de ponerse verticalmente en la posición de imponer restricciones a los particulares, los busca para establecer con ellos vínculos horizontales de cooperación, que justifican el movimiento denominado “fuga al Derecho privado”. Y, agrega, que este nuevo marco de tareas estatales motiva, a su vez, la continua creación de nuevas ramas jurídicas, como el Derecho ambiental. Así vemos como Ávila, desde su “teoría de la seguridad jurídica”, nos plantea el Derecho ambiental en el marco de un Estado que genera vínculos horizontales de cooperación. Entre ellos, leyendo el literal H del artículo 2° de la ley 17234, hallamos el objetivo de “contribuir al desarrollo socioeconómico, fomentando la participación de las comunidades locales en las actividades relacionadas con las áreas naturales protegidas, así como también las oportunidades compatibles de trabajo en las mismas o en las zonas de influencia”. Y, en la regulación del ordenamiento territorial, en el artículo 59 de la ley 18308, las, en el acápito, llamadas “Operaciones territoriales concertadas. Cooperación público-privada”.

## 9. Del concepto de desarrollo sostenible

En el derecho del medio ambiente hallamos el concepto de “desarrollo sostenible”, que fuera definido en 1987 en el Informe Brundtland de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas como “el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para asumir sus propias necesidades”. Ante ello Simón Yarza<sup>39</sup> nos advierte que tal enunciado asume como punto de partida una concepción del medio en la que el centro es el ser humano y sus necesidades; tanto como se pone un énfasis particular en la naturaleza

34 Ob. cit. pág. 142

35 ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid-2012, pág. 40

36 Este Estado fijador de planes y de programas lo vemos en la regulación del ordenamiento territorial a través de disposiciones como las contenidas en el artículo 21 de la ley 18308, en la que se nos habla de “programas de actuación integrada”, y el mismo artículo 1° de la ley 17234 que trata al “Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas” como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental”.

37 El Estado productor de influencias ya lo hemos visto en disposiciones como el artículo 2° de la ley 18564, que concretiza las para evitar la erosión y degradación del suelo o lograr su recuperación y asegurar la conservación de las aguas pluviales.

38 Ob. cit., pág. 40

39 YARZA, Simón, ob. cit. pág. 21

colectiva del desarrollo sostenible. Y, ante Constituciones anteriores a la determinación del concepto de “desarrollo sostenible”, como la nuestra, nos dice<sup>40</sup> que dicho concepto se puede subsumir dentro del principio de la calidad de vida, que sirve de criterio de ponderación entre el desarrollo económico y el derecho al medio ambiente. Dicho “desarrollo sostenible” se concretará en diversas técnicas, actos y procedimientos, para los cuales es indiferente que la propiedad de la respectiva finca sea fiscal o privada. Eso sí, cualquiera fuere el propietario de la respectiva finca, de lo que el artículo 31 de la ley 18308 llama “suelo categoría rural natural”, hallará su propiedad afectada en su utilidad jurídica por lo que el artículo 2645-ter del Código Civil italiano llama “vínculo real de destinación”. Ello determina que el artículo 3º de la ley 16466 disponga que “Es deber fundamental de toda persona, física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente”; y que el artículo 3º de la ley 18308 determine que los instrumentos de ordenamiento territorial sean vinculantes para los planes, proyectos y actuaciones de las instituciones públicas, entes y servicios del Estado y de los particulares.”

## 10. De los derechos procedimentales

En el ámbito de la Unión Europea, en ligazón con “un genuino derecho fundamental al medio ambiente”, han germinado, al decir de Yarza, con particular fuerza, los llamados “derechos procedimentales”. Lo que llevara a Macrory, al que siguiera Yarza, a sostener que, “frente a la vaguedad de un derecho subjetivo ambiental omnicompreensivo, la creación de derechos procedimentales es considerada como una alternativa realista y eficaz”. Y el mismo, luego de formularse en el principio 10 de la declaración de Río, se ha especificado en la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, en el que se habla del derecho a la información mediambiental, que incluye tanto el acceso a la información (artículo 4) como la recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente (artículo 5). Yarza<sup>41</sup> nos dice que por “información sobre el medio ambiente” en el caso Mecklenburg, de 1998, el Tribunal (STJCE) declaró que “el legislador comunitario pretendió dar a dicha concepto un sentido amplio”.

En el ámbito europeo se nos ha hablado de los llamados derechos procedimentales en materia ambiental, destacándose la conexión entre el procedimiento y los derechos fundamentales, lo que despertara especial interés en Alemania a raíz de la propuesta de Häberle<sup>42</sup> de un *status activus processualis*. Simón Yarza, comentando esta afirmación, nos dice que con ella se viene a subrayar que, en determinados ámbitos, una adecuada protección de los derechos fundamentales pasa por articular un procedimiento adecuado que permita participar al individuo en la formación de aquellas decisiones que inciden en su esfera de intereses. Ello lo comenta Simón Yarza<sup>43</sup>, diciéndonos que ante la ausencia de un derecho al medio ambiente inmediatamente invocable y ante el amplio

40 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 23

41 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 32-33

42 Citado por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 53

43 Ob. Cit. pág. 56-57

margen de apreciación del legislador en el cumplimiento de su deber de protección, los procedimientos de información y participación ciudadana se convierten en un medio indispensable para que los intereses más directamente afectados no se vean preteridos.

En la regulación del ordenamiento territorial, en el capítulo de la “Elaboración de los instrumentos de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible” se nos habla de la “puesta de manifiesto” de “los principales estudios realizados y los criterios y propuestas generales que orientarán la formulación del documento final” (artículo 24 de la ley 18308) y de una “audiencia pública” “obligatoria para los Planes Locales y para todos los Instrumentos Especiales”. A ello se suma que “la omisión de las instancias obligatorias de participación social acarreará la nulidad del instrumento de ordenamiento territorial pertinente” (artículo 26); y que, conforme al artículo 78 de dicha ley, “los responsables de la elaboración de los instrumentos de ordenamiento territorial (...) deberán inscribir los mismos en el mencionado Inventario (Inventario Nacional de Ordenamiento Territorial)...”; estando “la información contenida en el Inventario” “disponible para consulta por parte de las instituciones interesadas y del público en general”. Y, en la originaria regulación medioambiental, el artículo 14 de la ley 16466 dispone que el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente “podrá disponer la realización de una audiencia pública, cuando considere que el proyecto implica repercusiones graves de orden cultural, social o ambiental, a cuyos efectos determinará la forma de su convocatoria...”. Pero los “derechos procedimentales” creemos que no se limitan en la información y participación ciudadana, que se enuncia a través de proposiciones como la de que el Poder Ejecutivo “pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública”, a cuyos fines “efectuará una comunicación mediante una publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional”; sino que se deben extender, necesariamente, al procedimiento administrativo frente a los propietarios de “los padrones comprendidos en la situaciones a que refiere este Capítulo, a partir de lo cual no se podrá intervenir o modificar las condiciones naturales, los valores ambientales, paisajísticos, culturales o históricos existentes en ellos.” (Capítulo III “De la asignación de categorías del Título I de la ley 17234, que declara “de interés general la creación y gestión de un sistema nacional de áreas naturales protegidas...”)

