

## PROTECCIÓN DEL AMBIENTE, DESARROLLO SOSTENIBLE Y CONTROL JURISDICCIONAL\*

Vera PARISIO\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gobierno del Territorio, tutela del ambiente y principio de proporcionalidad*. III. *El ART. 13 de la Ley 6 de diciembre de 1991 número 394: aprobaciones y sostenibilidad*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando se adoptan disposiciones para tutelar el ambiente instituyendo un parque, concesionando una autorización paisajística o dando un visto bueno, surge de inmediato la exigencia, no ausente de puntos de partida problemáticos, de hacer concurrir intereses tendencialmente conflictivos, a la luz del principio general de sostenibilidad. En efecto, por una parte, encontramos la protección, conservación y defensa del medio ambiente natural y del paisaje en sus valores histórico-culturales, por la otra, el uso social y público de los bienes ambientales, destinados a armonizarse y no a eludirse recíprocamente, para conseguir un desarrollo sostenible, teniendo en consideración a la población residente en las áreas tuteladas. Para solucionar los potenciales conflictos entre intereses de diversa naturaleza (públicos y privados) o de idéntica naturaleza (publicística, por ejemplo), el conflicto entre tutela del

\* La traducción de este artículo ha sido realizada por Alina del Carmen Nettel Barrera, doctoranda del Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, a quien se agradece su colaboración.

\*\* Catedrática de derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brescia, Italia. Vera Parisio ([parisio@jus.unibs.it](mailto:parisio@jus.unibs.it), [verapar@tin.it](mailto:verapar@tin.it)).

ambiente y del paisaje, que se tratará más adelante, se requiere la aplicación de los principios idóneos.

Prescindiendo de la aplicación del principio de subsidiariedad, mitigado por el de suficiencia, expresamente mencionados en el texto constitucional italiano, consideramos que, sobre todo allá donde son empleadas potestades discrecionales, se debe hacer referencia al principio de proporcionalidad.<sup>1</sup>

Debe recordarse que el principio de proporcionalidad consiste en el respeto del equilibrio entre los objetivos perseguidos y los medios utilizados, e implica, por lo tanto, que la administración pública deba adoptar la solución idónea que comporte el menor sacrificio posible a los intereses comprendidos, en el sentido de que no se disponga de ningún otro instrumento igualmente eficaz, con menor incidencia negativa. Este principio apareció a finales del siglo XIX en el ordenamiento alemán, se difundió rápidamente en toda Europa y ha recibido una particular atención en el ordenamiento comunitario, en el ART. 5 del Tratado de la Comunidad Europea y en el ART. 11 del Tratado que adopta una Constitución para Europa, más allá de sólo delinarse sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como principio general del ordenamiento comunitario (Galeta, 2005, p. 556).

Si bien el ordenamiento italiano se refiere a principios como el de subsidiariedad y equidad, no menciona expresamente al de la proporcionalidad.

La subsidiariedad en su aplicación vertical y horizontal tiende a arraigar el poder lo más cercano posible al ciudadano, y a admitir la intervención pública sólo allá donde resulte efectivamente necesaria. A nivel comunitario, al aplicar el principio de subsidiariedad, se valorará en abstracto la legitimidad de la competencia de la Unión respecto de aquella del Estado miembro, mientras que, a nivel interno, se valorará aquélla del Estado respecto de las regiones o de las regiones respecto a los entes locales menores. El principio de proporcionalidad, en su aplicación, dará relevancia a la cantidad de poder ejercitado del mismo sujeto.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Una de las primeras sentencias en las cuales se ha hecho referencia expresamente al principio de proporcionalidad, está en el Consejo del Estado Sentencia V, 18 de febrero de 1992, núm. 132 en *Foro amm.* 1990, 467 en tema de vínculo hidrogeológico. En este caso, los trabajos asentados sobre un suelo cercano a un manantial no sujeto a vínculo hidrogeológico, en defecto de comprobaciones específicas dirigidas a verificar las medidas idóneas a volver compatible la edificación con el respeto de los recursos hídricos, han resultado ilegítimos y por lo tanto anulados.

<sup>2</sup> Véase Sandulli, A., "Proporzionalità" en *Dizionario di Diritto pubblico*, S. Cassese (ed.), Milán, 2006 y Sandulli, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova,

Al no ser previsto de modo expreso en la Constitución Italiana, ni en la Ley sobre el procedimiento administrativo (Ley n. 241 de 1990), tal principio debe considerarse todavía comprendido respectivamente en el ART. 97 de la Constitución y en el ART 1 de la Ley n. 241 de 1990. La noción del “buen funcionamiento” (*buon andamento*) establecida en el ART. 97 del texto constitucional, en efecto, debe corresponderse con la obligación de utilizar el “medio más favorable”, que es la esencia del principio de proporcionalidad.

En el ART. 1 de la Ley 241/1990, según la redacción dada por la Ley n. 15 del 2005,<sup>3</sup> se afirma que la actividad administrativa debe, entre otros, respetar “los principios del ordenamiento comunitario”. En éstos, ciertamente comparece el principio de proporcionalidad (Massera, 2005, p.723). El medio ambiente es materia de competencia comunitaria, por tanto, al prescindir del desarrollo contenido en el ART. 1 de la Ley n. 241 de 1990 modificado, tal principio será en todo caso, considerado de plena aplicación en virtud del Tratado de la Comunidad Europea.<sup>4</sup> La jurisprudencia administrativa que ha seguido a la Ley n. 15/2005 como se precisará, ha reconocido, si bien por el momento de modo aislado,<sup>5</sup> al principio de proporcionalidad la cualidad de principio general del ordenamiento, específicamente en materia de tutela del ambiente, y en el ámbito de la eliminación de residuos.<sup>6</sup> Toda-

1998; también Galeta, D., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, Milán, 1998.

<sup>3</sup> Para un examen sintético de la novedad introducida por la Ley n. 15 del 2005, véase Parisio, V., “*Procedimento, proceso e mercato globalizado*”, en *Giust. Civ.*, 2006.

<sup>4</sup> Sobre los perfiles del derecho comunitario de la protección del ambiente, así como de la jurisprudencia más importante, véase. Fonderico, 2003, pp. 2015 ss.

<sup>5</sup> Ésta es la opinión de Galeta, U., Comentario a la sentencia del Consejo de Estado, sentencia VI, 14 de abril de 2006, n. 2087, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10, 2006, p. 1155 e Id., *Il principio*, cit. 556.

<sup>6</sup> Véase Consejo de Estado, sent. VI, 14 de abril de 2006, n. 2087, que anula la sentencia del Tribunal Administrativo Regional Friuli Venezia-Giulia, del 26 de enero de 2004, n. 20. El Consejo de Estado, haciendo especial referencia al principio de proporcionalidad, que en cada caso encontraba aplicación en materia de importancia comunitaria, afirmaba que la autorización ya contenía cargos precisos a costa de los eliminadores, y su concesión suponía que se determinara en el acto ciertos vínculos a cargo de la tutela del ambiente, comisionados a la característica constructiva de la instalación. En consecuencia, las siguientes prescripciones concernientes a autorización, examen de los fangos de eliminación y redacción de las relaciones pertinentes, imponían al sujeto eliminador un sacrificio bastante mayor que aquel estrictamente necesario para la tutela del ambiente y venían, por tanto, anulados por el Consejo de Estado. En la sentencia se puede leer que “el principio de proporcionalidad del cual se hace la aplicación es un principio general del ordenamiento e implica que la administración pública debe adoptar la solución idónea y adecuada, que comporte el menor sacrificio posible para los intereses involucrados [...] en el sen-

vía es poco frecuente encontrar en la jurisprudencia una referencia explícita a la investigación llamada “trifásica” propia del ordenamiento alemán, que pasa a través de la comprobación de la idoneidad de la medida a la finalidad de alcanzar el objetivo, de su necesidad, y de la estrecha proporcionalidad, con el fin de conseguir de donde se desprende que debe ser siempre preferida “la medida más favorable que permita en cualquier caso alcanzar el fin perseguido de la norma”.

