



**UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

TESINA

**ALGUNAS PECULIARIDADES DEL
DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA
TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

MÁRCEL SILVERA DE PAULI

DIRECTORA

DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

Burgos

2014

Agradecimientos

A pesar de que la ciencia jurídica nos ha ayudado en la construcción de un Estado laico sano, nada nos impide que agradezcamos a Dios, en primer lugar, (verdadera) medida de todas las cosas.

Además, este trabajo de investigación no habría sido posible sin la imprescindible orientación de la Profesora Dra. Nuria Beloso Martín, el apoyo familiar y la comprensión de Lúcia, mi compañera en los momentos más difíciles.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I - EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS: CLASIFICACIÓN Y FUNDAMENTO	11
1.1 CONSIDERACIONES INICIALES	13
1.2 DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: ANÁLISIS Y PROPUESTA TERMINOLÓGICA	18
1.3 CLASIFICACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SU PROBLEMÁTICA	22
1.3.1 ¿DERECHO HUMANO DE TERCERA GENERACIÓN?	22
1.4 FUNDAMENTO DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE NATURAL	26
1.4.1 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA	27
1.4.1.1 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA GENERAL (DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA)	30
1.4.1.2 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA PERSONAL	36
1.4.1.2.1 SOSTENIBILIDAD: COOPERACIÓN Y MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO	36
1.4.2 FUNDAMENTACIÓN DESVINCULADA DEL ANTROPOCENTRISMO	40
CAPÍTULO II - DIFICULTADES EN LA IDENTIFICACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	55
2.1 CONSIDERACIONES INICIALES	53
2.2 OBJETO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL	57
2.2.1 DAÑO AMBIENTAL: RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN	63
2.3 TITULARIDAD DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	74
2.3.1 TITULARIDAD INDIVIDUAL	78

2.3.2 TITULARIDAD METAINDIVIDUAL.....	85
2.3.2.1 INDIVIDUAL HOMOGÉNEA	88
2.3.2.2 COLECTIVA.....	92
2.3.2.3 DIFUSA.....	95
CAPÍTULO III - DE LA PROTECCIÓN A LA GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: LA NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS	101
3.1 DIMENSIONES DEL MEDIO AMBIENTE	103
3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE TUTELA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.....	114
3.3 MEDIACIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL	122
3.4 LA TUTELA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN UN MEDIOAMBIENTE SOSTENIBLE	134
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFIA	155

INTRODUCCIÓN

El derecho al medioambiente presenta una serie de características que obligan a un estudio pormenorizado del mismo en el marco de la Teoría de los Derechos Humanos. Se encuadra en ese conjunto de derechos relativamente nuevos que no encajan con exactitud en la estructura de los derechos que hasta hace pocos años venían siendo protagonistas de las reivindicaciones humanas: los derechos liberales y los derechos sociales, es decir, los derechos de primera y segunda generación. Ha surgido así los derechos de tercera generación (algunos autores ya hablan de derechos de cuarta generación, derivados de las nuevas tecnologías) y se señala que estos encuentran su fundamento en las exigencias de fraternidad o solidaridad entre los hombres. Sin embargo, al mismo tiempo se aprecia un rechazo teórico a la hora de conceptualizarlos como auténticos derechos humanos. Este trabajo de investigación se propone determinar el estatuto teórico atribuible a uno de estos derechos, el derecho al medioambiente.

La discusión de si es un derecho de tercera o de cuarta generación, la fundamentación del mismo, el abordaje de su titularidad, identificando quién puede considerarse lesionado o afectado por el daño en su uso y disfrute, la condición de derecho colectivo, difuso o transindividual, y otros diversos aspectos, permite comprender la complejidad que subyace a la hora de abordar una investigación sobre este derecho fundamental. Esta situación se complica aún más en la medida en que es

un derecho que acaba colisionando con intereses económicos de empresas sin escrúpulos o de Gobiernos y Estados que tienen objetivos en los que priman los intereses mercantilistas. De ahí que el sistema de tutela jurídica que se le otorgue al derecho al medioambiente influirá en la forma de vida de quienes se relacionen con el mismo, tanto las comunidades de ámbito urbano como rural y, especialmente, las comunidades indígenas. Los mecanismos de protección y tutela de este derecho deben intentar superar la mera protección ya que está en juego los derechos de generaciones futuras.

Por ello hemos considerado conveniente profundizar en las peculiaridades del derecho al medio ambiente dado que entendemos que presenta unos desafíos interesantes para el investigador. Ya adelantamos que nuestro estudio se hace desde una perspectiva iusfilosófica, por lo que aunque se trate de un derecho que permita también un abordaje desde otras ramas del Derecho tales como el Derecho Civil (análisis de la responsabilidad por daños ambientales), el Derecho Administrativo (gestión ambiental desde las Administraciones públicas), el Derecho Procesal (análisis de casos especialmente complejos y sentencias dictadas tanto en el ámbito nacional como de la Unión Europea o internacional), vamos a circunscribirnos exclusivamente al área de la Teoría de los Derechos humanos.

Nuestro propósito, a lo largo de las páginas que siguen, va a ser analizar la identificación del derecho al medioambiente en la teoría de los derechos humanos (concepto, fundamentación, clasificación, dimensiones, titularidad) para, seguidamente, centrarnos en justificar la necesidad de que los gobiernos lleven a cabo unas políticas públicas orientadas a la tutela y correcta y eficaz gestión del derecho al medioambiente sostenible, con todas las implicaciones que esta afirmación conlleva.

El derecho ambiental humano, en su mayoría clasificado como de tercera generación, encuentra una serie de fragilidades conceptuales, empezando por la discusión de si conviene encuadrar este derecho en la citada generación de derechos

humanos. Nos ocuparemos de analizar la cuestión de la titularidad, indisponibilidad (de este derecho) y la búsqueda de un fundamento característico, peculiar, puesto que cada derecho fundamental posee (además de la dignidad humana) un contenido propio en su núcleo esencial, dependiendo del enfoque estudiado¹.

Por lo tanto, justificar el amparo del medio ambiente natural desde una dimensión exclusivamente antropocéntrica puede causar un temerario debilitamiento de la protección de los ecosistemas, en el caso de una violación desfavorable o colisión con otro derecho fundamental que privilegie al ser humano. Es por ello que intentaremos ofrecer otra fundamentación de este derecho que no sea centrada únicamente en el antropocentrismo.

A partir de esta línea de investigación teórica, han surgido problemas prácticos, especialmente con respecto a las políticas públicas que apuntan a preservar el medio ambiente que, por regla general, son insuficientes. Asimismo, parten de una lógica burocrática, no incluyente y poco democrática (directamente).

La experiencia profesional, como abogado y juez en el ámbito del Tribunal especial del Estado de Rio Grande del Sur, en Brasil, (en el que están contempladas audiencias previas obligatorias de conciliación), nos permitirá sostener que la mediación puede configurarse como un instrumento eficaz para hacer una relectura de la gestión del medio ambiente, ya que proporciona un canal de diálogo en los conflictos ambientales (que consideramos es uno de los mayores obstáculos en las contiendas sociales).

Con todo, aun recurriendo a la mediación, las cuestiones problemáticas que afectan al derecho al medioambiente, siguen presentes: ¿cabe la mediación (y el cumplimiento de una posible solución) en los derechos indisponibles y de titularidad

¹ *Vid.* HIERRO, L. “El Núcleo Duro de Los Derechos Humanos Desde la Perspectiva de la Filosofía del Derecho”. En: MARZAL, Antonio. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Navarra : J. M. Bosch Editor, DL 2001.

difusa? Los conflictos derivados de la demarcación de las tierras indígenas constituyen un ejemplo emblemático de enfrentamiento entre los intereses económicos, el desarrollo sostenible, la gestión ambiental, las acciones afirmativas para los grupos minoritarios, la titularidad difusa, la indisponibilidad de los derechos y la protección al medio ambiente.

Para tratar los temas propuestos, hemos dividido el presente trabajo de investigación en tres capítulos. Cerraremos con unas conclusiones que tienen como objetivo responder a los problemas planteados (cuando sea posible), además de presentar algunas propuestas relativas a la cuestión indígena (demarcación de tierras y acción afirmativa).

En el Capítulo I nos ocuparemos de las cuestiones que consideramos más frágiles en la Teoría del derecho humano al medioambiente, tales como su terminología y clasificación, además de buscar un fundamento propio para este derecho.

En el Capítulo II nos ocuparemos del análisis del objeto de la protección de protección del derecho al medioambiente y su titularidad.

En el Capítulo III, abordaremos las cuestiones inherentes a la perspectiva objetiva y subjetiva del medio ambiente. En el marco de la dimensión subjetiva estudiaremos la función defensiva y prestacional del Estado a través de las políticas públicas, especialmente mediante el recurso a la mediación, como herramienta capaz de proporcionar una valiosa ayuda en cuanto a la gestión de conflictos *socioambientales*.

En cuanto a la metodología que vamos a utilizar, hacemos las siguientes consideraciones: a) el método es deductivo, partiendo de lo general a lo particular; b) en cuanto a la naturaleza, se trata de metodología aplicada, es decir, hemos intentado trabajar en una perspectiva teórico-práctica, a partir de la teoría general de los

derechos humanos para confluir en el análisis de algunas sentencias que hemos considerado relevantes en relación a lo expuesto y que ponen de manifiesto la vertiente práctica del estudio; c) el procedimiento para la recopilación de los datos comprenderá la investigación de fuentes escritas, estudiando la materia a partir de las referencias teóricas publicadas (preferentemente bibliografía, incluyendo las fuentes documentales - la legislación y la jurisprudencia). Utilizaremos bibliografía española y brasileña, principalmente.

Para concluir esta introducción a la investigación, no podíamos dejar de expresar el honor y la satisfacción que sentimos al investigar la teoría de los derechos humanos en la tierra de Fray Bartolomé de las Casas.

CAPÍTULO I

**EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA TEORÍA
DE LOS DERECHOS HUMANOS:
CLASIFICACIÓN Y FUNDAMENTO**

1.1 CONSIDERACIONES INICIALES

Para desarrollar el tema propuesto, conviene partir de las aportaciones del medio ambiente a la teoría de los derechos humanos, teniendo en cuenta una serie de cuestiones que permanecen abiertas –y no son pacíficas-, comenzando por la propia terminología de los derechos humanos, concretamente referidos al medio ambiente. Cabe señalar que no tenemos intención de establecer la nomenclatura correcta, sino solamente poner de manifiesto algunas de las dificultades que la propia terminología de este derecho al medioambiente implica, así como precisar el sentido de las expresiones utilizadas en el presente estudio, con el fin de evitar dudas del término utilizado, debido a la falta de estandarización en este ámbito.

Después de la segunda guerra mundial, las disputas acerca de los derechos humanos han generado un gran debate en la sociedad. La discusión partió de un plano técnico, teórico-intelectual y ganó las calles. El objetivo era la concreción y preservación de los Derechos Humanos², y así el término ganó notoriedad. En la medida en que su uso se extendió a las más diversas ramas de actividad (política, cultura, medios de comunicación, sociedad, etc.), el significado que se propone determinar (describir un rol concreto de hechos o "requisitos legales y políticos") resulta cada vez más amplio e impreciso. La difusión de la expresión fue acompañada por la ampliación del concepto.

² Derechos Humanos no son más que un término más moderno con relación a lo que antes se denominaba *the rights of man* o, para el vernáculo, Derechos del Hombre, como apunta el profesor Clovis Gorczewski (GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 17.)

A.E. Luño Pérez³, acertadamente, afirma que:

“(…) pudiera creerse que esta significación oscura y contradictoria de los derechos humanos, motivada por la hipertrofia de su empleo, era privativa del lenguaje vulgar y, especialmente de la praxis política; pero que, frente a ella, existe una caracterización doctrinal clara, unívoca y precisa del término. Conviene disipar cuanto antes esta presunción, ya que en el lenguaje de la teoría política, ética o jurídica la expresión “derechos humanos” ha sido empleada también con muy diversas significaciones (equivocidad), y con indeterminación e imprecisión notables (vaguedad)”.

Parte de esta confusión terminológica deriva de las diferentes bases fundamentadoras de los derechos humanos; es decir: iusnaturalista, historicista, teológica (principalmente en las obras difundidas por el cristianismo que apuntaban a la igualdad entre personas⁴ y a una dignidad intrínseca, común a todos), revolucionaria (emergente de la lucha por los derechos individuales), entre muchas otras (citamos las que consideramos más difundidas).

G. Peces-Barba ha explicado que, al estudiar el significado de los Derechos Humanos, surgen dos ideas opuestas, una que se refiere objetivamente a una pretensión moral, sin la cual no se contempla una vida digna; otra que sirve para identificar un sistema de derecho positivo. Defiende, sin embargo, que los Derechos Humanos son estos dos conceptos al mismo tiempo⁵. Prefiere 'Derechos fundamentales' a 'Derechos humanos', ya que ese término es más preciso, puesto que permite la coexistencia de dos ideas que hacen presuponer los derechos humanos (no implica el reduccionismo iusnaturalista o positivista)⁶.

Aunque sea respetable el razonamiento de Peces-Barba, se prefiere emplear en este estudio, a título metodológico, pero principalmente por una mayor difusión del

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. 6ª edición, p. 22.

⁴ KONDER COMPARATO, Fábio. *Ética : direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 74-75.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio et. al. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 23-24.

⁶ *Ibidem.*, p. 37.

término -la doctrina alemana que utiliza preferentemente la expresión "derechos fundamentales" para hacer referencia a los derechos humanos positivados aceptados en un determinado tiempo y en el espacio (suelen ser contemplados por la Constitución⁷ de un país, y así dotados de mayor legalidad, exigibilidad y por lo tanto eficacia) y 'Derechos Humanos' para designar a los derechos garantizados en los tratados, pactos y declaraciones sin vínculo constitucional vinculante.

Cabe destacar que los derechos fundamentales tienen una doble función. Es decir, además de un plano subjetivo (derechos subjetivos) son "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como una convivencia humana justa y pacífica", según observa el Tribunal Constitucional español⁸.

Por lo tanto, al relacionar los derechos humanos con los derechos fundamentales, podemos constatar que la inspiración ideológica básica es la misma (libertad, igualdad y solidaridad -concepto más amplio que la fraternidad-), pero la implicación práctica es diversa⁹.

Si por un lado derechos humanos y fundamentales tienen la misma base teórica, es cierto que la trayectoria histórica y la forma de aplicación tienen

⁷ Ganan lugar destacado en la Constitución y en el sistema jurídico, tanto es así que pueden ser evocados como derecho subjetivo fundamentador de una reclamación

⁸ STC de 14 de julio de 1981, en BJC, 1981, N. 5, P. 331.

⁹ A efectos de este trabajo de investigación, nuestro único objetivo es sólo el de precisar los términos que se utilizarán durante nuestro trabajo, sin entrar, por ahora, en disquisiciones conceptuales más amplias acerca de la terminología. Cuando partimos del campo filosófico, la expresión "derechos fundamentales" representa mejor la idea de derechos superiores. Al escoger los derechos humanos como valor máximo de la sociedad, desde el iluminismo, nuestra sociedad consideró como supremo el propio hombre y por eso las normas más importantes tienen como referencia la dignidad de la persona humana (PECES-BARBA, Gregório Martínez. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del derecho*. 2 ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykson, 2003, p. 13-14). Esta visión culminó en una importante problemática para ser resuelta. Partiendo de esta visión antropocéntrica para la estructuración de las bases filosóficas del propio Derecho, otros importantes conceptos, como el medio ambiente natural, podrán ser interpretados como medio y no como fin. Es decir, tendrán por finalidad la de garantizar el bienestar humano, ¿se le niega la condición de protagonismo? Ésa es la problemática inicial de la cual parte el presente estudio.

características diferentes, sobre todo por desarrollarse en aspectos espacio-temporal diversos. Los derechos humanos y los derechos fundamentales no puedan utilizarse como sinónimos¹⁰. Por otra parte, los derechos humanos que no están limitadas por un determinado Estado, permiten plasmar de manera más efectiva la característica de la universalidad, lo cual adentrada a los deseos específicos de los grupos minoritarios, cuestiones a las que iremos haciendo referencia más adelante.

Otro aspecto es que el uso de los 'derechos humanos fundamentales' se debe evitar, ya que nos adherimos a la tesis del Profesor Ingo Sarlet¹¹ acerca de que los derechos fundamentales son de alguna manera siempre los derechos humanos, ya que la titularidad es del ser humano (considerado individualmente o colectivamente); a no ser que se entienda que hay derechos fundamentales y humanos que tengan por núcleo otro fundamento distinto de la dignidad humana, y en este aspecto hay el ejemplo del derecho al medio ambiente, en que autores como Peter Singer, en su libro *Animal Liberation*¹², pone en tela de juicio la visión antropocéntrica de igualdad.

Otras expresiones, a menudo utilizadas como sinónimo de los Derechos Humanos (derechos civiles, libertades públicas, derechos del hombre, entre otros), sirven más para caracterizar el período y el contexto histórico al que pertenecen, por lo que son propiamente de sinónimos de derechos humanos, por representar un concepto más restrictivo. Derechos Humanos (plan internacional) y Derechos Fundamentales (plan interno) y engloban todas estas terminologías más restrictivas (podríamos hablar de especies del género derecho humano o fundamental).

Con el propósito de explicar el significado que se pretende dar a las expresiones aquí tratadas, conviene recordar que el concepto de Derechos Humanos

¹⁰ Cuando los utilicemos indistintamente en el mismo tema o párrafo significará que la idea tratada será aplicable tanto a uno como a otro concepto.

¹¹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed., rev. actual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 35.

¹² SINGER, Peter. *Libertação animal*; tradução Marly Winckler; revisão técnica Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

deriva directa e “históricamente” de los derechos naturales¹³, tanto es así que se mantienen las características conceptuales en común, como la universalidad, indisponibilidad e inmanencia. Sin embargo, como el término “derechos naturales” tiene una raíz eminentemente iusnaturalista, que prescinde de la característica histórico-evolutiva (marca de los Derechos Humanos), intentaremos evitarla.

Las expresiones “derechos individuales” y “derechos colectivos” serían una especie de Derechos Humanos, que demuestran las características referentes a la titularidad -el hombre individualizado o analizado en cuanto grupo¹⁴-. La locución “libertades públicas”, de la doctrina francesa, también no sirve como sinónimo de Derechos Humanos porque, además de enlazarse al carácter jurídico-positivo, presenta ideas, tan sólo, de derechos individuales, no contemplando los sociales¹⁵, siendo, por eso, un concepto restrictivo.

Finalmente, es de suma importancia para el Derecho brasileño, la diferenciación entre “garantías” y “derechos”, derivando estos de una norma (regla o principio) que declare interés, ventaja (representando los bienes jurídicos en sí mismos considerados); mientras que aquéllas poseen un contenido propio, materializando el instrumento que sirve para asegurar el ejercicio del derecho declarado o repararlo en caso de violación¹⁶ (toda medicina constitucional es una garantía, pero no toda garantía es una medicina constitucional).

¹³ El derecho natural de conceptualización iusnaturalista se centra en la concepción mediante la cual el ser humano es titular de algunos derechos inalienables por el simple hecho de existir, considerado este pensamiento la “prehistoria” de los Derechos Fundamentales, tal como apunta Ingo Wolfgang Sarlet (WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 45).

¹⁴ I. Ara Pinilla tiene un estudio muy interesante tanto sobre la caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos como sobre los derechos de la tercera generación, en la que hace especial hincapié en la problemática de los derechos difusos. Vid. ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid. Tecnos, 1990.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 36.

¹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO. 9ª. ed., São Paulo: Método: 2012, p. 100.

Realizadas estas breves aclaraciones, nos ocuparemos seguidamente del análisis de las expresiones utilizadas en el área específica de los derechos humanos del medio ambiente.

1.2 DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: ANÁLISIS Y PROPUESTA TERMINOLÓGICA

En muchos documentos, declaraciones, tratados, cartas, Constituciones, el medio ambiente recibe protección explícita, pero con una nomenclatura no homogénea. La Constitución de Brasil, de 1988, por ejemplo, especifica el derecho al “*medio ambiente ecológicamente equilibrado (...) esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones*”¹⁷. Por su parte, la Constitución española, de 1978, en su artículo 45. 1, dispone que todos tienen *derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva¹⁸. En el mismo sentido, la Constitución portuguesa establece, en su artículo 66, (destinado al medio ambiente y a la calidad de vida) de que ‘*todos tienen derecho a un ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado (...) para un desarrollo sostenible*’¹⁹. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano²⁰ (Estocolmo 1972), importante documento en ámbito internacional, hace referencia al medio ambiente humano que permita bienestar y protección de las presentes y futuras generaciones. Se diferencia, incluso, el medio ambiente de los recursos naturales.

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 225, caput.

¹⁸ ESPAÑA, Constitución (1978). Constitución española, artículo 45.1 y 45.2.

¹⁹ PORTUGUAL, Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa Art. 66.

²⁰ STOCKHOLM. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (1972). Disponible en: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en> >. Acceso el: 18 nov. 2013.

De los textos representativos citados, ya se puede afirmar que la protección ambiental se desarrolla en el ámbito de la teoría de los derechos humanos. Y así, el medio ambiente tiene por norte la dignidad y la calidad de vida humana, de la actual y de las futuras generaciones. Además, la Declaración de Estocolmo (principios 3, 4 y 5) tiene el objetivo de la protección del ambiente natural: conservación de la naturaleza (¿desde cuándo y hasta qué punto?), incluidas la flora y la fauna silvestre; evitar el agotamiento de los recursos no renovables; y el mantenimiento, la restauración y la mejora de la capacidad del planeta de producir recursos vitales renovables. Siempre con carácter antropocéntrico dirigido al bienestar humano.

Por lo tanto, el ámbito de protección del medio ambiente es el hábitat humano con todo lo que engloba. El artículo 3º inciso I, de la Ley 6.938/81²¹, anterior a la CRFB, utiliza esta visión generalizadora para extender aún más el concepto²² y considerar el ambiente como 'el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abarca y rige la vida en todas sus formas²³'. Esta amplia definición, que va más allá del concepto de la vida humana (legitimación de la discusión no antropocéntrica del derecho fundamental al medio ambiente), se expande, incluyendo la idea de medio ambiente propuesta por la ecología tradicional²⁴, en cuanto bien jurídico tutelado, para establecer el medio ambiente sobre cuatro aspectos: a) natural; b) artificial; c) cultural; d) del trabajo. Esta división cuatripartita de un concepto que debe ser visto de manera global, unitaria, y que tiene como objetivo mayor tutela de la vida

²¹ La ley nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, y otras medidas.

²² Aunque el artículo 225 de la Constitución brasileña tenga un sesgo ecológico, una interpretación sistemática de la Carta magna, está en consonancia con la ampliación del concepto, ejemplo es el inciso VIII del artículo 220, que incluye el ambiente de trabajo.

²³ Brasil. Art. 3º de la ley nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, y otras medidas. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva con la colaboración de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes y Juliana Nicoletti. – 15. Ed. Actual. y ampliada – São Paulo : Saraiva, 2013, P. 1395.

²⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosario*. 5ª ed., ref., actual. y ampliada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 63.

saludable, sirve para facilitar la identificación de las actividades degradantes y del bien afectado directamente²⁵.

Es cada vez más aceptada la teoría de que el medio ambiente abarca toda la naturaleza originalmente natural (suelo, agua, aire, energía, minerales, flora y fauna), artificiales humanos (edificios, construcciones, equipos públicos abiertos y otros cambios, incluyendo los de orden urbanístico) y los correspondientes bienes culturales (tales como las relaciones culturales, paisajísticas, arqueológicas y turísticas; a modo de ejemplo, recordamos que el entorno natural es esencial para que los pueblos indígenas ejerzan su cultura). De esto se deduce que no todo el medio ambiente es natural, y hay incluso los que se refieren a los 'ecosistemas naturales' y 'ecosistemas sociales', distinción que ha sido aceptada en la teoría y en la práctica²⁶. Se observa la ampliación del concepto en un escenario donde el medio urbano, rural y salvaje se aproxima cada vez más.

Habiendo definido el medio ambiente como un concepto más amplio, aunque los textos y tratados se han referido inicialmente a un ambiente natural, es necesario determinar el contenido normativo del medio ambiente protegido por los derechos humanos. Por los textos mencionados, sería lo que es equilibrado y sostenible y que permita la calidad de vida y bienestar. Parece bastante congruente esta protección, tanto por la dificultad de determinar con precisión el núcleo del contenido normativo del medio ambiente, como por la imposibilidad de tener un derecho al medio ambiente determinado en el tiempo²⁷, debido a diversos factores, tales como las modificaciones naturales, la acción del hombre, la dificultad de fiscalización, el desconocimiento de actos que influyen en el equilibrio del planeta, la falta de conocimiento de los ciclos naturales, la ausencia de poder necesario en las normas

²⁵ PACHECO FIORILLO, Celso Antonio. Curso de direito ambiental brasileiro. 8. ed. rev. actual. y ampliada São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

²⁶ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosario*, cit., p 64.

²⁷ Resulta imposible esta premisa: derecho fundamental al medio ambiente tal como se encuentra hoy, o como era antiguamente, *verbi gratia*, el derecho a la selva amazónica en la época del descubrimiento de Brasil, hasta porque incluso sin la acción del hombre la naturaleza se modifica.

internacionales , la creciente población, la tecnología, donde las ciudades son cada vez más el entorno humano (interacción rural-urbana) y abordando temas que antes se consideraban como apartadas (ambiental-urbanístico).

Sin embargo, delimitar como fundamentales sólo el medio ambiente equilibrado y sostenible, puede debilitar tanto los otros componentes de la estructura ambiental alejados del sesgo humano, como la flora y la fauna (generalmente clasificadas como recursos naturales), como el propio concepto de medio ambiente, dada la dificultad para definir de modo definitivo cuál es el medio ambiente mismo (nos enfrentamos con un concepto más fácil de comprender que de explicar –y que sin embargo resulta imprescindible para una mejor comprensión de todo los elementos del tiempo y del espacio; es decir, el momento de análisis y del hábitat examinado-). Todo el globo terrestre, incluyendo ciudades, compone (y debe componer) el concepto actual del medio ambiente. La convivencia es esencial e inevitable. Por lo tanto, defendemos que el derecho fundamental protegido es el medio ambiente (*lato sensu*), con el fin de evitar reduccionismos, siendo los conceptos de 'sostenibilidad' y 'equilibrio' los pilares de este derecho, orientadores de su implantación y desarrollo, tal y como iremos a desarrollar más adelante.

Llegamos así a un derecho fundamental en el que se conoce el punto de partida pero tal vez nunca sepamos el de llegada (ni tampoco hipotéticamente hablando es posible establecer el punto de llegada; sostenible y equilibrado son conceptos orientadores y no propiamente el objeto, al que nos referiremos más adelante). Por lo tanto, el derecho humano es el ambiente en su concepto más amplio (natural, artificial, cultural y del trabajo).

Debe entenderse el planeta como un macrosistema constituido por distintos subsistemas (naturales, modificados, rurales y urbanos, sociales, económicos y tecnológicos, entre otros), lo que constituye un verdadero sistema abierto y dinámico,

ya que se encuentra en constante transformación (temporal y espacial)²⁸. Por lo tanto, cuando hablamos de medio ambiente, estaremos hablando en todos los aspectos presentados, por lo que es indispensable explicar el objeto de análisis.

1.3 CLASIFICACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SU PROBLEMÁTICA

En los próximos tópicos vamos a analizar algunos aspectos de la Teoría de los Derechos Humanos en los que hay ciertas divergencias, para intentar delimitar el estatuto teórico atribuible al derecho al medioambiente.

1.3.1 ¿DERECHO HUMANO DE TERCERA GENERACIÓN?

La construcción de Karel Vlasak²⁹ que elaboró la correspondencia entre los derechos humanos (en generaciones) y el lema de la revolución francesa y que ganó, quizá, mayor proyección que la que el propio autor quiso dar, no consigue explicar toda la complejidad de la materia, como por ejemplo, la nueva gama de derechos fundamentales (postulaciones, por ahora, fundamentales); pero posee innegable importancia desde el punto de vista histórico y conceptual.

Pipocam crítica³⁰ la teoría de las tres generaciones de derechos humanos. Incluso porque bien delineada sólo hubo dos, siendo la primera de ruptura total³¹ con el modelo anterior, como sucedió en los Estados Unidos y en Francia, y la segunda

²⁸ Cfr. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”, en *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./dic. 2012). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012. p. 225.

²⁹ Karel Vlasak propuso una tercera generación de derechos humanos en *For the Tird Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, en 1979, Estrasburgo/Francia, en el aula inaugural da 10ª Sessão de Estudos del Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo/Francia.

³⁰ BARROS, Sérgio Resende. “As Três Gerações de Direitos”. Disponible en: <<http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont>>. Acceso el: 11.nov. 2013.

³¹ El parcial, como en Inglaterra, pero que transformó sobre todo la concepción de la amplitud del Estado.

por los fuertes movimientos sociales (desde la revolución industrial) que representaron un gran cambio en la adquisición de los derechos sociales, económicos y culturales.

La tercera generación surgió más como una aspiración, inspiración, deseo de solidaridad que complementara las dos primeras generaciones, además de comportar derechos que demandan conciencia y acción globalizada, como la paz, el autodeterminación de los pueblos y la protección ambiental; no tiene un marco de referencia visible y palpable³², aunque al final de los años 60 se haya intensificado la discusión ecológica. La tercera ola de necesidades estuvo influida principalmente por el avance tecnológico, el progreso social y por la dominación de los recursos naturales (*sensu lato*)³³. Sin embargo, en la práctica, estas nuevas aspiraciones expresan las diversas necesidades que se requieren (y todavía hoy continúan requiriéndose) de los derechos y garantías que no poseen necesariamente un vínculo visceral, no presentan el mismo patrón, como por ejemplo la autodeterminación de los pueblos y el derecho a la información (Paulo Bonavides las clasifica como la cuarta generación³⁴).