### **11. De la afectación como área natural protegida**

En la regulación de áreas naturales protegidas contenida en la ley 17234, se dispone, en su artículo sexto, la declaración de utilidad pública de la expropiación de aquellas áreas que reúnan las condiciones establecidas en el título “Disposiciones generales”, “cuyos titulares no prestaren su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”. A lo que agrega que, “Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente podrá declarar tales áreas sujetas a las condiciones de uso y manejo que determine, de conformidad con la disposiciones de la presente ley.” En dicha disposición, y regulación, encontramos una laguna, la que se concreta en cómo los “titulares” (suponemos titulares de derechos reales de propiedad, usufructo o posesión) toman conocimiento de que su finca rural se encuentra designada a fin de la incorporación al Sistema Nacional de Áreas

Naturales Protegidas. En cuanto, conforme dicha disposición, la afectación a la misma ha de ser “consentida”; lo que es coherente, en cuanto afecta lo que De los Mozos<sup>44</sup>, siguiendo a Atias, ha denominado “facultades del propietario utilizador”, y eventualmente, el derecho a las rentas y, en su caso, una merca en el “derecho al capital”. Lo que se liga con la afirmación de Roy<sup>45</sup> de que “la afectación es...precisamente la expresión del *jus utendi* en su aspecto jurídico”. De ahí que creamos que el referido consentimiento a dicha afectación se corresponde a los conceptos manejados en nuestro Código Civil como “afectados por derechos reales” (artículo 1971), “constituir derechos reales” (art. 271 numeral 2º), “hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio” (artículo 2056).

Nos queda por responder cómo los afectados (limitados en los atributos de su derecho de propiedad) por la incorporación de la finca de su propiedad al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas toman conocimiento de la misma, a fin de manifestar (“prestaren”) “su consentimiento”. Tapani Klami<sup>46</sup> nos ha dicho que es típico de la regulación jurídica que, en muchos casos, la regla principal no está escrita y sólo es presunta, mientras que las excepciones son expuestas explícitamente.

Lo que se encuentra explícito en la regulación del ordenamiento territorial, a través del artículo 7 de la ley 17234, literal A, es que “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, deberá ...seleccionar y delimitar las áreas naturales que incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. En todos los casos el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, con carácter previo a la elevación de propuestas al Poder Ejecutivo, pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública. A tales fines, efectuará una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de comunicación nacional, a partir de la cual correrá un plazo que determinará la reglamentación, para que cualquier interesado pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considere convenientes...” A ello, en la misma disposición, se establece, en el literal D, “Establecer los plazos y formas para deslindar los padrones comprendidos en las situaciones a que se refiere este Capítulo, a partir de lo cual no se podrá intervenir o modificar las condiciones naturales, los valores ambientales, paisajísticos, culturales o históricos existentes en ellos.”

En dicha disposición se refiere a “...cualquier interesado” para que “pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considere convenientes...” mediante “una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de comunicación nacional”. De ahí que derivemos si en la expresión “cualquier interesado” se comprende al propietario de la finca que se afecta por la designación (“incorporada”) como área natural protegida, de quien se nos dice ha de manifestar su “consentimiento para la incorporación” de la misma “al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegi-

44 DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit. pág. 235

45 ROY, Brigitte, “L’affectation des biens en Droit civil québécois”, en La Revue du Notariat, Montréal, volumen 103, diciembre de 2001, pág. 390

46 TAPANI KLAMI, Hannu, “Res ad ethicam venit” Algunos comentarios acerca de reglas, principios y hechos”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, 1ª edición, Barcelona, abril de 1997, pág. 42

das". O, si, en cambio, el propietario, no se encuentra comprendido en aquella expresión de "cualquier interesado".

## 12. De la validez ejemplar de la notificación de la afectación

Ferrara<sup>47</sup>, remitiéndonos a la noción rawlsiana de "razón pública" y su parámetro concomitante de lo "razonable", nos dice que "si se pretende impedir que la razón pública colapse y acabe por convertirse en una razón práctica guiada por principios, la mejor forma de entender la fuerza normativa de lo razonable es concebirla como la fuerza de la ejemplaridad." Y Ferrara<sup>48</sup>, al estudiar "los límites de la razón pública", nos dice que en Teoría de la Justicia de Rawls la idea fundamental que subyace a la noción de razón pública ya estaba presente bajo los términos "justificación" y "principio de publicidad". Y, así, nos dice Ferrara, Rawls liga la "justificación" con la "razonabilidad", la que relacionara con "cuestiones de justicia" y de "esencia constitucionales". Pero Ferrara<sup>49</sup>, repasando la obra de Rawls, nos remite a "*The Idea of Public Reason Revisited*", en las que nos planteara que "demos razones públicas que apoyen los principios y las políticas que se supone que nuestra doctrina comprensiva apoya". Y, así, se nos habla de "concepciones razonables del bien", del "punto de vista de la reciprocidad y la equidad entre ciudadanos libres e iguales que desean vivir bajo un Estado de Derecho". Desde tales puntos de partida Ferrara<sup>50</sup> llega a afirmar que lo razonable es lo que mejor se ajusta a las verdades de partida que constituyen el punto de partida, para luego decirnos<sup>51</sup> que *lo razonable* (en el sentido de lo más razonable entre los argumentos razonables de la razón pública) se puede entender mejor como *lo ejemplar*.

En los planteos que recoge Ferrara de Rawls, y los suyos propios, queremos destacar las referencias "a los principios y las políticas que se supone que nuestra doctrina comprensiva apoya", a la "equidad entre ciudadanos libres e iguales que desean vivir bajo un Estado de Derecho", y la ligazón entre lo razonable con lo ejemplar. La referencia a "los principios y las políticas", lo ligamos, creemos que necesariamente, con el concepto de sistema que nos propusiera Canaris<sup>52</sup>, que lo definiera como *un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho*, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna.

También se nos ha hablado de "la equidad entre ciudadanos libres e iguales". Vallet de Goytisolo<sup>53</sup>, al estudiar las funciones que los comentaristas atribuyeran a la equidad, ante lo que llamara "realidad viva del derecho", incluían, entre otras, las de ser fundamento de la interpretación, dando preferencia no solo a la *mens legislatoris* sobre los *verba*,

47 FERRARA, Alessandro, *La fuerza del ejemplo. Exploraciones del paradigma del juicio*. Gedisa editorial. 1ª edición, abril de 2008, Barcelona, págs.. 28-29

48 Ob. cit. pág. 94

49 Ob. cit. pág. 97

50 Ob. cit. pág. 109

51 Ob. cit. pág. 113

52 CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid-1998, pág. 55

53 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *El razonamiento jurídico y la equidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid-1997, pág. 94 y ss.

sino también a la *mens* y a la *ratio legis* objetivas en concordancia con la *ratio iuris*; y la de armonizar las normas jurídicas, determinando lo que sea aplicable de cada una en el caso de que se trate. Pero fue Tomás MIERES, hacia la mitad del siglo XV, quien más estudiara la función de la equidad, afirmando que *secundum legem*, presenta la función de “orientar la analogía, atendiendo a cuál era la *rerum convenientia*; utilizar la pauta de dar trato igual y respetar a cada cual lo suyo; guiar la interpretación, “*quod aequitas est fundamentum interpretandi leges, et iura, et pacta*”, procurando buscar la razón de la ley en lo que ésta resultare dotada de buena razón y equidad, “*quia lex praesumiter iusta*”, junto a la de flexibilizar la ley, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

En relación a lo ejemplar, que manejara Ferrara, Luis Figa<sup>54</sup> escribía que el razonamiento por la analogía es “silenciado por la lógica moderna” pero “no es silenciado por la ciencia” que recurre a la teoría de los “modelos”. Mientras que Chaim Perelman<sup>55</sup>, en “La lógica jurídica y la nueva retórica”, ha precisado que ha de dejarse un sitio importante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, como el razonamiento por medio de ejemplos y también el modelo o la analogía, merced a los cuales “se extraen regularidades, leyes o estructuras (digamos, incluso, principios), que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real”.