En la utilización del principio de proporcionalidad, la administración primero, y el juez administrativo después, cada uno en sus propias prerrogativas, se configuran como garantes del principio de sostenibilidad, entendido en su más extensa acepción.

## II. GOBIERNO DEL TERRITORIO, TUTELA DEL AMBIENTE Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La materia del gobierno del territorio y de la tutela ambiental, en sentido amplio, ha constituido un ámbito privilegiado para verificar la idoneidad del principio de proporcionalidad a atemperar, en clave equitativa, en el coacervo de los diferentes intereses en juego cuando se interviene para proteger el ambiente.

La plena aplicación del principio de proporcionalidad implica que se cumpla con una efectiva observancia de la obligación de comunicar el inicio del procedimiento por parte de la administración pública (ART. 7-10 de la Ley n. 241/1990), resultando necesario que todos los intereses relevantes para la verificación de la idoneidad, necesidad y suficiencia del medio a utilizarse para conseguir el fin deseado por el legislador sean individualizados en el procedimiento administrativo. No es casualidad que el hecho de no llevar a cabo la valoración de la proporcionalidad, se acompaña siempre en la jurisprudencia de la violación del ART. 7 de la Ley n. 241/1990.

La violación de la regla sobre la participación procedimental vuelve problemático el control de la proporcionalidad, entendido en sentido propio,

tido de que ningún otro instrumento igualmente eficaz, pero menos negativamente incidente, esté disponible...”. Con anterioridad, en términos análogos, había resuelto el TAR Abruzzo, Pescara, 01 julio 2004 n. 61, <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>, en tal resolución se afirma que “el principio de proporcionalidad el cual se aplica mayoritariamente en materia de limitación al derecho de propiedad, de actividad de autotutela, de ordenanzas de necesidad y urgencia, de imposición de sanciones y, precisamente, de tutela ambiental... es principio general del ordenamiento e implica también que la administración pública deba adoptar la solución idónea que comporte el menor sacrificio posible para los intereses involucrados...”.

es decir, no coincidente con aquél de la mera racionalidad, puesto que no permite una amplia adquisición de los intereses más importantes.

En consecuencia, está claro que la aplicación del principio de proporcionalidad incide sobre el principio de proporcionalidad y sobre la efectiva calidad del ejercicio de la función administrativa, por cuanto de una solución formalmente razonable se pasa a otra que es obtenida con la comparación de todos los intereses posibles en juego, y, por tanto, también se perfila como la más equitativa a la luz del principio del medio más favorable.<sup>7</sup>

Entre los pronunciamientos que han hecho una aplicación integral de este principio, en materia de tutela del ambiente en su esquema trifásico, de ascendencia alemana, destaca el pronunciamiento del Tribunal Administrativo Regional (TAR) Lombardía, Brescia, 19 de diciembre de 2005 n. 1356.<sup>8</sup> En esta sentencia (con plena observancia del principio de proporcionalidad, en su utilización del medio más favorable) vienen anuladas las normas técnicas de actuación de un plano regulador general, en el cual se preveía una prohibición absoluta e inderogable de localizar criaderos de cerdos en todo el territorio municipal.

Tal medida, que en sí no resultaba irracional en cuanto llamaba a eliminar de raíz cualquier interferencia entre criaderos y áreas residenciales, quizá sería sobreestimada por su racionalidad y si es interpretada a la luz del principio de legalidad entendido en sentido formal; mas si se interpreta conforme a aquél de la legalidad substancial, como se manifiesta en el principio de proporcionalidad, se transforma en un vínculo excesivamente gravoso a la propiedad y a la libertad de la iniciativa económica, sin respeto al fin de la tutela de la salubridad del medioambiente.

En efecto, la salubridad del medioambiente venía garantizada en la previsión de normas que contemplaban distancias mínimas entre criaderos y áreas residenciales. En zonas circunscritas podían ser previstas ulteriores limitaciones a los planes reguladores, pero a condición de que eso fuese motivado en modo particularmente penetrante y haciendo referencia a las características de la misma zona. Una previsión, por lo tanto, que impedía sobre todo el territorio municipal (y no en cambio, en zonas bien circunscritas) la localización de criaderos, aparecía sin duda ilegítima, en cuanto el

<sup>7</sup> Véase TAR Veneto, sent. III, n. 1836 del 2003, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>8</sup> En [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

mismo fin podía ser conseguido con medios “menos cruentos”, atemperando sin mortificar inútilmente todos los intereses presentes.<sup>9</sup>

Permaneciendo siempre en el ámbito de la salubridad del ambiente, por razones de protección contra la contaminación, se señalan las disposiciones dirigidas a limitar el tránsito de vehículos en la ciudad. Éstos, en cuanto potencialmente incidentes sobre intereses de carácter económico de los cuales son portadores los comerciantes de la zona interesada, deben ser sometidos al examen de la proporcionalidad, para hacerlo en modo que, salvo el valor primario de la salud, se adopten disposiciones no sólo no irracionales, sino más bien lo menos restrictivas posible, o sea con potencial derogación para casos determinados.<sup>10</sup> Por ejemplo, al autorizar actividades extractivas en el interior de un parque, el juez<sup>11</sup> estableció que la ley que instituye el parque, en cuyo interior se debía llevar a cabo la actividad extractiva, preveía la concesión de un visto bueno por la entidad del parque, y que la *ratio legis* que coincidía con la voluntad de armonizar y volver compatible la actividad de explotación de canteras con la exigencia de tutela del ambiente, notaba que las prescripciones de la entidad debían tener como su principal, si bien no exclusiva justificación, la tutela del paisaje. Por tanto, imponer como condición la aprobación, con el sólo fin de mejorar la seguridad de los trabajadores, no podía ser suficiente para justificar las limitaciones a la actividad extractiva, que resultaban posibles sólo en caso de que, en modo motivado, debiera intervenir para tutelar el ambiente.

A menudo el principio de proporcionalidad es empleado por la jurisprudencia en conexión con aquél de la precaución, sancionado por el ART. 174 del Tratado de la Comunidad Europea, que autoriza a la Comunidad a establecer medidas que sean puestas en práctica para prevenir eventos dañinos para el ambiente y la salud.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Sobre el punto, y para los últimos criterios jurisprudenciales, véase Parisio, Vera, “*Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*” informe presentado a la Conferencia de Norimberga, en proceso de edición en *Nuove autonomie*, 2006

<sup>10</sup> Veneto, TAR, sent. III, no. 850 y 851 del 2005, *ibid.*

<sup>11</sup> Véase Sicilia, TAR, Palermo, sentencia II del 25 de enero de 2006, n. 202, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), que tiene por objeto la impugnación de una disposición adoptada por la entidad Parque de las Madonias, con la cual se autorizó el ejercicio de actividades en una cantera de piedra caliza en el interior del mismo parque, pero subordinándola a la condición de que viniese disminuida la altura de los peldaños de excavación, aumentando el número de ellos y multiplicando los costos de la cantera; todo en aras de la voluntad de hacer más segura la actividad de los trabajadores.