Tras las postulaciones relativas a la libertad y la igualdad, se pasó a la reflexión, una vez más, con respecto a lo que sería fundamental³⁵ para la dignidad

³² Hay que hacer referencia a las manifestaciones contra las políticas económicas en los Estados Unidos, el movimiento contra el aumento de los billetes de autobús en Brasil (y que comportó las más variadas insurrecciones contra la política y la mala prestación de los servicios estatales) y, sobre todo, en Europa en la que la población en una serie de países se alzó contra el retroceso social de los derechos prestacionales con la justificación de mantener el propio sistema político y económico vigente

³³ La Declaración de Estocolmo (1972) hace notar la influencia de la tecnología en el medio ambiente. También lo hace Pérez Luño, destacando que los derechos de tercera generación son una respuesta a la “contaminación de las libertades” ante determinados usos de nuevas tecnologías (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006, p. 29).

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

³⁵ Henry Thoreau, sobre todo en los conceptos de vida simple, escribió, en *Walden or life in the woods*, sobre las “cosas necesarias para la vida”; es decir, lo que sería realmente esencial, lo mínimo para la supervivencia humana. Desde el clima frío en el que vivía, enumeró como indispensable: el alimento, el refugio, la ropa y el combustible. Solo entonces, suplidas las necesidades básicas, el hombre podría

humana. Observamos una desviación en la trayectoria de los derechos humanos y los derechos fundamentales, dado que, cada vez más, las nuevas demandas fundamentales están influidas en gran medida por el lugar (empresa, costumbres, grado de desarrollo tecnológico y de recursos naturales disponibles), rompiendo con el modelo racional y abstracto para satisfacer las necesidades puntuales y, por lo tanto, el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, apartándose de los derechos humanos universalizados (dejando la conexión fundamentadora: la dignidad del ser humano). Una muestra de ello es la cada vez más creciente necesidad de locomoción satisfactoria en las grandes ciudades. Hay que hacer frente al reto diario de transitar por las ciudades de gran tamaño, siendo un verdadero derecho fundamental la movilidad urbana (esenciales para la dignidad humana de los ciudadanos que viven en esos lugares), al mismo tiempo que en las pequeñas ciudades la demanda de políticas públicas en el área de transporte no resulta imprescindible frente a otros desafíos más urgentes, como el saneamiento básico.

Si por un lado surgen continuamente nuevas aspiraciones³⁶ (movilidad urbana, derecho a la información, conexión a Internet, paz mundial, cuota libre de acceso a la Universidad), que difícilmente se pueden incluir en una única categoría, por otro, no nos parece que exista una laguna temporal o un hecho marcante que permite hablar de cuarta (etc.) generación de derechos humanos (tal vez la cuarta generación de los derechos fundamentales). Concretamente, en los tiempos actuales hay un cambio notable en la línea de razonamiento seguida hasta ahora por los derechos humanos. Si la búsqueda de la universalización de los derechos del hombre no prestaba atención a las características concretas del hombre en la sociedad, ahora

enfrentar con libertad y perspectiva de éxito los verdaderos problemas de la vida (THOREAU, Henry. *Walden, ou, A vida nos Bosques*. Revisão: Yeda Jagle de Carvalho Antonieta Canelas. Título original: *Walden, or, life in the Woods*. 7ª. ed., São Paulo: Editora Ground. 2007, p. 5).

³⁶ Para comprender mejor este proceso, *vid.* PECES-BARBA (PECES-BARBA, Gregorio et. al. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1995). El autor analiza los derechos humanos en cuatro procesos histórico-positivistas (positivación, generalización, internacionalización y especificación), y el medio ambiente estaría situado en la inacabada fase de especificación/concreción.

la nueva producción jurídica está atenta al ser individualizado (en las relaciones jurídicas, políticas y sociales, concretas) y a su condición social, al amparar los casos de destinatarios específicos y grupos sociales más vulnerables, para atenuar las discrepancias sociales.

Por esta razón, cobra relevancia la propuesta del profesor Calil de Freitas³⁷ al mantener tanto la expresión generación como la dimensión de los derechos, siendo esta última más conveniente para describir los efectos de estos derechos (dimensión de defensa o prestacional), mientras que el término generación serviría para especificar el momento histórico en el que se revelan las pretensiones de la libertad humana, igualdad y fraternidad (propuesta que se armoniza con la línea de pensamiento de Peces-Barba)³⁸. Esa propuesta permite posicionar el medio ambiente como de tercera generación, presentando una dimensión positiva y negativa, como veremos en más adelante.

A pesar de la dificultad de establecer cuáles son los derechos de tercera generación, conviene clasificar el medio ambiente como perteneciente a la misma, ya sea por la exclusión de las dos primeras generaciones, ya sea por la forma de la titularidad exigida y la estrecha relación con el principio de solidaridad, esencial para su pleno desarrollo, en momento en que represente una posible protección global del medio ambiente, sólo, mediante cooperación.

Más que delimitar la generación a la que pertenece el derecho fundamental al medio ambiente, es importante comprender su dimensión (prestacional o defensiva) y, por lo tanto, la titularidad y la indisponibilidad.

³⁷ CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. *Algumas Considerações Sobre A Necessária Reformulação Da Concepção Geracional Dos Direitos Fundamentais*. Disponible en: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0281_0305.pdf>. Acceso el: 1º .nov.2013.

³⁸ PECES-BARBA, Gregorio et. al. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general*, cit., pp. 198-199.

1.4 FUNDAMENTO DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE NATURAL

La doctrina, los textos internacionales y las Cartas Constitucionales amparan el medio ambiente en el ámbito de los derechos humanos y fundamentales, como un presupuesto de la calidad de la vida humana, que emana de la actual protección jurídica tradicional del medio ambiente. Pero los autores importantes, sobre todo desde los años 70, se han ocupado de la defensa de un fundamento propio (o incluso biocéntrico), hecho que se incluye, no sólo, ampliando la gama de los argumentos a favor de una mayor protección al medio ambiente, así como también intensificando la disputa ideológica entre seres humanos y naturaleza. Como acertadamente afirma N. Belloso Martín³⁹, las posiciones acerca del medio ambiente son extremas: por un lado una postura antropocéntrica condenando la mercantilización del medio ambiente y, por el otro, una visión biocéntrica que coloca la naturaleza como el presupuesto de la vida humana. Por esta razón, la presente propuesta, trae fundamentos con sentido distinto, todo para fomentar el debate sobre el medio ambiente, siempre con el objetivo de lograr la máxima eficacia del derecho cada vez más frágil en un ámbito global, sin dejar de observar la necesaria armonía con la raza humana. Siempre es importante repensar el instituto cuando su protección es insuficiente.

Por ello, en este epígrafe, destinado a la fundamentación del medio ambiente, nos ocuparemos de los principales fundamentos del medio ambiente, elaborados por doctrina más relevante, a partir de dos perspectivas. En primer lugar, siguiendo la perspectiva antropocéntrica, en la que la mayoría de los autores sitúa el fundamento del medio ambiente, dividiéndolo en fundamentación (tradicional) general y específica. En segundo lugar, la búsqueda de una fundamentación desvinculada de la dignidad humana a partir de un sector de la doctrina que, con una visión vanguardista,

³⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Un nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental “sostenible”. *Actas del I Seminario Internacional de Mediação de conflitos e Justiça Restaurativa* (22 e 23 de agosto, 2013). Santa Cruz do Sul/Brasil. UNISC.

contemplan una dignidad intrínseca con respecto al medio ambiente -especialmente en relación con los animales-.

1.4.1 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA

Las Cartas Magnas y los textos de Derecho Internacional reconocen el medio ambiente como un derecho humano junto con su amparo jurídico basado en la teoría de los derechos humanos. El medio ambiente ha recibido protección por vía transversal, por derivación, porque es fundamental en lo que respecta a la calidad de la vida humana y no por su valor intrínseco. Por consiguiente, el primer fundamento del medio ambiente en la teoría de los derechos humanos es la dignidad humana, punto en común entre todos estos derechos. Pero la dignidad humana se muestra insuficiente para una amplia protección del medio ambiente, principalmente la natural que, debido a la complejidad y a la importancia para la vida humana misma (al menos de la forma de como la conocemos) necesita de conceptos y fundamentos para una mayor efectividad.

Norberto Bobbio⁴⁰ ya anticipaba la imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto (indiscutible, incontestable) en el ámbito de los derechos humanos. Respondió, resumidamente, el ilustre Profesor italiano que sería difícil encontrar este fundamento para los derechos 'históricamente relativos' (lo que es fundamental en una época a la determinada civilización puede no ser fundamental en otra época o cultura). Además, son derechos de naturaleza distinta (o mejor, de eficacia diversa); se lamentaba de que existiera una gran subjetividad al tomar como referencia el plan ético-moral (axiológico) (que podía variar en función de la concepción individual y cultural de quien la estudia). Por esta razón también existe la

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. "El Fundamento de Los Derechos Humanos". En: SORIANO DÍAZ, Ramón y otros. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana, DL 2000, p. 12; y BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Trad., Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, DL 1991, p.15.

dificultad para acoger un único argumento legitimador, puesto que el tema se muestra susceptible a la percepción y la a ideología de cada individuo o grupo social (opinión de las masas), así como el prisma o el área de conocimiento. Y esto explica tanto la necesidad de buscar fundamentos para cada uno de los derechos humanos, dando lugar a numerosas teorías que proponen fundamentar estos derechos.

Para reforzar esta idea, Juan Segovia⁴¹ apunta que “la teoría contemporánea de los derechos humanos se caracteriza por el desprecio de los fundamentos últimos y su defectuosa antropología, fruto de una dispersión de enfoques legitimatorios y de una “inclinación al compromiso político. Y continua: “preguntarse por ese fundamento lleva a la raíz antropológica de las declaraciones. Nacidos en el individualismo liberal, pasados por el cernidor clasista socialdemócrata, los derechos humanos acaban impulsando la liberación absoluta del hombre de toda clase de dominaciones y potestades, incluso las constitucionales⁴²”. Este es el espíritu de los derechos humanos, efectividad, practicidad y justiciabilidad.

Cuando se inicia el estudio sobre los derechos del hombre, observamos una gran diversidad de concepciones, a partir de los más diversos universos de análisis. Destacamos la contribución de Pedro Serna⁴³ al señalar la dicotomía (llamada como ambivalencia o ambigüedad fundamental de los derechos humanos) existente entre los planes de análisis (y por qué no es fuente de nacimiento) de los derechos humanos. Al entenderlos cómo derechos históricos, no existiría ninguna necesidad de fundamentarlos, dado que se justificarían por sí mismos, como conquistas históricas de protección positivada. La discusión sólo ganaría relevancia, por lo tanto, en el plan filosófico, como categoría ético-jurídica.

⁴¹ SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos Humanos y Constitucionalismo*. Colección Prudentia Iuris. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91.

⁴² *Ibid.*, p. 95.

⁴³ SERNA, Pedro. *La Dignidad de la Persona como Principio del Derecho Público*. En *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, número 4, año II, enero/junio 1995 Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 289.

Aunque la doctrina dominante se inclina a favor de que los derechos de la humanidad sean conquistas históricas, esta visión no pretende restar importancia a la labor de fundamentarlos (sea uno o varios fundamentos), teniendo en cuenta que la filosofía es, desde los griegos, combustible, inquietud y al mismo tiempo confort de la mente, (y por qué no de la existencia humana). Además, la base teórica sirve para reforzar las directrices y la estructura que se debe de profesar en la protección jurídica de esta categoría especial de los derechos, tanto para la sociedad actual como con respecto a la futura. Por lo tanto, la finalidad es la de proporcionar una mayor seguridad jurídica observando las particularidades de la materia que involucra el bien jurídico de nuestro ordenamiento jurídico, concretamente aquí, al medio ambiente.

Por otra parte, existe la convicción de la absoluta necesidad de conocer y comprender las bases de un instituto para que éste alcance una protección satisfactoria. Lo que se propone es traer sistemáticamente no uno, sino los fundamentos (al menos posibles) del medio ambiente, ya que buscar el fundamento de algo es comprender lo que pretende proteger⁴⁴.

Así, el concepto de la dignidad humana aparece como un supuesto y como el fundamento mismo de los derechos humanos, tal como afirma Agustín Squella⁴⁵. Representa un principio general (no-limitador) que conlleva y de donde parecen surgir la libertad, la igualdad y la solidaridad, principios estos que dependen de la justicia y la seguridad para su efectivación. Por otra parte, la expresión 'dignidad humana' transmite la idea de universalidad, generalidad e inmanencia para los seres humanos, siendo un punto en común entre los derechos humanos. Así se plasma en el marco del medio ambiente, en el que el derecho a un ambiente saludable está en plena afinidad con la dignidad. Es decir, en este campo, el medio ambiente dispone de

⁴⁴ ASÍS ROIG, Rafael. *Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos: Una Aproximación dualista*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III. Madrid: Dykinson. 2001, p. 05.

⁴⁵ SQUELLA, Agustín. "Derechos Humanos y Derecho Positivo". En *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 1. Número 1. Febrero/octubre de 1993. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, p. 197.

protección debido a su carácter indispensable para la raza humana, por derivación tanto desde una visión general como fundamentación antropocéntrica específica.

Los conceptos de sostenibilidad y equilibrio, aquí propuestos como fundamentos específicos en la teoría de los derechos humanos ya hacen posible la ampliación de la protección del medio ambiente, sobre todo el natural, puesto que el medio ambiente artificial se relaciona con las cuestiones urbanísticas, el medio ambiente del trabajo a los derechos sociales de los trabajadores, así como el medio ambiente cultural requiere fundamentos propios para que sea mejor comprendido y protegido. Sin embargo, los fundamentos que se pretenden analizar son los del medio ambiente natural.

Vamos a describir, antes de este análisis de los fundamentos propios, algunas consideraciones sobre el fundamento general del medio ambiente: la dignidad humana.

1.4.1.1 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA GENERAL (DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA)

Una buena parte de la doctrina que se propone estudiar la materia considera la dignidad de la persona humana, si no como fundamento absoluto, al menos como la clave norteadora de los derechos humanos. También se reconoce la dificultad de conceptualizar este fundamento, ya que depende de una interpretación ético-moral⁴⁶. No podemos olvidar que los derechos humanos son conquistas históricas, pero también es verdad que están guiados por una línea ético-filosófica.

⁴⁶ En este sentido Eusebio Fernández al considerar que tratándose de concepto valorativo, y no descriptivo, carecería de “criterios de aplicación intersubjetivos”. Por esa razón la dificultad de aplicación (práctica) se da en la esfera de valoración ética (FERNÁNDEZ, Eusebio. “Dignidad y Derechos Humanos”. En: DÍAZ, Ramón Soriano y otros. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Huelva: Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana, DL 2000, p. 91)

La característica histórica se hace evidente cuando un derecho que todavía no aparece en el rol de los derechos humanos se convierte en fundamental para la dignidad humana, cuando las condiciones vividas así lo requieran, como anteriormente afirmaba Bobbio. Sin embargo, esto sólo podrá determinarse de forma segura cuando tiene un sistema de protección técnico-ideológico organizado, más aún en el ámbito internacional (de lo general a lo específico).

Pero en última instancia, ¿qué es la dignidad? Esta investigación vanguardista, pero elemental para el desarrollo de la cuestión, se desarrollará siguiendo la misma sistemática utilizada durante el trabajo, que consiste en analizar las expresiones en cuanto a su significado, tratando de armonizarla con lo que nos proponemos representar/significar; método este que podríamos clasificar como vertiente de la filosofía del lenguaje, aunque esta rama de la filosofía se preocupe más por el lenguaje como una forma de expresión (intenta comprender la esencia y la naturaleza de los fenómenos lingüísticos) que por el significado en sí mismo.

El término dignidad supone sentirse valorado; es decir, en la acepción de atribuirse importancia, ser apreciado, respetado. Es tener consciencia del valor de la vida humana. Lo que se aplica en la sociedad se manifiesta con la ciudadanía, pero una ciudadanía "globalizada", aunque el concepto parece encontrar limitación no sólo en la raza humana.

En este diapasón, dignidad implica sentirse feliz ⁴⁷⁴⁸ como ser social (sociable). Para que se pueda aspirar a la felicidad contemporánea propuesta por la sociedad en la que vivimos, arraigada en el consumo, la gama de necesidades

⁴⁷Fábio Komparato considera que "podemos errar el camino en nuestra vida, y nos enredamos perdidamente, como Dante, en la selva oscura. Jamás nos engañamos, sin embargo, en cuanto a la elección de nuestro destino: nunca se oyó hablar de alguien que tuviera la infelicidad por propósito o programa de vida" (KONDER COMPARATO, Fábio. *Ética : direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 17).

⁴⁸ Immanuel Kant afirmaba que todo ser racional tiene por finalidad la felicidad (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*. Tradução : QUINTELA, Paulo. Lisboa : Edições 70, Lda., DL 2007, pp. 51-52).

aumenta de forma gradual. Como el Estado no puede, y no debe, interferir hasta el punto de hacer a un ciudadano feliz, dado que esto depende de una concepción individualizada, el mismo Estado debe, eso sí, ofrecer las condiciones, inicialmente, básicas para conseguir esta llamada felicidad en el ámbito social; en otras palabras, de bienestar, que no puede concebirse sin el trinomio libertad, igualdad y fraternidad derivado por tanto, de la dignidad humana.

Al estudiar el concepto desde una óptica filosófica, no podemos dejar de citar a Immanuel Kant, ampliamente reconocido como el autor que ofreció el molde para la idea que hoy conocemos por dignidad humana⁴⁹. De forma resumida⁵⁰, su pensamiento final se basaba en la concepción de que las cosas tienen un precio o una dignidad. La primera existe cuando se puede sustituir una cosa por otra equivalente. Pero cuando nos encontramos con algo superior a todo precio y, por tanto, que no conlleva una equivalencia, entonces estaremos ante la dignidad. De esta forma, los seres humanos no pueden ser tratados como un medio, sino como un fin. Por otra parte, el filósofo alemán justificó su aparición en la libertad, lo que denota el antropocentrismo de los derechos humanos, que han pretendido históricamente detener el totalitarismo y permitir el libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto es más fácil atribuir como fundamental los derechos derivados de la libertad, premisa que no puede prosperar, puesto que además de limitar el universo de análisis, obliga a que nos olvidemos de la relatividad de los derechos humanos, en cuanto conquistas históricas. La libertad, que describía Kant, se refiere al ejercicio de la razón práctica⁵¹. Y de este supuesto también deriva el principio de la igualdad, dado que el

⁴⁹ Vid. BELLOSO MARTÍN; N., “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana algunas contradicciones”. En: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, Porto Alegre, HS Editora, Ano 2, nº4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60

⁵⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 77.

⁵¹ DOS SANTOS CUNHA, Alexandre, “A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002”, p. 85/88. extraído de QUEIROZ, Victor Santos. “A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 757,

único postulado necesario para tener dignidad es la autonomía, inherente a todo ser humano (característica elemental y generalizada de la raza humana). Así que la dignidad no se mide, sólo se reconoce. Basta ser una persona. Por eso no importa, en un primer momento, ninguna característica específica del ser humano en la sociedad, independientemente del mérito personal o social⁵². Es una visión, por tanto, ontológica.

En este diapasón, el significado de la teoría kantiana se basaba en la idea de que tan sólo la moralidad y la humanidad disponen de dignidad. Ello demuestra que el filósofo alemán fundamentó el principio mencionado en la autonomía racional del ser humano, en cuanto capaz de guiarse por las leyes morales (valor interior); es decir, las normas de conducta que permiten la convivencia⁵³. Resulta reductivo concebir la dignidad, sólo, como un valor moral. Tal reduccionismo conduce a la desfiguración del instituto, y en particular en relación con la universalidad de los derechos humanos. La dignidad de la persona humana es una realidad, acogida con satisfacción explícita tanto por la Declaración Universal de 1948 como por la constitución de un gran número de Países (Estados laicos), entre ellos el español, en su artículo 10.1. Por lo tanto, la dignidad de la persona humana representa el valor jurídico y moral, debiendo ser interpretada con la observancia de esta dualidad⁵⁴.

Hoy en día, el enfoque sobre la dignidad de la persona humana sigue la tendencia de buscar la materialización o la concreción de los derechos, atribuyéndose más importancia a la efectivación que a la teoría-fundamentación. Como resultado, la expresión dignidad antes de ser asociada a la autonomía o la moral hace suponer condiciones básicas de bienestar (mezcla de igualdad con la justicia).

31 jul. 2005. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7069>>. Acceso el: 29 abr. 2008.

⁵² Carmem Lúcia Antunes ROCHA, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, p. 4, extraído de MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. “Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5961>>. Acceso el: 13 jun. 2008.

⁵³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 65 y s..

⁵⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “Dignidad y Derechos Humanos”, cit., p. 94.

El citado principio no presupone o especifica un rol mínimo de derechos y los logros que se deben observar para una vida plausible, que puede ser extendida a todos. E. Fernández García apunta que la dignidad humana representa la cuna de la autonomía de los valores, la seguridad, la libertad y la igualdad⁵⁵. Aún así, este concepto de dignidad, sirve para demostrar el estatus de nobleza que representa la vida humana, el respeto entre similares, además el reconocimiento del propio valor (no precio) y también las condiciones necesarias para una buena vida (digna). Sirve de norte para los derechos humanos. A menudo, compete a los tribunales, a través de la jurisprudencia, la difícil tarea de delimitar la materia, fenómeno responsable por aproximar el sistema consuetudinario del "Common Law" al de origen romano-germánico, basado en el positivismo. En general, las leyes que se ocupan de los derechos humanos siguen necesitando de una mayor efectividad (el poder necesario de los organismos internacionales es relativo).

Se debe prestar atención a las interpretaciones que relativizan la ley en este ámbito, aún más cuando se pretende restringir el alcance de los derechos fundamentales (estos sí que tienen una mayor efectividad, debido a la posibilidad de ser exigidos ante el Poder Judicial nacional). Por lo tanto, podemos afirmar que, en la mayoría de las ocasiones, el sistema jurídico occidental ha otorgado a las normas de los derechos humanos el carácter de norma general que debe ser seguida por los Estados como la clave norteadora (no hay que olvidar los casos en los que se puede requerir protección relativa a los derechos humanos directamente a los organismos y a los tribunales internacionales), otorgando la excelencia de la efectividad a los derechos fundamentales. Sin embargo, entendemos que, en cualquiera de los casos, la hermenéutica relativa a las cuestiones que involucran a los seres humanos, analizados individualmente o colectivamente, debe ser de carácter integral, evolutivo, evitándose el retroceso (y otros límites a los límites de los Derechos Fundamentales), sopesando

⁵⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio., *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid, 1984, p. 120. También, vid. (FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Dignidade y Derechos Humanos*, cit., p. 93).

todas las áreas posibles de conocimiento para, sólo entonces, poder establecer cuáles son y cómo deben ser efectivados estos derechos⁵⁶.

Gana fuerza la discusión sobre el mínimo existencial y la prohibición de retroceso, que posteriormente serán analizados como fuente de protección (límites de los límites) de los derechos que representan la dignidad humana, en un escenario que presenta una serie de limitaciones y obstáculos con respecto a su materialización, especialmente cuando demandan prestaciones por parte del Estado - gasto público.

En la medida en que se ha demostrado que el hombre no puede vivir sin los derechos a la libertad, también es evidente que sin los derechos a la igualdad, la sociedad entra en conflicto. La dignidad humana trasluce, sin embargo, el amor propio y el amor por el prójimo, que puede realizarse a través de la fraternidad y la solidaridad; este es el punto de equilibrio. Y, por lo tanto, ahí está la base de la sociedad contemporánea.

La dignidad de la persona humana es el elemento común y/o baluarte de los derechos fundamentales de la humanidad, sobre todo en los Estados laicos. Aunque el estudio del fundamento de los derechos humanos haya perdido espacio académico, la dignidad humana sigue siendo un importante orientador en la resolución de los conflictos. Es, por lo tanto, la dignidad desde el punto de vista pragmático, la que representa el pilar y el límite de los límites de los derechos fundamentales.

⁵⁶ Importantes paradigmas para la positivación, con limitación espacio-temporal, son: la Carta Internacional de Derechos Humanos, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP –, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-.

1.4.1.2 FUNDAMENTACIÓN ANTROPOCÉNTRICA PERSONAL

Después de las breves consideraciones acerca del fundamento en común de todos los derechos humanos, conviene examinar los fundamentos propios del medio ambiente en la teoría de los derechos humanos (todavía con un sesgo antropocéntrico). Por consiguiente, haremos referencia a tres institutos que aparecen en varios de los principios de la Declaración de Estocolmo (1972). Concretamente, se convierten en los principales orientadores o fundamentos del medio ambiente en la Teoría de los derechos humanos, directamente ligados al principio de la solidaridad; el primero, el desarrollo sostenible (Declaración de Estocolmo - Principio 2, 5, 11, 13, 14, 15, 16); el segundo, el medio ambiente equilibrado (principio 3, 6, 7, 17); y, el tercero, la cooperación (principio 22, 23, 24 y 26). Es preciso, por tanto, analizar esos institutos desde la perspectiva de la sostenibilidad, principio que consideramos el punto de partida de esta fundamentación antropocéntrica personal.

1.4.1.2.1 SOSTENIBILIDAD: COOPERACIÓN Y MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO

El ser humano es el principal responsable de la intromisión en los procesos naturales. También es cierto que la humanidad forma parte de ellos, en cuanto ente planetario. Pero el avance de la población, la evolución tecnológica y el sistema de consumo agravan considerablemente la intromisión positiva y principalmente negativa en los ecosistemas. La razón principal por tanto es el modelo de producción dominante, capitalista, basado en el lucro. No se trata aquí de examinar si el sistema capitalista es lo que debe prevalecer o si hay otro mejor, lo que se discute son las consecuencias del modelo adoptado, que dependen de la producción y del consumo para mantener la viabilidad.

Si en la naturaleza nada se crea, pero se modifica, para abastecer las crecientes necesidades humanas de un número cada vez mayor de personas, los sistemas naturales sufren esa interferencia, y los recursos naturales son esenciales para que el rol de los productos, la tecnología, la energía y los alimentos estén disponibles para las poblaciones. Se extrae de la naturaleza para que las ciudades sean abastecidas –es la lógica imperante-: economía y producción deben ser aumentadas para alimentar las necesidades humanas existentes y fabricar nuevas necesidades al fin de viabilizar la cadena económica, buscando, siempre, nuevas necesidades y mercados. Y es exactamente en este punto, el del desarrollo económico, donde el medio ambiente natural sufre la mayor interferencia. El ser humano, generalmente no degrada la naturaleza por mero capricho sino porque necesita los recursos naturales para abastecer una sociedad de consumo. El hombre deforesta para obtener tierras, con miras a la siembra y al cultivo para la ganadería; extrae petróleo para abastecer a la industria, garantizar la energía, el combustible, etc. Así, no podríamos analizar los fundamentos del medio ambiente en la Teoría de los derechos humanos sin traer el instituto que mejor traduce la búsqueda de la armonía entre nuestra necesidad de desarrollo y el respeto al medio ambiente: el desarrollo sostenible. La ciencia jurídica representa un importante mecanismo de interferencia ética en la sociedad, en los sistemas de producción y en la relación hombre-naturaleza. Avanzando en la comprensión del significado de desarrollo, los principales autores que escriben sobre el tema advierten que crecimiento y desarrollo no son sinónimos. En este sentido, conviene destacar las afirmaciones de N. Belloso:

El crecimiento no siempre es desarrollo. Crecimiento es un proceso de simple incremento en los indicadores de tipo cuantitativo (producto interior bruto, renta per cápita) que se utilizan para medir el avance económico de un país o una comunidad. Los “modelos desarrollistas” de la mayor parte de los países industrializados avanzados se han mostrado ineficaces para propiciar unas sociedades equilibradas ecológica y socialmente. El auténtico desarrollo es aquel que además de las estimaciones cuantitativas se fundamenta en parámetros cualitativos (autosuficiencia o dependencia de la comunidad humana en cuestión; modelos de utilización y reciclado de sus recursos; equidad en el reparto o distribución de los bienes y servicios básicos; posibilidades de empleo y

ocio de sus miembros; incidencia de las mujeres en las políticas demográficas, etc.)⁵⁷.

Por lo tanto, la expresión desarrollo sostenible no ha sido establecida por la ecología; en realidad, el medio ambiente es una faceta de la mencionada locución. Fernanda Franco⁵⁸ señala que 'hasta hace poco, la ciencia económica se basaba puramente en un paradigma que dejó fuera las relaciones entre economía y medio ambiente, entendiendo la naturaleza como una externalidad del proceso económico'. La idea de sostenibilidad surge de la discusión sobre el desarrollo (en cuanto crecimiento económico), cuando el *Club de Roma* (en el Informe: los límites del crecimiento, 1972) propone el equilibrio económico y ecológico⁵⁹. El concepto de desarrollo sostenible fue desarrollado en el *Relatório Brundtland*⁶⁰ (1987), llevado a cabo por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, titulado "Nuestro Futuro Común". Dicho documento no se limita sólo al análisis ecológico aislado, sino que examina el futuro del planeta a la vista del modelo de desarrollo adoptado, a finales de la década de los años ochenta, advirtiendo sobre el rumbo y los riesgos planetarios (que en el año 2013 demuestran no ser muy diferentes). Para el informe, el desarrollo sostenible es aquel que atiende las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de que las generaciones futuras puedan también satisfacer sus necesidades. Apunta que el desarrollo sostenible posea dos conceptos-clave: el de que las necesidades indicadas en informe, que deben ser atendidas, se refieren principalmente y prioritariamente a la parte esencial de las poblaciones pobres; y que

⁵⁷ BELLOSO MARTÍN, Nuria. "De la Educación Ambiental a la Imperiosa Necesidad de la Tutela del Medio Ambiente", cit., p. 226.