Así vemos como la analogía, orientada por la equidad –conforme la *rerum convenientia*-, ligada al principio de igualdad –tratar lo igual en igual medida-, nos conduce al modelo estatuido para todos los titulares de derecho de propiedad, o, aún de posesión, que sean afectados por la Administración: su notificación a fin de que tengan conocimiento de la respectiva afectación. El modelo (con validez ejemplar) creemos encontrarlo en el artículo 15 de la ley de expropiación en su inciso tercero, al que luego se añadiera el artículo 244 numeral 3º de la ley 18362. Y, por ende, estamos, como adelantáramos, ante la concretización de un principio que coexiste con otros, como los de seguridad jurídica, buena fe y confianza. Al hablarnos de la exigencia del orden, Canaris nos enseñaba que se deriva, sin más, del reconocido postulado de justicia de que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia: se insta al legislador y al juez a retomar “consecuentemente” la valoración que una vez se ha sentado, a “pensarla hasta el final” en todas sus consecuencias particulares y a romperla sólo con sentido, es decir, por motivos objetivos –en otras palabras: a *proceder consecuentemente*-.

### **13. Del medio ambiente desde valor fundamental de la colectividad a derecho prestacional**

El derecho al medio ambiente en los textos constitucionales europeos se presenta como “mandato de protección” a través de la tutela del paisaje, como en el artículo 9 de la Constitución italiana, y en la misma, indirectamente, integrando el derecho a la salud, reconocido como derecho social en el artículo 32 párrafo primero. Frente a ello Yarza<sup>56</sup>, con base en la lectura conjunta de ambas normas, nos dice que desde los años ochenta la Corte Constitucional italiana viene otorgando al medio ambiente el carácter de “valor

54 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 107

55 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 107

56 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 36-37

*fundamental de la colectividad*". La constitución francesa, hasta hace poco, también carecía de disposiciones explícitas sobre el medio ambiente; por lo que las leyes de protección ambiental solían invocar, como soporte, de todas formas, el derecho a la salud. Lo que ha conducido a que Alexy<sup>57</sup> nos ha hable del derecho al medio ambiente como ejemplo de lo que denomina "derecho fundamental como un todo", debido a la multiplicidad de posiciones jurídicas en que se podría traducir.

Por otro lado Simón Yarza<sup>58</sup>, estudiando la relación entre el medio ambiente y los derechos fundamentales, nos habla del tratamiento del medio ambiente como un "derecho prestacional"; planteándose que todo deber de protección el Estado constituye un derecho prestacional "en sentido amplio". Así nos dice que las respectivas prestaciones se encuadrarían en la categoría jurídica, reconocida en Alemania como parte del principio de protección de la dignidad humana (art. 1.1 LFB), de los "mínimos existenciales". También se ha hablado de un derecho "autónomo" al medio ambiente, de lo que, en España, hablaran, entre otros, Jordano Fraga y López Ramón<sup>59</sup>; afirmando que el derecho al medio ambiente es un derecho humano y, como tal, merece la máxima protección constitucional. Ante ello, Simón Yarza indica como principal objeción que, como tal, se trata de un bien colectivo y es, por lo tanto, inadecuado para recibir la protección de los derechos fundamentales.

#### 14. Del medio ambiente y la propiedad privada como derechos humanos

Pero si el derecho al medio ambiente es un derecho humano, creemos que la propiedad también lo es. Así KAUFFMANN<sup>60</sup> nos dice que la propiedad es en virtud de su esencia ni sustancia ni valor pecuniario, sino, con GOETHE, "el círculo que mi actividad llena, nada por arriba nada por abajo". Así la propiedad es *actio*, es quehacer, autorrealización de la persona.

En el mismo sentido ARENDT<sup>61</sup> en su libro "La condición humana" liga la esfera privada con la propiedad. Así nos dice que "vivir una vida privada por completo significa por encima de todo estar privado de cosas esenciales a una verdadera vida humana: estar privado de la realidad que proviene de hallarse relacionado y separado de ellos a través del intermediario de un mundo común de cosas, estar privado de realizar algo más permanente que la propia vida. La privación de lo privado radica en la ausencia de los demás; hasta donde concierne a los otros, el hombre privado no aparece y, por lo tanto, es como si no existiera". Y, precisamente, si se destruye la esfera pública y la privada se "quita al hombre no sólo su lugar en el mundo sino también su hogar privado, donde en otro tiempo se sentía protegido del mundo y donde, en todo caso, incluso los excluidos del mundo podían encontrar un sustituto en el calor del hogar y en la limitada realidad de la vida familiar." Prueba de ello lo halla en el mundo romano, en el que "nunca se sacrificó lo privado a lo público", sino que por el contrario se comprendió "que estas dos esferas sólo podían existir mediante la coexistencia". En tal sentido

57 Citado por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 45

58 Ob. Cit. pág. 62

59 Citados por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 66

60 Arthur KAUFFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, Editorial Comares, Granada-2007, pág. 202

61 Hannah ARENDT, *La condición humana*, Paidós, 1ª ed. 9ª reimp., Buenos Aires-2013, pág. 67 y ss.

PLINIO EL JOVEN<sup>62</sup> escribía “que, para los esclavos, la casa del dueño era lo que la *res publica* para los ciudadanos”.

Es tal la naturaleza de la relación entre la esfera pública y la privada que la etapa final de la desaparición de la primera vaya acompañada por la amenaza de la liquidación de la segunda. Así ARENDT<sup>63</sup> nos dice que no es casualidad que toda la discusión se haya convertido finalmente en una argumentación sobre la deseabilidad o indeseabilidad de la propiedad poseída privadamente. En tal sentido nos dice<sup>64</sup> que, en sus orígenes, la propiedad significaba ni más ni menos el tener un sitio de uno en alguna parte concreta del mundo y por lo tanto pertenecer al cuerpo político; siendo la cabeza de una de las familias que juntas formaban la esfera pública. Es por ello que la riqueza de un extranjero o de un esclavo no era bajo ninguna circunstancia sustituto de la propiedad, y la pobreza no privaba al cabeza de familia de su sitio en el mundo ni de la ciudadanía resultante de ello.

### 15. Del medio ambiente como mandato objetivo de protección

De ahí que Simón Yarza<sup>65</sup> sostenga que la protección constitucional más adecuada del medio ambiente como bien colectivo no es la propia de los derechos fundamentales, sino la de los fines de la actividad estatal o los mandatos objetivos de protección. Ello, aunque las formulaciones jurídico-objetivas parecen indicar la existencia de auténticos derechos subjetivos, en cuanto no son literalmente, como reconoce que señalan Brandl y Bungert, ni “prototipos de derechos fundamentales, ni prototipos de declaraciones de declaraciones de un política pública”. En tal sentido Simón Yarza<sup>66</sup> nos dice que Brandl y Bungert han escrito que “la formulación de cada previsión medioambiental cae en algún lugar en el *continuum* entre el derecho subjetivo fundamental en un extremo, y la declaración objetiva de una política pública en el otro.” Lo que en la doctrina española Jiménez Campo<sup>67</sup> llamara “derechos aparentes”.

Y, si hablamos de “mandatos objetivos de protección”, en nuestra doctrina Martins<sup>68</sup> definía el procedimiento administrativo como “...el medio de dar satisfacción jurídica parcial, con intervención de un órgano de la justicia administrativa, a las pretensiones de los afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad administrativa pública estatal...”. Y, en el mismo reglamento de procedimiento administrativo, en el artículo 2º, se lee que “...la Administración debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales...debido procedimiento; ... buena fe, ...”. Por consiguiente, el

62 Citado por ARENDT, ob. cit. (6), pág. 68

63 Ob. cit. (6) pág. 69

64 Ob.cit. (6) pág. 70

65 Ob. Cit. pág. 71

66 Ob. Cig. pág. 71

67 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 72.