<sup>12</sup> Véase Consejo de Estado, sentencia VI, ord. n. 7992/2003, *op. cit.*, con la cual, la cuestión concerniente a la directiva 2002/2/CE en la parte en que se impone la obligación de indicar

Por lo que toca a instrumentos urbanísticos, desde hace tiempo el juez administrativo sostiene que, en aplicación del principio de proporcionalidad, la legitimidad de la previsión de un instrumento urbanístico que sirve para aplicar aquel general, encuentra su límite en la efectiva necesidad de reorganizar e integrar la urbanización del área de interés.<sup>13</sup>

La hipótesis de variar el plan regulador general con finalidad específica y objeto determinado, incidente *in peius* sobre situaciones que merecen consideración particular, como por ejemplo la preexistencia de un reparto de parcelas (*lotizzazione*) convenido, viene más sujeta al análisis de la proporcionalidad: la elección urbanística será legítima sólo si el eventual sacrificio impuesto no resulta desproporcionado, y todo eso deberá surgir siempre, en modo claro, de la motivación.<sup>14</sup>

En el tema de edificaciones abusivas se ha considerado que el principio establecido por el ART. 34 del Texto Único de la Edificación n. 380/2001, según el cual, la demolición no puede suceder cuando trae perjuicio de la parte del edificio ejecutada en conformidad y, en cambio, si se aplica sólo una sanción pecuniaria, sería una “directa emanación de un ápice del principio de proporcionalidad”.<sup>15</sup> De eso se deduce que la autoridad administrativa, antes de ordenar una demolición, debe valorar, en contradicción con el interesado, si la misma es aplicable al caso concreto en los términos ya dichos.

Al realizar la planificación general del territorio es particularmente evidente que la aplicación integral del principio de proporcionalidad implica que la administración pública asuma el cargo de valorar, siempre y en cualquier caso, todas las posibilidades alternativas a las que se pueda recurrir antes de incidir negativamente en la esfera jurídica ajena,<sup>16</sup> además de tute-

exactamente las materias primas contenidas en los piensos compuestos, considerada aplicable también a los piensos que utilizan bases vegetales ha sido reenviada al sentido del ART. 234 del Tratado de la Comunidad Europea a la Corte. Se puede ver también el TAR Veneto, sent. III, Venecia n. 396 del 2004 en lo concerniente a las medidas para tutelar la salud y la seguridad del ambiente en relación con las empresas de pavos, obligadas a detener la actividad para prevenir la propagación de infecciones.

<sup>13</sup> Véase Lazio, TAR, Latina, 27 de marzo de 2006 n. 207 y Abruzzo, TAR, Pescara, 1 de julio de 2004 n. 641. Se encuentran todas en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>14</sup> Véase TAR, Campania, Salerno, sent. I, n. 40 del 2003, *ibid*.

<sup>15</sup> Véase. TAR, Campania, Napoli, sent. VI, n. 7113 de 2006. En la sentencia se lee “... Debía por lo tanto esperarse en la fase final del procedimiento un contacto dialéctico entre el solicitante y la administración pública a la que competía la comparación de las condiciones objetivas del lugar valorar la posibilidad de demoler, precisando puntualmente los términos, o sea, la valoración de la eventual aplicabilidad del principio de conversión”.

<sup>16</sup> TAR Lazio, Latina, n. 207 del 2006, *op. cit*.

lar el futuro disfrute del territorio por parte de las generaciones futuras; de la motivación deberán apreciarse expresamente las opciones valoradas y no proseguir con razones relativas.

Por lo que corresponde al paisaje, el principio ha sido aplicado muy a menudo a las autorizaciones paisajísticas. Piénsese por ejemplo en el caso de la realización de una piscina en zona vinculada limitada,<sup>17</sup> para cuya concesión se debe efectuar una *valoración compleja* en relación con la cual, en Italia, el juez administrativo es de tipo “débil”, pues no se le reconoce un poder sustitutivo pleno tal que le permita sobreponer la propia valoración a aquella efectuada por la autoridad.<sup>18</sup>

En materia de creación de *monumentos naturales* el juez administrativo ha afirmado que la conservación y promoción del patrimonio natural debe suceder favoreciendo, o cuando menos sin impedir, las políticas dirigidas a consolidar aquellas formas de desarrollo económico que pueden considerarse idóneas para incentivar la ocupación. En conjunto, la aplicación del principio según el cual prevalece el interés colectivo sobre aquel privado, lejos de ser en su totalidad, debe ser sopesado caso por caso.

Particularmente interesante es la sentencia del TAR Lazio, sent. I-ter del 15 de diciembre de 2005, n. 250,<sup>19</sup> que anula una deliberación regional en la cual estaba prevista la constitución de un “Monumento natural denominado promontorio y Costa Villa de Tiberio-Torre Capovento”, impidiendo con esto la ampliación de un complejo de albergues sobre aquella área. De la exposición de motivos no era posible establecer por qué razón se había impuesto un límite de inedificabilidad absoluta, medida muy drástica, que por otro lado, bloqueaba también la posibilidad de desarrollo turístico y, por

<sup>17</sup> Véase TAR Sicilia, Palermo sent. II, 18 de noviembre de 2004 n. 2590, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>18</sup> Sobre la noción de control débil, véase Consejo de Estado sent. VI 3684 del 2003 y TAR Sicilia, Palermo, sentencia II, número 2590 del 2004, en esta última se lee “(...) cuando se está en presencia de una valoración compleja en función de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados... el control del juez administrativo es de tipo débil y eso no consiente un poder sustitutivo del juez tal de sobreponer la propia valoración técnica opinable o del propio modelo lógico de actuación del concepto indeterminado realizado por la autoridad. En el confronto de ésta, el juez debe en efecto verificar directamente los hechos sujetos a fundamento de las disposiciones y ejercitar un control de legitimidad sobre la individualización del parámetro normativo y sobre la cotejo de los hechos averiguados. En tal ámbito el juez puede, como se ha precisado, censurar la valoración técnica (incluido el juicio final) que a través de un control de racionalidad, lógica y coherencia, aparecen increíbles (...)”.

<sup>19</sup> En [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)



lo tanto, económico de la zona. También en tal sentencia se mencionaban expresamente la proporcionalidad y la racionalidad de la medida.

En temas de límites indirectos (de los cuales trata el ART. 21 de la Ley n. 1089 de 1939, ahora el ART. 20 y 45 del Código de Bienes Culturales), la jurisprudencia, en aplicación del principio de proporcionalidad, ha llegado a afirmaciones interesantes.

En especial en la hipótesis según la cual el límite indirecto se resuelve en una prohibición absoluta de edificación sobre una vasta área de territorio, eso debe estar basado en una adecuada instrucción y fundado adecuadamente por la administración, ya sea bajo el perfil de la conexión funcional con la exigencia de tutela y valoración del inmueble directamente vinculado, o bajo el perfil de la comparación de los intereses involucrados.<sup>20</sup> De la motivación del vínculo se deberá deducir con claridad que aquél que se destine de verdad a perseguir la finalidad prevista de la norma y el estudio de posibilidades alternativas, deberá sobrepasar los límites de extensión o intensidad menores.<sup>21</sup> Puesto que, además de la tutela del paisaje están en juego aquellas del derecho de propiedad o al desarrollo de la actividad empresarial, la medida adoptada, deberá configurarse como la más favorable posible y no tanto como la más razonable.