⁵⁸ FRANCO, F. C. de O. "Desenvolvimento Sustentável, Economia Ecológica e Estado de Direito Ambiental como Limites Ao Crescimento Econômico". *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./dic. 2012). Caxias do Sul, RS : Plenum, 2012. P. 137.

⁵⁹ FRANCO, F. C. de O. "O direito humano ao desenvolvimento em perspectiva intercultural: considerações sobre os direitos dos povos indígenas em grandes projetos de investimentos: o caso da hidrelétrica de Belo Monte". *Dissertação (Mestrado)* - Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: Centro de Ciências Jurídicas, 2011. P. 23/24.

⁶⁰ ONU - Organização das Nações Unidas – Nosso Futuro Comum. Relatório da Comissão Mundial das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Resolução da Assembleia Geral 42/187 de 11 de Dezembro 1987.

hay que ser consciente de que el estado de la tecnología y la organización social, actuales, impiden que las necesidades presentes y futuras sean atendidas.

Es evidente el carácter económico, social, político y ambiental que acompaña al concepto de desarrollo sostenible, al constatar, la Comisión Mundial sobre el medio ambiente y Desarrollo, que el modelo económico actual es desigual en la distribución de los costes y beneficios. Con ello, acaba generando desigualdad social y consiguiente crisis ambiental, puesto que no puede hablar de equilibrio ecológico en un mundo pobre e injusto, despreocupado por mantener el consumo dentro de los límites de las posibilidades ecológicas. Por consiguiente, es imprescindible, por ahora, el concepto de desarrollo sostenible a fin de armonizar el desarrollo humano con el medio ambiente natural, que recibe protección indirecta y no por valor intrínseco.

La dimensión medioambiental de la sostenibilidad representa el verdadero norte para el desarrollo, ayudando a elevar el nivel de conciencia acerca de la absoluta necesidad de que el hombre debe estar en armonía con su entorno, bajo pena de hacer inviable su sistema, lo que constituye, de este modo, el principal fundamento (general-propio) del medio ambiente, en la actualidad, puesto que los contenidos propios en materia de derechos humanos históricos también son dinámicos. Sostenibilidad no significa renunciar al potencial ecológico, pero, si se desarrollan con responsabilidad, garantizando el equilibrio en el uso de los bienes renovables y evitar el agotamiento de los no renovables, teniendo como norte la garantía de las necesidades actuales como de las generaciones futuras -solidaridad intergeneracional- (que la mayoría apunta como característica principal de este fundamento/principio). Por lo tanto, el concepto requiere ecosistemas preservados y equilibrados.

Cuidar sólo con el sesgo económico sin considerar las consecuencias, todavía es un concepto arraigado en la cultura humana, salvo determinados pueblos que tienen por sistema una integración armoniosa con la naturaleza, al igual que muchos

pueblos indígenas que dominaron el continente americano antes de las carabelas de Cabral y que luchan hoy para no ver su cultura extirpada. La educación socioambiental es, desde luego, esencial para este cambio de paradigma, pero, como sabemos, la cultura y los hábitos son difíciles de cambiar, especialmente en aquellos que cosechan los frutos de este *modus operandi*. Triste ejemplo de ello son proyectos poco sostenibles ya que no prevén la internalización de las externalidades en actividades que tanto riesgo ofrecen a la naturaleza (por ejemplo, la extracción de la sal, la extracción de petróleo en el mar). Se espera que un día la sostenibilidad de paso a la sostenibilidad y que el coste ecológico del desarrollo sea efectivamente conocido, reducido y pagado.

1.4.2 FUNDAMENTACIÓN DESVINCULADA DEL ANTROPOCENTRISMO

Como ya hemos indicado, a partir de la década de los sesenta la materia ambiental entró (definitivamente) en el debate de la agenda internacional. Inicialmente por los pensadores, los intelectuales, los filósofos que contestaron el sesgo exclusivo antropocéntrico de las preocupaciones globalizadas. Hasta hace poco tiempo, los seres humanos fueron enviados a campos de concentración; Clara Campoamor reivindicaba los derechos de las mujeres, incluyendo el sufragio universal; Martin Luther King luchaba por los derechos civiles. El ser humano debe dar prioridad a la creación de bases sólidas para el desarrollo humano y social. Incluso aceptado esta premisa, el planeta precisa atención, no sólo por la devastación voraz que sufre, sino porque los recursos naturales son limitados e incompatibles con el crecimiento económico. La cuenta del crecimiento comienza a ser cobrada. Y así, el medio ambiente se convierte en el objeto de estudio de las ciencias jurídicas, ligado a la calidad de vida y al bienestar humano; pero todavía no tienen su propio fundamento. El concepto de sostenibilidad, aunque vinculado con el desarrollo

humano, requiere un medio ambiente natural saludable y equilibrado, lo que por vía transversal privilegia la armonía planetaria. Este nuevo paradigma reclama la necesidad de una concepción holística del ecosistema, integrada, no limitada a la visión antropocéntrica.⁶¹ La ciencia jurídica busca nuevos caminos y la ética, una vez más, ponen algunos de manifiesto.

Hasta aquí, los fundamentos descritos, en el presente estudio, no reconocen el valor intrínseco del medio ambiente, teniendo en cuenta que el motivo de incluir la protección ambiental, tanto en ámbito internacional como nacional, se da por el carácter imprescindible a la existencia, al desarrollo y al bienestar humano, tal y como afirman los respectivos documentos.⁶² N. Beloso⁶³ apunta que, incluso por la propia dificultad de denominar con precisión el conjunto de facultades que forman el derecho al medio ambiente, el mismo “deja de ser un objeto de reglamentación normativa para asumir el papel de un valor por lo que se hace necesario calificarlo de “sano”, “equilibrado” o “adecuado” como hace la Constitución española”. Incluso si trabajamos más con valores que con conceptos, la positivación y el consiguiente ámbito de la protección ambiental ha ido avanzando, pero todavía sin una teoría y fundamento propio (en el contexto jurídico). Si bien el camino trazado apunta a la protección holística, integrada (naturaleza-hombre), y no aislada (antropocentrismo versus biocentrismo), conviene destacar las teorías que una parte de la doctrina ha postulado como fundamento propio para el medio ambiente, no sólo para fomentar la reflexión y el debate sobre el tema, sino también para subrayar el derecho al medio ambiente frente a la protección insuficiente que los fundamentos antropocéntricos puedan ocasionar.

⁶¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 50.

⁶² BELLOSO MARTÍN, Nuria. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”, cit., p. 240.

⁶³ Ibid. p. 240.

La construcción de Immanuel Kant para la ciencia filosófica y jurídica, sobre todo en el campo de la ética, es de suma importancia, puesto que representa el punto de partida de los derechos humanos -dignidad de la persona-. Esto es evidente en el ámbito del daño moral, en el que el derecho a un nombre, al honor, a la intimidad, a la privacidad, entre otros, emanan de la dignidad⁶⁴. Esto quiere decir que el trastorno emocional lo sufre quien posea racionalidad y, por tanto, dignidad. Las plantas y los animales son el objeto del derecho y no los titulares en el actual ordenamiento jurídico. A partir de la línea de pensamiento kantiano, atribuir dignidad a la vida no racional es un error, a menos que cambie el paradigma filosófico de análisis. También es verdad que hay que comprender el momento histórico de la construcción de Kant (dignidad dispone a los seres racionales), época en la que la vida humana no tenía la misma dimensión de hoy. La doctrina especializada se ha ido refiriendo a la importancia de ampliar el concepto de dignidad a las especies no humanas. Filosóficamente es una propuesta interesante porque reconoce el valor intrínseco postulando cambios pragmáticos en el tratamiento jurídico de los animales y en la vida en general. El reconocimiento de la dignidad refleja unas consecuencias jurídicas en las más diversas áreas del derecho (civil, procesal, constitucional, etc.), y por eso entendemos que el reconocimiento de los derechos (realidad aún lejana en Brasil) a los animales (libertad, salud, vida, no sufrir tortura o malos tratos, por ejemplo,) es más palpable que hablar de atribución de la dignidad (incluso si se basa en otra dimensión), concepto tan ligado a la esencia humana. Creemos en la búsqueda de fundamentos propios dirigidos a la protección de la naturaleza.

Más allá de las cuestiones jurídicas, están las de orden práctico, filosófico y científico, puesto que se consideran más fáciles; por ejemplo, establecer las condiciones que dignifican a los seres humanos más que a los animales⁶⁵, en un

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed., 2ª. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p.76.

⁶⁵ Sobre los derechos de los animales, P. del LORA propone analizar si es necesario que los animales posean derechos como los humanos. Afirma que merecen tener derechos morales, pero no jurídicos. Es decir, los animales no tienen los mismos derechos que los humanos, pero eso no quiere decir que no

escenario de poca comprensión de los procesos naturales del ecosistema como un todo. La propuesta inicial, una vez que el tema necesita de una profunda reflexión, es el de profundizar en la preservación; o mejor, para utilizar la nomenclatura de las cartas constitucionales, documentos internacionales y leyes en general, hay que profundizar en el equilibrio del medio ambiente. Esto sería, en un primer momento, el fundamento ecológico, que se extiende a la relación hombre-naturaleza. La materia exige lenguaje y fundamentos propios.

La Constitución de Suiza encabeza la vanguardia al modificar su artículo 24 y prevé la "dignidad de la criatura" (Würde der Kreatur), directamente relacionada con la ingeniería genética, siendo que el nuevo paradigma ambiental, como sostiene Saladin, se representa en tres principios éticos: a) principio de solidaridad (justicia intergeneracional); (b) principio de respeto humano al medio ambiente (justicia interespecies); (c) el principio de responsabilidad para las generaciones futuras (justicia intergeneracional)⁶⁶. Con esta visión, podemos afirmar que el principio de solidaridad está relacionado con la justicia entre los pueblos, de carácter universalista, como requieren los derechos humanos, al mismo tiempo que la sostenibilidad privilegia el deber de las futuras generaciones.

La construcción suiza es importante por ofrecer un principio ético/jurídico (incluso podríamos decir fundamento) en la relación entre los humanos y otros seres no humanos. Los autores que se ocupan del tema y que defienden la dignidad más allá del ser humano se pueden dividir en dos grandes grupos: aquellos que defienden el bienestar animal y los que defienden los derechos animales. Se atribuye a "*Silent*

tienen derechos, ya que ellos también merecen ser respetados, así que no debemos usarlos en experimentos que los hagan sufrir, o matarlos sin necesidad alguna, ya que al igual que nosotros, ellos no tienen derecho a cierta cosa, pero si tienen derecho a usarla si la necesitan, por lo que se debe respetar su derecho moral de su vida e integridad física. (Cfr. LORA, P. del, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*. Madrid, Alianza, 2003).

⁶⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 39.

Spring (1962)⁶⁷", de la escritora y bióloga Rachel Carson, pionero en el moderno movimiento ecológico, al hacer frente a la poderosa industria de pesticidas sobre los riesgos que el uso de Dicloro-Difenil -tricloroetano (DDT) representa para el ecosistema (incluyendo a los humanos), planteando al lector no especializado consideraciones objetivas sobre cuestiones técnicas tales como: la influencia de los agrotóxicos en los sistemas naturales, la acción dañina del ser humano en la naturaleza, el funcionamiento de la contaminación en cadena, el uso indiscriminado (aspersión) de DDT en los cultivos que había silenciado la primavera, el ecosistema de una región americana. El libro mencionado trae consideraciones importantes, tales como el deber de información y la constatación que el desarrollo económico no se responsabiliza de los costes ambientales, al referirse al uso (en programa gubernamental, sin ningún estudio específico) del insecticida sintético aldrina en el control del escarabajo japonés, en Michigan (Estados Unidos), exclusivamente por ser el más barato en la época y a pesar de que fuera uno de los más dañinos para los seres vivos⁶⁸.

Si Rachel Carson profundizó el debate sobre la forma en que el ser humano se relaciona con la naturaleza, Peter Singer tuvo una indudable importancia al tratar el por qué de protegerla, planteando la cuestión ética/filosófica de este cambio de paradigma. En el libro *Animal Liberation* (1975)⁶⁹ el autor australiano contribuye al avance de la discusión al afirmar que discriminar seres sólo sobre la base de su especie (especismo) es una forma de prejuicio inmoral e indefendible, tal como sería la discriminación racial o sexista. Al hacer esta afirmación, predica la igualdad entre las especies basada en la razón (tendencia universalista) y no en la conmoción o la compasión (limitada por los sentimientos). Los animales deben ser incluidos en la esfera de la preocupación moral⁷⁰ y los seres humanos deben reconocer que la inclusión de la carne animal en la dieta (agroindustria) es la principal responsable

⁶⁷ CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

⁶⁸ CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. 2ª Ed., São Paulo: Melhoramentos, 1969. p. 100.

⁶⁹ SINGER, Peter. *Libertação animal*, cit., p. 166.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 167.

(más allá de los experimentos científicos) por la condición degradante que el hombre somete a las especies animales no humanos (tiranía amorala). Que se debería abandonar la práctica especista entre los animales, especialmente para evitar el sufrimiento innecesario (en el libro el autor no descarta la idea de que los animales mueren sin dolor si así es necesario para la alimentación, precisamente por ser afiliado a la teoría utilitarista en la que el concepto de "acto correcto o incorrecto" está vinculado a las consecuencias que las acciones producen, ya sean positivas o negativas) residiendo aquí el fundamento de la postulada igualdad entre animales: la capacidad de sentir dolor (o placer).⁷¹ Cambia el paradigma al defender que la dignidad está no en la capacidad de racionalizar, sino en el sentir el dolor.

Tom Regan⁷², en una de sus obras más importantes, *Empty Cages: Facing the Challenge of Animal Rights* (2004), parte de la premisa de Kant sobre la dignidad - los seres humanos deben ser tratados como un fin en sí mismo, y no medio -, pero defiende que dicha prerrogativa deba extenderse a los animales con habilidades cognitivas. Para tal afirmación, el autor entiende que la respuesta para la premisa de que "los animales poseen, o no, derechos" (principalmente el de ser tratados con respeto) depende de la pregunta: ¿los animales son "sujetos de una vida"? Regan apunta que: si entre mil millones de animales existen los que son conscientes de lo que les acontece, entonces estos serían "sujetos de una vida", y como tal poseen derechos exactamente como los animales humanos⁷³. En definitiva, avanza en la defensa de una protección animal, puesto que a diferencia de Peter Singer, entiende que el mero tratamiento "más humanitario" no acaba con la explotación animal, debiendo, esta, ser una práctica completamente abandonada y en todas las áreas de explotación (agroindustria, industria, divertimento); pero limita tal derecho (por tener

⁷¹ *Ibidem.*, p. 25.

⁷² El autor posee obras de suma importancia para el activismo en defensa de los derechos animales como *The Case for Animal Rights* (1983), *Bloomsbury's prophet: G.E. Moore and the development of his moral philosophy* (1986), *Defending Animal Rights* (2001), entre otros títulos.

⁷³ REGAN, Tom . *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Trad. Regina Rheda; revisão técnica Sônia Felipe, Rita Paixão - Porto Alegre, RS: Lugano, 2006. pp. 65-66.

subsídios para argumentar y no por mero sentimiento) a los animales con habilidad cognoscitiva sofisticadas, como mamíferos, aves y, posiblemente, peces⁷⁴.

Gary Francione va más lejos al proponer una extensión en la teoría abolicionista. Parte de la premisa de que todo uso de animales es erróneo, que no pueden ser considerados propiedad (es esa visión que contamina la relación humanos-animales). Rechaza la idea de buscar el bienestar animal, aunque tal ideología no acaba con la explotación, por el contrario, el tratamiento “más humanitario” permite el mantenimiento de la práctica de explotación con menos agresividad a los ojos de la sociedad. Y eso no es liberación, sino reglamentación de cuestión amoral, siendo que la teoría de los derechos animales exige el reconocimiento de un trato humanitario (bienestar), pero de valor inherente⁷⁵ a los mismos, tal como se reconoce a los humanos, siendo que la atribución del valor intrínseco erradica en el estatus de propiedad y, por consiguiente, reconoce, a los animales, otros intereses que meramente los de protección al sufrimiento y al dolor⁷⁶ - reconoce derechos-. Si por un lado concuerda con Regan en el sentido de abolir la explotación animal, por otro diverge por entender que el derecho de no ser propiedad (principal derecho de los animales) abarca a todos los seres sencientes (conciencia subjetiva), siendo innecesario que tengan características cognitivas similares a las de los seres humanos.

Cabe también destacar el valor intrínseco de la naturaleza o de las bases naturales de la vida, que de hecho amplía la discusión además de la perspectiva animal. Tiago Fensterseifer se apoya en el filósofo alemán Hans Jonas para señalar la posibilidad de concebir la dignidad a la vida en general.⁷⁷ El autor considera sólo la ética fundamentada “en la amplitud del ser, y no sólo en la singularidad o en la

⁷⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁷⁵ FRANCIONE, Gary L. *Rain Without Thunder : The Ideology of the Animal Rights Movement*. United States: Temple University. Press, 2007, p. 5.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 38.

peculiaridad del ser humano, es la que puede ser más relevante en el universo de las cosas⁷⁸.

El hecho de recurrir a una doctrina no necesariamente jurídica, que apunte los fundamentos éticos para abordar el tema ambiental, fue la perspectiva de avance en la relación entre el hombre y su entorno, especialmente el natural, en escenario de desamparo y crisis ecológica. Aunque la propuesta de ampliar el concepto “ético” más allá del ser humano ya fuera predicada desde San Francisco de Asís (1182-1226), en el sentido de difundir una visión fraterna y universal entre los seres (humanos o no), tal concepción solo alcanzó la modernidad con Arno Leopold (1949) que defendió la comunidad biótica como comunidad de anhelos⁷⁹. Es decir, fueron siglos de construcción antropocéntrica, pasando por las navegaciones, descubrimientos, colonizaciones, comercializaciones e industrializaciones, quedando arraigada, tal concepción, no sólo en gobernantes o grandes proyectos industriales, sino en el día a día de la población, en la concepción (visible o no) del mundo, en muchas naciones. No se puede aspirar a cambio de postura, menospreciando la tradición exploratoria, precisamente porque estamos delante de un problema histórico, arrastrado a la modernidad. Hay necesidad de deconstrucción de antiguas tradiciones para que una nueva postura se alcance de forma universalizada, solidaria. La dificultad es la de romper con las tradiciones conocidas, pero el cambio debe ser implementado cuando posibilita las arbitrariedades.

Visualizar el medio ambiente exclusivamente en el marco de la teoría antropocéntrica de los derechos humanos puede limitar los intereses del planeta, puesto que en un conflicto entre derechos humanos y no humanos prevalecerá, *prima facie*, la protección humana en detrimento de la concepción holística. El hecho de atribuir dignidad al ser humano no implica (y no puede implicar) la reificación

⁷⁸ Ibid., p. 42. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*, cit., p. 38.

⁷⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”, cit., p. 222.

arbitraria de lo que no es humano. Se ve con buenos ojos la ampliación de la dimensión de la dignidad, y mejor incluso la búsqueda de un fundamento propio, tal como vamos a exponer en el presente trabajo. También es cierto que una serie de cuestiones permanecen abiertas, en lo que se refiere al ámbito de protección y ¿a quien? (¿qué)? Por ahora, más prudente es el establecimiento de conceptos generales para el análisis de los casos concretos, como por ejemplo: ¿podría controlarse la población de insectos? ¿Y de canguros? ¿El control de la población de animales puede darse en un entorno salvaje o sólo en entorno urbano o rural? ¿Sobre qué fundamento? ¿A través de un desarrollo sostenible? ¿El ser humano tiene legitimidad para controlar la población de animales basándose en un equilibrio ecológico? Son cuestiones cotidianas que permanecen sin respuesta única, por no hablar también de la problemática de la agroindustria y del experimento en animales para salvar vidas humanas. Sin una teoría propia del medio ambiente, la discusión tiende a degenerar en ideología y en concepciones personales. Por el nivel actual de conciencia ecológica, es más fácil defender los derechos de un perro que los de un ratón.

Para ilustrar el desconocimiento humano sobre la naturaleza, recordemos que Rachel Carson, en 1962, ya se ocupaba del equilibrio de la naturaleza y de que las consecuencias poco conocidas de la acción del hombre en la proliferación de especies indeseadas (puede causar reacción reversa), incluso en la óptica de la teoría evolucionista de Darwin. Hoy nos enfrentamos a los problemas concretos que globalizan las relaciones humanas. Animales exóticos introducidos (accidentalmente o no) en otro ecosistema pueden causar muchos perjuicios ambientales (desequilibrio en el sistema natural y alteración de la cadena alimentar) y financieros, como es el caso muy conocido, en Brasil, del mejillón-dorado (*Limnoperna Fortunei*), que originario de Asia, y traído por el deslastre (agua de lastre) de barcos comerciales, proliferó de forma desmedida perjudicando, principalmente, la hidroeléctrica de Itaipú (río Paraná) al comprometer el funcionamiento de equipos. Otro caso de conocimiento general es la hierbaannoni (*Eragrostis llana Nees*), planta forrajera proveniente del suroeste africano que traída al sur de Brasil, para fines

agropecuarios, conquistó, al principio, a los productores por la resistencia al frío y al calor y que, después de introducida en la pampa gaucha y haberse propagado rápidamente sobre el pasto originario, resultó ser poco productiva y de difícil control de propagación.

En ese escenario de dudas, la propuesta inicial (incluso para una adecuación al modelo actual) es que se destaque la preservación, equilibrio y autonomía (de la vida salvaje) y el reconocimiento de los derechos que puedan efectivamente ser aplicados, como: respeto y no sufrimiento (sin olvidar la discusión acerca de la titularidad), aunque tal concepción no sea aceptada por la línea de pensamiento de Gary Francione (reconocimiento de derechos propios) y la Declaración de Estocolmo reconozca derechos tales como libertad, vida, igualdad y ambiente de calidad; pero de improbable fuerza necesaria en los días actuales. Resultan relevantes los movimientos en defensa de los animales, pero sin olvidar el ecosistema como un todo. Imprescindible el uso de herramientas como la educación ambiental, la mediación y los estudios científicos, destacando que el desarrollo económico debe financiar estas investigaciones teniendo en cuenta las naciones que más interfieran en los procesos naturales y que más utilicen los recursos naturales. La división de los beneficios y el *onus* debe ser proporcional.

Para finalizar el presente abordaje, conviene recordar lo apuntado por N. Beloso⁸⁰ sobre el cambio de paradigma en la cuestión ambiental.

Se trata de llegar a que el ser humano pueda percibirse como alguien “en” la naturaleza, alguien cuya existencia se debe desarrollar en armonía con otras especies. Se debe superar el antropocentrismo, concepción que se basa en la dominación del hombre sobre el resto del mundo vivo y no vivo. La naturaleza no es únicamente un recurso al servicio del desarrollo humano. Incluso, del antropocentrismo hemos derivado en un etnocentrismo, visible cuando comprobamos que un veinte por ciento de la humanidad consume el ochenta por ciento de los recursos del planeta. Hay quienes sostienen el concepto de paradigma ecológico para enmarcar

⁸⁰ BELLOSO MARTÍN, Nuria. ““De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”, cit., pp. 221-222.

esta nueva concepción del mundo, presentando la ecología como una revolución epistemológica, es decir, otro modo de pensar. Es otra lógica, lógica no causal, clásica: la lógica ecológica. El ambientalismo se presenta como un paradigma ecológico y cultural desde donde se acepta la noción de que los seres humanos son parte del balance de la naturaleza. En el marco de esta noción integradora, la relación entre el hombre y la naturaleza no debe ser de exclusión, sino de colaboración, de simbiosis, de cooperación. Se trata de diseñar un intento de conciliar el incremento de la producción de bienes con la conservación y protección al medio ambiente.

CAPÍTULO II

DIFICULTADES EN LA

IDENTIFICACIÓN DE LA

TITULARIDAD DEL DERECHO

AL MEDIO AMBIENTE

2.1 CONSIDERACIONES INICIALES

La Teoría de los Derechos Humanos configura el medio ambiente como derecho de tercera generación. Esta tercera generación presenta, como característica más relevante, la atribución de titularidad colectiva o difusa, desvinculada del hombre como individuo, lo que ha dado lugar a la afirmación de que el destinatario del derecho de tercera generación es el propio género humano⁸¹. Sumariamente, recordemos que los derechos de primera generación corresponden a los derechos políticos y garantías individuales que impiden la interferencia desmedida del Estado (y, por tanto, de titularidad marcadamente individual); con el Estado social, se consagran los derechos prestacionales (íntimamente ligados a los grupos sociales, por tanto de titularidad colectiva - naturaleza social); la revolución tecnológica y el mundo integrado exigieron derechos humanos de titularidad general, del ser no individualizado, de característica solidaria (titularidad difusa), y que, en un primer momento, no ponen el acento en la demanda de protección por parte del Estado (abstención o prestacional).

Leme Machado⁸² afirma que el “medio ambiente es un bien colectivo de disfrute individual y general al mismo tiempo”. Es decir, el derecho al medio ambiente es de cada persona, pero no sólo de ella, y por eso es “transindividual”; encuadrándose, más específicamente, en la categoría (especie) de interés difuso, ya que no se agota en una sola persona, trasciende a la colectividad. Por ello, enfrenta la

⁸¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 58.

⁸² MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 118.

problemática de los nuevos derechos, principalmente por su característica de “derecho de mayor dimensión”, haciendo hincapié en la solidaridad y que le otorga una dimensión subjetiva colectiva.

Derecho metaindividual o transindividual (expresiones sinónimas) expresa la categoría intermediaria de intereses que media entre el individuo y el Estado; es decir, no son intereses particulares ni públicos (titularizados por la figura del Estado), constituyendo un *tertium genus* entre ambos, puesto que pertenecen a grupos, categorías o clases de personas. Así, los intereses transindividuales (o metaindividuales) constituyen el género del cual los intereses difusos, colectivos (o colectivos *stricto sensu*) e individuales homogéneos son especies; posicionamiento que encaja en la división tripartita de los derechos transindividuales consagrada por el legislador ordinario brasileño - como establece el Art. 81, incisos I, II y III del Código de Defensa del Consumidor-⁸³.

Atribuir titularidad no significa disponibilizar el derecho, incluso porque un rasgo característico de los derechos humanos es la indisponibilidad (no confundir con que sean absolutos⁸⁴), aunque posean eficacia objetiva; es decir, importan no sólo al propio titular, sino a toda la colectividad; existen excepciones puntuales a esa regla, y siempre que no se haya contaminado el núcleo duro de estos derechos. Así, cuando tratemos del derecho ambiental, con titularidad difusa, entendemos que, *prima facie*,

⁸³ Brasil. Ley nº 8.078, 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la protección del consumidor y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva en colaboración con Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 15ª ed., actual. y ampliada, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 808.

⁸⁴ Hay que considerar que ningún derecho fundamental es absoluto. Incluso los derechos fundamentales que son la base del orden constitucional de los países occidentales, no son absolutos, en la medida en que pueden ser relativizados. En primer lugar, por el carácter histórico de los derechos fundamentales. En segundo lugar, porque pueden entrar en conflicto entre sí - y en este caso no se puede establecer, por sí mismo, que el derecho prevalecerá, porque esta cuestión sólo puede ser analizada en el caso concreto. Además, ningún derecho fundamental puede ser utilizado para justificar un ilícito. Por lo tanto, se deduce que los derechos fundamentales pueden sufrir limitaciones, incluso el derecho elemental a la vida tiene limitación explícita en inciso XLVII, 'a' del Art. 5 de la Constitución de Brasil, donde se contempla la pena de muerte en tiempo de guerra declarada formalmente” (GONET BRANCO, 2007, p. 230-231.)

toda postulación afectará no sólo al sujeto que demanda procesalmente sino a toda la sociedad. Sin embargo, incluso cuando el demandante (de amparo ambiental) sea también titular de ese derecho, habrá una doble protección que impide la disponibilidad, ya sea por ser derecho humano (fundamental), ya sea por la titularidad difusa (no se puede disponer de un derecho ajeno) – así como todas las implicaciones derivadas de las acciones colectivas. Y ello conlleva importantes consecuencias en el campo de la mediación, como veremos más adelante.

Por tanto, al hablar de derecho metaindividual, el ámbito de discusión procesal es el de las acciones colectivas. Al clasificarse el medio ambiente como de titularidad difusa, entendemos que los autores se refieren, genéricamente, al medio ambiente natural; pero no se puede olvidar que el derecho al medio ambiente contempla, también, la dimensión artificial, cultural, del trabajo, paisajística, etc., motivo por el cual el concepto de titularidad en materia ambiental también podrá ser ampliado. Por ejemplo, al referirnos al medio ambiente del trabajo, es evidente que los titulares - directamente implicados en la calidad de un cierto lugar de trabajo - representan un grupo identificable de personas; Por consiguiente, no se puede hablar de postulación de carácter difuso o meramente individual. Entendemos que no hay certeza, ni siquiera, en la afirmación de que todo bien ambiental (o todo sujeto de protección ambiental – para evitar utilizar un término íntimamente ligado a la visión antropocéntrica) está directamente ligado al derecho fundamental del “medio ambiente”; o sólo aquel capaz de interesar a toda la colectividad.

En este diapasón, debe verse si se puede defender la tutela individual de derecho ambiental natural (difuso). Ya adelantamos que las postulaciones individualizadas (sobre recursos naturales individualmente considerados como, por ejemplo, una disputa que implica el corte de un árbol), sólo afectarán el derecho humano al medio ambiente de forma indirecta; en teoría, en otras materias como el derecho del consumidor es perfectamente posible la postulación individual. Para afectar diametralmente al derecho fundamental al medio ambiente (difuso), deberá

existir una “repercusión general”. Al ser un concepto jurídico indeterminado, importa el caso concreto para que su definición sea atestada, observando los criterios (según el Supremo Tribunal Federal): relevancia jurídica, política, social o económica⁸⁵. Un buen parámetro es la verificación de perjuicio a los ecosistemas naturales. Al haber este tipo de influencia, tendremos una repercusión general en el ámbito del derecho al medio ambiente natural.