68 MARTINS, Daniel Hugo, “Análisis de las acciones de nulidad y reparación patrimonial en el derecho positivo vigente en el Uruguay y en la Argentina”, R.U.E.A., N° 1, 1979, pág. 33 citado por ARAMENDIA FALCO, Mercedes y PIO GUARNIERI, Juan Pablo, FCU, 1ª edición, marzo de 2015, págs. 13-14

mandado objetivo de protección medioambiental coexistirá con los restantes mandatos objetivos de protección, entre ellos, la propiedad y la libertad.

## 16. De la propiedad a la libertad

Atias<sup>69</sup>, al que sigue De los Mozos<sup>70</sup>, nos dice que “detallar los diversos elementos de la propiedad, estudiarles separadamente, supone ya desnaturalizar el conjunto; la más notable característica de la propiedad es justamente la de reagrupar todos los atributos posibles, acumulándoles, para dejar a su beneficiario sin concurrencia. Dicho de otro modo, no hay ciertamente definición positiva de la propiedad; la propiedad es todo; es lo que permanece cuando nada ha sido recortado en la relación directa que una le persona y la cosa, cuando nada ha sido olvidado en la enumeración de los poderes imaginables.” Y, al enunciar el contenido del derecho de propiedad nos habla del “aspecto material de la propiedad: utilidad natural de la cosa” y el “aspecto jurídico de la propiedad: la utilidad de la cosa”. Utilidad ésta que se liga al valor de la respectiva cosa que la determina como bien, lo que dicho autor enunciara como “una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa”. Así se ha llegado a la definición valorista de los bienes que formula Laurent<sup>71</sup>: “toda cosa que representa un valor”.

El aspecto jurídico de la propiedad, la utilidad de la cosa, se concreta en lo que se ha llamado “derecho al capital”, que Atias<sup>72</sup> lo presenta a través del derecho de disposición, el que implica la libertad de dejar de ser propietario. Así la facultad de disposición es la prerrogativa más profunda y más radical, tanto que ella misma es condición de la existencia de las otras. Es así que escribe que el derecho de disposición implica la libertad de elegir sucesor. Y, precisamente, esta libertad es la que afecta el llamado “derecho de preferencia” o “derecho de tanteo”.

Por tal vía vemos como se liga la propiedad con la libertad. Alexy<sup>73</sup> ha escrito de la conveniencia de concebir una libertad particular de una persona como una relación triádica: *la libertad de una persona*, como suma de sus libertades particulares, y *la libertad de una sociedad*, como la suma de las libertades de las personas que en ella viven. Así nos dice que esta concepción se orienta esencialmente hacia las personas en cuanto titulares de la libertad; agregando que “libre” puede calificarse también una acción o la voluntad. De ahí que Alexy afirme que “la libertad de las acciones, al igual que la libertad de la voluntad, es una abstracción relativa a la libertad de las personas”. Así la libertad de elegir sucesor es una concreción del derecho fundamental de libertad, en concreto de la libertad civil. Tanto que ya a principios del siglo XX (en 1901), Costa y Martínez<sup>74</sup> nos hablaba de la constitución del *status* individual, que lleva consigo la soberanía absoluta

69 Christian ATIAS, *Droit Civil, Les biens, tome I*, Librairies Techniques, 1980, págs. 79-80

70 José Luis DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, pág. 234 y ss.

71 Julien LAURENT, *La propriété des droits*, L.G.D.J., 2012, pag. 207

72 Ob. cit. pag. 83-84

73 Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2008, pág. 187

74 Joaquín COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho*, Civitas, pág. 59 y ss.

en la esfera del derecho individual, que, entre otras libertades, comprendía la libertad de disponer libremente por testamento y el derecho de pactar con fuerza de ley.

Desde la ligación entre la libertad de las personas y la libertad de acción se llega a la diferencia según el objeto de la libertad sea una *alternativa de acción* o *sólo una acción*. De ahí que Alexy<sup>75</sup> afirme que la libertad positiva pueda representarse como una relación triádica. En el concepto positivo de libertad existe una relación de tipo especial entre el impedimento de la libertad y el objeto de la libertad, la acción necesaria o razonable, es decir, la acción correcta. Ello conlleva que cuando el titular de la libertad es liberado de los impedimentos a la libertad y, en este sentido, es una persona libre o razonable, entonces lleva a cabo necesariamente la acción correcta. Pero también implica, necesariamente, para, cuando exista un impedimento de libertad, el mismo tránsito por los caminos de la razonabilidad que determine que el mismo se corresponda a una acción correcta. En tal sentido Cianciardo<sup>76</sup>, dentro del principio de razonabilidad, nos habla del juicio de adecuación; que coloca como el primer subprincipio de aquél. Así nos dice que lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin; lo segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. De modo que si se pretende imponer un impedimento a la libertad de elegir sucesor a través de un derecho de preferencia, exigiéndose al lesionado en su libertad una determinada conducta, el mismo se imponga “adecuadamente”. Para determinar la referida adecuación creemos que primero debemos precisar qué tipo de norma es la que surge del artículo 9 de la ley 17234, que impone al propietario el deber de ofertar (“deberán ser ofrecidos al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente”). Hart<sup>77</sup>, al estudiar el contenido de las normas, nos hablaba de normas de mandato (de conducta) y normas que confieren poderes; describiendo aquéllas como las que imponen un deber, de modo que su desobediencia se corresponde a la transgresión de un deber y, en consecuencia se impone una sanción. Y, en el caso, precisamente, la sanción es “la multa prevista en el último inciso del artículo 35 de la ley N° 11.029”. Y, en consideración a dicho deber de conducta, la medida adecuada que se impone al Estado, precisamente, es “la notificación a los propietarios conocidos y presentes”; sin perjuicio de la “la comunicación de la afectación a la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura...”. Así vemos en dicha notificación, o, en su caso, en dicha “comunicación”, el presupuesto para la vigencia del deber de ofertar como carga del respectivo propietario.

Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción se habla de “libertad *negativa*”, ella nos habla de las posibilidades de una persona para hacer algo. Es por ello que Alexy nos habla de una relación triádica, en cuanto el tercer miembro es una *alternativa de acción*. Y, precisamente, para la creación de una situación de libertad jurídica es indispensable tan sólo una omisión del Estado; tanto como para asegurar la libertad jurídica no es indispensable ningún derecho prestacional sino sólo un derecho de defensa. Y, en relación al propietario, y a la libertad del propietario de elegir sucesor, la alternativa de acción se concreta en enajenar la finca a quien quiera y mediante el título hábil para

75 Ob. cit. pág. 189

76 Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco. Buenos Aires-2004, pág. 62

77 H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edición (reimpresión), págs. 34-35

transferir del dominio que le plazca. En tal sentido Moscarini<sup>78</sup> nos ha hablado de la atribución de una posición jurídica subjetiva de ventaja a favor de la persona preferente, pero, al mismo tiempo, creemos, debemos advertir que dicha posición jurídica subjetiva de ventaja se debe concretar adecuadamente. Así Alexy<sup>79</sup>, cuando trata las libertades protegidas, nos dice que éstas no se limitan a la existencia de una norma constitucional, sino que “ella consiste en un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular al derecho fundamental la posibilidad de ejecutar las prestaciones permitidas”. Del mismo modo y en la misma medida creemos que se impone al Estado que cuando limita o afecta un derecho fundamental lo haga mediante “normas objetivas que aseguran al titular al derecho fundamental la posibilidad de ejecutar las prestaciones” a las que está obligado. Para lo cual, en la referida normativa, se previó la publicidad de las respectivas afectaciones mediante el sistema registral; lo que creemos no sustituye la necesaria notificación estatuida a través de normas ejemplares.