Por lo tanto, en la hipótesis de adecuación de límites indirectos sobre un terreno muy distante respecto de aquel donde, hipotéticamente, habían sido recuperados hallazgos, la administración tendrá la obligación de explicar las razones por las cuales, no obstante la distancia, se ha previsto una restricción al derecho de propiedad.

Aplicando los esquemas de control de mera racionalidad, en cambio, la administración se limitaría a registrar que la imposición del vínculo no parece evidentemente ilógica.

<sup>20</sup> Véase TAR Lazio, sent. II, 5 de marzo de 2003 n. 1711, en *www.giustizia-amministrativa.it*. En los mismos términos, TAR Calabria, Catanzaro, sent. I, de 6 de abril de 2005 n. 546 y Consejo de Estado sent. VI, de 17 de octubre de 2003 n. 6344, *Ibid*.

<sup>21</sup> Véase Consejo de Estado sent. V, 20 de septiembre de 2005 n. 4866, en *www.giustizia-amministrativa.it*. En la sentencia se lee que la legitimidad del vínculo (o límite) va comisionada a límites precisos contenidos en el concepto general de lógica y racionalidad de la acción administrativa y, por esto, con el fin de evitar la vinculación indirecta (accesoria e instrumentalmente) se pudiera transformar en una vinculación general, y tal instrumento debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad (congruencia del medio respecto del fin perseguido), de la específica valoración del interés público “particular” perseguido y de la necesidad de que en la motivación de la disposición quede claramente expresa la imposibilidad de adoptar opciones alternativas menos costosas para el privado que tiene la carga del límite indirecto.

Recientemente la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>22</sup> ha afirmado que la utilización de los vínculos indirectos para la tutela de bienes culturales,<sup>23</sup> puede aplicarse sólo para los ámbitos territoriales circunscritos. El principio de proporcionalidad impone que el contenido de la resolución del vínculo indirecto sea expuesto en modo muy preciso haciendo referencia a las exigencias de tutela del bien gravado por el vínculo. En consecuencia, no se puede comprometer el ejercicio del derecho de propiedad relativo a inmuebles que tenían sólo una débil relación con el bien a tutelarse. Cuando la exigencia de protección no es relativa a un bien cultural específico y se debe proteger un área muy vasta (área protegida porque en su interior se pueden encontrar intereses particulares de ámbito cultural) corresponde adoptar el plan de ordenación paisajística (*il piano paesaggistico*) regulado en la Parte III, Título I, Encabezado III del Decreto Legislativo 42/04. El *piano paesaggistico* es un instrumento de programación del uso del territorio y, por lo tanto, si tal plan está aprobado, no es posible ya, imponer la fijación del vínculo indirecto. En tal hipótesis, la imposición del vínculo sería ilegítima, o sea, la resolución del vínculo se vería viciada por una violación de ley y exceso de poder. Por ende la resolución del vínculo, por su naturaleza, puede ser aplicada sólo a territorios delimitados. En la hipótesis de áreas vastas sólo la planificación territorial permite un adecuado enfrentamiento e integración de todos los intereses en juego, los cuales deben ser examinados dentro de un procedimiento que se termina con la adopción del plan territorial, es decir, con el acto de programación territorial.

### 1. Paisaje y medioambiente como intereses en conflicto: *el caso de las instalaciones de energía eólica*

La construcción de las instalaciones de energía eólica ha dado vida a una interesante conflictividad que para resolverla el juez administrativo, en el rol de garante de un uso social del territorio (y no sólo del principio de sostenibilidad), se ha encontrado con el deber de atemperar, por una parte, la

<sup>22</sup> Cfr. Consejo de Estado sent. 29 de abril de 2008 no. 1939, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>23</sup> El vínculo indirecto a protección de un bien cultural es regulado por el ART. 45 y los siguientes del Decreto Legislativo del 22 de enero de 2004 No. 42, en base al cual el Ministerio de los Bienes y Actividades Culturales tiene la facultad de determinar las distancias, las medidas y todas las otras prescripciones dirigidas a evitar que se ponga en peligro la integridad de un bien específicamente pormenorizado y que no sea comprometida la perspectiva o la luz o que vengan alterados las condiciones de ambiente y de decoro.

tutela del medioambiente y, por otra, la protección del paisaje. Ciertamente, el paisaje forma parte también del medioambiente, aquel más estético, y goza también de protección constitucional, ART. 9 de la Constitución Italiana.

Sin embargo, en la hipótesis de construir instalaciones para la explotación de la energía eólica que permitan la explotación de energías alternativas y por lo tanto, en un último análisis, contribuyan a preservar el ambiente mediante la utilización de fuentes no contaminantes, se viene a incidir sobre la calidad del paisaje. Ha sido especial la referencia al principio de proporcionalidad ya adoptado como principio general del Ordenamiento, en virtud del nuevo texto del ART. 1, con objeto de proporcionar la brújula de orientación del juez administrativo.

En un interesante pronunciamiento<sup>24</sup> viene a controlarse la denegación de conceder la aprobación para la realización de una instalación para la producción de energía eólica en cuanto la secuencia de postes y hélices se encuentran como “elementos prominentes en un paisaje que vive en cambio de suaves pendientes de colinas y de difuminados fondos constituidos por las montañas azules” sin contar que la realización del cableado y de las vías de acceso a las obras y de las áreas relacionadas comportaría estropear irremediablemente el contexto paisajístico.

El juez competente decide la anulación mientras que la administración apuesta únicamente por los valores paisajísticos, con la denegación impugnada, no había valorado la compatibilidad de la actividad a autorizarse, poniendo en comparación el sistema de pluralidad de intereses, introducido por la Constitución republicana.

La adopción del principio de proporcionalidad expresamente llamado en la sentencia hace que la intensidad del vínculo no vaya considerado en sí mismo, como sería en aplicación del principio de control de la mera racionalidad, sino de haberse establecido si efectivamente la intensidad del vínculo se correspondía al valor de la tutela y sobre todo si aquél objetivo de tutela podía conseguirse igualmente sacrificando en la menor medida posible otros intereses, relacionados aquellos con el ejercicio de la actividad empresarial con la finalidad de obtener una modalidad de producción de

<sup>24</sup> Véase TAR Sicilia, Palermo, sent. II, del 4 de febrero de 2005 n. 150 n. 150 en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la motivación ha sido retomada por el TAR Sicilia, Palermo, sent. I, 1671 de 2005. En el mismo sentido: TAR Cerdeña, sent. II, del 16 de febrero de 2006, n. 226 y TAR Sicilia, Palermo, sent. I, del 19 de enero de 2006 n. 156.

energía no contaminante.<sup>25</sup> La administración en el momento de la concesión debería verificar y motivar el acto, habiendo verificado si todos los intereses secundarios habían sido en cualquier modo, considerados así como las posibles soluciones alternativas aunque sea sólo para excluirlas.

Es evidente que el principio de proporcionalidad constriñe a la Administración a un mayor rigor en la individualización de todos los intereses presentes y consecuentemente a una plena aplicación de los principios de participación procedimental y, al final, a una motivación realmente exhaustiva, bajo el perfil de los intereses sacrificados, como efectiva aplicación del ART. 3 de la Ley 241 de 1990.