En el caso del corte de un (único) árbol, el medio ambiente sufre un perjuicio indirecto, puesto que el perjuicio mínimo no supera el plan individual y no influye directamente en el equilibrio del ecosistema. En esta controversia del directo, sufrirá también otra rama del derecho, como la civil, urbanística, sanitaria etc.; pero esta afirmación se da según el campo lógico-teórico. Eso quiere decir que la respuesta para esta aserción depende, también, del sistema jurídico en análisis. La titularidad del derecho al medio ambiente natural en un plano internacional (derechos humanos) también permanece en abierto; así, la Declaración Universal de los Derechos Animales⁸⁶ (1978) reconoce a los animales como detentores de derechos (sirva como ejemplo del camino tortuoso al que nos enfrentamos).

La discusión acerca de la gravedad del daño ambiental, también podrá influir en la esfera de la titularidad. Veamos: ¿el corte de un único árbol ocasiona daño ambiental? ¿El citado daño es suficiente para suponer un daño al derecho fundamental al medio ambiente? Este perjuicio ¿es directo o indirecto? ¿Y si el árbol que debe cortarse estuviera ubicado en una propiedad privada, tendría el vecino legitimidad para demandar una acción legal encaminada a evitar el corte del mencionado árbol? Y si ese mismo árbol estuviera en una plaza pública, ¿estaríamos ante otra solución? ¿El argumento de la demanda será el mismo? ¿El derecho

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acceso el: 15 diciembre de 2013.

⁸⁶ UNESCO - *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura*. Declaração Universal dos Direitos Animais. Paris. 15 de octubre de 1978. Brasil es signatario.

transindividual al medio ambiente se ha alcanzado en ambos casos? Son cuestiones triviales, pero que aún no tienen una respuesta absoluta. Para finalizar con las consideraciones preliminares de este capítulo, hay que identificar el objeto de protección ambiental, la titularidad del derecho al medio ambiente, lo que nos permitirá entonces comprender el tipo de actuación, o abstención en su caso, que se exige del Estado en el área ambiental.

2.2 OBJETO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Las breves consideraciones sobre el objeto de protección ambiental se desarrollan en el plano de la teoría; es decir, en teoría, dado que la materia ha resultado contraria a los conceptos cerrados o absolutos, dependiendo sobre todo del caso concreto para que una postulación pueda considerarse verdadera o falsa, sin olvidar también que el sistema jurídico ambiental sufre un fuerte influencia de la teoría del “riesgo integral” (aunque resulte mayoritaria la adopción de esa teoría, la cuestión está lejos de ser resuelta⁸⁷) lo que provoca, innegablemente, la ampliación del ámbito de protección más allá del propio concepto de medio ambiente. Como ya hemos explicado, el bien jurídico ambiental protegido directamente por las normas constitucionales observa una misma lógica, aprisionada en la valoración del medio ambiente en cuanto conjunto armónico (sano y equilibrado), indispensable para el bienestar humano (motivo por el cual se da la protección en la esfera constitucional). Y la razón para que las normas iusfundamentales califiquen al medio ambiente como valor (equilibrado, sostenible, sano, adecuado), es que estamos ante un concepto

⁸⁷ MARCHESAN, *Ana Maria Moreira*; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 200-201.

difícil de determinar (dificultad no sólo técnica, sino también axiológica), en el que la noción de su significado es más descriptiva que prescriptiva⁸⁸.

En el plano internacional, entendemos que la protección ambiental, por sí misma, conlleva un ámbito de amparo extendido en comparación con el de las normas fundamentales (internas), principalmente por disposiciones (principios) que atribuyen derechos directamente a los animales. En el plano interno muchas legislaciones prevén como lesivas (directamente) al medio ambiente conductas y daños separados (por ejemplo, la pesca de un único pez en época de desove puede configurar un delito ambiental). De ahí la cuestión de: ¿la muerte de un único animal puede considerarse un daño ambiental? Incluso cuando pueda haber diferencia entre la doctrina nacional e internacional, pensamos que, en la práctica, la respuesta es semejante. Aunque considerada de forma aislada, la muerte de un (único) animal configura un daño ambiental; sin embargo, la legislación patria lo contempla; en un ámbito internacional, este daño debe interpretarse a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Animales, de 1978 (que si tuviera fuerza necesaria, llevaría a los seres humanos a la alimentación vegetariana).

En los sistemas jurídicos internos, la tendencia a ampliar el ámbito de protección ambiental tiene por principal baluarte la “teoría del riesgo integral” y el “principio de la reparación integral”, cuando a menudo se considera perjudicial una conducta mínimamente lesiva. Pero eso no significa que ese perjuicio “reducido” no podría ser discutido en función de las tutelas colectivas (resultaría imprescindible el análisis del caso concreto y su legislación correspondiente). El daño del derecho al medio ambiente constitucionalmente protegido (noción de conjunto), en este caso, sería de forma indirecta, debiendo existir una ley que reconozca expresamente la lesividad y la posibilidad de tutela metaindividual para la protección de un determinado bien ambiental natural que esté fuera de la noción holística, puesto que

⁸⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente, cit., p. 240.

el núcleo de amparo constitucional es el medio ambiente armónicamente considerado, de acuerdo con lo dispuesto en las Cartas Constitucionales española, portuguesa y brasileña. En este sentido, Édís Milaré⁸⁹ aclara que medio ambiente, en cuanto patrimonio, es un bien difuso. Sin embargo, su recurso - considerado aisladamente - no lo es, por más valioso que sea, ni siquiera su conjunto, o la suma de todos ellos que le dan la característica de ser patrimonio de todos o de nadie al mismo tiempo. Según el citado autor, la característica de bien difuso la da su organización por medio de las relaciones eco-sistémicas. Este último es el que lo hace bien difuso y de interés colectivo, mientras que los bienes ambientales, considerados aisladamente, son concretos (*res tangibiles ac sensibiles*) y, en algunos casos, son cuantificables y valorables económicamente.

Además, casos similares del objeto de protección individual puede tener una respuesta diferente, veamos: el corte de un árbol. Si el mismo está en una propiedad privada - como ejemplo, ubicado en el patio de una residencia – entendemos que no se trata de un daño ambiental difuso, con todas las consecuencias derivadas (la discusión no podrá ser disputada en la esfera de las tutelas colectivas, ni tampoco podrá pleitear quien no dispone de titularidad ordinaria, etc.). Ahora, si ese árbol es nativo o ubicado en una vía pública, o incluso, en una reserva ecológica parece que la respuesta será otra, afectando al medio ambiente cultural, por ejemplo, o si hay una previsión legal que le proporciona una legalidad calificada. Por otro lado, la titularidad para plantear una disputa que implica el corte de un árbol ubicado en una vía pública podrá ser difusa, más por la ubicación que por la importancia ambiental en sí. Al tratarse de un roble-encina (*quercus robur*) histórico en la plaza central de una ciudad, el valor de tal ejemplar está más relacionado con el valor paisajístico y cultural que con el medio ambiente natural. Aunque el medio ambiente natural no dependa de la acción del hombre para existir, en cuanto lo artificial deriva de la acción transformadora del ser humano sobre la naturaleza, como por ejemplo, las

⁸⁹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosario*, cit., p. 198.

florestas homogéneas o industriales (recursos usados como materias primas) y especialmente el medio ambiente urbano (hay que mencionar que algunos autores sólo consideran medio ambiente artificial lo que se sitúe como restringido al espacio urbano construido)⁹⁰.

Por lo tanto, la tendencia es que en la práctica la protección se extiende más allá del concepto ambiental armónico, principalmente por la teoría de la responsabilidad objetiva en la esfera del medio ambiente, basado en el riesgo integral por el daño mínimo, previsto en la ley para que el bien jurídico, medio ambiente, pueda sufrir daño directo (exclusivamente por disposición legal y no por la lógica conceptual). Resulta que el ámbito de la discusión académica permite una reflexión crítica sobre las interpretaciones aplicadas en la vida cotidiana de los tribunales y de los órganos de la administración pública. Vemos cómo saludable la elasticidad práctica de la teoría que, aunque contradiga la lógica holística, puesto que se enfrenta con la ciencia deontológica (ciencias jurídicas y sociales), en el campo del medio ambiente se hace necesario buscar mecanismos que amplíen la protección, incluso por el propio desconocimiento de los ecosistemas humanos. Aún así, somos partidarios de que, teóricamente, un daño mínimo no ofendería directamente el bien jurídico del medio ambiente calificado como valor de las normas jurídicas, pero sí indirectamente, a menos que exista una disposición legal detallada (por ejemplo, la pesca de sardinas de pesca durante la "veda").⁹¹

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que: a) el ámbito de protección ambiental es mayor que su propio concepto; b) la cuestión ambiental

⁹⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*, cit., p. 236.

⁹¹ El cierre es una medida que tiene el propósito de proteger los organismos acuáticos durante las etapas más críticas de sus ciclos de vida, como la época de su reproducción o incluso de su mayor crecimiento. De esta manera, el período cerrado favorece la utilización sostenible de los recursos pesqueros y evita la pesca cuando los peces son más vulnerables a la captura al ser reunidos en bajíos. Disponible en: <<http://www.mpa.gov.br/index.php/pescampa/periodos-de-defeso/defeso-marinho>>. Acceso el: 19 de diciembre de 2013.

conlleva dos grandes vertientes en cuanto a la titularidad: la que trata de la eficacia del medio ambiente en cuanto derecho de todos (difuso) y que irradia efectos tanto de forma vertical⁹², como horizontal⁹³; y la vertiente que se refiere al daño ambiental, que podrá ser de titularidad individual (lesión mínima) y/o transindividual; c) que el hecho de que la lesión al medio ambiente sea directa (medio ambiente considerado armónicamente) o indirecta (lesión mínima), no se confunde con la eficacia directa que emana de los derechos fundamentales para todo ordenamiento jurídico.

La primera afirmación ya ha quedado analizada en el curso de este capítulo. La segunda se dividirá en dos partes, una en el punto referente al daño ambiental (2.2.1) y la otra en el apartado referente a las políticas públicas ambientales (2.3). Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, si la lesión puede ser directa (regla general) o indirecta (lesión mínima), según lo defendido en las líneas anteriores, la eficacia del derecho al medio ambiente es directa (regla general), a menos que la disposición legal expresa diga lo contrario. Es decir, que todos están vinculados directamente al deber de protección ambiental, pudiendo la lesión, ahí sí, ser directa o indirecta al bien jurídico protegido por las normas fundamentales (conjunto armónico), de acuerdo con la extensión del daño. El medio ambiente natural (que existe independientemente de la acción del hombre y que, exactamente, por su actuación es lo que sufre daño) necesita más de medidas protectoras que prestacionales, como seguidamente vamos a examinar. Por ello, la fuerza de la eficacia directa es alta, incluso en la relación entre privados (eficacia horizontal) y no sólo en la relación Estado-ciudadano (eficacia vertical), ya que depende de todos para la máxima protección, y no sólo de medidas gubernamentales.

Vale la pena recordar que todavía hay mucho desacuerdo en cuanto a la forma en que actúa la eficacia de los derechos fundamentales, ya sea directa/inmediata o indirecta/mediada, en relación con terceros (*drittwirkung*), incluso en la doctrina

⁹² En lo que se refiere a la relación entre el Estado y el ciudadano (postulación de las políticas públicas positivas o perspectiva defensiva del derecho fundamental al medio ambiente).

⁹³ Relación entre particulares.

portuguesa y española⁹⁴. Sarlet defiende que, excluidas las normas que tienen por destinatario exclusivamente a los órganos estatales (a título de ejemplo: los derechos políticos, las garantías fundamentales procesales, el derecho a la nacionalidad, derechos de asilo y no extradición, entre otros), todas las demás disposiciones fundamentales constitucionales, ya sea principio o regla, vinculan, en mayor o menor grado, directamente los sujetos privados, siendo eficaces en las relaciones entre particulares (personas físicas y/o jurídicas), incluso los denominados derechos de prestación, cuando sea posible⁹⁵. Por lo tanto, aunque la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no esté resuelta, se entiende que el medio ambiente necesita de una postura que reconozca ese efecto, porque todas las naciones son responsables por el mantenimiento de un hábitat equilibrado, principalmente las grandes empresas, que poseen un papel destacado en la degradación de los ecosistemas, puesto que se sirven necesariamente de recursos naturales para producción industrial, en un escenario de modificación del medio natural, y no de creación. En ese contexto, Henrique Leff⁹⁶ apunta que:

“El problema de los límites del crecimiento no surge por el agotamiento de los recursos naturales (renovables y no renovables), ni por los límites de la tecnología para extraerlos y transformarlos; ni siquiera por los costos crecientes de generación de recursos energéticos. Los límites del crecimiento económico los establece la ley límite de la entropía, que gobierna los fenómenos de la naturaleza y que conduce el proceso irreversible e ineluctable de degradación de la materia y la energía en el universo. La Tierra no escapa a esa ley universal; pero en este minúsculo punto de nuestra galaxia este proceso es acelerado por la imposición de una racionalidad económica que incrementa y magnifica la transformación de la materia y la energía de baja entropía hacia estados

⁹⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*, cit., p. 248.

⁹⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005, p. 203-204. Disponible en: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>>. Acceso el: 17.dic.2013.

⁹⁶ LEFF, Enrique. *Racionalidad Ambiental: la reapropiación social de la naturaleza*. México: Siglo XXI Editores, 2004, p. 137-138.

de alta entropía, cuya manifestación más clara en la actualidad es el calentamiento global del planeta”.

Realizadas las consideraciones sobre el objeto de tutela ambiental y sus diferencias, conviene analizar, en un apartado, la cuestión sobre el daño ambiental, que aunque incluso sea objeto de tutela ambiental, posee una serie de supuestos propios, motivo por el cual hemos optado por un tópico propio.

2.2.1 DAÑO AMBIENTAL: RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN

Vamos a iniciar estas breves líneas sobre el daño ambiental, y las correspondientes teorías que han influido, a partir de la disposición legal brasileña que define el daño ambiental. Aunque la ley tenga fecha de 1981, la misma posee una sorprendente actualidad y precisión no sólo en la definición de lo que se entiende por daño, sino también de otros conceptos importantes con respecto a la política nacional sobre el medio ambiente. Así, la ley n° 6.938/81, en su artículo 3°, inciso II, contempla un concepto legal de daño ambiental simple, pero significativo, *in verbis*:

Artículo 3 - A los efectos de esta Ley, se entiende

*II - La degradación de la calidad ambiental, como el cambio adverso en las características del medio ambiente;*⁹⁷

En relación a la materia, José Rubens Morato Leite⁹⁸ apunta que por “daño ambiental se entiende toda lesión intolerable causada por cualquier acción humana (culposa o no) al medio ambiente, directamente, como macrobien de interés de la colectividad, en una acepción totalizante, e indirectamente, a terceros, teniendo en cuenta intereses propios e identificables y que se reflejan en el macrobien”.

⁹⁷ BRASIL. Ley n° 6.938, del 31 de agosto de 1981. Dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p. 1395.

⁹⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 108.

Además, es necesario subrayar que la determinación del daño ambiental y sus formas de reparación –en las tres esferas, independientes, de responsabilización⁹⁹ (penal, administrativa y civil)- es, a menudo, una cuestión compleja, que solamente se resuelve en el caso concreto, dependiendo de la prueba técnica interdisciplinar que deberá abarcar la totalidad de los impactos (considerados los efectos acumulativos, potenciales y futuros); y, por eso, la doctrina describe las características del daño reparable¹⁰⁰:

a) Anormalidad: según la actividad del presunto responsable, con modificación de las propiedades físicas y químicas de los elementos naturales de tal grandeza que pierdan, parcial o totalmente, su propiedad al uso;

b) Gravedad: transposición del límite máximo de la capacidad de absorción de las agresiones. Que se puede concretamente comprobar, dado que el daño puede producirse incluso respetando los límites de tolerancia establecidos en las normas de emisión de contaminantes;

c) Periodicidad: repetición e insistencia, excediendo la capacidad natural de asimilación, de eliminación y de reintroducción de los detritos en el ciclo biológico;

d) Perjuicio que se imputa a un evento único de carácter accidental – anormalidad en el estado puro.

El daño es considerado actualmente, en la doctrina, como “la sustracción o disminución de un bien jurídico”, sea éste bien patrimonial o moral - “integrante de la propia personalidad de la víctima”¹⁰¹. Al respecto, Paulo de Bessa Antunes apunta la indispensabilidad del daño para que se configure la obligación de indemnizar: “toda

⁹⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 225, § 3º.

¹⁰⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 214.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed., rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

evidencia que no puede definirse como el resarcimiento debido si el daño que deba repararse no esté suficientemente clasificado, especificado y cuantificado. En efecto, sin la existencia del daño, no existe responsabilidad”¹⁰².

Consideramos necesario analizar el daño causado al medio ambiente, teniendo en consideración el perjuicio que este conlleva no sólo al patrimonio privado, particular, sino a toda la colectividad, derivado de la característica transindividual, indivisible, del patrimonio ambiental, recordando que es éste el valor protegido por las normas iusfundamentales. Sin embargo, no es una tarea fácil delimitar lo que se entiende por daño difuso. Sobre el tema, Paulo de Bessa Antunes señala que “no existe un criterio para la fijación de lo que, efectivamente, constituye el daño ambiental y como éste debe ser reparado”, dejando visibles las imprecisiones y dificultades que rodean el concepto de daño al medio ambiente.¹⁰³ Por ello, la pertinencia genérica del concepto contemplado por la Ley que dispone sobre la Política Nacional del Medio ambiente, anteriormente citada.

Antônio Herman Benjamin considera el daño al medio ambiente como la “alteración, deterioro o destrucción, parcial o total, de cualquier recurso natural, que afecte negativamente al hombre y/o a la naturaleza”. El autor destaca que en este concepto estarán incluidas sólo las alteraciones negativas perpetradas contra el medio ambiente.¹⁰⁴

La Constitución Federal de 1988 establece, en su artículo 225, que 'toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado'. Se puede afirmar que cualquier modificación que resulta en un desequilibrio dará lugar a daños al medio ambiente. Sin embargo, hay que tener cuidado de no tratar como sinónimos los daños y la contaminación, siendo aquel más amplio *que éste*. Como ya hemos

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 239.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 247.

¹⁰⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan/mar. 1998. p. 48.

mencionado, la *Ley de la Política Nacional sobre el Medio Ambiente* define la degradación del medio ambiente como el cambio adverso de las características del medio ambiente. La contaminación¹⁰⁵ se define como la degradación de la calidad ambiental que resulta de las actividades que directa o indirectamente: a) perjudican a la salud y al bienestar de la población; b) crean unas condiciones adversas a las actividades sociales y económicas; c) afectan negativamente a la vida; d) afecten a las condiciones estéticas y a la salud del medio ambiente; e) engendran materia y energía en desacuerdo con las normas medioambientales establecidas.

De esta disposición legal, se extrae que la contaminación es cualquier cambio adverso de las características del medio ambiente que deriven de cualquier perjuicio tal como hemos mencionado anteriormente. Sin embargo, hay que tener cuidado con el término “condiciones adversas”, puesto que el subjetivismo peculiar de tal expresión podría crear divergencia en la comprensión con respecto a lo que es el daño ambiental. Por lo tanto, una alteración que cambie un ecosistema determinado en favor de un proyecto paisajístico, por ejemplo, puede llevar a una falsa impresión de que este cambio haya sido positivo, cuando en realidad, desde la perspectiva de la biodiversidad natural de ese ecosistema, fue negativo¹⁰⁶.

Conjugando la disposición constitucional con la ley infraconstitucional anteriormente mencionada podemos afirmar que cualquier acción u omisión que conlleve un desequilibrio negativo al “conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas las formas”, estará causando daño al medio ambiente.

Manteniendo la misma línea de razonamiento, Adalberto Pasqualotto define el daño ecológico como “toda degradación ambiental que alcance al hombre en su salud,

¹⁰⁵ BRASIL. Art. 3º, inciso III, de la Ley nº 6.938, del 31 de agosto de 1981. Dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p. 1395.

¹⁰⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”, cit., p. 49.

seguridad y bienestar o en las actividades económicas; las formas de vida animal y vegetal, bien como el medio ambiente, tanto del punto de vista físico cuanto estético”¹⁰⁷. Es importante el significado preciso, ya que el autor no se limita a una definición reduccionista y anticuada, que reconozca la configuración del daño ambiental sólo cuando, el mismo daño, podría alcanzar al bienestar humano, sino que también debe ser tutelada la defensa del medio ambiente, o mejor aún, llegar a la conclusión de que ambos integran un mismo ecosistema.

Este mismo sentido apunta Antônio Herman Benjamin. Diferencia el daño que afecta al hombre, alcanzando por consecuencia a la naturaleza, con respecto a la que alcanza sólo a la naturaleza, sin resultados negativos directos para el hombre. El daño ambiental, abandonando una concepción estrictamente antropocéntrica, será experimentado también en aquellas hipótesis en que sólo el medio ecológico soporta los perjuicios. Desde esta perspectiva, concluye el autor que “los daños ambientales son de género, en los cuales vamos a identificar daños personales (patrimoniales y morales) y ecológicos (también conocidos por ambientales *strictu sensu*, ecológicos puros o contra la naturaleza)¹⁰⁸”.

Para Édis Milaré no hay en nuestra legislación una definición completa de lo que es efectivamente el daño ambiental, siendo delineadas las nociones de degradación de la calidad ambiental (la alteración adversa del medio ambiente) y la contaminación (la degradación de la calidad ambiental derivadas de las actividades que directa o indirectamente derivarán de las hipótesis previstas en el artículo 3º, inciso III, de la Ley n º 6.938/1981). El citado autor conceptúa el daño ambiental como la lesión de los recursos ambientales – atmósfera, aguas interiores, superficiales y subterráneas, el mar territorial, el suelo, el subsuelo, los elementos de la biosfera, la

¹⁰⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. “Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual”. En: *DANO ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 454.

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., pp. 49-51.

fauna y la flora – con la consecuente degradación, es decir, la alteración adversa o *in pejus* del equilibrio ecológico y de la calidad de vida ¹⁰⁹.

Como podemos observar, la doctrina no es unánime en cuando a que se entienda (de forma segura) por daño ambiental. La legislación elaborada en esta materia, se orienta por la amplia y eficiente responsabilización de los agentes causadores de los inmensos males que verificamos en el estadio actual de nuestra civilización. Con todo, dependerá del caso concreto. En ese contexto, resulta significativa la nueva ley española de “Evaluación Ambiental” (Ley 21/2013, de 09 de diciembre) como un importante mecanismo de prevención del daño ambiental, gestión, implementación de criterios sostenibles y previsión de mecanismos eficaces en la reparación o compensación medio ambiental.

Conviene recordar que la reparación del daño ambiental debe observar un orden. En primer lugar, se busca la **reparación in natura**, es decir, el *status quo ante*; en segundo lugar, debido a la dificultad en la obtención de la primera medida y teniendo en cuenta que los sistemas naturales son independientes de la acción del hombre, la medida a adoptar será la **compensación**, con el fin de lograr la recuperación más cercana posible (que consta de reparación de los elementos naturales capaces de provocar un efecto ecológico equivalente, indemnización de lesiones físicas de perjuicio en el lugar próximo del área degradada; y sustitución o bien creación de ecosistemas diferentes; y, si no fueran posibles las dos medidas anteriores, debe declararse que el que contamina pague la **indemnización** por el valor resultante de la evaluación de los daños (pericia), añadiendo todos los gastos derivados de limpieza y otros arreglos que se consideren necesarios, además del daño moral en conjunto según las modalidades apuntadas¹¹⁰.

¹⁰⁹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, cit., p. 810.

¹¹⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*, cit., p. 217-218.

Una vez realizadas las breves consideraciones acerca del daño, resulta imprescindible abordar las dos teorías que fundamentan la responsabilidad civil por daños ambientales. Por lo tanto, vamos a describir cuándo el daño puede ser individual o transindividual. Históricamente, la distinción entre reparación penal y civil, recibió la influencia de la Ley Aquíla (del derecho romano), germen de la noción moderna de reparación, basada en la culpa (conocida, entonces, como reparación aquiliana). Esto desembocó en la teoría moderna basada en el riesgo, que trajo la noción de responsabilidad objetiva (sin culpa), subsistiendo, hoy en día, las dos modalidades¹¹¹. Por consiguiente, en algunas áreas hubo la necesidad de adoptar la teoría que no precisa la necesidad de la comprobación de la culpa (dolo, negligencia, imprudencia o impericia) del agente de un acto lesivo. Ejemplos son las áreas de los transportes aéreo y ferroviario, accidentes de trabajo y, últimamente, daños causados por el productor o abastecedor de bienes de consumo y la empresa prestadora de servicios (Código de Defensa del Consumidor).

A lo largo de la historia, desde la revolución industrial, el aumento de la complejidad de las actividades empresariales, la industrialización de los bienes de consumo de masa y la mecanización de los procesos productivos ha llevado a la imposibilidad de la definición y comprobación exacta del grado de culpa del agente causante de daños. En numerosos casos, la desigualdad económica, la capacidad organizacional de las empresas y las cautelas de los jueces en la comprobación de los medios de prueba traídos al proceso difícilmente consiguieron convencer de la existencia de culpa¹¹².

Así, el deber objetivo de indemnizar, para Sérgio Cavalieri Filho, desde el desarrollo de una determinada actividad potencialmente causadora de un daño, prescinde de “cualquier juicio de valor sobre la culpa del responsable, que es el que

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume IV: Responsabilidade Civil. 3ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7 y ss.

¹¹² Cf. MARQUES SAMPAIO, Francisco José, ob. Cit., p. 47ss.; DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*, 5ª ed., 1994, Ed. Forense, p. 262.

materialmente ha causado el daño¹¹³. El autor destaca cinco modalidades, o subespecies, de la responsabilidad objetiva, entorno de la idea central del riesgo (desarrollada, principalmente, al final del siglo XIX en Francia), como las siguientes:

a) Riesgo Beneficio: la justificación de esta subespecie es la ventaja que el agente causante del daño lo retire de su actividad, como consecuencia, por los daños que deriven de la misma. Se sigue el principio de que, donde está el beneficio, reside el encargo (*ubi emolumentum, ibi ònus*). Esta modalidad ha sido criticada en razón de la dificultad de que pueda probarse el beneficio que el agente obtiene de la actividad (*onus* del lesionado), así como la posibilidad de determinar el concepto de beneficio (¿será necesario lograr un beneficio económico, lucro, o bastará cualquier tipo de provecho?);

b) Riesgo Creado: la teoría defendida, en Brasil, por Caio Mário, determina que si alguien pone en funcionamiento una actividad cualquiera, responde por los eventos perjudiciales que ella genere, independientemente de que en cada caso el daño sea debido a culpa, admitiéndose excluyente sólo en el caso de que el agente pueda probar que había adoptado todas las medidas idóneas para evitarlo. Es decir, responde civilmente el que, por su actividad o por su profesión, expone a alguien al riesgo de sufrir un daño, diferenciándose del “riesgo beneficio” porque, para el riesgo creado, no importa el hecho de que sea el daño derivado de un provecho o ventaja para el agente, siendo más amplio, por tanto, que aquella teoría;

d) Riesgo Excepcional: estarán insertados aquellos daños que “escapan de la actividad común de la víctima”, aunque esta actividad no esté relacionada con el trabajo que el lesionado ejerce, como es el caso de la explotación de la energía nuclear, o la manipulación de materiales radioactivos. Debido a los riesgos impredecibles que estas actividades someten a los miembros de la colectividad, aquéllos que las explotan deben indemnizar;

¹¹³ *Ibidem*, p. 153 e ss.

e) Riesgo Integral: se trata de la teoría más extrema del riesgo, puesto que considera irrelevante, incluso, la ausencia de un nexo causal. Basta la presencia del daño “modalidad extrema”, según la doctrina. Las excluyentes clásicas no son aceptadas (caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de tercero).

Con la promulgación de la Ley n.º 6.938 sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, en 1981, la responsabilidad civil para la reparación del daño ambiental pasó decididamente a ser objetiva (Art. 14, § 1º), fundamentada en el riesgo de la actividad, dejando de ser necesario comprobar la culpa del contaminador del medio ambiente que la legislación genérica (civil) imponía¹¹⁴. Una de las razones de la introducción de la responsabilidad objetiva en esa área fue también el hecho de que la mayoría de los daños ambientales graves eran causados (y siguen siendo) por grandes corporaciones económicas (industrias, contratistas) o por el propio Estado (empresas estatales de petróleo, generación de energía eléctrica, cuestiones urbanísticas, etc.), lo que hace difícil la comprobación de culpa concreta de estos agentes causantes de la degradación ambiental (poder económico); así como, por la dificultad de definir y comprobar el daño ambiental – que puede, incluso, pasar desapercibidos para la ciencia-.

Los límites y las posibilidades de la responsabilización objetiva de los riesgos por parte del emprendedor son objeto de acalorada discusión que recae, principalmente, sobre dos teorías: Riesgo Integral (originalmente la legitimadora de la responsabilidad objetiva, entiende que cualquier riesgo relacionado con la empresa debe ser pagado en su totalidad por el empresario, incluyendo el daño involuntario) y el Riesgo Creado (que busca a quién responsabilizar, entre las diversas causas que

¹¹⁴ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosario, cit., p. 896.

pueden haber causado el daño y sólo los factores de riesgo que efectivamente puedan presentar peligrosidad y generar una situación lesiva)¹¹⁵.