### 17. Entre derechos-exclusión y derechos-prestación

Laurent<sup>80</sup> nos plantea la oposición entre derecho-exclusión y derecho-prestación. Así caracteriza los derechos-exclusión como aquellos que presentan un vínculo exclusivo entre el derecho y su beneficiario; aún cuando no puedan ser considerados cosas. A pesar de que establecen vínculos entre las personas y las cosas, racionalmente no pueden tener la misma naturaleza que su objeto. Lo que más se aproxima a ello es la clásica descripción romana del derecho de propiedad: *res mea est*. En cambio, al marcar la tipología de los derechos-prestación, Laurent<sup>81</sup> nos dice que su titular puede acceder a utilidades de una cosa de la que no es propietario, a través de la prestación del propietario-deudor; permitiendo la repartición de la suma de utilidades de la cosa. Asimismo nos dice que el titular de un derecho-prestación necesita de la actividad de una persona, en cuanto tiene por objeto obtener una cierta utilidad (*service*).

Al marcar el interés de la que Laurent<sup>82</sup> llama la *summa divisio*, marcando al derecho-exclusión como heredero de *jus* (derecho-cosa) y al derecho-prestación del subjetivismo (derecho-poder); y, retomando las definiciones clásicas de derecho subjetivo halla que el señorío de la voluntad de que nos hablara Windscheid se corresponde al derecho-exclusión. Pero, precisamente, en el caso de la “oferta de venta”, contenida en el artículo 9° de la ley 17234, no estamos ante un derecho-exclusión; sino ante un derecho-prestación, imponiéndose al propietario una cierta actividad. Ello ya había sido advertido por Moscarini<sup>83</sup>, quien al estudiar la estructura y la forma de la oferta en materia del derecho de preferencia, nos dice que la manifestación de voluntad dirigida al beneficiario por el derecho de preferencia transita en la alternativa de configurarla como *denuntiatio* (simple notificación) o como verdadera propuesta, por la que con la aceptación de éste, y su recepción por el emitente, hace que se perfeccione un contrato preliminar o definitivo. Siempre a través de una prestación.

78 Lucio MOSCARINI, *Voz “prelazione” en Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIV, pág. 981

79 Ob. cit. pág. 199\*

80 Julien LAURENT, *La propriété des droits*, L.G.D.J., 2012, pág. 63

81 Ob. cit. pág. 64-65

82 Ob. cit. pág. 66

83 Lucio V. MOSCARINI, “Prelazione” en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIV, pág. 988

Así la afectación al propietario que se deriva de la imposición del derecho de preferencia no es análoga a la de las “resoluciones administrativas que determinan restricciones o limitaciones al derecho de propiedad de un predio determinado” de que se nos habla en el numeral 12 del artículo 17 de la ley registral (16.871). Las restricciones o limitaciones que sólo producen efectos informativos en su inscripción son aquellas que se corresponden a un derecho-exclusión o a una limitación estática del mismo, las que, desde que inmediatamente limitan al derecho de propiedad y no imponen deber alguno de conducta del propietario, pueden determinar una publicidad de tal tipo que no afecte su eficacia. Un ejemplo de ellas son las comunicaciones previstas en el artículo 12 del Código de Aguas, que tienen por objeto la publicidad “de los derechos de aprovechamiento de aguas del dominio público o privado”. Pero precisamente, si en ello hallamos un ejemplo de dichas “resoluciones administrativas”, ellas se corresponden a tales derechos a favor de determinados titulares, y complementaria a la del Registro que lleva “el Ministerio competente”. Y en todo caso de corresponde a un caso de lo que Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida<sup>84</sup> han llamado “eficacia ofensiva de la inscripción”, que, según ellos, se corresponde a la que tiene por fin atribuir a quien inscribe una titularidad firme e inatacable; que en el citado caso son “los titulares de derechos al aprovechamiento de aguas y álveos”.

### 18. De la falsa analogía entre el tercero registral y el obligado

Laurent<sup>85</sup>, al estudiar el argumento *a contrario*, ha escrito que “el silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada.” Sin embargo, sí cree que se puede utilizar el argumento *a contrario* cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya.”

En las situaciones de afectación del propietario mediante normas de mandato, como las que impone el derecho de preferencia, no se puede acudir al silencio normativo para, desde él, mediante el argumento *a contrario*, aducir que como no se exige que el obligado sepa o, en su caso, le sea cognoscible, que, precisamente, pesa sobre él un determinado deber, en caso de incumplirse, se le imponga una sanción. Ello en cuanto, por tal vía, haríamos un uso incorrecto del argumento *a contrario*, que sólo es admisible cuando me lleva del silencio, o de la excepción, al principio. Y el principio, precisamente, está marcado por los principios generales de derecho de buena fe y de seguridad jurídica.

Vaz Ferreira<sup>86</sup> nos advertía de los “errores de falsa oposición”, que describía cómo la que consiste en tomar por contradictorio lo que no es contradictorio, y, dentro de ella, de tomar lo complementario por contradictorio. También creemos que es igualmente errado tomar lo opuesto como igual, lo contradictorio como idéntico o análogo. Así no se puede hallar analogía alguna entre la situación del tercero registral y la del obligado.

84 José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona-1984, pág. 161

85 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*. II. Parte sistemática, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Consejo General del Notariado, pág. 637

86 Carlos VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Homenaje de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo-1963, pág.21

Pugliatti<sup>87</sup> hallaba la función de la publicidad registral a través de una función primaria de conoscibilidad, mientras que Nicolò y Gazzoni encontraban la función de la publicidad en la dilucidación de conflictos entre varios adquirentes de un mismo bien. Pero cualquiera sea la función que se le asigne a la publicidad registral ella transita necesariamente por la inoponibilidad, que Ragel Sánchez<sup>88</sup> fundamenta en el respeto de los derechos adquiridos con anterioridad, y que Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida<sup>89</sup> fundaran en la protección de la apariencia generada por la publicidad registral, sancionando la negligencia de quien no inscribe. Y ella tiene por protagonista al tercero.

Distinto es cuando estamos ante normas de conducta y derechos-prestación. En ellas y en éstos es indispensable que a quienes se les exige un determinado deber tomen conocimiento del mismo. Por lo que, en tal caso, la publicidad registral ya no tendrá solo la función de inoponibilidad, sino que funcionará (de ser posible) como subrogado de la notificación. Es por ello que en tales casos jamás podremos acudir a las consecuencias de una publicidad noticia, pues la razón y fin de la carga de inscribir se halla no ya solo en la protección del tercero adquirente sino también en una fuente de conocimiento del propietario afectado en su libertad de elegir sucesor, tomando conocimiento del deber. Aunque creamos que, igualmente, en tales casos, es necesaria, además, la notificación al afectado.

### 19. De las limitaciones de la propiedad y las normas de acción

Se ha pretendido que la afectación de la libertad de elegir sucesor del propietario es tan inmediata como lo sea la vigencia de la respectiva ley o decreto. En tal sentido, refiriéndose a las obligaciones legales que se corresponden a las limitaciones de la propiedad, Biasco Marino<sup>90</sup> ha escrito que el origen legal de las mismas determina que todo tercero pueda y deba conocerlas, porque, precisamente, “son de origen legal y entran en el régimen general de las leyes.” Y, además, como obligaciones legales “son de orden público y de Derecho Público.”