Por tanto, el uso del *lente de la proporcionalidad* incide también sobre el principio de la suficiencia de la motivación, en el sentido que, respecto a la observancia del principio de racionalidad, se hace necesaria la llamada a muchos más elementos para definirse satisfecho el deber de la motivación, en este caso en particular, por ejemplo, deberían mencionarse las indicaciones respecto a las localizaciones alternativas.

De la sentencia II n. 150 del 2005, TAR Sicilia, Palermo se deduce además que:

la tutela del paisaje no es la única forma de tutela territorial constitucionalmente relevante, flanqueándose a la tutela del medioambiente, de la salud, al gobierno del territorio y a otras hipótesis de poder insistente sobre el mismo dato de la realidad física, puestos a guarnición de otros tantos intereses públicos.

La aplicación del principio de proporcionalidad determina la superación de la concepción monosectorial del interés público, de considerarse incompatible con la constitución republicana<sup>26</sup> con la limitación de los recursos

<sup>25</sup> En sentencia se lee: “En el posible conflicto entre la exigencia correlativa al ejercicio de la actividad empresarial, con la finalidad de producir (en la modalidad no contaminante) energía eléctrica y aquellas sujetas a valores no económicos (como la tutela del paisaje) la Administración debe en particular, estudiar no sólo el total de una o la preservación de la otra, siguiendo una lógica meramente inhibitoria, sino debe sobre todo, como lo indica sobre todo la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de julio de 2002, n. 355, buscar una solución meramente comparativa de la dialéctica entre la exigencia de la empresa y aquellas referentes a valores no económicos, todos relevantes en sede del poder administrativo de autorización... lo que no excluye que el resultado final del juicio comparativo privilegia el valor paisajístico: pero sólo en el resultado de una razonable ponderación, a la medida de un canon de proporcionalidad (...)”.

<sup>26</sup> En la sentencia se precisa que “(...) El modelo del Estado Social propio de la constitución republicana es, en efecto, un modelo pluralista que individualiza los varios y complejos

públicos, ambientales en particular y con la creciente demanda de bienes y servicios.

Como se puede ver en la jurisprudencia,<sup>27</sup> la administración en el ámbito de la amplia discrecionalidad de la cual goza en el desarrollo de la actividad de salvaguarda del paisaje, también es en cualquier caso, tenida para ejercitar el propio poder de hacer un balance de los diversos intereses en juego y el juicio de comparación debe tener en cuenta, no sólo los objetivos específicos perseguidos por el disfrute de la energía eólica, sino también, de los intereses de naturaleza constitucional y de relevancia comunitaria implicados.

La protección del paisaje, por lo tanto, no puede asumir carácter totalizante y constituir un límite absoluto a las opciones de disfrute de formas de energía alternativa, pero debe asegurar que el proyecto de la instalación eólica respete los valores paisajísticos y panorámicos del lugar, a través de la búsqueda de formas y estructuras que permitan una inserción armónica de la instalación eólica en el ambiente circundante. Todo ello también, con el fin de conservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras.

### III. EL ART. 13 DE LA LEY 6 DE DICIEMBRE DE 1991 NÚMERO 394: APROBACIONES Y SOSTENIBILIDAD

En los ambientes territoriales protegidos, como los parques, las intervenciones de construcción no vienen sujetas a un régimen especial, dirigidas a garantizar la “sostenibilidad”, entendida como la compatibilidad con la exigencia de tutela del ambiente, también en consideración del uso potencial por parte de la población residente y de las generaciones futuras.

intereses públicos y privados y confía su cuidado a los diversos centros de imputación (en función del nexo entre tales figuras subjetivas y la relativa posición de intereses) y se disciplinan las relaciones en clave de confronto dialéctico... excluyendo genéricamente de cada área montañosa o de colinas la posibilidad de producir energía eléctrica mediante instalaciones eólicas, determinaría independientemente de la primordialidad del bien en cuestión y la consecuente necesidad de producirlo de otro modo, la realización de instalaciones productivas que, más allá de insistir en cualquier caso sobre el paisaje (aunque en forma menos invasiva) resultarían seguramente más contaminantes de aquéllas eólicas, y por tanto realizarían las lesiones de las formas de tutela territorial que se recordaban (el ambiente, la salud sobre todo) también dotadas de cobertura constitucional de al menos igual rango a aquella que goza la tutela paisajística”.

<sup>27</sup> Véase. TAR Sicilia, Palermo, sent. I n. 156 del 2006, *op. cit.*

En el ART. 13 de la Ley del 6 de diciembre de 1991 n. 394,<sup>28</sup> incluso en el título II “Áreas naturales nacionales protegidas”, se establece que la expedición de concesiones o autorizaciones relativas a las intervenciones,<sup>29</sup> que de efectuarse al interior de un parque, son sujetas al visto bueno preventivo de la Entidad del parque.<sup>30</sup>

Tal acto, de naturaleza autorizatoria, llamado a comprobar la conformidad entre la disposición del plan (ART. 12), de la regulación del parque (ART. 11) y del contenido de la intervención que se pretende efectuar, debe venir expedido en el término de sesenta días. Tal término, perentorio, puede ser aplazado por sólo una ocasión, por otros treinta días, previa comunicación por escrito del presidente del parque al peticionario. La revisión de la petición de visto bueno, por otro lado, puede ser confiado, con deliberación del consejo directivo, al comité pertinente, el cual tiene su composición y actividad regida por el reglamento del parque.<sup>31</sup>

El visto bueno no ha condicionado, para los parques ya existentes, a la aprobación del nuevo plan para el parque y de la nueva regulación, puesto

<sup>28</sup> La previsión del ART. 13, primer inciso, deja perplejo. En efecto, si la finalidad principal sujeta a la Ley n. 394 de 1991 es aquella que garantiza la protección más amplia posible a porciones de territorio consideradas merecedoras de tutela en relación a los valores ambientales, paisajísticos y arqueológicos allí presentes, la reconducción del silencio de la Entidad del parque a la disciplina del silencio positivo parece discutible. Se coteja en sustancia, un contraste entre la finalidad sujeta a la ley y la modalidad procedimental a través de la cual conseguirle. Sobre el punto, me sea permitido el reenvío a Parisio, Vera, *Silenzio assenso e richiesta de nulla osta per interventi all'interno del parco alla luce dell'articolo 13 della legge 6 dicembre 1991 n. 394*, en Rev. Guir. Edil., 1992, 61 ss. y *Il silenzio della pubblica amministrazione. La rinuncia a la garanzia dell'atto scritto*, Milano, 2006, 251, ss.

<sup>29</sup> El ART. 13 menciona las “intervenciones, instalaciones y obras” al interior del parque. Tal previsión es indudablemente genérica. Mejor habría hecho el legislador en distinguir entre intervenciones meramente de conservación y modificación, previendo la obligación del visto bueno preventivo sólo para los segundos.

<sup>30</sup> Si se examinan los decretos constitutivos de parques y reservas naturales anteriores y sucesivas a la Ley n. 394 del 1991, se constata que la previsión establecida por el ART. 13 es constantemente repetida. Lo mismo dígame para el Parque de las Madonias, donde las intervenciones al interior del parque son sujetas al visto bueno, pero afortunadamente no es previsto el silencio positivo.