La mayor parte de la doctrina que se ocupa de legislación ambiental en Brasil se adscribe a la teoría del riesgo integral, que no permite (al menos en el origen del instituto) ningún tipo de exclusión en los casos de daños ambientales. También hay que señalar que no son pocos los autores que, en un primer momento, se declaran partidarios de la teoría integral para, luego, justificar su posición en argumentos relacionados con la teoría del riesgo creado en una especie de "riesgo integral mitigado".¹¹⁶ Conviene destacar también que, en el ámbito de la responsabilidad del Estado, la doctrina clásica y la jurisprudencia brasileña nunca han adoptado la versión "pura" de la teoría del riesgo integral¹¹⁷, siempre admitiendo factores de exclusión como la culpa de la víctima y la fuerza mayor. Una parte defiende, también, la teoría del "riesgo administrativo", que permite una gama mayor de exclusiones¹¹⁸.

Los defensores del riesgo integral, en el contexto de la responsabilidad objetiva del Estado, destacan que la misma sirve como forma de impartir, entre todos los miembros de la colectividad, el *onus* de los daños atribuidos al Estado¹¹⁹. Tal afirmación no sirve indiscriminadamente para todos los casos del evento de un daño ambiental, puesto que el sujeto responsable por el deber de indemnizar, en la mayoría de los casos, no es el Estado (y, por consiguiente, la colectividad), sino el contaminador particular (*onus* productivo), que a menudo actúa con autorización válida (licencia) concedida por el propio Estado, pero que no es suficiente para implicar la exención de la responsabilidad cuando sea necesario (cuando haya daño o

¹¹⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*, cit., p. 200 y ss.

¹¹⁶ Por ejemplo, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume IV : Responsabilidade Civil. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75 e ss; ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente, em Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo: Editora RT, 1993, p. 244).

¹¹⁷ Cfr. FACURY SCAFF, Fernando, *Responsabilidade del Estado Intervencionista*, Edit. Saraiva, 1990, p. 68

¹¹⁸ Cfr. LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., 1990, Edit. RT, p. 551.

¹¹⁹ DA SILVA PEREIRA, Caio M., *op. cit.*, pp. 270, 274.

riesgo); es decir, la licitud de la actividad no excluye el deber de reparar, dado que, ni siquiera el Estado, podrá disponer del derecho fundamental –difuso-. Conviene reseñar los principios del contaminador-pagador (los costes sociales externos que acompañan el proceso productivo deben ser internalizados), de la prevención, de la precaución y de la reparación integral como forma de reforzar la teoría del riesgo integral.

Finalizando este enfoque, conviene hacer hincapié en que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia apuntan a la necesidad de una integral indemnización de los daños ambientales. El daño ambiental se mide por su extensión, imponiendo la indemnización completa¹²⁰, es decir, el daño causado al medio ambiente deberá ser recuperado en su totalidad, resultando ilegítima cualquier medida o inconstitucional, cualquier ley que limite el montante de indemnización. Por lo tanto, incluso si el daño es imposible de recuperar (lo que no es inusual en asuntos ambientales), se deberá pagar la indemnización pecuniaria correspondiente y sin limitación, y el valor de indemnización deberá ser revertir en el fondo de Defensa de los Derechos Difusos¹²¹ en Brasil.

En este sentido Morato Leite¹²² considera que el legislador constituyente no limitó la obligación de reparar el daño, lo que conduce a la reparación total. Es decir, el daño debe ser lo mejor reparado posible, dada la necesidad de obtener una

¹²⁰ § 1º del artículo 14 de la ley 6.938/81 y § 3º del artículo 225 de la Constitución de Brasil.

¹²¹ Previsto en el Art. 13 de la Ley n.º. 7.347 /85, regulado por el decreto n.º. 1.306 /94 y administrado por el Consejo Federal, el Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (CFDD) tendrá los recursos aplicados, en la medida de lo posible, en un área relacionada con la naturaleza de la infracción o del daño causado. Cabe destacar que el Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (FDD) se inspiró en el sistema de protección de los intereses colectivos de los Estados Unidos, en la reparación de los daños colectivos y difusos (*fluid recovery ou cy après*). El instituto ‘fluid recovery’ ha evolucionado a partir de la aplicación analógica de un instituto de derecho de sucesión llamado ‘cy apres’, que procede del francés medieval y se condensa en la fórmula "aussi pres comme possible" ("lo más próximo posible"), así como aclara el Tribunal Regional Federal de la 3ª Región (TRF-3 - AC: 26647 SP 0026647-85.1996.4.03.6100 , Ponente: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, Fecha del Juicio: 06/12/2012, CUARTA SECCIÓN).

¹²² MORATO LEITE, José Rubens. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: RT, 2000, p. 132 y ss.

compensación amplia de la lesión sufrida. Reparación que debe apoyarse en el agente causante, basado en la teoría del riesgo, imponiéndose incluso un deber-actuar preventivo basado en los principios de prevención y precaución. Si no fuera suficiente, el deber de reparación no encuentra límite, incluso en la capacidad financiera del autor del daño, hecho que ha despertado un debate internacional sobre la necesidad de una institución de seguros de responsabilidad civil o fondos de compensación para los grandes proyectos empresariales con el fin de garantizar la indemnización integral de los posibles daños al medio ambiente.

2.3 TITULARIDAD DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Para tratar la cuestión relacionada con la titularidad, conviene traer conceptos derivados de otras Ramas (en particular del Derecho Procesal) para que podamos examinar la materia de forma lógica y organizada. No podemos extendernos en el análisis de algunas cuestiones más individualizadas, puesto que el presente trabajo de investigación tiene como objetivo más específico el de tratar los derechos humanos (perspectiva de ámbito internacional) y, más concretamente, el derecho al medio ambiente y la problemática que concierne a las cuestiones de la titularidad.

Partiendo de la teoría del procesalista italiano, Enrico Liebman, una acción necesita tres requisitos para que pueda prosperar: posibilidad jurídica del pedido; interés de actuar; y calidad para actuar (también llamada legitimidad, legitimación o *legitimatio ad causam*)¹²³. Este último requisito (*legitimatio ad causam*) –que es el nos interesa en el presente estudio-, se refiere a la titularidad de la acción. Es la “pertinencia subjetiva de la acción”, es la actitud para ir a juicio, es decir, el que pide la tutela jurisdiccional (sujeto activo), así como, con respecto a quien se pretende

¹²³ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol 1 : 21 ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999, p 169.

hacer ejercer dicha tutela, soportando los efectos de la sentencia según la petición formulada (sujeto pasivo).

Una clasificación relevante para lo que planteamos es la que diferencia la legitimidad en exclusiva/privativa (atribuida a un único sujeto), y competidora (atribuida a más de un sujeto). La legitimidad también puede ser ordinaria (el legitimado analiza el derecho propio) o extraordinaria ¹²⁴ (el legitimado, en nombre propio, discute el derecho ajeno y, por lo tanto, no hay identidad entre el titular del derecho material y el legitimado ¹²⁵). Marcus Vinicius Ríos Gonçalves recuerda que la legitimidad competidora puede ser conjunta o disyuntiva. La primera se produce cuando todos los legitimados deberán actuar juntos en juicio (litisconsorcio necesario). La disyuntiva se da cuando los legitimados pueden pleitear separadamente o en conjunto (litisconsorcio facultativo), como es el caso del condominio. El autor afirma que la legitimidad competidora puede darse tanto en el campo de la legitimidad ordinaria (como en la hipótesis en que uno de los acreedores solidarios presente una acción de cobro de una deuda), como en la legitimidad extraordinaria, “como en el condominio y en la presentación de las acciones colectivas ¹²⁶”. Concretamente sobre las acciones colectivas, explica Marcus Gonçalves ¹²⁷:

Las acciones colectivas abarcan la defensa de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. La de estos últimos, hecha por los legitimados del Art. 82, constituye un ejemplo de legitimidad extraordinaria, puesto que tales intereses tienen sus propios titulares. Más complicada es la situación de los intereses difusos y colectivos, que no tienen un titular definido. En estos casos, los legitimados del Art. 82 no están defendiendo un interés propiamente ajeno, pero que pertenece a toda la colectividad, incluso a ellos mismos. Eso dio lugar a que algunos

¹²⁴ La legitimidad extraordinaria también se denomina 'sustitución procesal', sólo para permitir a alguien para que pueda ir a juicio en nombre propio, para defender los intereses ajenos - en casos excepcionales derivan de la disposición legal expresa, o en virtud del propio sistema jurídico, como es el caso de la Fiscalía, legitimada extraordinariamente como resultado de dos asignaciones (por materia) y no dependiendo de una disposición legal específica.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.69.

¹²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. Teoria geral e processo de conhecimento. 7. ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p 86.

¹²⁷ Idem, p. 86.

procesalistas sustentaran que se trataría de una legitimidad ordinaria. Es preciso admitir, sin embargo, que el interés no es propiamente el de estos entes, sino de todo un grupo, clase o categoría, razón por la cual nos parece que éste sería un caso de legitimidad extraordinaria.

Conviene hacer algunas consideraciones con respecto a esta cuestión. En primer lugar, concordamos que en el caso de los derechos individuales homogéneos buscados en el ámbito de la postulación colectiva por entidades legitimadas por ley, estaremos ante una legitimación extraordinaria, ya que los titulares del derecho material son identificables, pero los órganos capacitados son los que inician el proceso (incluso así, la legislación brasileña permite que busquen, concurrentemente, sus pretensiones individualmente – en este caso la legitimación es ordinaria y no se produce litispendencia por el hecho de tramitar, concomitantemente, la acción individual y la colectiva que abarca pretensión de aquélla, conforme al artículo 104 del *Código de Defensa del Consumidor*¹²⁸). Sin embargo, en el plano de la tutela colectiva, sería temerario afirmar que la persona física legitimada para postular una tutela difusa (como acontece en la Acción Popular¹²⁹) actúa como legitimado extraordinario (incluso porque la división entre legitimación ordinaria o extraordinaria sólo se produciría en el plano de los derechos individuales), puesto que actúa como propio titular de un derecho de titularidad indeterminada, que es de él y de todos al mismo tiempo (podríamos hablar de legitimidad competidora, esto sí). Mayor dificultad reside en la colocación teórica de los entes citados por el artículo 82¹³⁰ del *Código de Defensa del Consumidor*¹³¹, como apunta Gonçalves, en el que

¹²⁸ BRASIL. Ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la Protección del Consumidor y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p. 810.

¹²⁹ Prevista en el inciso LXXIII del Art. 5° de la Constitución Brasileña, la Acción Popular es un mecanismo constitucional a disposición de cualquier ciudadano brasileño (que esté en pleno gozo de sus derechos cívicos y políticos) para que tutele, en nombre propio, los intereses colectivos para prevenir o invalidar actos o contratos administrativos ilegales y lesivos al patrimonio federal, estatal y municipal o de las respectivas autarquías, entidades paraestatales y personas jurídicas subvencionadas con dinero público, teniendo por objeto la protección del patrimonio público, la moralidad administrativa, el patrimonio histórico cultural y el medio ambiente. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, 2012, pp., 239-241).

¹³⁰ Los Arts. 81 y 82 de la ya citada Ley N. 8.078/90 – *Código de Defensa del Consumidor* – dan una sustentación legal, en ámbito brasileño, a la defensa colectiva de los derechos metaindividuales; de ahí la insistencia en citar la citada disposición legal.

aparecen figuras como la del Ministerio Público. Es decir, se puede afirmar que el citado órgano posee la titularidad de un derecho, aunque transindividual-difuso (puesto que en el caso de los derechos individuales homogéneos, concordamos que sea un caso de legitimación extraordinaria)? Nelson Nery Júnior¹³² hace una interesante consideración sobre la cuestión:

En materia de derechos difusos y colectivos es más correcto hablar de *legitimación autónoma para la conducción del proceso (selbständige Prozeßführungsbefugnis)* y no en sustitución procesal. La legitimación del Ministerio Público para presentación de la acción colectiva para la defensa de derechos difusos o colectivos es, por tanto, ordinaria. La legitimidad no se confunde con la representación procesal.

A la vista de estas opiniones, resulta conveniente que formulemos una teoría propia con respecto a la tutela difusa del medio ambiente, ya que no se puede hablar de legitimación ordinaria o extraordinaria, sino de *legitimación autónoma*, como afirmaba Nery. Así, delineados los conceptos básicos, conviene analizar “quién posee efectivamente la titularidad para postular un derecho fundamental del medio ambiente”. Es evidente que en un polo pasivo podrán situarse tanto el Poder Público

¹³¹ Art. 81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo.

Párrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

II - intereses o derechos colectivos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica;

III - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.

Art. 82. Para los fines del Art. 81, párrafo único, son legitimados concurrentemente: (Redacción incluida en la Ley nº 9.008, de 21.3.1995)

I - el Ministerio Público,

II - la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal;

III - las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, incluso sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código;

IV - Las asociaciones legalmente constituidas de al menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código; se dispensan la autorización para la Asamblea general.

¹³² NERY JÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 143.

(ya sea por la dimensión prestacional, ya sea por la de defensa) como las personas físicas o jurídicas – no sólo cuando exista una previsión legal, sino también, y principalmente, en el ámbito del acto ilícito, cuando se presente un daño ambiental (o riesgo) - recordando que en el ámbito jurídico brasileño las personas jurídicas pueden responder, incluso, penalmente, por la práctica de un delito ambiental, según lo dispuesto en la Constitución brasileña¹³³. Ello configura una verdadera excepción a la teoría penalista tradicional relativa al sujeto activo del delito. Por tanto, “contra quien será exigida la tutela ambiental”, se configura una tarea más fácil para poder identificarla (aunque todos estén vinculados a los derechos fundamentales), pero la cuestión implica la amplitud de la vinculación (directa, indirecta, y en qué grado). Es un tema que requiere un estudio más amplio y profundo que ahora no podemos abordar. Por lo tanto, vamos a entrar en la discusión de la titularidad activa de forma pormenorizada, analizando la titularidad individual y metaindividual (individual homogénea, colectiva y difusa).

2.3.1 TITULARIDAD INDIVIDUAL

En la línea de lo que venimos defendiendo, la propiedad del medio ambiente es difusa, en cuanto valor protegido por las normas iusfundamentales e internacionales (regla general). Este derecho fundamental y humano irradia efectos a todo el sistema jurídico, de modo que una discusión que implica el derecho individual ligado directamente a otra área del derecho (urbanístico o derecho de propiedad, *verbi gratia*), puede afectar de manera indirecta, al medio ambiente. Por otra parte, nos encontramos con un concepto holístico en el caso de que uno de los factores que componen la definición de medio ambiente se vea afectado. Podríamos, por tanto,

¹³³ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 225, § 3º.

hablar de tutela individualizada del medio ambiente, y esto se hace evidente en el área temática de daños al medio ambiente.

En este sentido, Morato Leche nos recuerda que los daños al medio ambiente tienen una definición ambivalente, por designar no sólo la lesión que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a la colectividad, sino también al referirse a los daños que lesionan los intereses personales a través del medio ambiente afectado (o daños *rebote*), legitimando a los afectados para que tengan una reparación por el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial individual sufrido, siendo, esta, una lesión indirecta que perjudica a terceros, a causa de intereses propios e individuales que repercuten sobre el macrobien (visión armónica).

Estas postulaciones justifican la concepción adoptada en este trabajo de que la titularidad ambiental se produce, *prima facie*, en dos situaciones: a) por lesión indirecta del macrobien (medio ambiente), mediante una lesión mínima no suficiente como para causar daño al medio ambiente en su conjunto (visión holística del instituto que otorga la propiedad difusa) como, por ejemplo, el corte de un árbol en una propiedad privada -, existiendo un daño, sólo, a uno de sus elementos considerado de forma aislada (y no existiendo una disposición legal expresa que prevea este daño mínimo deontológicamente lesivo para el medio ambiente de forma directa, como es el caso de la pesca de un pez en un período cerrado); b) en los casos de lesión individual por rebote (ampliamente reconocidos por la doctrina¹³⁴), en la medida en que el medio ambiente es efectivamente afectado y que de forma refleja se produce una lesión individualizada del derecho, como en el caso, por ejemplo, de una guía turística que se gana la vida como guía de senderismo por caminos dentro de la selva amazónica y en zonas que sufren quemaduras con fines de ocupación¹³⁵ de

¹³⁴ Cf. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glosario*, cit., p. 813.

¹³⁵ Se describe que el término "grillo" o "grillagem" tiene su origen en un intento de transformar los títulos falsificados, dándoles la apariencia de legal, con el uso del insecto ortóptero - el "grillo"; por lo que el diccionario Aurélio define como "grileiro" un okupa; es decir un "hombre que intenta tomar posesión de las tierras de otras personas a través de falsos títulos de propiedad". Por lo tanto, la tierra "grillada" o toma ilegalmente es un título de propiedad falso. El mecanismo utilizado, y que acabó

tierras públicas o de agroindustria; en este caso, no hay duda de que el ambiente ha sido afectado (titularidad difusa), reclamando, además, una pretensión reparadora por los posibles daños morales producidos y por los beneficios que la guía turística dejó de ganar como resultado de la quema de la selva. En ambos casos, la participación no deriva directamente del medio ambiente en cuanto valor iusfundamental, a pesar de que en el segundo ejemplo, este valor haya sido lesionado.

Por lo tanto, entendemos que no todo daño al elemento ambiental (mínimo) otorgará necesariamente una titularidad difusa; por ejemplo, la tala de árboles de forestas industriales (que consideramos como un medio ambiente artificial, de interés particular), y que, como regla general, el daño ambiental (macrobien) es de titularidad difusa y no individual, y esta, surge, por acción refleja del daño difuso. También es cierto que, de un mismo acto, podrá derivar tanto la postulación metaindividual, como la individual o individual homogénea (especie de tutela que, aunque represente intereses esencialmente individuales, con titulares identificables y objeto divisible, permite una acción colectiva por el hecho de existir varios titulares de derechos idénticos, y por eso será mejor analizarlas en su momento, incluso porque poseen características propias).

Nos remitimos a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia brasileño (órgano al que compete armonizar la interpretación de las leyes federales en Brasil, juzgando, en última instancia, todas las materias infraconstitucionales no

denominando el proceso de apropiación ilegal de tierras públicas, era el de 'comprar' a los notarios o a terceros un título falso de la tierra para darle una apariencia de autenticidad, el documento era puesto en un cajón con algunos "grillos". Después de algún tiempo, los "grillos" iban alimentándose de los bordes de la escritura, expeliendo los excrementos en el documento y ayudando en la transformación del papel de un color blanco a un color amarillento, dándole un aspecto envejecido. Por lo tanto, el título de la tierra con este nuevo aspecto daría más credibilidad a su poseedor, que sostendría que era propietario de ese pedazo de tierra desde hacía tiempo. Actualmente, se emplea en otras tecnologías más eficaces para lograr el mismo objetivo; es decir, la falsificación de documentos. Instituto de Pesquisa Ambiental de la Amazonía – IPAM. “A Grilagem De Terras Públicas Na Amazônia Brasileira”.

Disponibile en:

<http://www.mma.gov.br/estruturas/168/_publicacao/168_publicacao30012009114114.pdf>. Acceso el: 24.dic. 2013.

especializadas) y a los tribunales de justicia estatales, que reconocen el nacimiento de la pretensión individual y colectiva procedente del mismo hecho, aunque el caso concreto analizado abarca varias pretensiones individuales (derecho individual homogéneo). La dificultad que implica la determinación de la titularidad del derecho al medioambiente, se refleja en la complejidad procesal que se pone de manifiesto en algunos casos. Puede destacarse concretamente el proceso de la empresa Shell de Brasil. Como podrá observarse, la sentencia con que se cierra esta polémica es relevante ya que además de poner los cimientos al derecho al medio ambiente en cuanto derecho difuso, entiende que no hay conflicto entre esta titularidad y los demás intereses individuales que puedan producirse en la misma situación del daño ambiental.

Los hechos fueron los siguientes: se trata del proceso en el que la Shell Brasil Ltda. (empresa de la rama de combustibles) fue demandada como resultado del vertido de productos químicos. La empresa fue demandada judicialmente por medio de una acción civil pública (medio procesal que se presta para discutir un derecho que afecta a intereses metaindividuales). La empresa solicita la extinción de la acción fundamentándolo en que el daño ambiental afectó a unas personas determinadas. Como resultado de eso, no podría demandarse mediante una acción civil pública, puesto que el interés procesal se restringe a cada lesionado individualmente.

La cuestión se sometió mediante recurso al Superior Tribunal de Justicia, siendo rechazada la alegación de la empresa: primero, por el hecho de que el medio ambiente es un derecho de interés supraindividual (en este caso fue constatado que el daño no fue mínimo, superando la órbita de los derechos patrimoniales de la población directamente implicada – resultan relevantes los principios de la prevención, precaución y contaminador-pagador en el análisis preliminar de la causa); posteriormente, el tribunal reconoce que del mismo daño ambiental puedan derivar algunos intereses individuales y metaindividuales, al mismo tiempo, puesto que la división de las tutelas colectivas en tres tipos (individual homogénea, colectiva *stricto*

sensu y difusa) es sólo metodológica, no pudiéndose hablar, por lo tanto, de litispendencia:

ADMINISTRATIVA - ACCIÓN CIVIL PÚBLICA - INTERDEPENDENCIA CAUSAL - POSIBILIDAD DE VIOLACIÓN SIMULTÁNEA DE MÁS DE UNA ESPECIE DE INTERÉS COLECTIVO, DERECHOS DIFUSOS E INDIVIDUALES HOMOGÊNEOS - RELEVANTE INTERÉS SOCIAL - LEGITIMIDAD.

1. Como señala la sentencia impugnada, el caso de los autos va más allá de la órbita de los derechos patrimoniales de la población directamente afectada y afecta intereses metaindividuales, como al medio ambiente ecológicamente equilibrado y a una vida saludable.

2. Es un error creer que una misma situación fáctica no puede dar lugar a la violación de intereses difusos, colectivos e individuales al mismo tiempo. La separación, o mejor, la categorización de los intereses colectivos *sensu lato* en tres especies diferentes es sólo metodológica.

3. En el mundo fenomenológico las relaciones causales están tan estrechamente vinculadas que un solo hecho puede generar consecuencias de varios órdenes, así que es posible que del mismo surjan sus intereses múltiples. Este es el caso, por ejemplo, de un accidente ecológico que deriva en daños difusos al medio ambiente, a la salud pública y, al mismo tiempo, en daños individuales homogéneos para los residentes.

4. Además, incluso si el presente caso tratara sólo derechos individuales homogéneos disponibles, esto no reduce la importancia social de los intereses en juego, lo que es suficiente para que permita la gestión de una acción civil pública por el agravio.

Agravio regimental improvido.

(AgRg no REsp 1154747/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010) [grifamos]

Otro argumento que conviene destacar es el del reconocimiento del daño moral colectivo en materia ambiental, además de los daños morales individuales que pueden producirse como en el ejemplo mencionado anteriormente (guía turístico-quema del bosque). Aunque no hay un consenso, los tribunales han avanzado en el reconocimiento de este tipo de daño colectivo, siempre con la intención de fortalecer la protección ambiental. El daño moral colectivo es la lesión de la esfera moral de una comunidad, es decir, la violación de los valores colectivos, afectados de manera

injustificable desde el punto de vista jurídico. En el área del medio ambiente, los daños morales colectivos han sido reconocido en los asuntos vinculados a la lesión del equilibrio ecológico, de la calidad de vida y de la salud de la colectividad, de acuerdo con lo que van reconociendo los tribunales brasileños, aunque todavía sin una visión del daño moral ecocéntrico (que en la práctica no ofrece mayores problemas).

Por otra parte, en el caso del daño moral colectivo, la reparación no puede hacerse de forma individual para cada uno, ya que los lesionados son indeterminados y considerados sólo en dimensión difusa. Reparar a cada uno sería esencialmente hacer privado un bien que no tiene esta característica. Por esta razón, la indemnización se destina al Fondo de Defensa de los Derechos Difusos, cuya cantidad de pago se destina o a la recuperación del medio ambiente local degradado o es la cuantía invertida en el medio ambiente del lugar próximo al del daño que ocasionó la indemnización moral (si el área degradada puede ser recuperada en su totalidad, - lo que es difícil que suceda -), con el fin de que la colectividad sea efectivamente compensada en términos ambientales, preferiblemente. Por lo tanto, el dinero correspondiente al daño moral colectivo no va dirigido a las arcas públicas del Estado (hay que recordar que el medio ambiente, en Brasil, no es del Estado sino de toda la colectividad), sino al Fondo de Defensa con el fin de que se utilice en la recuperación del bien dañado. La inversión para la recuperación del medio ambiente afectado por el daño es, precisamente, el consuelo para el sufrimiento de esa colectividad. La indemnización, de la misma manera, ya que no pertenece aisladamente a particulares y también no pertenece al Estado, dado que el medio ambiente no es un bien público; es un bien difuso que trasciende la dicotomía entre lo público y lo privado¹³⁶.

¹³⁶ MORATO LEITE, José Rubens *et. al.* “Jurisprudência sobre o Dano Moral Ambiental”. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1407. Acceso el 24 de diciembre de 2013.

Destacamos la decisión del Supremo Tribunal Federal que reconoce el daño moral colectivo, porque, hasta hace poco, el mismo Tribunal sostenía la imposibilidad de su reconocimiento, dada la falta de vinculación a la noción de dolor y sufrimiento que consideraba era de carácter individual y que, por eso, sería incompatible con la noción de transindividualidad (Resp 598.281 /MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. P/ Sentencia Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMERA SECCIÓN, juzgado el 02 24/05/2006 DJ 01 16/06/2006, p. 147). Veamos, a continuación, la sentencia que reconoce el daño moral colectivo:

PROCESAL CIVIL. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. DAÑO AMBIENTAL. DAÑO MORAL COLECTIVO. NECESARIA VINCULACIÓN DEL DAÑO MORAL A LA NOCIÓN DE DOLOR, DE SUFRIMIENTO PSÍQUICO, DE CARÁCTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDAD CON La NOCIÓN DE TRANSINDIVIDUALIDAD (INDETERMINABILIDAD DEL SUJETO PASIVO E INDIVISIBILIDAD DEL OFENSA Y DE LA REPARACIÓN). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

ADMINISTRATIVO Y PROCESAL CIVIL. VIOLACIÓN DEL ART. 535 DEL CPC.

OMISIÓN INEXISTENTE. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. DAÑO AMBIENTAL. CONDENA DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL O DAÑO MORAL COLECTIVO. POSIBILIDAD.

PRINCIPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. No hay violación del Art. 535 del CPC cuando la prestación jurisdiccional es dada en la medida de la pretensión deducida, con enfrentamiento y resolución de las cuestiones abordadas en el recurso.

2. La Segunda Sección recientemente se pronunció en el sentido de que, aunque de forma refleja, la degradación al medio ambiente da lugar al daño moral colectivo.

3. Habría un *contra sensu* jurídico en la admisión de resarcimiento por lesión por daño moral individual sin que si pudiera dar a la colectividad el mismo tratamiento, al final, si el honor de cada uno de los individuos de este mismo grupo se ve afectado, los daños son susceptibles de indemnización.

4. Las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que se destinan; es decir, es necesaria la interpretación y la integración de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura*.

Recurso especial improvido.

(REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA SECCIÓN, juzgado el 27/08/2013, DJe 06/09/2013) [grifamos]

Antes de adentrarnos en el ámbito de las tutelas transindividuales, cabe señalar que la Acción Popular, que se desarrolla de forma similar en Brasil (los ciudadanos pueden pedir en los tribunales la protección del daño al medio ambiente) no es un instrumento de titularidad individual, como puede parecer en un primer momento, sino de legitimación procesal ciudadana (individualizada) y titularidad difusa. Gasparini¹³⁷ apunta que un individuo puede solicitar judicialmente que acabe el daño para el medio ambiente; actúa no en nombre propio, de forma individual, sino en nombre de la comunidad, buscando lo que es su derecho y todo al mismo tiempo, de manera que no está sujeto a los costes procesales ni a la cantidad de demanda, salvo por mala fe.

2.3.2 TITULARIDAD METAINDIVIDUAL

La titularidad (por regla general) transindividual del medio ambiente surge como una de las características más atractivas de los derechos de tercera generación

¹³⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 845.

vinculados al principio de solidaridad. Para poder llegar a la noción de titularidad supraindividual, imprescindible para la comprensión del proceso histórico-evolutivo de los derechos humanos, conviene empezar por los derechos derivados del principio de la libertad (civiles y políticos) de titularidad notoriamente individualista, pasando por los derechos derivados del principio de igualdad (económicos, sociales y culturales) donde las pretensiones eran marcadamente colectivas, pero de grupos de personas determinables. La transformación social y tecnológica puso de manifiesto la necesidad de superación del paradigma asociado a posiciones jurídicas subjetivas titularizadas por individuos identificables, hacia un modelo que atendiese a las nuevas aspiraciones. Anhelos, estos, que poseen como base la protección de la comunidad contra las agresiones del propio sistema que afectan a los valores (entre otros, los ambientales) que pretenden conciliar conductas dentro de un marco social (pautado por el interés general y de solidaridad)¹³⁸.

Así, en cuanto derecho humano de tercera generación, el medio ambiente está fuertemente marcado por el principio de la solidaridad que se manifiesta por la exigencia de una titularidad metaindividual, no sólo por ser un derecho de todos, ya que el sujeto no es identificable (en un primer momento), sino porque demanda, para su realización, un trabajo comunitario, solidario y fraterno, en un escenario de cooperación, de integración globalizada, en que la ampliación de la titularidad es un mecanismo importante de protección ambiental. La “tutela colectiva¹³⁹” es relevante en orden a maximizar la concreción del derecho mencionado. A diferencia de las dos primeras generaciones de derechos humanos, el medio ambiente natural prescinde de una actuación gubernamental para que sea concretado, puesto que no depende de la acción del hombre, sino que forma a partir de sistemas naturales interligados y preexistentes. Necesita de mecanismos gubernamentales que ayuden a la preservación

¹³⁸ MARTÍN, Nuria Belloso. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”, cit., p. 209.