Así Biasco Marino<sup>91</sup> nos habla de normas de relación y normas de acción. Como normas de relación entiende las que “establecen los vínculos existentes entre el Estado y, en general, las personas jurídicas estatales y los particulares. Regulan aspectos sustantivos de las relaciones jurídicas, es decir lo que llamamos derechos y libertades, y de esas normas se derivan –digamos- relaciones jurídicas bilaterales, que comúnmente llamamos derechos, cuando son activas y obligaciones, cuando son pasivas...” Las normas de acción, nos dice, “está dirigido al funcionamiento de la Administración”, por lo cual “son normas de carácter instrumental y no sustancial”. Y, al ejemplificar, dichas normas indica como normas de relación a las que regulan el derecho de propiedad, en las que incluyen las que limitan al mismo, y como ejemplo de normas de acción las que establecen

87 Citado por Ennio RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, Giuffrè editore-2004, pág. 162

88 Luid-Felipe RANGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Tirant lo blanch. Valencia-1994, pág. 107

89 Ob. cit. pág. 165

90 Emilio BIASCO MARINO, “Alcance de la cláusula de estilo “libre de obligaciones y gravámenes” ante las limitaciones a la propiedad”, en Rev. AEU, vol. 78, n° 7-12, págs. 200 y 205.

91 Ob. cit. pág. 201

y regulan el proceso de expropiación; pues están indicándole a la Administración cuál es el camino que debe seguir.

Pero, si acudimos a la regulación “Del procedimiento administrativo” de expropiación, que Biasco Marino plantea como ejemplo de normas de acción, hallamos que en el artículo 15 de la ley 3958 se dispone la notificación personal a los propietarios, “sin perjuicio del emplazamiento que se hará por publicaciones por medio de edictos con las indicaciones del caso sobre el inmueble a expropiar”. Y, precisamente, la misma ley 17234, en el artículo sexto, inciso tercero, nos reenvía, a la regulación del “procedimiento expropiatorio”; estableciendo que “se regirá por las disposiciones de la ley N° 3.958”, que integra la citada disposición.

Por ello vemos que la pretensión de la aplicación inmediata de las respectivas afectaciones, cuanto estamos ante normas de acción, se desvanece; haciéndose necesaria “la notificación al o a los propietarios de los inmuebles que resultarán gravados por las mismas.”

## 20. De la ignorancia del derecho

Costa y Martínez<sup>92</sup> nos recuerda cómo Vives, en el más famoso de sus libros, titulado de *Causis corruptarum artium*, se plantea ¿“Donde está la justicia del principio *ignorantia juris neminem excusat* (se preguntaba), siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podría saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna, paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscada (*insidias struitis*) á la ignorancia y sencillez del pueblo (*simplicitati populari*).” Así Costa y Martínez<sup>93</sup> escribe cómo en Roma el *status juris*, siendo completo, envolviendo el “caput”, suponía y llevaba consigo la soberanía absoluta en la esfera del derecho individual; ó más claro, constituía el individuo en lo que expresa la palabra, en un *Estado*; Estado completo, lo mismo que la familia, lo mismo que el municipio, lo mismo que la nación, que podía ejercitar todos los poderes en la esfera de sus relaciones personales y tenía su más alta expresión en la facultad de legislar, mediante lo que llamaban los romanos *lex contractus*, *lex testamenti*. Ello, nos dice Costa y Martínez, envolvía un presentimiento vivo de la verdadera naturaleza de la persona “*jurídica*”, la cual no es meramente el *sujeto* del derecho, sino juntamente y al par *sujeto y objeto*; que encierra dentro de sí los fines para que el derecho está dado, parte de los medios necesarios para realizarlos y actividad racional para aplicar éstos a aquéllos cumpliéndose á sí propio lo que se debe. En esa “relación de libre condicionalidad” á que llamamos Derecho, el individuo es, por una parte, sujeto de fines, y por otra sujeto de medios; en esta segunda posición se dice “obligado”, deudor, condicionante; en la primera, “exigente”, acreedor, condicionado: tiene, por tanto, derechos y obligaciones respecto de sí propio, y para cumplir esas obligaciones, una esfera de acción exclusivamente suya, inviolable, donde nadie puede legítimamente inmiscuirse, dentro de la cual no hay ni cabe más diputado, senador, ministro, juez, magistrado, monarca o presidente que él mismo.

92 Joaquín COSTA y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho*, CIVITAS, Madrid, pág. 39

93 Ob. cit. pág. 59

Sin embargo algo es claro que la presunción del conocimiento del derecho no impide ni el error de derecho ni la buena fe. Así Lalaguna<sup>94</sup> ha pretendido distinguir entre ignorancia y error de derecho, para ello se basa en el término objetivo de referencia de aquella y en la situación de conocimiento errado; refiriéndose por esta al conjunto de situaciones en que se puede encontrar una persona como sujeto de derechos. Así se niega a entender el error de derecho como una forma específica de ignorancia de la ley. Y, en tal caso, el error de derecho como cualquier otro error que no implique dolo, culpa grave o duda, es compatible con la buena fe; tanto como acontece en materia de buena fe posesoria.

Oliva Blázquez<sup>95</sup>, siguiendo a Criscuoli<sup>96</sup>, nos dice que el error de derecho y el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes son dos figuras distintas que “no deberían encontrarse jamás”, ya que se mueven en “planos diferentes”, en “órbitas distintas”, y tienen ámbitos de aplicación que no son coincidentes. Así nos recuerda que Roca Sastre y Puig Brutau escribían que “no se trata aquí de la observancia de ninguna norma, sino de un caso de falsa determinación de la voluntad contractual por errónea concepción del derecho”. Ello en cuanto, nos dice Oliva Blázquez, el problema que se plantea es el de determinar la influencia que puede tener el error de derecho sobre determinados actos jurídicos respecto de los cuales el ordenamiento toma en especial consideración la voluntariedad y consciencia de los sujetos implicados. En tal sentido se cita a Coviello, en cuanto éste afirmara que se trata de saber si puede o no invocarse el *error iuris* como presupuesto positivo (buena fe). En este ámbito, nos dice Oliva Blázquez<sup>97</sup>, puede observarse cómo no aparece por ningún lado la cuestión del cumplimiento de la ley, ya que quien invoca el error de derecho no lo hace con la pretensión de eludir una norma, sino con la finalidad de lograr que su ignorancia o falsa representación determina determinadas consecuencias. Ello lo vemos en materias como el pago de lo indebido (art. 1317-1318 del Código Civil, el pago de buena fe al poseedor del crédito (art. 1455 del Código Civil), la posesión de buena fe (artículo 1207 del Código Civil), y la buena fe en el matrimonio putativo (artículo 211 del Código Civil), y la buena fe de quien construye en suelo ajeno (art. 751 inciso segundo del Código Civil). En todos ellos la buena fe no impide la aplicación de la respectiva, sino que considera a través de un régimen propio la situación de los terceros de buena fe; destacándose como, en el último caso, es la conducta del propietario la que genera la buena fe, tanto como en el caso ha sido la conducta (omisa) del Estado la que la generara.

Y, entre los principios generales del derecho aplicable a la materia hallamos el deber de respeto recíproco, de la confianza legítima, de la buena fe y de la seguridad jurídica.