<sup>31</sup> Al sentido del ART. 29 de la Ley 394 del 1991, en caso de que venga ejercitada una actividad en forma diferente a la autorizada por el visto bueno, el representante legal del organismo de gestión del área dispone de la inmediata suspensión de la actividad misma y ordena en cada caso la reducción a la forma original cargo del transgresor, con responsabilidad solidaria de quien encarga la actividad, del titular de la empresa y del director de los trabajos en caso de construcciones y transformaciones de obras.

que la ley marco no intenta disminuir, sino más bien reforzar el rol institucional del Ente parque.<sup>32</sup>

El transcurso infructuoso de tal término equivale a la concesión expresa del visto bueno,<sup>33</sup> por lo tanto, el silencio equivale a la concesión del acto expreso.

La denegación del visto bueno es inmediatamente impugnabile en el término ordinario de decadencia precisamente reflejando principios ya consolidados en la jurisprudencia, relativos a la impugnabilidad de actos que se suponen lesivos de posiciones jurídicas subjetivas.<sup>34</sup>

Si no es concedido el visto bueno, se admite el recurso jurisdiccional, más allá de terceros interesados, también de las asociaciones individuales en conformidad con la Ley 8 de julio de 1986 n. 349, como se precisará más adelante.

El visto bueno es, como la ley indica, preventivo, es decir, la solicitud y la expedición del mismo deben preceder a la expedición del acto de concesión solicitado para intervenir en el interior de un parque. De eso se deduce que un permiso de construcción no puede legítimamente ser expedido si primero no ha intervenido el prescrito visto bueno.<sup>35</sup>

Parece poder entenderse, sobre la base de la letra de la ley, que el sujeto habilitado para la expedición del visto bueno es llamado a efectuar una mera confrontación entre la disposición del plan, del reglamento del parque y la intervención programada,<sup>36</sup> en la ejecución de la cual muy rara vez aparece la discrecionalidad atribuida al sujeto que la realiza. Ello, tal vez podría explicar, la previsión del silencio positivo en la hipótesis de falta de la expedición del visto bueno.

<sup>32</sup> Véase Cass. Pen. sent. III, del 26 de febrero de 1998 n. 3443.

<sup>33</sup> Puesto que se configura el silencio positivo, obviamente, la solicitud del visto bueno debe contener todos los elementos previstos por la ley, véase. TAR Abruzzo, Pescara, 28 de agosto de 2003, n. 776, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). En tal pronunciamiento, una disposición de denegación de reapertura de descarga al interior del Parque de la Maiella viene suficientemente considerado en cuanto habían sido comparados expresamente todos los diversos intereses secundarios presentes.

<sup>34</sup> Véase. CGA de 27 de octubre de 2006, en [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>35</sup> Se recuerda que la expedición del visto bueno no es por sí sólo suficiente, no puede absorber otras autorizaciones, sigue siendo indispensable la adquisición del permiso de construcción y la autorización paisajística. Véase Cass. Pen. sent. III, del 23 de noviembre de 1999, De Rosa e Cass. Pen., sent. III del 13 de octubre de 1998 n. 12917.

<sup>36</sup> Del cual la jurisprudencia penal hace deducir que no es penalmente sancionada la construcción de una manufactura al interior de un parque en ausencia del visto bueno en caso de que no subsista el instrumento planificadorio y el reglamento prescrito por la ley. Véase Cass. Pen. sent. III, 27 de junio de 1995 n. 10407.

Se entiende, sin embargo, que el contenido discrecional del acto resulta directamente proporcional a la precisión con la cual vienen redactados el plan y el reglamento del parque.<sup>37</sup>

En la hipótesis en la que, una vez instituido el parque, el plan no fuese dispuesto en el sucesivo plazo de seis meses,<sup>38</sup> como prevé el ART. 12, cuarto inciso, se considera que el visto bueno viene expedido sobre la base de una valoración ampliamente discrecional del Ente parque.

Sólo en tal limitada hipótesis, en el ejercicio de tal discrecionalidad, consideramos que el principio de proporcionalidad juega el rol indiscutible de protagonista. Considerando la zona en la cual debe ser localizada la intervención,<sup>39</sup> se valorará la intensidad con la que el interés primario

<sup>37</sup> Véase Parisio, Vera, *op. cit.* 253 ss. y TAR Basilicata, Potenza, 13 de mayo de 1998 n. 144, en *Foro amm.* 1999, 218.

<sup>38</sup> En caso de que el plan del parque no venga aprobado dentro de veinticuatro meses desde la institución del parque, es prevista la intervención sustitutiva de un comité mixto, constituido por representantes del Ministerio del Ambiente, de las regiones y provincias autónomas, llamados para llevar a cabo lo necesario para alcanzar los acuerdos. Si tales acuerdos no son conseguidos dentro de los sucesivos cuatro meses, el Ministro del Ambiente expone la cuestión al Consejo de Ministros que decide en vía definitiva.

<sup>39</sup> El parque, en el sentido del ART. 12, es distinto en zonas en base al diverso grado de protección que se quiere garantizar. Se distinguen: reservas integrales, en las cuales el ambiente es conservado en su integridad; reservas generales orientadas, en las cuales están prohibidas nuevas obras de construcción y seguir obras de transformación del territorio; áreas de protección, en las cuales en armonía con la finalidad del parque, pueden continuar la actividad agro-silvestre-pastoral y son admitidas las intervenciones autoritativas de las cuales la letra a), b), y c) del ART. 31, primer inciso de la Ley n. 457 de 1978; áreas de promoción económica y social que son parte del mismo ecosistema, más extensamente modificadas de los procesos de colonización en las cuales son toleradas actividades compatibles con la finalidad institutriz del parque y con la de mejorar la vida socio-cultural de la colectividad local y un mejor aprovechamiento del parque por los visitantes. Sobre el modelo de otros parques, también aquel de las Madonias, en la provincia de Palermo, instituido por el decreto Ass. Territorio y Ambiente de 9 de noviembre de 1989, aparece subdividido en zonas sujetas a un diverso régimen de conservación sobre la base de las características eco-faunísticas presentes. Por el contrario, allí están de más. La zonización permite la contextual satisfacción de los intereses contrapuestos presentes al interior de un parque. En todas las zonas (Zona A de reserva integral, Zona B de reserva general, Zona C de protección, Zona de control) también en la obvia y jaspeada variedad, calidad y cantidad de las intervenciones admitidas en cualquier caso previsto es siempre un visto bueno del Ente parque del cual la expedición es preventiva respecto del intervento mismo. Se lee, por ejemplo, al ART. 2 letra a) y letra f), el ART. 6 letra a) y letra e), al ART. 10. c. 1, ART. 11. c. 4, letra b), ART. 14. c. 2 y c. 4, ART. 16. c. 1, letra e), ART. 17. c. 2 y 4, ART. 20. c. 3, ART. 24. c. 4. En relación, sin embargo, para la actividad ejercitable en las zonas "C puntuales" el ejercicio de alguna actividad, (por ejemplo, aquella deportiva, ART. 12, letra b) es fijada previa autorización y no de un visto bueno. El Ente parque desarrolla una intensa actividad de planificación relativa,



de la tutela del ecosistema natural debe encontrar aplicación. Para la zona ya urbanizada o circundante es evidente que los intereses de aquellos que piensan en un desarrollo económico del parque no pueden ser ignorados del todo.