¹³⁹ El término tutela se refiere a la defensa de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. La confusión se produce cuando se utiliza la expresión “derechos colectivos” como un género de las especies difuso, colectivo *stricto sensu* e individual homogéneo, de tal manera, que se evita esta generalización, dado que ‘derecho colectivo’ es especie y no género.

del bien jurídico ya existente, incluso en otras áreas (educación, urbanística, rural, sanitaria, civil, etc.), además de las acciones integradas (fuerte sesgo solidario y el escenario de cooperación) entre los entes estatales y el ámbito privado, como veremos más adelante.

Así, la peculiaridad de los derechos e intereses colectivos (tales como la pureza del aire, la pureza del agua y la preservación de las florestas, en el ámbito ambiental y, por otro lado, la veracidad de un anuncio publicitario, la seguridad de productos, en el ámbito del consumo, ambos derechos de carácter notoriamente difuso) es que los ambos pertenecen a la comunidad en su conjunto, de ahí su carácter *erga omnes*, en cuanto bien público. No pertenecen a individuos específicos, asociaciones o al gobierno, por lo que se ubican entre los derechos individuales y el interés público. Los titulares son las masas, de exigibilidad indeterminada que comprenden los particulares y los entes públicos, o ambos en conjunto. La gran diferencia de los derechos tradicionales, de carácter individual, es irrelevante a la hora de determinar el titular, y lo que importa es sólo el bien jurídico tutelado¹⁴⁰.

Como hemos apuntado anteriormente, de un mismo acto lesivo podrán surgir varias especies de pretensiones, en más de una esfera de intereses. Tomemos como ejemplo la contaminación de un río, en la que: a) el medio ambiente en cuanto valor fundamental sufrirá lesión, ocasión en la que nacerá el interés difuso; b) imaginemos que una cooperativa de pescadores obtiene sustento de ese cauce contaminado, surgiendo la pretensión colectiva *stricto sensu*; c) la contaminación del río también podrá perjudicar a los demás pescadores que de forma individual y artesanal extraen del río su sustento, surgiendo por tanto un interés individual homogéneo. Todas esas pretensiones se pueden alcanzar a través de una demanda colectiva.

¹⁴⁰ TRON ZUCCHER, Denise; TRON PETIT, Jean Claude; RAMÍREZ BECERRA, José Arturo. “Los Intereses Colectivos”. En: Homenaje a Vicente Aguinaco Alemán, *Temas relevantes de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Themis, 2009, p. 5-6.

Si la titularidad metaindividual del bien jurídico ambiental es principalmente difusa, como ya hemos visto, también es cierto que el citado derecho fundamental no se restringe a esta especie de tutela colectiva, pudiendo hablarse de individual homogénea y colectiva *stricto sensu*, modalidades que serán analizadas en detalle con el fin de tratar mejor sus respectivas peculiaridades.

2.3.2.1 INDIVIDUAL HOMOGÉNEA

Continuando con el enfoque de los tres tipos de titularidad de las tutelas colectivas que existen en el ámbito ambiental y que el ordenamiento jurídico brasileño adopta (contemplando las disposiciones legales contenidas en el Código de Protección al Consumidor, de acuerdo con la interpretación sistemática), una de las características más importantes, si no la principal, es el hecho de que estas afirmaciones derivan de un origen común¹⁴¹. Son los intereses esencialmente individuales, cuyo titular es perfectamente identificable y el objeto divisible¹⁴². Podrían haber sido buscados a través de demandas individuales, y el resultado de la demanda beneficiaría sólo al postulante, lo que no es posible en la acción para la obtención del derecho colectivo *lato sensu*¹⁴³. La principal diferencia de estos, en relación con otras formas de intereses colectivos en *lato sensu*, se encuentra en la divisibilidad del derecho entre los diferentes sujetos.

¹⁴¹ BRASIL. Inciso III del párrafo único del Art. 81da Ley nº 8.078, del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la Protección del Consumidor y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p 808.

¹⁴² Hugo Nigro Mazzilli afirma, con razón, que los intereses individuales homogéneos '(...) no dejan de ser también los intereses colectivos en sentido amplio', siendo en el sentido estricto previsto en el artículo. 81, II, do CDC. (NIGRO MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: RT, 1994, p. 22).

¹⁴³ En un ejemplo hipotético, sería imposible para un determinado padre de un alumno, aisladamente, conseguir su mejora educativa. La decisión beneficiará a todos los alumnos en el sistema educativo, puesto que los intereses colectivos *lato sensu* son indivisibles.

La homogeneidad de intereses individuales se da en la medida en que existen varios titulares de derechos idénticos, de naturaleza común, análoga, justificando su análisis conjunto y simultáneo. La situación fáctica de origen común une a personas con el mismo interés, no existiendo ninguna relación jurídica básica que crea este vínculo. Difieren de los difusos y de los colectivos, aunque aquellos (difusos), versan sobre un objeto indivisible y personas no identificables (*prima facie*) y, estos, (colectivos) tienen un vínculo jurídico basado en la relación jurídica y en la indivisibilidad del objeto. Por lo tanto, los intereses individuales homogéneos tienen el mismo origen, la misma causa; derivan de la misma situación, incluso si son individuales. Por ser homogéneos, la ley admite la protección colectiva, una sola acción y una sola sentencia para resolver un problema individual que tiene una tutela colectiva. Encontramos titulares determinables que comparten daños divisibles, derivados de las mismas circunstancias de hecho.

El daño sufrido por los pescadores que en forma aislada y artesanal (no organizados en cooperativas) obtienen su sustento de un río que se contamina, como en el ejemplo citado anteriormente, conlleva el interés de todos los miembros de ese grupo (no organizado) idéntico. Una vez demostrado el daño (imposibilidad de ejercer la actividad pesquera), la solución debe ser la misma para todos (la tutela será un interés colectivo), pero los valores debidos a título de indemnización varían en función de cada pescador, existiendo por tanto una división del objeto en partes no iguales *a posteriori*. Una consecuencia de esto es que la aplicación de los valores debidos ya no serán de interés colectivo, sino individual, incluso cuando la legislación brasileña prevea la posibilidad, también, de la aplicación colectiva de estos intereses¹⁴⁴.

Según apuntan Nelson Nery Jr. y Rosa María Nery de Andrade, “la gran novedad traída por el Código de Defensa del Consumidor, concretamente, fue

¹⁴⁴ BRASIL. Art. 100 de la Ley nº 8.078, del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la Protección del Consumidor y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p 809.

permitir que estos derechos individuales podrían ser defendidos en los tribunales de forma colectiva. No se trata de una pluralidad subjetiva de demandas (*litisconsorcio*), sino de una sola demanda, colectiva, con miras a la tutela de los titulares de los derechos individuales homogéneos. La acción colectiva para la defensa de los derechos individuales homogéneos es aproximadamente la *class action* brasileña”¹⁴⁵.

Tal vez el punto más debatido procesalmente con respecto a los intereses individuales homogéneos es la legitimidad de la Fiscalía para proponer las demandas colectivas. Nelson y Rose Nery sostienen que, “como las normas de protección del consumidor (incluida aquí la acción colectiva *tout court*) son *ex vi legis*, de interés social (CDC 1 °), es legítima y constitucional la autorización que el CDC 82 concede al Ministerio Público para promover la acción colectiva. La clave de la cuestión es la demanda colectiva en sus tres modalidades de interés social,”¹⁴⁶.

La cuestión de la legitimidad del citado órgano Ministerial para proponer acciones colectivas de intereses disponibles en Brasil resulta controvertida y ha sido objeto de controversia. Podría haber una distorsión de las funciones del Ministerio Público, por ejemplo, si el mismo promoviera la defensa de un grupo de comerciantes en el caso de que se altere en un municipio la dirección de tráfico, suponiendo perjuicios financieros por la reducción de clientes. Resulta que el análisis de las disposiciones del CDC (que legitimó a los fiscales para la presentación de la acción colectiva, ya sea se trate de intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, en virtud del Art. 82, observado en el Art. 81, párrafo único y sus incisos) debe de hacerse en conjunto con las atribuciones legales y los objetivos constitucional e institucional del Ministerio público para que se apure la conveniencia de actuación.

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1.705.

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1.707.

Aún así, es importante aclarar (en juicios paradigmáticos) que, tanto para el Tribunal Superior de Justicia como para el Supremo Tribunal Federal, al tener una 'relevancia social' (a determinar en el caso concreto), la 'Fiscalía tiene legitimidad para promover la acción colectiva en defensa de los intereses individuales homogéneos cuando exista un interés social compatible con la finalidad de la institución'¹⁴⁷, puesto que, 'cuando el bien que se quiere salvaguardar concierne a los intereses colectivos, en un segmento de extrema delicadeza y de contenido social (...), se recomienda el amparo estatal'¹⁴⁸.

João Batista de Almeida, junto con el STJ, llevaron a cabo una investigación que ponía de manifiesto que el citado Tribunal acogió y confirmó la existencia de relevancia social en relación con los temas siguientes: tasa de iluminación pública, aumento abusivo de las mensualidades escolares, nulidad de la cláusula abusiva, trabajadores sometidos a condiciones insalubres en las minas, publicación de concursos públicos, planes de salud, corrección monetaria de prestaciones para la adquisición de inmuebles, protección del derecho al salario mínimo para los servidores municipales¹⁴⁹, entre otros temas. Sin embargo, el mismo autor constató el reconocimiento de ilegitimidad en otras hipótesis de igual impacto colectivo, como es el caso que involucra la adquisición de lotes financiados por el gobierno a un gran número de personas, discusión que implica el impuesto de propiedad y del suelo urbano¹⁵⁰, a título de ejemplo.

A pesar de que la pluralidad de interpretaciones judiciales sea el corolario del sistema democrático, no puede negarse que exista un daño flagrante para ciertas colectividades cuando, sólo años después de la acción presentada, se constate la ilegitimidad. El retraso en la prestación judicial, la discusión basada únicamente en

¹⁴⁷ REsp 177.965-PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.05.1999.

¹⁴⁸ REsp 163.231-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.02.1997.

¹⁴⁹ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001, p. 34.

¹⁵⁰ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 35.

cuestiones procesales (el proceso es un instrumento de Derecho material) y el riesgo de la prescripción pueden convertir lo que sería un beneficio social (la acción colectiva) en un daño frustrante de los derechos públicos subjetivos, a veces evidente. El sistema de tutelas colectivas, en lugar de fomentar la ciudadanía, la protección social y la reducción en el número de demandas judiciales, No puede convertirse en un medio para hacer fracasar los propios derechos que el sistema intentó privilegiar. Deben reservarse las decisiones de falta de acción sólo para los casos más claros de ausencia de relevancia social.

Sergio Hahione Fadel sostiene que los derechos individuales homogéneos sólo serán susceptibles de defensa, a través de una acción civil pública, cuando no estén disponibles; o bien, se trate de la relación de consumo (en el caso de que uno o algunos de esos intereses sean considerados básicos por el Art. 6. del CDC), o cuando el daño deriva de una infracción de orden económico, que también contiene normas de orden público¹⁵¹. Del conjunto de las opiniones presentadas, podemos afirmar que cada vez que hay un daño ambiental que afecta al valor defendido en las normas iusfundamentales (macrobien), los intereses individuales homogéneos también deberán considerarse indisponibles.

2.3.2.2 COLECTIVA

Son colectivos los intereses colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas conectadas entre sí o con la parte contraria a través de una "relación jurídica de base¹⁵²". Ambos, colectivos y difusos, deben ser transindividuales y de naturaleza indivisible y que no

¹⁵¹ HAHIONE FADEL, Sérgio. "Ação civil pública". In: Revista *In Verbis*, n. 02, ago/set 1996, p. 24.

¹⁵² BRASIL. Art. 81, párrafo único, II, de la Ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la Protección del Consumidor y otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit., p. 808.

se refieren a un determinado titular. La distinción se da en el examen de la titularidad y en la vinculación de los interesados.

João Batista de Almeida apunta que en ambas situaciones tales intereses o derechos trascienden al individuo, son indivisibles y titularizados no por el individuo considerado aisladamente, sino por la sociedad como un todo o un grupo más o menos extenso de personas. La diferencia entre ambos reside, pues, en la titularidad, según sean personas indeterminadas de la colectividad (difuso), o personas determinables, integrantes de un grupo organizado, categoría o clase (colectivo). En el primer caso, las personas están unidas por circunstancias de hecho; en el segundo, por una relación jurídica básica¹⁵³.

Como resulta evidente, el hecho de que sean determinadas las personas no niega, *prima facie*, la indisponibilidad del derecho. También es cierto que no hemos excluido la posibilidad (hipotéticamente) de que el derecho pueda convertirse en disponible cuando está conectado con una colectividad de personas plenamente identificadas por el hecho de que todos al unísono están de acuerdo en renunciar al derecho, lo que en la esfera de la legislación ambiental natural no se vislumbra, puesto que una lesión sufrida en tales circunstancias afectará al bien jurídico difuso. La hipótesis de disponibilidad se daría, por ejemplo, en el campo del derecho ambiental artificial en el que una comunidad renunciaría a la construcción histórica importante para aquel grupo a favor de obras que facilitarían la movilidad urbana de toda la población de la ciudad.

Para el interés colectivo (*stricto sensu*) existen los intereses comunes a una colectividad de personas, porque son titulares determinables (grupos, categorías o clases de personas). La dialéctica aquí está externalizada por grupos sociales generalmente organizados. De ahí que la característica básica del interés colectivo es, casi siempre, la organización (que no necesariamente existiría como recuerda Kazuo

¹⁵³ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 32.

Watanabe en la segunda parte del Inc. II, mediante una relación jurídica básica con la parte contraria)¹⁵⁴. Se actúa por el interés personal del grupo, no por éste o por aquel integrante. Por lo tanto, una asociación de padres que reivindiquen una mejora en la calidad de enseñanza para sus hijos actúa en nombre de la asociación y no específicamente de alguien.

Estos grupos deben regirse por una relación jurídica básica, existiendo aquí solo una mera conexión fáctica. Por lo tanto, la familia, una asociación, un sindicato, una cooperativa, entre otros, poseen esta característica relacional. Otra característica diferenciadora y conceptual es la indivisibilidad, puesto que, como observa José Marcelo Menezes Vigliar, “no se concebiría incluso un tratamiento diversificado entre miembros de una misma categoría, principalmente con respecto a lo que constituyera la esencia de esta categoría”¹⁵⁵.

Por tanto, el interés de todos dentro de la colectividad fundamenta que su objeto sea indivisible. Encontramos un ejemplo, en una acción civil pública dirigida a la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato de adhesión; juzgada precedente, la sentencia no conferirá un bien divisible para los componentes del grupo lesionado. El interés en que se reconozca la ilegalidad de la cláusula se relaciona con todos los componentes del grupo de forma no cuantificable y, por lo tanto, indivisible. De esta manera, en el ejemplo citado, la ilegalidad de la cláusula no será mayor para quien haya hecho más de un contrato con relación a aquel que hizo sólo uno: la ilegalidad será igual para todos ellos. Los titulares están unidos por una situación jurídica, formando un grupo, clase o categoría de personas, que debe ser resuelta de modo uniforme. Es el caso, también, de la cooperativa de pescadores y el río contaminado. El daño causado afecta a toda categoría, aunque uno de la cooperativa no estuviera

¹⁵⁴ Kazuo Watanabe apunta que la organización '(...) ciertamente existe sólo en la primera modalidad mencionada en el texto legal; es decir, los intereses y los derechos correspondientes al grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica básica, y no en la segunda modalidad (...)’ (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado por los autores del anteproyecto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 628).

¹⁵⁵ MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

extrayendo el sustento del río en el período en el que la pesca no pudiera llevarse a cabo. Ningún lesionado tendría más derecho que los otros a que terminara la contaminación o a la recuperación del río.

2.3.2.3 DIFUSA

La teoría de los intereses transindividuales surge de la preocupación por la "cuestión social", derivada de la aparición de la "sociedad de masas", en la que la mayoría de las relaciones económicas y políticas están marcadas por la desaparición de la individualidad del ser humano, ante la estandarización de la conducta y de las reglas correspondientes. En esta perspectiva, los derechos o los intereses transindividuales, en un sentido amplio, son así denominadas "porque pertenecen a grupos, clases o categorías más o menos extensos de personas, a veces indeterminables (como la colectividad), y porque no son susceptibles de apropiación y disposición individuales"¹⁵⁶. Como consecuencia de este nuevo orden social, desaparece la concepción de que sólo son deducibles jurídicamente las relaciones entre dos sujetos de derechos y obligaciones claramente definidos. Surge un nuevo y más amplio sentido ético, fundado en la justicia de carácter universal, siendo que el camino de la justicia social conduce a una ética ecológica (ética, que va más allá de la moral)¹⁵⁷.

Por lo tanto, los derechos difusos abarcan los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares las personas indeterminadas y ligadas por las circunstancias de hecho, concepto que, aunque contemplado en el Código del Brasileño de Defensa del Consumidor, representa para el ordenamiento jurídico una

¹⁵⁶ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 18.

¹⁵⁷ CARDOZO DIAS, Edna. *Manual de Direito Ambiental*. 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

norma interna de carácter general.¹⁵⁸ Para Rodolfo Camargo Salvatore Mancuso, los derechos metaindividuales son aquellos que “rebasan la esfera de acción de los individuos considerados aisladamente, para sorprenderlos en su dimensión colectiva”¹⁵⁹. Continúa el autor señalando que los intereses difusos son intereses supraindividuales que, al no haber alcanzado el grado de agregación y organización necesaria para su asignación institucional junto a determinadas entidades u organismos representativos de los intereses ya definidos socialmente, quedan en un estado líquido, dispersos por la sociedad civil en su conjunto, y, a veces, pueden ser semejantes a ciertas colectividades de contenido numérico. Se caracterizan por la indeterminación de los sujetos, la indivisibilidad del objeto, por su intensa litigiosidad interna y por su tendencia a la transición o mutación en el tiempo y en el espacio¹⁶⁰.

Incluso personas aún no nacidas son titulares de este interés, lo que demuestra la naturaleza difusa del medio ambiente, macrobien de interés intergeneracional (sostenibilidad). Es decir, la titularidad del citado derecho pertenece, también, a las futuras generaciones. Las propias características observadas por la ley (Art. 81, I, del CDC) identifican el interés difuso, aunque la doctrina contempla otras características, tal y como se desprende del análisis anterior. La naturaleza indivisible del derecho genera la imposibilidad de partición en partes atribuibles a este o aquel interesado, existiendo, como afirma José Carlos Barbosa Moreira, una especie de comunión, “cuya satisfacción necesariamente compensa a todos, y cuyo aplazamiento sin embargo perjudica a todos en su conjunto”.¹⁶¹

¹⁵⁸ BRASIL. Art. 81, párrafo único, inciso I, de la Ley nº 8.078, del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la Protección del Consumidor e otros asuntos. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva en colaboración con Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 15. Ed. Actual y ampliada – São Paulo : Saraiva, 2013, p 808.

¹⁵⁹ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 65.

¹⁶⁰ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*, cit., p. 114.

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 33.

Por otro lado, el vínculo entre las personas se da exclusivamente por circunstancias de hecho, sin que exista una relación jurídica básica entre los interesados. No están ligados a un contrato o a una situación legal que los una. Es difuso, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado o a un derecho del consumidor lesionado, frente a una publicidad engañosa. Todo la colectividad resulta afectada por el daño, aunque no pertenezca individualmente a nadie el agua contaminada o bien el derecho a una correcta propaganda. Por lo tanto, los titulares de este derecho indivisible son indeterminados, ligados simplemente por una circunstancia fáctica.

No hay grupos agrupados o articulados institucionalmente (*prima facie*). Sin vínculo jurídico, los sujetos son indeterminados y, ocasionalmente, cuando cesa el interés, se vinculan por un hecho común que interesa a todos. La deficiente urbanización planeada por el Poder Público municipal vincula a los habitantes de aquella ciudad, la discriminación racial y los discriminados, etc. Hugo Nigro Mazzilli define como intereses difusos los “intereses de grupos menos determinados de personas entre las cuales no existe un vínculo jurídico o fáctico. Son como un conjunto de intereses individuales, con puntos en común”¹⁶².

Como apunta José Marcelo Menezes Vigliar, aunque no se pueda afirmar que la intensidad del interés de cada individuo que integra ese grupo (no determinado ni determinable) sea la misma, fruto de la inexistencia de un vínculo jurídico, o como se produce en algunos casos, inexistencia de un vínculo fáctico bien preciso para unirlos, no se puede ignorar que tales intereses coinciden en algunos puntos¹⁶³. Así, todos tienen en común, en mayor o menor medida, interés en ver solucionada la cuestión de que todos (y al mismo tiempo ninguno) sean titulares.

¹⁶² NIGRO MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: RT, 1994, p. 21.

¹⁶³ MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. cit., p. 45.

Mancuso afirma que los derechos difusos se caracterizan por la “intensa litigiosidad interna” y por la “transición o mutación en el tiempo y en el espacio”¹⁶⁴. Tales características no están en la definición legal, pero son perceptibles. En una sociedad en la que el pluralismo es un elemento de medida de la democracia, siempre habrá posiciones antagónicas y de conflicto intrínseco, especialmente frente a lo que representan los intereses difusos cualitativa y cuantitativamente. El derecho a un ambiente sano a veces entra en conflicto con el derecho a la vivienda; véase el uso urbano de áreas protegidas de las cuencas hidrográficas. El interés urbanístico general que requiere una obra de carretera, por ejemplo, choca con los intereses de los residentes de los barrios que sufren impactos ambientales a través de un mayor flujo de vehículos en las vías públicas. Son cuestiones difíciles que sólo deberán ser resueltas en el caso concreto, siendo difícil una solución hipotética.

Debe tomarse en consideración la transición y la mutación en el tiempo y en el espacio así como una constatación de la evolución histórica, ya que parecen propias de los cambios de intereses, de los valores sociales y culturales. *Verbi gratia*: el interés difuso para la preservación de la moral, de la moralidad, frente a la propaganda publicitaria que ofende a estos valores, pueden desaparecer con el paso del tiempo. Una vez construida una planta hidroeléctrica, se altera el interés difuso de la preservación del medio ambiente para la eventual reparación del daño correspondiente. También sucede esto en casos de defensa de intereses difusos ecológicos, con el objetivo de preservar al medio ambiente de la región, una vez que el cambio de la situación fáctica ya está consumado (si es imposible la reparación del daño, habrá que buscar la compensación o la indemnización por el deterioro producido). En el caso presentado, hay una primacía de los intereses energéticos sobre el medio ambiente (que están interconectados de alguna manera). Por otro lado, incluso si el medio ambiente sufre daños con la construcción de una central hidroeléctrica que afecta en gran medida a la biodiversidad local, se preserva el

¹⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*.cit., pp. 78 y 82.

planeta por el uso de energía más dañina (que, por ejemplo, puede influir directamente en el sistema climático), como la nuclear, o el uso de plantas termoeléctricas contaminantes, y para evitar la extracción del carbón. En esos casos conflictivos, se debe decidir siendo siempre respetuosos con los principios que rigen los derechos humanos fundamentales.

CAPÍTULO III

DE LA PROTECCIÓN A LA GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE:

LA NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 DIMENSIONES DEL MEDIO AMBIENTE

En los derechos fundamentales converge todo un recorrido metodológico que inicia con un examen del enunciado de la norma, hasta llegar a la comprensión efectiva de la norma. En un segundo momento, una vez conocida la norma iusfundamental en análisis, se examinará la misma bien sea a la luz de la teoría interna (límites inmanentes), de la teoría externa (sistema de reservas) o de la teoría de los derechos fundamentales en cuanto principios (R. Alexi), para que se pueda delimitar el contenido del derecho fundamental y la extensión del ámbito de protección de la norma iusfundamental.

Como apunta Calil de Freitas¹⁶⁵, la diversidad existente entre las categorías de "enunciado" y la "norma iusfundamental", también se presenta entre los conceptos de "norma iusfundamental" y el "derecho fundamental" derivado de la misma, de manera que una norma iusfundamental puede imponer deberes objetivos al Poder Público sin que, necesariamente, a tal imposición corresponda un derecho subjetivo. Para ilustrar esta afirmación, el citado autor recuerda el derecho de defensa del consumidor, en que la norma iusfundamental traduce el deber objetivo que tiene el legislador de elaborar la legislación constitucional que garantiza los mecanismos de realización de citado derecho. Los derechos subjetivos que corresponden a algunas categorías (*verbi gratia*, derecho a la propiedad, derecho a la herencia, sistema de protección al consumidor) derivarán de las normas ordinarias que cumplan los mencionados

¹⁶⁵ CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 26-27.

derechos, atribuyéndoseles el contenido específico, la extensión y los límites¹⁶⁶ (recordamos la problemática que implica la eficacia/aplicabilidad de las normas constitucionales), aunque de un puro mandato constitucional ya puedan surgir derechos. En el caso del medio ambiente natural, el Estado debe emplear medios que posibiliten su conservación, pero el derecho a un medio ambiente equilibrado (propriadamente dicho) deriva de una norma plenamente operativa, por lo menos en un sesgo defensivo.

Por tanto, la perspectiva objetiva, que Pérez Luño llama “*significación axiológica objetiva*” de los derechos fundamentales, tiene la función de legitimar las formas constitucionales del Estado de Derecho, puesto que constituyen el resultado del acuerdo de las diversas fuerzas sociales (democracia). Con la evolución del Estado liberal hacia formas de Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales, además de desempeñar el papel de garantizar las libertades públicas y limitar el ejercicio del poder político, pasan a representar un conjunto de valores que guiarán las acciones positivas del Estado, orientando, incluso, la armonización del ordenamiento jurídico infraconstitucional con los derechos fundamentales consagrados¹⁶⁷.

Adquiere relevancia el desarrollo de la Teoría de los derechos humanos y la elaboración de documentos internacionales vinculantes (y cada vez más efectivos) para que los Estados respeten una comunión (al menos, mínima) de valores y preocupaciones globalizadas, como exige el derecho ambiental. No se puede tolerar que los países dejen de obtener la “internalización de las externalidades negativas¹⁶⁸”

¹⁶⁶ Ibid., 27-28.

¹⁶⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales: Temas Clave de la Constitución Española*. 9ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 21-22.

¹⁶⁸ La externalidad es el nombre dado a una desviación del mercado. Cuando las externalidades están presentes, el precio de una mercancía no necesariamente refleja su valor social. La externalidad puede ser positiva o negativa, cuando en el precio del bien situado en el mercado no se incluyen las ganancias y las pérdidas resultantes de su producción o consumo. Por lo tanto, las externalidades negativas (coste generado a la sociedad, como, por ejemplo, los daños al medio ambiente) surgen durante el proceso de producción, pero son soportadas por la colectividad, a diferencia de la ganancia, que es recibida por el

para atraer inversión financiera (nacional e internacional), guiados exclusivamente por intereses productivos y de desarrollo económico. Hay que trabajar en la línea de obligar a la internalización de las externalidades negativas, distinguiendo las esferas de responsabilidad y reconociendo que los daños ambientales no respetan fronteras físicas. Tomamos como ejemplo una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia brasileño:

AMBIENTAL. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA. CAMPO DE APLICACIÓN. LEY 9.605/1998. TRANSPORTE IRREGULAR DE CARBÓN VEGETAL DE ESPECIES NATIVAS. INDUSTRIA SIDERÚRGICA. INFRACCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA.

MULTA. LEGALIDAD. DISTINCIÓN ENTRE SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIÓN PENAL. LEGITIMIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO.

1. Se trata de una Acción Ordinaria propuesta con el fin de eliminar la multa impuesta por el transporte irregular de carbón vegetal. La sentencia de primer grado desestimó la demanda, pero el Tribunal Regional revocó la decisión y declaró nula la notificación de la infracción.

2. La multa impuesta por la autoridad administrativa es autónoma y distinta de las sanciones penales conminadas a los mismos hechos, siendo respaldada por la policía ambiental.

3. Sanción administrativa, como el propio término indica, debe ser impuesta por la Administración y no por el Poder Judicial, en cuanto difiere de los diversos delitos y faltas.

productor privado. De ahí la expresión "privatización de los beneficios y socialización de las pérdidas", cuando se identifican las externalidades negativas no internalizadas. Con la aplicación del principio del contaminador-pagador, se intenta corregir este coste difuso, imponiéndose su internalización por parte del productor (RODRIGUES, E. F. *Externalidades negativas ambientais e o princípio do poluidor pagador*. Disponible en: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2227/Externalidade-negativas-ambientais-e-o-principio-do-poluidorpagador>> (Acceso el 02 de enero de 2014).

4. La Ley 9.605/1998, aunque conocida popular e impropriadamente como ley de Delitos contra el medio ambiente, en rigor trata, de manera simultanea y en diferentes partes de su texto, de infracciones penales y administrativas.

5. En el ámbito de las infracciones administrativas, se exige del legislador ordinario sólo que establezca las conductas genéricas (o de tipo genérico) consideradas ilegales, así como el rol y los límites de las sanciones previstas, dejando la especificación de aquellas y de estas a los reglamentos, mediante un decreto.

6. De forma legalmente adecuada, aunque genérica, el Art. 70 de la Ley 9.605/1998 prevé, como infracción administrativa ambiental, "toda acción u omisión que viole las reglas jurídicas de uso, goce, promoción, protección y recuperación del medio ambiente". Es lo que basta para la complementación del Decreto reglamentario, cumplir el principio de la legalidad que, en el Derecho Administrativo, no puede ser interpretado más rigurosamente que en el Derecho Penal, campo en el que se admiten tipos abiertos e incluso en blanco.

7. El transporte de carbón vegetal sin previa autorización de la autoridad competente caracteriza un delito ambiental (Art. 46 de la Ley 9.605/1998) e infracción administrativa, en los términos del Art. 70 de la Ley 9.605/1998 c/c el Art. 32, párrafo único, del Decreto 3.179/1999, revocado por el Decreto 6.514/2008, que contiene disposición semejante.