94 Enrique LALAGUNA, “La ignorancia de la ley y el error de derecho”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático don Luis Legaz Lacambra (1906-1980)*, Madrid-1983, pág. 677 citado por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, *El error iuris en el Derecho Civil*, Consejo General del Notariado, 2010, pág. 189

95 Ob. cit. pág. 192 y ss.

96 Giovanni CRISCUOLI, “Errore di Diritto e Riconoscibilità”, *Rivista di Diritto Civile*, 1986, pág. 383 a 412

97 Ob. cit. pág. 196

## 21. Del principio general del respeto recíproco

Larenz<sup>98</sup>, partiendo del ejemplo de dos náufragos en una isla, nos conduce hacia el que denomina “principio general del respeto recíproco”. La relación entre ellos se puede plantear en una alternativa: el más fuerte somete a su voluntad al otro, dirigiéndoles órdenes o aprovechándose del otro para sus fines, o que decidan regular sus relaciones sobre la base de la equiparación y del reconocimiento recíproco del otro. En tal caso el interés de todos en la situación exige una cooperación más profunda.

Así nos dice que el presupuesto básico de toda relación jurídica entre dos o más personas es su recíproco reconocimiento como tales, que por encima de cada uno de los asuntos que les afectan en común y son por eso comunes, determina que ninguno está sometido al otro.

Dicho principio Larenz<sup>99</sup> lo liga al pensamiento kantiano. Ello en cuanto Kant<sup>100</sup> escribía que todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás. En tal sentido -nos recuerda Larenz- este principio atraviesa todo el ordenamiento jurídico.

En el caso de la “oferta de venta”, contenido en el artículo 9 de la ley 17234, el Estado debe ejecutar la cooperación necesaria (notificación) a fin de que el deudor ejerza el deber de conducta que se concretiza en el derecho de ofertar, y, además, cumplir con la carga impuesta de la publicidad registral de la respectiva afectación. Por tal vía, en caso de omisión del Estado, será él mismo el que genere en el propietario el error excusable de que la finca no se hallaba gravada por la citada afectación.

## 22. Del caso de la “viuda de Berlín” a la confianza legítima

Jorge Coviello<sup>101</sup> nos cuenta del caso de la “viuda de Berlín”, conocido también como de la “anciana viuda”, que trata de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo Superior de Berlín del 14 de noviembre de 1956, por la que se reconoce el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien se le había oficialmente certificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión, por lo que, en consecuencia, basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas. La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión esta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no solo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión.

98 Karl Larenz, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Civitas, Reimpresión 19191, pág. 55

99 Ob. cit. págs. 55-56

100 En Metafísica de las costumbres, cit. por LARENZ, ob. cit. pág. 56

101 Pedro José JORGE COVIELLO, “La confianza legítima”, en *Estudios jurídicos*, N° 11 año 2013, Montevideo-Uruguay, pág. 13

Poco tiempo después, el Tribunal Administrativo de Baviera, en consonancia con dicha doctrina, sostuvo que en los supuestos de actos administrativos de favorecimiento ilegales se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior que el principio de la legalidad, como es el caso de la seguridad y de la protección de la confianza, y llegó a la conclusión de que correspondía limitar la revocación *ex nunc*.

Así, dos conceptos basilares como el de seguridad jurídica y el de proporcionalidad conjugan con la idea de que el individuo es una persona y no debe ser considerado un simple objeto, lo cual conduce a la necesidad de garantizar cierta seguridad jurídica a la individuos y a imponer al Estado un ejercicio moderado de su poder.

Ello ha llevado a que en la doctrina europea se hable del principio de confianza legítima, de inspiración alemana y recepción por el Derecho comunitario, que ha venido siendo acogido por diversas jurisdicciones europeas, entre ellas, la española. López Menudo, Guichot Reina y Carrillo Donaire<sup>102</sup> nos dicen que este principio, con distintas denominaciones y construcciones, es conocido en todos los Derechos en cuanto tiene un sustrato en la noción más general de buena fe. Así, ante los críticos a tal tendencia, afirman que este principio se sitúa en el filo entre el parámetro de lo legal y de lo ilegal, o, en materia de responsabilidad administrativa, y en la terminología española, entre el funcionamiento normal y el anormal: se trata de medidas que, “legales en sí”, pueden causar en determinadas circunstancias un daño a un particular, que resulte contrario a una noción de equidad, de justicia distributiva o de buena fe que éste deba por sí solo arrostrar, teniendo en cuenta que la medida ha sido adoptada en beneficio de la comunidad. Pero, en el caso que estemos en el caso en que se afecte una finca sin la notificación al propietario de la misma, ni siquiera estaremos ante actos administrativos que ni siquiera son “legales en sí”.

López Menudo, Guichot Reina y Carrillo Donaire observan que el principio de confianza legítima tiene un importante papel en materia de responsabilidad patrimonial en el Derecho europeo, constituyéndose en su campo más importante de acción. En tal sentido nos hablan de que una medida puede ser legal en sí pero vulnerar la confianza legítima que pudo generarse ante un concreto particular a la vista de las circunstancias de su caso, a menudo incluso desconocidas cuando dicha medida se adoptó. En estos casos, nos dicen, el Derecho no ordena anular dicha medida *erga omnes*, sino compensar, frecuentemente con una indemnización, el “olvido” de haber dispuesto medidas compensatorias o transitorias que hubieran podido evitar que la confianza previamente generada quedase frustrada.

Y, precisamente, las citadas medidas compensatorias en la materia se concreten en no haber notificado la afectación al propietario y no haber inscrito la misma; determinará la indiscutible vulneración de la confianza del propietario, creemos que impidiéndole, al Estado, el cobro de la respectiva multa. Sin perjuicio de otras consecuencias que tal apartamiento del Estado del modelo de un “Estado ejemplar” determine.

102 Francisco LÓPEZ MENUDO, Emilio GICHOT REINA, Juan Antonio CARRILLO DONAITE, La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Lex Nova, 1ª edición, diciembre de 2005, pág. 66

### 23. De la buena fe

Betti<sup>103</sup> ha afirmado que un concepto fundamental para entender el problema de la cooperación a la que sirve la relación obligatoria es el concepto de buena fe; que, como hemos visto, se extiende desde el Derecho Privado al Derecho Público. Así Betti<sup>104</sup> nos habla de “las obligaciones integrativas instrumentales” que caracteriza como aquellas que deben asegurar el cumplimiento de la prestación y están, por tanto, estrechamente ligadas a la prestación debida, de la que no pueden escindirse en modo alguno. Para ellas no puede pensarse en una acción judicial autónoma. No son obligaciones que sean exigibles por sí mismas, pero si su inobservancia provoca una ejecución defectuosa del contrato, un cumplimiento inexacto, la inobservancia misma de tal obligación hará responsable al deudor por incumplimiento. Tales son las obligaciones de omisión, que forman el reverso de la obligación positiva de prestación, o aquellas que son preparatorias para la exacta ejecución de la prestación.

Así Betti<sup>105</sup> nos habla de obligaciones integrativas preparatorias, las que, nos dice, sirven para hacer posible la prestación que deberá realizarse en el momento pactado. Las que, en la materia, se corresponden a las tantas veces requerida notificación y publicidad registral. Lo que hace que el Estado ingresara en el mismo subprincipio del acto propio, que le impide exigir el cobro de la multa, cuando él mismo ha sido, a través de su omisión, quien ha creado la creencia falsa en el propietario que le imposibilitara cumplir con la conducta debida.