Será con una valoración muy similar a la del principio de proporcionalidad, dirigida a favorecer la más amplia adquisición y valoración de hechos e intereses para el procedimiento, como ya se asentaba, que se podrá traducir por ejemplo, en cláusulas especiales que se asentarán en el visto bueno.

En el ART. 13 no son previstas fórmulas de publicidad relativas al momento de la solicitud del visto bueno. La fijación al registro del municipio interesado y del Ente parque se tienen en consideración sólo en caso de que suceda la concesión o denegación del visto bueno. Se considera, sin embargo, que en todo caso, deben encontrar aplicación los ART. 7, 8, 9 y 10 de la Ley 241 de 1990, sobre todo en las hipótesis en las cuales las previsiones del plan o del reglamento del Parque sean poco detalladas o incluso no existan por completo.

### 1. *Impugnación del visto bueno y principio de proporcionalidad*

En el ART. 13, segundo inciso, de la Ley 394 de 1991, se establece que habiéndose expedido un visto bueno, se admite el recurso ante la autoridad jurisdiccional (administrativa) también de parte de las asociaciones de protección del ambiente, “individualizadas en el sentido de la ley de 8 de agosto de 1986”.<sup>40</sup>

por ejemplo, para la racionalización del disfrute de las zonas A y B y en sistema derogatorio, por ejemplo, relativo a la prohibición de modificar el régimen del agua (ART. 21. c. 3) para el aprovisionamiento hidro-potable funcional a la actividad y a las intervenciones. Se señala en el ART. 21 letra d), en el tema de gestión de los recursos hídricos la posibilidad de derogar la prohibición de modificar el régimen del agua vigente en las zonas B sobre la base, no sólo de un visto bueno del Ente parque, sino también de un estudio que contenga, en el sentido de la letra d) del ART. 21 “el análisis de todas las posibles soluciones alternativas, aún con más cargas, con la cual sea demostrada la imposibilidad de disponer, sobre todo en áreas externas al parque y, en segunda instancia, en las zonas del parque a menor tutela”. Se tiene, por lo tanto, una plena aplicación del principio de proporcionalidad en su exteriorización por medio de la aplicación de los medios menos invasivos para el ambiente, dirigido en este caso, a la compilación de una relación de carácter técnico.

<sup>40</sup> El debate relativo a la legitimación de recurrir a un juicio era producto de la sentencia del Consejo de Estado, sent. vi, del 7 de marzo de 1973, en la cual *Italia Nostra* había obtenido la legitimación para actuar en tutela de intereses difusos sobre el presupuesto de la admisión, en el acta constitutiva, de tal tarea por parte de la misma asociación y del reconocimiento de la personalidad jurídica del Ente, recurrida en la Corte de Casación (SS.UU de 8 de mayo de

La referencia a la ley por la que se instituye el Ministerio del Medioambiente alude a las asociaciones de protección del medio ambiente, ART. 13 de la Ley n. 349 de 1986, de carácter nacional y a aquéllas presentes en al menos cinco regiones, individualizadas con decreto del Ministerio del Ambiente sobre la base de la finalidad programática y del ordenamiento interno democrático previsto en su estatuto, no sólo de la continuidad de la acción y de su relevancia externa. La ley institutiva del Ministerio del Ambiente, en general, podría entenderse de dos formas. Primero, en el sentido de considerar legitimadas sólo las asociaciones expresamente indicadas en el ART. 13 de la Ley n. 349 de 1986, en consideración del carácter taxativo del elenco, línea interpretativa que privilegia fuertemente a las asociaciones sociales o a los entes exponencialmente no ocasionales que responde a una lógica de tendencia a la institucionalización de los intereses,<sup>41</sup> o en el sentido de permitir al juez integrar tal elenco fijando en cada ocasión la legitimación sobre la base de diversos parámetros, apuntando a establecer la continuidad, seriedad y extensión de la actividad en favor del ambiente por parte de la asociación misma. En la segunda hipótesis, el juez utilizará un modelo de análisis similar, pero no del todo reconducible, a aquél que usualmente emplea aplicando el principio de proporcionalidad, en cuanto implica sólo la verificación de la justificación de los medios respecto a los fines y no de la benevolencia del medio utilizado, refiriéndolo a las asociaciones no citadas expresamente en la Ley 346 de 1986, para verificar si el fin perseguido por aquéllas, que resulta de sus estatutos debe ser sostenido por un empleo idóneo en términos de recursos y objetivos. Hay que recordar que la jurisprudencia administrativa tiende a atribuir al elenco del que habla el ART. 13 de

1978 n. 2207). Esta última había considerado que los dos presupuestos mencionados anteriormente no eran suficientes para integrar intereses legítimos. Sucesivamente intervenidos varios pronunciamientos, entre ellos el del Consejo de Estado, A. p. de 19 de octubre de 1979 n. 24, donde se admitía la legitimación a actuar en sede de jurisdicción administrativa como última instancia, a asociaciones localizadas en un ámbito natural particular más o menos limitado y que habían reconocido posiciones de interés legítimo a asociaciones de tutela del ambiente sobre la base de situaciones reconocidas normativamente en el ámbito de procedimientos administrativos (Consejo de Estado, sent. VI, de 15 de mayo de 1983 n. 353). En la Ley n. 349 de 1986, sin embargo, tal desarrollo jurisprudencial no había sido seguido, en efecto, se asegura la legitimación a recurrir en sede jurisdiccional administrativa sólo a las asociaciones que presenten los caracteres previstos en el ART. 13 de la misma ley.

<sup>41</sup> Véase Consejo de Estado, sent. VI de 16 de julio de 1990 n. 728 que confirma parcialmente la sentencia de TAR Lazio, sent. I, de 21 de septiembre de 1989, n. 1272.

la Ley n. 346 de 1986 carácter abierto,<sup>42</sup> reconociéndose el poder de integrar el elenco mismo y por lo tanto, una vez más, configurar al juez administrativo como garante de un uso social y sostenible del ambiente y del territorio.

#### IV. CONCLUSIONES

Como resulta de las consideraciones antes expuestas, la aplicación del principio de proporcionalidad aparece resolutorio para que emerjan primero y armonicen después, los diversos intereses concurrentes. Estos pueden tener igual cobertura constitucional, allá en donde se deban adoptar disposiciones, de los más diversos contenidos de protección del ambiente, a la luz del principio de sostenibilidad.

La tutela del ambiente efectivamente no puede imponerse en modo absoluto y totalmente absorbente de otros valores, sino ante todo, debe armonizarse con ellos.

El principio de proporcionalidad resulta el instrumento más adecuado para controlar el ejercicio del poder discrecional de la administración pública, sin sobreponer el juicio que individualice el medio más favorable para perseguir el interés público y de las apreciaciones propias del área de valoración reservada a la administración.<sup>43</sup> El juez en efecto, no puede en términos generales indicar cuál sería la medida concreta a adoptar, a menos que no vea en el ámbito de la actividad rígidamente vinculante, sino sólo establecer que ninguna administración razonablemente nunca habría de adoptar la medida contenida en la disposición impugnada.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Véase TAR Liguria, sent. I, de 13 de julio de 2006 n. 828 e *Id.* 18 de marzo de 2004 n. 267, e *Id.* N. 354 del 2003 confirmada por la sentencia del Consejo de Estado, sent. VI, n. 1330 del 2004. Un comité, independientemente de su naturaleza, que tampoco comparece entre las asociaciones citadas en la Ley n. 346 de 1986 aparece legitimado a recurrir a un juicio en caso de que recurran a una serie de elementos: el perseguimiento no ocasional de objetivos de tutela del ambiente; el ente tenía un grado adecuado de estabilidad, suficiente nivel de representatividad, y un área de desempeño reconducente a la zona en la cual se ha situado al ambiente o al bien de disfrute colectivo que se asume ha sufrido daños.