8. Las normas en cuestión confieren sustentación legal a la imposición de sanción administrativa. Precedentes del STJ.

9. Una de las conductas más perjudicial para la biodiversidad brasileña actualmente (y a la de los países vecinos, sobretodo Paraguay y Bolivia, de dónde el producto se viene importando cada vez más, después de su extracción ilegal) es la utilización, por la siderurgia, de carbón vegetal derivado de especies de la flora nativa, práctica arcaica, incompatible con las normas de responsabilidad social promocionadas por la industria. Todos requieren una enérgica intervención por parte del Poder Público.

10. Ya no se admite, ni se justifica que, para producir hierro y acero, la industria brasileña condene a las generaciones futuras a un legado de externalidades ambientales negativas, rastros ecológicamente perversos de una actividad empresarial que, por infeliz elección propia, mancha su reputación y memoria, al exportar calidad, apropiándose de los beneficios económicos y, en contrapartida, literalmente quema, en sus hornos, nuestras florestas y bosques, que, en las chispas expulsadas por las chimeneas, se van irreversiblemente.

11. Recurso Especial presentado. (REsp 1137314/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA SECCIÓN, juzgado el 17/11/2009, DJe 04/05/2011)

Siguiendo con el enfoque de la doble perspectiva del derecho ambiental, por ahora objetiva, hay que hacer notar que en Brasil no se ha profundizado mucho sobre este tema, a pesar de que el derecho español (el Tribunal Constitucional ya reconociera la doble dimensión de los derechos fundamentales en la STC 25/1981) sí ha prestado especial atención al concepto (significación axiológica objetiva), ensalzado por la Corte Federal Constitucional alemana (*Bundesverfassungsgericht*), en el caso Lüth (1958), subrayando que los derechos fundamentales constituyen una función evaluadora de carácter jurídico-objetivo de la Carta Constitucional, representando el principio superior estructurante del orden jurídico con eficacia en todo ordenamiento (base del orden colectivo) y facilitando las directrices para los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial¹⁶⁹.

La dimensión objetiva, como hemos visto, justifica ciertas limitaciones impuestas a los derechos subjetivos en favor de intereses de la colectividad. Se constata, por lo tanto, la existencia de una relación dialéctica entre las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, a fin de que la hipertrofia de alguna de ellas no comprometa ni el núcleo esencial de un derecho subjetivo ni tampoco el orden objetivo de valores comunitarios. El principio de la

¹⁶⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 168

proporcionalidad se muestra como un importante instrumento en el equilibrio de esta relación a favor de la pacificación social, sin descuidar la tutela individual de la dignidad humana¹⁷⁰.

Aunque el presente trabajo de investigación priorice el análisis de la actuación estatal en la esfera ambiental, conviene especificar que la dimensión objetiva también remite los derechos fundamentales a la esfera privada, trascendiendo la relación individuo-Estado, limitando la autonomía de los particulares porque, éstos, también están vinculados al orden objetivo de valores. Toda la legislación ordinaria, por tanto, deberá estar en armonía con los derechos fundamentales, incluso la hermenéutica jurídica, incluida la interpretación y aplicación de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados. Tal perspectiva cohesionan el orden jurídico al exigir que las normas sean reexaminadas por el operador del derecho “con nuevas lentes, que tendrán los colores de la dignidad de la persona humana, de la igualdad sustantiva y de la justicia social, impresas en el tejido constitucional” (en palabras de Daniel Sarmiento)¹⁷¹.

Por lo tanto, los derechos fundamentales expresan ciertos valores fundamentales para la sociedad, y requieren una responsabilidad comunitaria de los individuos en la consecución de los mismos. Por tal perspectiva (objetiva de valores), todos los derechos fundamentales son transindividuales¹⁷². Por esta razón, la dimensión objetiva se vincula a la idea de que los derechos fundamentales no aspiran a una libertad anárquica, sino social¹⁷³. Por lo tanto, los derechos subjetivos individuales también están limitados por el interés de la comunidad predominante y,

¹⁷⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 177.

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”. En: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 255 y ss.

¹⁷² WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 171.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, cit., p. 256.

por supuesto, por el núcleo esencial¹⁷⁴. La eficacia objetiva de la norma funciona como una guía general de carácter hermenéutico, obligando a los aplicadores a observar la protección del medio ambiente en la aplicación de otras disposiciones constitucionales e infraconstitucionales.

Conviene subrayar que el medio ambiente en su dimensión objetiva produce efectos jurídicos autónomos de los cuales no nace directamente un derecho subjetivo. Otro efecto de la perspectiva objetiva, bien explicado por Canotilho, es la de imponer al Estado la creación de leyes, instituciones y mecanismos que permitan el ejercicio de eventuales derechos (y, por tanto, subjetivos) ambientales (artificial, del trabajo, cultural y los consecuentes del ambiente natural). Se trata, por tanto, de una “imposición de legislar”, en las palabras del autor portugués, apuntando a la obligatoriedad del legislador de actuar positivamente, para que, de este modo, se creen las condiciones materiales e institucionales para el ejercicio de los derechos. Con todo, hay como derechos claramente prestacionales, como es el caso de la salud, y existen (y son exigibles) independientemente de la efectivación gubernamental de las “imposiciones constitucionales” (creación del servicio nacional de salud) o de las “prestaciones” suministradas por el Estado para asegurar este derecho (cuidados de medicina preventiva, vacunación gratuita), etc.¹⁷⁵.

La perspectiva subjetiva hace referencia, necesariamente, a un derecho fundamental; es decir, a la posibilidad que el potencial titular tiene para hacer valer judicialmente los poderes, las libertades o incluso el derecho a la acción o a las acciones negativas o positivas que le fueron otorgados por una norma que consagra el derecho fundamental en cuestión. Es decir, este enfoque corresponde al conjunto de

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. En: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24.

¹⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 476-477.

competencias que la normatividad objetiva otorga a los titulares del derecho¹⁷⁶. Consiste en el poder, en la facultad que el titular del derecho posee para realizar sus intereses otorgados por la norma jurídica, incluso si tales intereses pueden ser simultáneamente individuales y colectivos.

Si todo derecho que se puede exigir de forma individualizada es subjetivo, las normas que no atribuyen derecho a nadie por ser carentes de subjetividad son normas que poseen eficacia meramente objetiva. Todo derecho subjetivo es un modelo de tres niveles: En primer lugar hay que observar las razones para que una determinada norma esté atribuyendo derecho subjetivo a quienquiera que sea; en segundo lugar, reconocer tal derecho como una posición jurídica; y, finalmente, percibir la propiedad natural de todo derecho subjetivo que es su exigibilidad¹⁷⁷.

La subjetividad permite, en primer plano, la protección de los intereses propios de los titulares, incluso si ese interés sea, simultáneamente, comunitario¹⁷⁸. También es cierto, que el hecho de que se trate de un derecho fundamental (que no es necesariamente subjetivo) impone el carácter de interés individual. La individualidad no es un atributo de subjetividad, ya que esta se puede dar de forma colectiva y difusa en el ámbito de los derechos ambientales. Por lo tanto, debe considerarse en un sentido restrictivo la afirmación de que la individualidad es una de las características de la subjetividad¹⁷⁹.

Por otra parte, está claro que la dimensión subjetiva, no puede ser reconducida solamente a los derechos públicos subjetivos, no limitándose a los derechos de la

¹⁷⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A ideia de Direito Social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 46.

¹⁷⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 46.

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119.

¹⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 122.

defensa contra el Estado¹⁸⁰, incluso en el caso del derecho al medio ambiente que es responsabilidad de toda la sociedad. Todos están obligados, siendo la legitimidad pasiva la más amplia posible. Por consiguiente, entendemos que en países como España, donde el medio ambiente es deber de todos (artículo 45 de la Constitución española de 1978), los legitimados a pleitear en juicio el derecho ambiental puede requerirlo a cualquier persona (física o jurídica) por los deberes que tienen con respecto al medio ambiente (macrobien o microbien expresado en la ley).

Se entiende por derecho subjetivo la posibilidad de que un titular (considerado como tal la persona individual o el ente colectivo a quien se le atribuye) pueda imponer judicialmente sus intereses jurídicamente tutelados ante el destinatario (obligado)¹⁸¹. Por lo tanto, esta perspectiva se basa en una relación trilateral entre titular, objeto y destinatario de un derecho¹⁸². Los derechos sociales, en particular, se entienden como derechos subjetivos inherentes a la persona humana, independientemente de su justificación o viabilidad inmediata¹⁸³. Así, los derechos como la salud, el medio ambiente y la calidad de vida tienen dignidad equivalente a los derechos de libertad, de forma que ni el Estado o los particulares interferir negativamente en su ámbito protección¹⁸⁴. El reconocimiento de la dimensión subjetiva hace posible la defensa de estos derechos por el titular, en caso de acción u omisión del Estado, o incluso de violaciones presentadas por particulares.

La cuestión (perspectiva subjetiva de los derechos fundamentales) es compleja, dado que los derechos fundamentales se consideran como un conjunto de posiciones jurídicas de varias direcciones, cuya positivación, contenido y alcance pueden ser tan diferentes que sus funciones pueden asumir diversos derechos

¹⁸⁰ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

¹⁸¹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. cit, p. 178 y ss.

¹⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1254.

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. En: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 567.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 476.

fundamentales¹⁸⁵. El hecho de otorgar a un valor constitucional una perspectiva subjetiva revela su mayor esfera de autonomía para que sea efectivo, ya que es el reconocimiento de una posición jurídica subjetiva que autoriza la persona a postular su derecho frente al Poder Judicial, exigiendo, por tanto, una tutela del Estado (tanto ante el propio Estado como de un particular) para hacerlo efectivo¹⁸⁶. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, es preciso plantear la siguiente cuestión: ¿se puede afirmar que se ha superado la concepción individualista del derecho subjetivo, dado el ámbito de las tutelas colectivas y la titularidad difusa del derecho ambiental? Parece que los derechos de tercera generación contribuyen a esta posible evolución teórica.

No podemos dejar de subrayar que, para Robert Alexy, los derechos fundamentales (que constituyen un sistema de posiciones jurídicas fundamentales, formando, en su totalidad, el derecho fundamental en su conjunto), pueden entenderse como: a) derechos a algo (derechos de defensa y derechos a prestaciones); b) libertades (opción de conducta por la que el titular no está obligado o prohibido); y c) competencias (la capacidad del individuo, por medio de una acción, que pueda modificar la situación jurídica de algo o de alguien en relación a aquella en su estado natural, que se puede dar tanto en público como en privado (matrimonio, adopción, etc.)¹⁸⁷.

De esta forma, las acciones positivas y negativas del Estado en el ámbito ambiental derivarían del “derecho a algo”. Mientras los derechos negativos refieren al Poder Público por el hecho de que no impide los actos de los particulares (no impedimento), no afecta las situaciones jurídicas (no afectación) y no elimina las

¹⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 173.

¹⁸⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. cit., p. 176.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert., *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 186 y ss.

posiciones jurídicas (no eliminación de las posiciones jurídicas). Los derechos positivos se dividen en acciones positivas fácticas y acciones positivas normativas¹⁸⁸.

Frente a esta visión general de la significación objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, observamos la concomitancia de las dos perspectivas como característica del derecho fundamental al medio ambiente. Es decir, si por un lado otorga a las personas la facultad de exigir del Estado (derecho subjetivo) el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales (sin olvidar la problemática de la eficacia horizontal) a través de una abstención (perspectiva defensiva) o una acción (perspectiva prestacional), simultáneamente, el derecho al medio ambiente (y los derechos fundamentales, en general) se presenta como un conjunto de valores objetivos básicos (que la doctrina alemana califica de *Grundwert*)¹⁸⁹, dimensión ésta que se produciría simultáneamente con la subjetiva o se dará de forma exclusiva (cuando las normas no atribuyan ningún derecho subjetivo).

Entre las dos dimensiones no existe, exactamente, una tensión, sino una complementariedad. No existe norma de derecho fundamental sin su dimensión objetiva, y cada vez que nos encontramos ante un derecho fundamental seguramente estaremos ante esta doble dimensión. El individualismo parece ceder lugar a una comprensión dogmática más amplia, colectiva, viendo en la subjetividad de los derechos sólo una de las técnicas de defensa de bienes jurídicos y no la única posibilidad de hacerlo.

En el siguiente epígrafe nos ocuparemos del deber de protección ambiental del Estado, destacando las políticas públicas que conviene implementar. Pasamos, pues, al breve análisis del deber estatal de protección ambiental.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.187 y ss.

¹⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. cit., p.20.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE TUTELA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Inicialmente, hemos optado por abordar la temática relacionada con las medidas que el Estado debe implementar para fortalecer la preservación de los sistemas naturales dentro de su territorio (paso inicial de la cooperación para la protección ambiental de forma globalizada). Estas medidas que el Estado debe adoptar se instrumentalizan en las llamadas políticas públicas que, para Eduardo Appio, consisten en instrumentos estatales de intervención en la economía y en la vida privada, en función de limitaciones e imposiciones previstas en la Carta Constitucional, con objeto de asegurar las medidas necesarias para la consecución de sus objetivos, que demanda una combinación de voluntad política y conocimiento técnico¹⁹⁰.

Ya hemos mencionado que el derecho humano al medio ambiente tiene su esencia arraigada en el principio de la solidaridad, exigiendo del orden mundial una conducta fraterna orientada a la cooperación entre los pueblos para que el medio ambiente natural sea preservado. Un aspecto importante del derecho en cuestión es que no resulta necesario que el Estado actúe para lograr la consecución de un medio ambiente natural. Se trata de un valor preexistente que requiere, eso sí, la preservación para que su eficacia, en cuanto derecho fundamental, pueda ser efectiva.

El contenido diferenciado del derecho fundamental al medio ambiente exige una actuación especial del Estado dirigida a la preservación de los ecosistemas, función ésta que dada la complejidad inherente de algunos deberes fundamentales (como es el caso del medio ambiente) no permite su enfoque exclusivo en alguna de

¹⁹⁰ ÁPPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143.

las dos categorías (defensiva o prestacional), exigiendo simultáneamente el sesgo negativo (defensa) y positivo (prestacional), según apunta Casalta Nabais¹⁹¹.

Por lo tanto, un aspecto importante en cuanto al régimen legal de los deberes fundamentales es la presencia de las cargas normativas de carácter prestacional (cuando sea necesario adoptar acciones positivas) y defensiva (vinculada a una conducta negativa) en su contenido, que en el caso del derecho fundamental al medio ambiente se da concomitantemente. Es una constante incluso en casos que afectan a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, si los individuos están también directamente vinculados al deber de llevar a cabo un derecho fundamental en las relaciones eminentemente privadas. No hay duda de que la peculiaridad del derecho al medio ambiente requiere una eficacia directa (y en un mayor grado) en la relación horizontal, incluso porque el deber de protección es exigible para toda la sociedad, motivo por el cual no se puede excluir la posibilidad de que la función defensiva y prestacional del medio ambiente también opere entre particulares.

Por lo tanto, el deber fundamental de proteger el medio ambiente, al igual que sucede con el derecho fundamental al medio ambiente, transita simultáneamente entre la función defensiva y la prestacional, dada la complejidad del valor medio ambiente, pudiendo existir una preponderancia de función de lo que exija cada caso concreto. En este sentido, Carla Gomes afirma que el deber fundamental de protección del medio ambiente tiene un contenido variable y, esto, tanto en función del deudor “concreto” de la prestación, como del bien ambiental natural al que se refiere el caso concreto¹⁹².

El Estudio Previo de Impacto Ambiental, por ejemplo, es la manifestación del deber fundamental de protección ambiental, medida que limita el derecho de

¹⁹¹ CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 112.

¹⁹² AMADO GOMES, Carla. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 149.

propiedad, la autonomía privada, la libre iniciativa de los sectores económicos y condiciona el ejercicio de los citados derechos a la realización de un comportamiento positivo. La publicidad necesaria de la realización del Estudio de Impacto Ambiental, para legalizar la instalación de obra o actividad causadora (o potencialmente causadora) de significativa degradación ambiental, también caracteriza el deber de información ambiental a los particulares, configurando, de cierta forma, un deber adjunto al ejercicio del derecho de propiedad impuesto en relación a la limitación de cuño ecológico¹⁹³; y, por eso, es importante la validez y viabilidad de la ley de “Evaluación Ambiental” (Ley 21/2013)¹⁹⁴.

Por lo tanto, es evidente que el contenido prestacional no se limita al Estado, demostrando la fuerte vinculación de los particulares en la medida en que tienen un deber hacia el medio ambiente, no sólo en la función negativa, sino también en su función prestacional. Queda claro, incluso, que ambas funciones (negativa y positiva) tienen como objetivo la protección del medio ambiente natural, puesto que las demás especies de medio ambiente (artificial, por ejemplo) podrán exigir medidas que efectivamente concreten el derecho fundamental (por ejemplo, el saneamiento básico es medida prestacional del Estado que hace posible el derecho fundamental de residencia, el espacio urbano sonoro y protege el medio ambiente natural de la degradación).

Las políticas públicas destinadas al área ambiental ha ido evolucionando hasta lograr una visión más armónica, de acción conjugada, evolucionando hacia el concepto de "gestión del medio ambiente", que se puede conceptualizar como el conjunto de acciones que implican las políticas públicas, el sector productivo y la

¹⁹³ WOLFGANG SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental : constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. – 2ª ed., ver. atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 154-155.

¹⁹⁴ ESPAÑA. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12913>. Acceso el: 31 .dic.2013

sociedad con el objetivo de fomentar el uso racional y sostenible de los recursos del ambientales¹⁹⁵.

Por tanto, las políticas públicas (que presentan un doble carácter, como ya hemos visto) relacionadas con el medio ambiente están dirigidas a la protección ambiental. Están representadas por dos posiciones: en primer lugar, la posición **positiva** en sentido amplio (representada por las tres especies de prestaciones señaladas por Alexy¹⁹⁶: derecho de protección; derechos a la organización y procedimiento y prestaciones en sentido estricto), que en el ámbito ambiental está íntimamente ligada a las actividades de fiscalización de las actividades de riesgo y al mismo tiempo de promoción de actitudes benéficas para el medio ambiente, como, por ejemplo, los incentivos financieros y las exenciones fiscales; y, en segundo lugar, la posición **negativa** que puede estar representada por actitudes como la de no permitir o financiar actividades que causen degradación ambiental sin presentar las debidas medidas de mitigación¹⁹⁷. Vamos más allá al afirmar que, incluso, debe ser sopesada la posibilidad de fomento de las actividades degradantes (sólo si son esenciales y se respeta el concepto de desarrollo sostenible), dada la influencia de principios tales como el del contaminador pagador (que no autoriza la contaminación por compensación financiera, pero que obliga, si existe degradación, a que el daño sea reparado o, ante la imposibilidad de reparación, haya compensación o indemnización por el daño producido).

La tendencia actual de protección integrada e interdisciplinar del medio ambiente es el resultado del proceso histórico. El enfoque inicial fue el de la administración de recursos naturales que se inició con la reglamentación de la

¹⁹⁵ DUTRA TRENTIN, Taise Rabelo; STAIRN PIRES, Nara Suzana. “Mediação socioambiental: Uma Nova Alternativa Para a Gestão Ambiental”. En.: *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*. Ano XXI, nº 37, jan.-jun. 2012. p. 142-166, p. 145.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 430.

¹⁹⁷ PRADO SOARES, Inês Virgínia. “Meio Ambiente e Orçamento Público”. En: KISHI, Sandra A. S.; DA SILVA, Solange T.; SOARES, Inês V. P. (org) *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: Estudos em Homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 556.

apropiación de estos recursos¹⁹⁸. Más tarde, el enfoque se basó en el control de la contaminación ambiental, como consecuencia del desarrollo industrial. La tercera se refiere a la planificación territorial que refleja la comprensión del proceso de ocupación del espacio y la distribución de los recursos naturales y de infraestructura. Por último, se inició la búsqueda de la gestión integrada de los recursos, abandonando la visión simplista de la administración del medio ambiente. En Brasil, el marco inicial de este cambio de paradigma fue la ley de Política Ambiental Nacional (Ley Nº 6.938/81), implementando la visión holística del medio ambiente, con gestión integrada¹⁹⁹. Aún así, y dado que el modelo de exportación continúa privilegiando los productos primarios a la tecnología, el país sigue aún sufriendo. Brasil ha estado siempre marcado por una economía predominantemente exploratoria de sus abundantes recursos y de su riqueza natural, basando su desarrollo (económico, político, social, etc.) en la producción exhaustiva de los productos primarios (agricultura, ganadería, extracción de metales preciosos, extracción de madera, entre otros) de modo agresivo y depredador. La industria mundial exige cada vez más materia prima.

Además, el “derecho ambiental económico” debe ir más allá del mero poder de policía, debiendo orientar a las fuerzas productivas en una determinada dirección, encaminándolas a la utilización racional de los recursos naturales²⁰⁰. Si la evolución de la gestión ambiental es notoria, también es cierto que aún estamos lejos de la obtención de patrones suficientes para exigir una seguridad ambiental. La política ambiental todavía carece de una mayor efectividad, quedando perjudicada, al menos en América del Sur, por la insuficiencia de cuadros administrativos, de sus condiciones de trabajo y de la incipiente educación ambiental. Por ello, resulta

¹⁹⁸ PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; COLLET BRUNA, Gilda; SILVEIRA, Vicente Fernando. “Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável”. En: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr (org) *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manoele, 2005, p. 797-798.

¹⁹⁹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. “O Direito Ambiental no Século 21”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 13, n. 52, p. 125-137, out./dic., 2008, p. 128.

²⁰⁰ DE BESSA ANTUNES, Paulo. *Direito Ambiental*. 12ª ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

necesaria la integración de la política ambiental con otras áreas gubernamentales que acaban teniendo impacto en el medio ambiente, lo que pone de manifiesto la interdisciplinariedad de la materia.

Hay un deber fundamental (o deber humano, dada la perspectiva internacional) de protección del medio ambiente de carácter transnacional, teniendo en cuenta que la degradación ambiental no se limita a las fronteras nacionales, influyendo en toda la cadena de los ecosistemas mundiales. El calentamiento globales es uno de los ejemplos más ilustrativos de la necesaria unión de los esfuerzos globales para asegurar el equilibrio del medio ambiente natural, puesto que, en muchos casos, los más afectados por los efectos negativos de la degradación ecológica están a miles de kilómetros de distancia de las fuentes generadoras de contaminación. Como resultado de esta preocupación, ha habido importantes avances en el plano de la protección internacional (y transnacional) del medio ambiente, a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), así como de otros relevantes acuerdos internacionales, tales como la Convención de Basilea sobre Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su Depósito (1989), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Convención-Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992), el Protocolo de Kyoto (1997), el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (2000), la Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001) y la Convención de Aarhus sobre el Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en las Cuestiones Ambientales (2001)²⁰¹.

En este contexto, la búsqueda de soluciones para los retos ambientales globales depende tanto de la cooperación científica (interdisciplinar), interinstitucional (financiera/tecnológica), de las redes sociales como de las empresas.

²⁰¹ WOLFGANG SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. cit., pp. 159-160.

Dicha cooperación es, al mismo tiempo, impulsora de las políticas nacionales y de difusión de los marcos conceptuales de las políticas públicas. Las políticas son de extrema importancia para la preservación del medio ambiente porque representan localmente el espacio de soluciones globales, reemplazando la máxima de "impacto global, acción local", experimentando y adaptando la diversidad de estrategias metodológicas y técnicas de investigación. Sin embargo, es esencial el diálogo y las articulaciones para que tengan éxito las políticas públicas. También es cierto que este diálogo entre la acción local o regional y global no siempre es pacífica, habiendo enfrentamientos, porque muchas veces las consecuencias locales de la globalización afectan a sus respectivos espacios, resultando a menudo en fragmentación entre inclusión y exclusión y promoviendo la ampliación de las desigualdades sociales, económicas y ambientales, según Coy²⁰².

Por otra parte, la dogmática procesal tradicional construida sólo para resolver conflictos individuales, no se equipara con eficacia a los daños ambientales. El Estado constitucional debe facilitar el acceso del ciudadano a la justicia ambiental no sólo creando nuevos instrumentos de defensa, sino sobre todo dando una interpretación adecuada a los instrumentos procesales ya existentes como la Acción Civil Pública y la Acción Popular, para conferirles la verdadera amplitud y potencialidad. Dentro de este contexto, el papel del poder judicial es aún más importante en la realización del derecho fundamental a un medio ambiente sano y al deber fundamental de protegerlo para la construcción de este verdadero Estado constitucional ecológico²⁰³. El Estado debe cumplir con el deber de informar y con la transparencia administrativa, facilitando la resolución de conflictos en el ámbito extrajudicial, ya que calificando las políticas públicas, los ciudadanos y otros

²⁰² DE Mello-Théry, Neli Aparecida. "Meio ambiente, globalização e políticas públicas". *Rev. Gestão & Pol. Públicas* 1(1):133-161, 2011, p. 145-146. Disponible en: <<http://each.uspnet.usp.br/rgpp/index.php/rgpp/article/viewFile/7/9>>. Acceso el: 1º enero 2014.

²⁰³ BODNAR, Zenildo. O Dever Fundamental de Proteção do Ambiente e a Democratização do Processo Judicial Ambiental. Disponible en: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf>. Acceso el 1º de octubre de 2010.

legitimados en las cuestiones ambientales no precisarán ayuda del poder judicial de forma compulsiva. La responsabilidad ambiental intergeneracional debe ser una constante en la administración estatal, muchas veces preocupada exclusivamente por los factores económicos de corto plazo. De ahí la importancia de órganos como el Ministerio Público (órgano correspondiente a la Fiscalía en España) en la defensa de los derechos fundamentales.

Resultan imprescindibles, además, los instrumentos de control para fijar normas, reglas, procedimientos y patrones determinados para las actividades con finalidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos de la política en cuestión²⁰⁴. Como ejemplos de instrumentos control de las políticas públicas ambientales cabe destacar la fiscalización ambiental, las licencias ambientales, la prohibición o restricción de actividades, las especificaciones tecnológicas, el control de los recursos naturales, el establecimiento de patrones de calidad, el control o restricción de productos y actividades y el estudio de impacto ambiental, entre otros.

La actuación de los órganos ambientales ejerciendo la función de control puede ser preventiva o represiva, pero en ambos casos demanda un alto coste de implementación, aún más como resultado de la dificultad de acceso para la efectiva fiscalización de las actividades de degradación en general. Por lo general, la actuación de los órganos de control es reactiva, de manera que la expansión de sus actividades es normalmente resultado de la agravación de problemas no resueltos²⁰⁵. Debido a la característica reactiva - que no coincide con los principios de derecho ambiental, en particular el de prevención y de precaución, además de los ya mencionados problemas de escasez de recursos humanos, dificultad de fiscalización y

²⁰⁴ DE OLIVEIRA NUSDEO, Ana Maria. "O Uso de Instrumentos Econômicos nas Normas de Proteção Ambiental". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, V. 101, p. 357-378, jan./dic., 2006, p. 365.

²⁰⁵ JUNQUEIRA LUSTOSA, Maria Cecília; CÁNEPA, Eugenio Miguel; FRICKMANN YOUNG, Carlos Eduardo. "Política Ambiental". En: HERMANN MAY, Peter; JUNQUEIRA LUSTOSA, Maria Cecília; DA VINHA, Valéria (org) *Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, pp. 135-153, p. 151

alto coste de implementación- ganan cada vez más espacio los medios alternativos de políticas públicas, instrumentos como la educación ambiental y la mediación de conflictos.

3.3 MEDIACIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL

La mediación se ha mostrado un campo fértil merecedor de atención por parte de la sociedad y del sistema jurídico actual. Si la sociedad de información (y tecnológica) prima la divulgación de datos, ampliación de comunicación y transparencia, la ciencia jurídica y el Estado (modo general) no pueden renunciar a ese instrumento capaz de apaciguar conflictos e intereses. La mediación se presenta como un mecanismo de gestionar los conflictos con la orientación de facilitar la comunicación entre las partes que tienen el conflicto, fomentar la participación activa, disminuir los conflictos de intereses, promocionar el debate y la información, en un marco social, económico, político y jurídico presidido por la globalización y el multiculturalismo. El medio ambiente puede beneficiarse de esta herramienta marcadamente democrática, incluso para dar “voz popular” a la elaboración y ejecución de políticas públicas.

Son las propias partes las que, con la ayuda de un mediador, deciden su conflicto. Tal instituto ha sido concebido como un mecanismo de colaboración con la resolución judicial de disputa de intereses, junto a la conciliación (negociación, transacción) y el arbitraje²⁰⁶. La práctica de la mediación (o negociación colaborativa) se presenta como un proceso en el que un tercero, neutral, asiste a un conflicto de manera consensuada y colaborativa. Las diferencias son recolocadas en términos de intereses con el fin de que los propios involucrados puedan llegar a una

²⁰⁶ HUFF THEODORO, Suzi. *et. al.* Gestão ambiental: uma prática para mediar conflitos Socioambientais. Disponible en: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd25/theodoro.pdf>>. Acceso el: 08enero 2014, p. 11.

decisión satisfactoria, presidida siempre por el principio de voluntariedad²⁰⁷. Esta técnica de tratamiento (resolución) de conflictos puede acabar en una falta de acuerdo. Sin embargo, habrá servido para prepara mejor a los involucrados para la actuación en un posible proceso judicial, dado que da la oportunidad a los interesados de identificar los puntos controvertidos en discusión.

La “razón de existir” de la mediación es el conflicto de intereses que, en el ámbito ambiental, puede producirse de las formas más diversas como, seguidamente vamos a analizar. Aún así, observamos que la tensión más evidente reside en la escasez, límite y explotación económica del medio ambiente.