En la civilista alemana se han visto las obligaciones integrativas que se derivan como corolarios del principio de la buena fe se diferencian según el criterio de la mayor o menor aproximación en que se encuentren respecto a las obligaciones principales a que se refieren. La proximidad puede ser mayor o menor: es mayor en aquellas obligaciones de custodia y diligencia que son auxiliares e inmediatamente integran la obligación principal de prestación. Junto a estas y a otras obligaciones de respeto y de conservación del interés de la contraparte en la prestación, hay también obligaciones auxiliares que sirven para asegurar la realización útil de la prestación. Y, en la posición más distanciada de la obligación principal de prestación están las obligaciones generales de conservación del interés de la otra parte, que se llaman, con una expresión ahora técnica, obligaciones de protección (*Schutzpflichten*), que están dirigidas a prevenir y alejar daños de la esfera de intereses de la contraparte: ya que por el solo hecho de existir una relación de obligación, una parte entra en contacto con la esfera jurídica de la otra y tiene la posibilidad de perjudicarla. Y, precisamente, en esta materia estamos ante un caso de obligación protección que el Estado no ha cumplido.

### 24. De la seguridad jurídica

Jorge Coviello<sup>106</sup> nos cuenta cómo los Derechos británico y de los países de la *common law* han hecho un desarrollo de los principios de seguridad jurídica (*legal certainty*) y de

103 Emilio BETTI, “Teoría general de las obligaciones” tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid-1969, pág. 69

104 Ob. cit. pág. 106

105 Ob. cit. pág. 107

106 Ob. cit. pág. 29

confianza legítima (*legitimate expectations*). Al buscar el motivo de la protección de dichas expectativas, Forsyth<sup>107</sup> afirmaba que si el Ejecutivo asume, en forma expresa o tácita, un comportamiento determinado, el particular espera que tal actitud será ulteriormente seguida. Ello se seguramente fundamental para el buen gobierno y sería monstruoso si el Ejecutivo pudiera libremente renegar de sus compromisos. Así concluye que la confianza pública (*public trust*) en el gobierno no debe quedar indefensa.

Como vinculábamos la confianza legítima con la buena fe, también se vincula la *legitimate expectations* con el *estoppel*. Sin embargo, nos dice Jorge Coviello<sup>108</sup>, hay coincidencia doctrinaria en que la confianza legítima actúa donde el *estoppel*, institución del Derecho privado, no lo puede hacer, puesto que no es invocable —en términos generales— cuando la autoridad administrativa excedió su competencia. Por ello se ha dicho que, si bien no es sorpresivo en el derecho inglés que las *legitimate expectations* requieran una manifestación de justicia (*fairness*), antes que un tipo *estoppel*. No es desacertado decir que la muy británica idea del *fairness* es la que ha campeado en derredor de las *legitimate expectations*.

En el Derecho inglés se ha transitado desde las *procedural expectations* a las *substantive legitimate expectations*. Jorge Coviello nos dice que el principio conocido como *procedural expectations* fue introducido por Lord Justice DENNING de la corte de Apelaciones en el caso Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs, en el que se afirmaba que un órgano administrativo puede ser obligado a dar al afectado la oportunidad de ser oído, pero que “todo depende de si él (el afectado) tiene algún derecho o interés o, añadiría, alguna confianza legítima, de la que no sería justo privarlo sin oír lo que tenga que decir.” Por las *substantive legitimate expectations* no solo se limita a que la persona afectada puede ser previamente oída, sino a la posibilidad de exigir que la Administración, ante un cambio de criterio, cumpla con la política que hasta entonces había seguido.

En el caso *Regina v. Commissioners of Inland Revenue ex parte Unilever PLC* (resuelto conjuntamente con el caso *Regina v. Commissioners of Inland Revenue ex parte Mattesson's Walls Limited*), del año 1996, el juez Sr. Thomas Bingham sostuvo que en el caso se concretaba el comprensible error de un honesto y cumplidor contribuyente, que durante muchos años fue compartido, de modo que “rechazar el reclamo de Unilever sobre su confianza..., sin una clara y genérica advertencia, es tan injusto como para importar un abuso de poder”, y agregó, compartiendo lo sostenido por el juez de primera instancia, que el rechazo del Revenue “era tan irrazonable hasta tornarse, en los términos del derecho público, irracional.”

En el derecho administrativo norteamericano se usa la expresión *takings* que Jorge Coviello<sup>109</sup> presenta como equivalente a la de limitaciones; diciéndonos que cuando la propiedad es afectada como consecuencia de las limitaciones propias de vivir en sociedad no nos encontramos ante un *taking*, sino simplemente con medidas de policía que adopta el Estado para armonizar la vida en comunidad, como ocurre con las restricciones al dominio. Cuando la limitación afecta la propiedad en un grado mayor del

107 “The provenance and protection of legitimate expectations”, *Cambridge Law Journal*, 47 (2), julio 1988, págs. 237-260, esp. pág. 239, Cit. por JORGE COVIELLO, ob. cit. pág. 29

108 Ob. cit. pág. 29

109 Ob. cit. pág. 35

tolerable es que se aparece el *taking*. A dichos casos, si bien se niegan a aplicar el *estoppel* al Estado, sí acuden a la que denominan *contract clause*, contemplada en el artículo 1, numeral 10, párrafo primero de la Constitución, que en la parte pertinente establece que ningún Estado dictará una ley que menoscabe las obligaciones contractuales. Así Tribe<sup>110</sup> ha afirmado que con la cláusula contractual se amparan expectativas fundadas (*settled expectations*), entendidas como aquellas que una persona mantiene confiadamente por los compromisos expresamente asumidos por el soberano, y la discusión gira en torno a cuál es la dimensión en que el poder soberano del Estado puede llegar a incidir sobre ellas. Por lo cual –continúa dicho autor– cuando el Gobierno asume un compromiso aparece un argumento a favor de la cláusula, como igualmente la noción de justicia lleva a trascender a la cláusula en sí, en punto a arribar a un simple principio constitucional: “el Gobierno debe mantener su palabra”.

Fromont<sup>111</sup> nos ha hablado de la seguridad jurídica, junto a la proporcionalidad, como antecedente de la confianza legítima; diciéndonos que en el mundo jurídico alemán la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) se denomina también principio de previsibilidad (*Vorhersehbarkeit*), descomponiéndose en los principios de publicidad de los actos de gobierno, de autoridad de cosa juzgada, de precisión o claridad de las reglas de derecho, y de buena fe. Así, nos dice, que la confianza legítima el Tribunal Administrativo Federal lo derivaba tanto del principio de seguridad jurídica como de la buena fe.

Como dijéramos, Ávila<sup>112</sup> nos ha hablado de la seguridad jurídica como determinabilidad. Así nos dice que la seguridad jurídica representa un estado ideal de certeza (relativa) como la posibilidad de que el ciudadano consiga prever, con un alto grado de determinación, el contenido de las normas materiales y procedimentales al que está y estará sujeto. Y esta seguridad jurídica, en el caso, también se le ha afectado al propietario.

Así vemos como, el derecho medioambiental, y los principios en que se concretiza, coexiste necesariamente con los principios de seguridad jurídica, buena fe (confianza legítima) y la misma confianza; teniendo presente en contenido éticos. Por lo tanto será inevitable en la aplicación de las normas que conforman la regulación medioambiental la ponderación, para, así, llegar a lo que Sieckmann<sup>113</sup> ha llamado “mandatos de optimización”, que “ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas.”

110 Citado por JORGE COVIELLO, ob. cit. pág. 36

111 Michel FROMONT, “République fédérale d’Allemagne. L’État de droit”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, año 1984, pp. 1203-1226, citado por Jorge Coviello, ob. cit. pág.15

112 Humberto ÁVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, 2012, pág. 142

113 SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-2006, pág.24