<sup>43</sup> Véase Consejo de Estado sent. A.p. 14 de diciembre de 2001 n. 9 donde se afirma en sede de anulamiento de un decreto de la *Soprintendenza* que éste último resulta ilegítimo puesto que, con su adopción, la *Soprintendenza* habría dado prevalencia a las propias valoraciones sobre la exigencia de salvaguardar el bien ambiental, respecto de aquella formulada por el municipio, sin exponer la adecuada motivación sobre la subsistencia de un específico perfil de ilegitimidad de la autorización paisajística.

<sup>44</sup> Para estas consideraciones, me permito el reenvío a Parisio, Vera, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*

Del análisis de la jurisprudencia examinada en el tema de protección del medioambiente y gobierno del territorio, resulta que el control de la legitimidad, según el modelo de la proporcionalidad, con o sin llamada al sistema trifásico, resulta mucho más penetrante y coherente con el modelo de Estado democrático propuesto en la Carta Constitucional. A la luz de tal modelo, la actividad de la administración primero y de la actividad del juez después, basada sólo sobre la correspondencia de un único parámetro normativo, como sucede con el control de mera racionalidad, es insuficiente para traducir la complejidad de los intereses presentes en las controversias en materia de protección del ambiente. El vicio de la mera irracionalidad comprobado en juicio permite a la administración adoptar nuevamente la misma resolución, previa corrección o integración de la motivación. Lo opuesto sucede en la hipótesis de que el medio preseleccionado sea declarado no idóneo, no necesario, o sólo no proporcionado respecto al interés público a satisfacerse: en tal caso se constituye una efectiva preclusión a la reutilización del medio ya adoptado, superable sólo en sede de impugnación de la sentencia que comprobará la violación del principio de proporcionalidad. Esto último es coherente no sólo con el rol que el juez administrativo ha ido recortándose, es decir, aquél garante de un uso social del ambiente y del territorio, sino también con el modelo de administración que prevalece hoy día, no más coincidente con un aparato nombrado simplemente para cuidar un interés específico, sino un sujeto llamado a tomar decisiones relativas a recursos limitados, como el ambiental, previa composición de los intereses inmiscuidos y ligados al uso de tal recurso, manteniendo la sostenibilidad como línea conductora.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Consejo del Estado Sentencia V, 18 de febrero de 1992, núm. 132 en *Foro amm.* 1990, 467.
- Consejo de Estado sent. VI, 14 de abril de 2006, n. 2087.
- Consejo de Estado, sentencia VI, ord. n. 7992/2003.
- Consejo de Estado sent. VI 3684 del 2003.
- Consejo de Estado sent. VI, de 17 de octubre de 2003 n. 6344, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- Consejo de Estado sent. V, 20 de septiembre de 2005 n. 4866, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- Consejo de Estado sent. 29 de abril de 2008 no. 1939, en *www.giustizia-amministrativa.it*

- Consejo de Estado, A. p. de 19 de octubre de 1979 n. 24.
- Consejo de Estado, sent. VI, de 15 de mayo de 1983 n. 353.
- Consejo de Estado, sent. VI de 16 de julio de 1990 n. 728.
- Consejo de Estado sent. A.p. 14 de diciembre de 2001 n. 9.
- FONDERICO, G., “La tutela del ambiente”, en Cassese, S., (ed.), *Tratto di Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milán, 2003.
- GALETA, D., Comentario a la sentencia del Consejo de Estado, sentencia VI, 14 de abril de 2006, n. 2087, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10, 2006.
- GALETA, D., “*Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di spill over negli ordinamenti nazionali*”, *Nuove autonomie*, 4-5, 2005.
- GALETA, D., “*Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*”, Milán, 1998.
- MASSERA, A., “*I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*”, *Diritto amministrativo*, 4, 2005.
- PARISIO, VERA, *Il silenzio della pubblica amministrazione. La rinuncia a la garanzia dell’atto scritto*, Milano, 2006.
- PARISIO, VERA, “*Procedimento, proceso e mercato globalizado*”, en *Giust. Civ.*, 2006.
- PARISIO, VERA, “*Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*”, Informe presentado a la Conferencia de Norimberga, en proceso de edición en *Nuove autonomie*, 2006.
- PARISIO, VERA, *Silenzio assenso e richiesta de nulla osta per interventi all’interno del parco alla lue dell’articolo 13 della legge 6 dicembre 1991* n. 394, en *Revista Guiridica*, Edil., 1992.
- SANDULLI, A., “*La proporzionalità dell’azione amministrativa*”, Padova, 1998.
- SANDULLI, A., “*Proporzionalità*” en *Dizionario di Diritto pubblico*, S. Cassese (ed.), Milán, 2006.
- Tribunbal Administrativo Regional (TAR) Abruzzo, Pescara, 01 julio 2004 n. 61, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- TAR, VENETO, sent. III, n. 1836 del 2003, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR, VENETO, sent. III, no. 850 y 851 del 2005.
- TAR, SICILIA Palermo, sentencia II del 25 de enero de 2006, n. 202, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR, VENETO, sent. III, Venecia n. 396 del 2004.
- TAR, LAZIO, Latina, 27 de marzo de 2006 n. 207.
- TAR, ABRUZZO, Pescara, 1 de julio de 2004 n. 641, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

- TAR, CAMPANIA, Salerno, sent. I, n. 40 del 2003.
- TAR, CAMPANIA, Napoli, sent. VI, n. 7113 de 2006. TAR, Lazio, Latina, n. 207 del 2006.
- TAR, SICILIA, Palermo sent. II, 18 de noviembre de 2004 n. 2590, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- TAR, LAZIO, sent. II, 5 de marzo de 2003 n. 1711, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- TAR, CALABRIA, Catanzaro, sent. I, de 6 de abril de 2005 n. 546.
- TAR, SICILIA, Palermo, sent. II, del 4 de febrero de 2005 n. 150 n. 150, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- TAR, SICILIA, Palermo, sent. I, 1671 de 2005.
- TAR, CERDEÑA, sent. II, del 16 de febrero de 2006, n. 226.
- TAR, SICILIA, Palermo, sent. I, del 19 de enero de 2006 n. 156.
- TAR, SICILIA, Palermo, sent. I n. 156 del 2006.
- TAR, CASS. Pen. sent. III, del 26 de febrero de 1998 n. 3443.
- TAR, CASS. Pen, sent. III, del 23 de noviembre de 1999.
- TAR, CASS. Pen, sent. III, del 27 de junio de 1995 n. 10407.
- TAR, ABRUZZO, Pescara, 28 de agosto de 2003, n. 776, en *www.giustizia-amministrativa.it*
- TAR, BASILICATA, Potenza, 13 de mayo de 1998 n. 144, en *Foro amm.* 1999.
- TAR, LAZIO, sent. I, de 21 de septiembre de 1989, n. 1272.
- TAR, LIGURIA, sent. I, de 13 de julio de 2006 n. 828.
- TAR, De Rosa e Cass. Pen., sent. III del 13 de octubre de 1998 n. 12917.
- CGA DE 27 de octubre de 2006, en *www.lexitalia.it*