Partiendo de la premisa de que la mediación existe porque hay conflictos, se hace necesario comprender el significado de este instituto, especialmente del ambiental o socioambiental (como la mayoría de los autores viene nominando). La noción general que se tiene del conflicto, incluyendo el social, suele asociarse a aspectos negativos de la vida. En la Teoría Social, los abordajes sobre este tema se encuentran divididos en dos enfoques: uno que lo acepta en un sentido analítico; y otro que lo rechaza, centrándose en cuestiones de orden y en el acuerdo social. En la línea del primer enfoque cabría destacar a autores como T. Hobbes, para quien el contrato social solamente es posible por medio de la coerción, dada la lucha de todos contra todos; también C. Marx que dirige su análisis a la cuestión de los conflictos de clase. La perspectiva que rechaza el conflicto puede encontrarse en las ideas de J.J. Rousseau (con la imagen de la sociedad armónica), en I. Kant (con la noción de imperativo moral), y en E. Durkheim (en la perspectiva naturalista del orden social), a título de ejemplo²⁰⁸.

²⁰⁷ CARAM, María Elena et al. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006. p. 33.

²⁰⁸ CARVALHO, Giane Alves. “Conflito, violência e tragédia da cultura moderna: reflexões à luz de Georg Simmel”. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 1. Ed. 2, 2007, p. 150-163. p. 151-152.

La visión sociológica de Simmel rompe con esa dicotomía, atribuyendo al conflicto una importancia social no vinculada al aspecto positivo o negativo, exclusivamente, puesto que toda acción recíproca entre seres humanos es una forma de socialización. La sociedad, así, sería el resultado de categorías de acción recíprocas, como armonía y desarmonía, asociación y competición, favor y desfavor, estando, por tanto, ambas dotadas de un valor positivo. El conflicto, asimismo, adquiere un significado unificador, no existiendo ninguna unidad social en que las direcciones convergentes de sus elementos no estén inseparablemente mezcladas con otras divergentes. Por ello, no sería real un grupo absolutamente armónico, donde no pudiera producirse ningún proceso vital propiamente dicho²⁰⁹.

El conflicto forma parte de la naturaleza humana, lo que no significa que sea siempre buena o siempre mala. Todo conflicto trae una posibilidad de cambio y transformación para el ser humano, de las relaciones más agradables hasta el destino de naciones. Cada persona analiza el conflicto de acuerdo con sus convicciones personales, con la cultura, con el bagaje que lleva. El mediador debe preocuparse por comprender las ansiedades, la carga emocional y las acciones de las personas involucradas para conseguir que las cada parte se ponga en el lugar del otro²¹⁰.

En la esfera ambiental, los conflictos socioambientales han sido objeto de los más diversos enfoques. Para Libiszewski, tendrían su raíz en el desequilibrio entre la explotación y la reposición de los recursos naturales. Afirma el citado autor que los conflictos ambientales tienen como características comunes el hecho de ser consecuencia de la escasez de un recurso, determinado por un trastorno en su ritmo normal de regeneración, provocado por la acción económica. Asimismo, los efectos

²⁰⁹ SIMMEL, Georg. *Sociología: Estudios sobre las formas de socialización*. Vol 1. Madrid: Alianza Editorial. 1977, p. 265 y ss.

²¹⁰ SCHIRMER, Candisse; DUTRA TRENTIN, Taise Rabelo. “A mediação como política pública de tratamento adequado de conflito de interesse: um novo paradigma de acesso à justiça”. *IX Seminário internacional demandas sociais e políticas na sociedade contemporânea e V Mostra de trabalhos jurídicos científicos*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012. DUTRA TRENTIN, Taise Rabelo; STAIRN PIRES, Nara Suzana. “Mediação socioambiental: Uma Nova Alternativa para a Gestão Ambiental”, cit., p. 147.

sociales adversos, como reducción de la producción agrícola, migración de la población, declinación económica, debilitación de las instituciones y relaciones sociales, entre otros, sólo se configurarían como conflictos socioambientales cuando surgen de los desequilibrios ambientales, como resultado de actividades antropogénicas. Por tanto, desde esta concepción, no se puede asumir que todas las tensiones que implican los recursos naturales desemboquen en conflictos socioambientales. Debe haber tensión social y desequilibrio ambiental²¹¹.

Édis Milaré hace una relación entre la crisis ambiental y los conflictos sociales, dado que los hombres, para satisfacer sus múltiples necesidades (que son ilimitadas) luchan por los bienes naturales, que son limitados. Este fenómeno ayuda a entender la naturaleza de los litigios humanos. Sin embargo, apenas se toma en consideración para analizar la construcción de la paz social. Las disputas socioambientales están en la raíz de los problemas que se establecen en las comunidades locales y en la sociedad global. Por lo tanto, para el autor, “los conflictos no pasan, por regla general, de disensiones entre países o naciones en la búsqueda del control sobre los bienes esenciales y estratégicos de la naturaleza”. Debe haber una conciencia de que el desorden ecológico, ciertamente, no producirá vencedores, sino sólo perdedores. De ahí la necesidad del desarrollo sostenible en cooperación entre las naciones²¹².

En este contexto, conviene destacar que, por regla general, la extracción de los recursos naturales en una parte del globo en beneficio de otro, genera a su vez un riesgo global, frente a la certeza científica de que la misma parte beneficiada sufrirá con los daños ecológicos en amplia escala producidos por la exigua educación ambiental, contaminación y extracción salvaje y descontrolada (calentamiento

²¹¹ LIBISZEWSKI, Stephan. *What is an environmental conflict?* Zurich: Center for Security Studies, 1992, p. 14. *Apud.* BRITO DAGUINETE, Maria Chaves et. al. Conflitos socioambientais no século XXI. In. Revista de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP. Macapá/Brasil, n. 4, p. 51-58, dic. 2011, p. 53.

²¹² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 56 e ss.

global). Además, de la pobreza originada por la desigualdad socioambiental surgen otros problemas sociales relacionados con la ilegalidad, tales como el narcotráfico, la ocupación por explotación de tierras públicas, el tráfico de armas, de personas, la extracción ilegal de madera nativa, la biopiratería, el trabajo esclavo, entre otros.

Los conflictos socio-ambientales pueden implicar aspectos materiales e inmateriales. Esta característica es evaluada como la incompatibilidad de intereses en el uso del mismo territorio o por el uso de los recursos naturales entre los individuos o grupos independientes. Cuando se producen las disputas por los recursos ambientales, las partes afectadas, al perseguir estrategias para lograr sus objetivos, pueden intentar interrumpir las actividades de sus oponentes²¹³.

Ante esta diversidad de enfoques contradictorios, N. Belloso Martín²¹⁴ cita casos concretos de conflictos ambientales y presenta algunas características en común entre ellos, indicadas en el "Libro Blanco de la mediación en Cataluña":

[...] la instalación de infraestructuras energéticas (parques eólicos, centrales de ciclo combinado, líneas eléctricas de alta tensión, macrocentrales solares, centrales nucleares); la instalación de infraestructuras de gestión de residuos (vertederos, incineradoras, ecoparques); el planeamiento urbanístico (diferentes construcciones, polígonos industriales, urbanizaciones, hoteles, campos de golf, puertos deportivos, pistas de esquí); la construcción de infraestructuras de comunicación (trenes de alta velocidad, ejes viarios, ampliaciones de aeropuertos); la gestión de recursos naturales (trasvases); fenómenos de contaminación (del aire, del agua, del suelo, vertidos de origen ganadero, de origen agrícola); catástrofes naturales (incendios forestales) y otros muchos. [...] Los conflictos ambientales se caracterizan por unos determinados rasgos: a) Foros múltiples para la toma de decisiones; b) involucran acciones colectivas (interorganizacionales, en oposición a interpersonales); c) los intereses y derechos en presencia suelen ser de tipo supraindividual (colectivos o difusos); d) multipartes; e) complejidad temática; f) complejidad técnica e incertidumbre científica; g) desigual distribución de poder y recursos (para la negociación); h) el proceso se

²¹³ JONG, Wil de. et. al. *Los bosques amazónicos en la encrucijada: presiones, respuestas y desafíos*. (Traducción: Daniel Nash). Finlandia: Tammer-Print, 2011, p. 18.

²¹⁴ BELLOSO MARTÍN, Nuria. "Un Nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental "sostenible". *I Seminario Internacional de Mediação De Conflitos e Justiça Restaurativa* (22 e 23 de agosto). Santa Cruz do Sul/Brasil. UNISC.

desarrolla en el ámbito de lo público; i) afecta a actores que no están presentes.

Las tensiones socioambientales se acaban dirimiendo, generalmente, por el Poder Judicial y por la Administración Pública. La mediación se presenta, por tanto, como un instrumento capaz de evitar la burocratización de los conflictos, ya sea por la rapidez en la resolución, ya sea por la disminución de los costes relacionados con el conflicto, además de representar una resolución consensuada. Sin embargo, la principal ventaja que consideramos más relevante es el diálogo.

La mediación no se presenta como una mera alternativa al proceso sino que pretende ser una herramienta de colaboración con la Administración de Justicia y el Poder Judicial. En una buena parte de los casos, es la única forma de gestionar un conflicto que permitirá llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes (solución consensuada). La mediación consigue ir más allá que la decisión judicial, ya que ataca la raíz del problema, de la disputa. La función de la mediación es la de establecer un puente de comunicación para que los intereses contrapuestos puedan ser identificados y trabajados, para intentar llegar a una solución pacífica. En este sentido, Achicharres apunta que:

Es indiscutible la importancia de la mediación como modelo que se expande en el seno de la sociedad, como mecanismo válido en la solución de los conflictos. Por eso, la confianza gradualmente viene aumentando en los instrumentos menos formales, directos y rápidos en el servicio del derecho exigido por el ciudadano. Por otra parte, creemos en un programa que puede ser desarrollado y puesto en práctica junto con la organización del Poder Judicial, como un importante instrumento de los órganos encargados de la solución de los conflictos y preocupados por el más amplio acceso a la justicia. (...) A pesar de que no esté contemplado como texto legal, es un instrumento jurídico puesto a disposición de la sociedad y del Poder Judicial para hacer viable un paradigma de justicia²¹⁵.

En el ámbito político y en la administración pública, la realidad brasileña ha mostrado que la “teórica” democracia se materializa sólo con el sufragio (además de

²¹⁵ TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 168 (citada tomada de DUTRA TRENTIN, Taise Rabelo; STAIRN PIRES, Nara Suzana. *Mediação socioambiental: Uma Nova Alternativa Para a Gestão Ambiental*”. cit., p. 151).

otras herramientas de participación directa, como el referéndum). Con raras excepciones se encuentran administraciones transparentes (a pesar de las leyes que obligan a divulgar las cuentas públicas) y no hay diálogo con la población. Decisiones de despacho sin conocimiento de la realidad local también son una incómoda realidad. Creemos que se pueden construir políticas públicas a partir de la mediación y del diálogo directo. En este sentido, el “Libro Blanco de la Mediación en Cataluña” apunta que una “administración relacional” debe construir las políticas públicas desde el diálogo, transformando las experiencias analizadas en aproximaciones sistematizadas, generando, de esta forma, un protocolo de actuación para abordar los conflictos dentro de una lógica relacional. Este Protocolo debe ser una herramienta flexible, adaptándose a las más variadas situaciones, dado que los conflictos difieren de acuerdo con la región, intereses, proceso económico local, etc.²¹⁶.

Como ya hemos visto anteriormente, cobra fuerza la idea de que las políticas públicas ambientales deben evolucionar hacia un concepto de gestión ambiental (conjunto de acciones que implican políticas públicas, el sector productivo y la sociedad con el objetivo de incentivar el uso racional y sostenible de los recursos ambientales). Motivo por el cual la mediación tiende a encontrar cada vez más espacio. Es que la gestión ambiental tiene por objetivo ordenar las actividades humanas para que éstas originen el menor impacto posible sobre el medio. Esta organización va desde la elección de las mejores técnicas hasta el cumplimiento de la legislación y a ubicación correcta de los recursos humanos y financieros. Sobre la gestión de los recursos ambientales, Huff Theodoro apunta:

Cuando un determinado recurso se aproximaba al agotamiento, el avance tecnológico garantizaba su sustitución por nuevos materiales. Sin embargo, esta medida no bastó para minimizar los problemas causados por el acabamiento de los recursos. Se percibió que para garantizar el

²¹⁶ *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, 2010*. CASANOVAS, Pompeu et. al. (directores). España: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 734. Disponible en: <<http://llibreblancmediacio.com>>. Acceso el 07 de enero de 2014, p. 742.

suministro por un período más largo, era necesario que se ajustase la demanda a un ritmo más próximo al de la naturaleza. Se puede decir que fue desde esta percepción, aliada a la crisis del modelo de desarrollo, fundamentado según las reglas de la economía, que surgió la necesidad de buscar un nuevo modelo de explotación de los recursos ambientales. Esta estrategia trajo, como consecuencia, una serie de obstáculos relativos a la implementación de lo que pasó a llamarse gestión ambiental. La gestión ambiental puede definirse de diversas modalidades, dependiendo del objetivo que se intenta calificar. De un modo general, se puede decir que ella tiene la función de delinear, controlar, coordinar y formular acciones para que se alcancen los objetivos previamente establecidos para un dado lugar, región o país. En la mayoría de las veces, la gestión ambiental actúa como una importante práctica para alcanzar el equilibrio de los más diversos ecosistemas. Equilibrio éste, que implica las cuestiones naturales, pero, también, las dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, entre otras²¹⁷.

Por otra parte, si el medio ambiente es deber todos, incluso del Estado, el propio Estado no sólo debe de abstenerse de degradar el ecosistema sino fomentar la gestión ambiental con el fin de preservar el medio ambiente. Sin embargo, todavía se percibe falta de diálogo en estas medidas gubernamentales, e pesar de que la comunicación es primordial para el desarrollo y la administración pública sostenible, buscando un nuevo paradigma (construcción desde el diálogo). Lamentablemente, los Estados aún no están debidamente estructurados para implementar esta gestión ambiental relacional. Como indica el *Libro Blanco de la Mediación de Cataluña*, de 2010, faltan servicios especializados en mediación socioambiental, además de carencias en la sistematización y desarrollo de protocolo específico²¹⁸. Por lo tanto, habría espacio, incluso, para el trabajo de organizaciones no gubernamentales (ONG's), para ayudar a paliar esta laguna.

Existen muchos otros desafíos que deben ser superados por la mediación ambiental, comenzando por la propia aceptación (o falta de ella) y sumisión de la población al instituto en sistemas jurídicos de superioridad positivista, además de la

²¹⁷ HUFF THEODORO, Suzi. *et. al.* Gestão ambiental: uma prática para mediar conflitos Socioambientais. Disponible en: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd25/theodoro.pdf>>. Acceso el: 08enero 2014, p. 3-4.

²¹⁸ *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, 2010*. CASANOVAS, Pompeu et. al. (directores). España: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 61. Disponible en: <<http://llibreblancmediacio.com>>. Acceso el 07 de enero de 2013.

falta de fuerza coactiva para cumplimiento, dificultad esta constatada en numerosos documentos de ámbito internacional. Hay quien defiende la necesidad de aprobación de legislación que encuadre la mediación en límites éticos y jurídicos, ante del riesgo de posibles abusos. El sistema de derechos fundamentales, por sí sólo, ya desempeña esta función delimitadora. Resoluciones derivadas de la mediación que chocan con los principios del orden jurídico, principalmente los fundamentales, deberían ser reexaminados en caso de disonancia.

En cuanto a las licencias y a la evaluación ambientales, Brasil y España - con la “Ley 21/2013”- poseen una legislación muy aproximada sobre la necesidad de un procedimiento administrativo dirigido a identificar un impacto ambiental a favor de la sostenibilidad de las iniciativas. Tanto en Brasil como en España existen mecanismos que permiten el diálogo en el ámbito ambiental para proyectos de impacto ambiental. En ámbito español, el artículo 2,” i” de la ley 21/2013, al tratar los principios de la “evaluación ambiental” prevé la participación pública. Los artículos 34 y 37 de la citada ley, prevén la consulta de las personas implicadas como parte del procedimiento administrativo en los estudios de impacto ambiental, aumentando la participación popular y posibilitando el diálogo. El Ministerio Público deberá estar atento para defender los intereses legales y difusos en casos de abuso y/o irregularidad.

Podemos identificar una visión eminentemente antropocéntrica en la relación medio ambiente natural y mediación, en la medida en que resulta claro el conflicto entre necesidades humanas y recursos naturales escasos. Es evidente la imposibilidad de un diálogo directo con los ecosistemas, de ahí la conveniencia de realizar estudios más exhaustivos para una mejor comprensión de estos fenómenos. Por lo tanto, el respeto ambiental, en este campo, parte indudablemente de la visión humana, antropocéntrica, pero deberá, por equidad, ser pautaada no sólo por la máxima de la proporcionalidad, sino también por la racionalidad basada en la

solidaridad/fraternidad – no sólo humana, sino ecológica -, convergiendo en la sostenibilidad.

Otro problema (o limitación) enfrentado se refiere a la titularidad del objeto en conflicto (ambiental). No hay duda de que el mismo será más elástico y omnicomprendivo en el ámbito de la mediación en conflictos individuales (la herramienta es importante en conflictos que implican un tracto sucesivo, cuestiones penales, familiares, riñas entre vecinos, etc.). Abarca también discusiones que involucran los derechos individuales homogéneos, aunque estos puedan ser discutidos en tutelas colectivas (que, dependiendo de la legislación adoptada en cada país, podrá limitar el objeto de la mediación –discusión que conlleva la disponibilidad o indisponibilidad del derecho por tratarse de tutela colectiva-). El macrobien ambiental es de naturaleza difusa.

Inclusive, hemos defendido en el transcurso de este trabajo de investigación, que cabría la posibilidad (como ejemplo hipotético que presentamos), en la disputa de derechos colectivos (*stricto sensu*) ligados a grupos identificables (aunque el derecho es, en teoría, indisponible) de que se diera la posibilidad de que el grupo implicado – de forma unísona - abdicara en derecho propio, como en el caso de una comunidad que apruebe la demolición de un edificio de importancia histórica, para una determinada comunidad, a favor de obras de movilidad urbana. En relación a esta temática, analizaremos, más adelante, la conveniencia de utilizar la mediación como forma de gestionar los conflictos e intereses de grupos indígenas en cuanto comunidad identificada (grupo específico, como los *kaingangs* situados en un determinado municipio de Rio Grande del Sur/Brasil).

Por ahora, analizaremos la cuestión del macrobien (visión armónica del valor medio ambiente protegido). Al tratarse de un derecho difuso y fundamental, es indisponible, limitando considerablemente el ámbito de negociación. Habrá una mayor discreción en la forma de ejecución de medidas reparadoras de daños,

conflictos o prevención y precaución de riesgos ambientales. Las otras dimensiones del medio ambiente (artificial, del trabajo, etc.) comportan una mayor posibilidad de negociación, especialmente cuando las partes puedan ser identificadas. Si los derechos fundamentales evolucionan hacia una visión metaindividual, sería conveniente que la población experimentara nuevos instrumentos (amplias y efectivas) de participación popular (más aún cuando determinan las personas en situación de conflicto), que conjetura para una nueva visión de ciudadanía. En este sentido, N. Belloso apunta que no se trata tanto de buscar un nuevo concepto de ciudadanía sino de buscar un método que posibilite una mayor libertad y un ejercicio eficaz de los derechos fundamentales²¹⁹.

El *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* especifica que el conflicto generado en torno a políticas públicas se manifiesta no de manera individual, sino colectiva (*lato sensu*). Son, por tanto, intereses sociales que van más allá de la noción de persona individualizada. La apertura de este canal de comunicación entre la población y el Estado a través de la mediación, además de permitir una mayor aproximación entre gobierno y gobernados, aumenta el nivel de satisfacción popular, una eficaz gradual concreción y efectividad de las políticas públicas, y permite que se “vaya más allá de la clásica aplicación del principio de autoridad de la administración”.

Si el bien ambiental en cuestión es de titularidad difusa²²⁰, los conflictos deben ser preferiblemente decididos en el ámbito de las leyes de evaluación ambiental para iniciativas de impacto ecológico. Estas leyes ya permiten la participación popular. Estando el bien público en juego, es saludable la participación

²¹⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Os Novos Desafios da Cidadania*, cit., p. 110.

²²⁰ En este sentido, N. Belloso Martín apunta que “los derechos de tercera generación vuelven a poner en primer lugar la nota de inalienabilidad y reclamando una administración responsable, mucho más fuerte que en las anteriores generaciones. Se trata de evitar que se produzcan daños irreversibles de carácter colectivo o social, que podrían acabar con nuestra especie. La exclusividad y la disponibilidad caen cuando lo que se trata de defender es la vida humana o los recursos naturales (MARTÍN, Nuria Belloso. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”. cit., p. 211).

popular (principalmente de los implicados) en la evaluación de impacto ambiental que, incluso, está prevista en la ley, lo que permite la construcción de la gestión y de política públicas a partir del diálogo, función primordial de la mediación. Además, no se puede alejar la idea de participación de mediadores en conflictos de naturaleza difusa (hecho que podría mitigar el propio concepto original de mediación), principalmente cuando la legislación patria no exige una audiencia pública a la puesta en marcha de determinadas iniciativas, lo que puede producirse en la hipótesis de que los peritos no constaten la existencia, en un determinado proyecto de actividad económica, de un riesgo o impacto ambiental significativo (dada la dificultad para entender los sistemas naturales).

Incluso en países como Brasil ya existen importantes mecanismos extrajudiciales de conflictos implementados por el Poder Público, como es el caso de la herramienta "Término de Ajuste de Conducta (TAC)²²¹". La suma de las herramientas, que permiten el diálogo y la reducción de la burocracia ayuda en la construcción de una gestión pública sostenible. Por otra parte, para que este escenario

²²¹ Los términos de ajuste de Conducta o TACs, son documentos firmados por partes que se comprometen, ante el Ministerio Público, para cumplir ciertas condiciones, para resolver el problema que están causando o para compensar los daños y los perjuicios ya causados. Los TACs anticipan la resolución de los problemas de una forma mucho más rápida y eficaz que si el caso fuera a juicio. Rápida, porque una acción judicial generalmente lleva años hasta llegar a la decisión judicial definitiva en razón de los numerosos recursos existentes; y eficaz, porque los derechos protegidos en el área de la Tutela Colectiva, por su propia naturaleza, necesitan soluciones rápidas, bajo pena de que el daño se convierta en definitivo e irreparable. Es evidente que, en algunos casos, si la parte demandada no cumple el acordado, el MPF se verá obligado a llevar el caso a la Justicia. La diferencia con respecto a los acuerdos judiciales es que éstos se firman durante la acción judicial ya propuesta, y, por eso, deben ser homologados por el juez federal que preside el juicio de la causa. Pero, tanto el TAC como el acuerdo judicial tienen el mismo objetivo: abrevian el proceso, con la firma de un compromiso de la parte demandada, concordando con lo que es propuesto por el Ministerio Público. Si esta parte incumple el acuerdo, no cumpliendo con las obligaciones que asumió, el procurador de la República puede solicitar su ejecución, para que el juez obligue a su cumplimiento. Disponible en: < <http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta> >. Acceso el 09 de enero de 2014.

sea posible, se necesitan ciudadanos informados y conocedores de la educación ambiental²²².

Al concluir estas breves consideraciones, conviene destacar algunas de las ventajas que implica recurrir a la mediación en conflictos ambientales: a) construcción de políticas públicas a través del diálogo; b) posibilidad de poner en marcha nuevas perspectivas en la gestión ambiental; c) ampliar el nivel de participación y educación ambiental; d) facilitar el diálogo y la resolución de la raíz del problema; y) propiciar la paz social; f) permitir el pluralismo social; g) fortalecer las resoluciones internacionales (que carecen de fuerza coagente - *soft law*); (h) posibilidad de equidad entre las partes; i) ayudar en el proceso de la sociedad pluralizada; j) fortalecimiento de la ciudadanía.

3.4 LA TUTELA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN UN MEDIOAMBIENTE SOSTENIBLE

Las aspiraciones de los ciudadanos no se limitan a los intereses vinculados a la titularidad supraindividual, no individualizada. Incluyen también los intereses de las minorías insertadas en el seno social que, en muchos casos, necesitan de acciones afirmativas para el pleno desarrollo humano. Esta categoría incluye a los pueblos indígenas que, en buena parte de los países latinoamericanos y, concretamente en Brasil, están integrados en un grupo más amplio 'Pueblos y Comunidades Tradicionales' (de los cuales forman parte también los *quilombolas* –cimarrones-, las “comunidades de *terreiro*”, los extrativistas y recolectores, los ribereños, los

²²² Existe una serie de otros problemas que implican la mediación, los límites y la resolución de los conflictos. *Vid.* BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Un nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental “sostenible”. cit. También, *vid.* DUTRA TRENTIN, Taise Rabelo; STAIRN PIRES, Nara Suzana. *Mediação socioambiental: Uma Nova Alternativa para a Gestão Ambiental*. cit.; también, HUFF THEODORO, Suzi. et. al. *Gestão ambiental: uma prática para mediar conflitos Socioambientais*. Disponible en: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd25/theodoro.pdf>>. Acceso el 08 de enero de 2014.

caboclos, los pescadores artesanales, etc.). La normativa que establece el concepto de estas comunidades es el Decreto N° 6.040/07, que por ser un acto administrativo, de efecto meramente regulador y/o o de ejecución, ha sido objeto de numerosas críticas en la doctrina, ya que considera que la materia debería ser contemplada por una ley en un sentido formal²²³. El citado decreto define los pueblos y las comunidades tradicionales como los grupos culturalmente diferenciados (y que se reconocen como tales) que poseen formas propias de organización social, que ocupan y usan territorios y recursos naturales como condición para su reproducción cultural, social, religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generados y transmitidos por la tradición²²⁴.

Poseen en común (derechos transindividuales y de minorías) la marca de la rápida evolución tecnológica experimentada por el hombre. El fortalecimiento del sistema capitalista, de impronta individualista, culminó en la superioridad de los intereses económicos y en el tratamiento masificado del ser humano (los problemas sociales comenzaron a ser vistos bajo la óptica de conflictos de masa), además de la imposición de barreras a la democracia, la ciudadanía y el diálogo. Justificada, por lo tanto, la aparición de las tutelas colectivas (entre otros motivos) y la aparición de grupos frágiles en el orden social, los pueblos indígenas encajan en el grupo que necesita una “acciones afirmativas²²⁵” para lograr (por lo menos) la posibilidad de

²²³ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 618.

²²⁴ BRASIL. *Legislação Federal do Brasil*, Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007. *Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acceso el 10 de enero de 2014.

²²⁵ Políticas públicas (y privadas) dirigidas a la concreción del principio constitucional de la igualdad material y a la neutralización de los efectos de la discriminación racial, de género, de edad, de origen nacional y de complejión física. En su comprensión, la igualdad deja de ser simplemente un principio jurídico que ha de ser respetado por todos, y comienza a ser un objetivo constitucional a ser alcanzado por el Estado y por la sociedad. Impuestas o sugeridas por el Estado, por sus entes vinculados e incluso por entidades puramente privadas, tienen por objeto combatir no solamente las manifestaciones flagrantes de discriminación, sino también la discriminación de hecho, de fondo cultural, estructural, enraizada en la sociedad. De impronta pedagógica y no raramente impregnadas de un carácter de ejemplaridad, tienen como meta, también, pretenden engendrar las transformaciones culturales y sociales relevantes, capaces de inculcar en los actores sociales la utilidad y la necesidad de la

igualdad material. En este proceso, que requiere la identificación de los sujetos vulnerables y la previsión de los derechos y la adopción de medidas específicas para cada grupo de "segregados (tanto social como económicamente)", Peces-Barba y Norberto Bobbio han acuñado la definición de "concreción" o "especificación"²²⁶ para identificar esta fase de evolución de los derechos humanos.

Los conflictos tratados en el presente estudio son de naturaleza social. Por lo tanto, el objetivo del Estado contemporáneo no es 'post-social', precisamente por la falta de concreción y la escasez de la realización de los derechos fundamentales sociales (de segunda generación). El deseado estado de bienestar queda incompleto, dejando la mayor parte de la población mundial sin acceso a los derechos sociales básicos, especialmente en la realidad de los países en desarrollo. Por lo tanto, ante los nuevos retos (en particular la crisis ambiental sufrida), se impone la necesidad de construir un 'Estado Socioambiental del derecho', que representa otro paso en el camino iniciado con el Estado Liberal -a pesar de la importancia de las formulaciones jurídicas y políticas de las organizaciones corporativas que lo precedieron-²²⁷.

Consideramos que los anhelos de las minorías están más relacionados con los derechos fundamentales (ámbito interno) que con los derechos humanos (internacional), puesto que dependen del análisis de cada contexto social para que el Estado identifique los grupos en situación de riesgo y las necesidades locales y

observancia de los principios del pluralismo y de la diversidad en las más distintas esferas de la convivencia humana. Por otra parte, constituyen, por así decir, la más elocuente manifestación de la moderna idea del Estado promotor, activo, he aquí en su concepción, implantación y delimitación jurídica participan todos los órganos estatales esenciales, ahí incluyendo el Poder Judicial, que ahora se presenta en su tradicional papel de guardián de la integridad del sistema jurídico como un todo y especialmente de los derechos fundamentales, ahora como institución formuladora de políticas destinadas a corregir las distorsiones provocadas por la discriminación (BARBOSA GOMES. Joaquim B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Disponible en: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acceso el 21 de octubre de 2013.

²²⁶ Junto a las fases de positivación, generalización y universalización de los derechos humanos, en la actualidad estamos asistiendo a la fase de "especificación" de los derechos, bien sea por razones de la titularidad (mujeres, niños, comunidades indígenas, como en este caso) o de los bienes protegidos (PECES-BARBA, Gregorio et. al. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid : Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 180).

²²⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. cit., p. 93 e ss.

regionales para realizar las políticas públicas, dirigidas a la igualdad material, *in casu*. Aunque haya discusión en torno a la pertinencia de acciones afirmativas, las mismas se muestran como importantes herramientas de corrección de las distorsiones históricas.

Conforme a la definición de Helder Girão Barreto²²⁸, indio es todo ser humano que se identifica y es identificado como perteneciente a una comunidad indígena; por tanto, los derechos indígenas son derechos humanos. No dependen, pues, del reconocimiento por parte del Estado, de la inserción en Constituciones e incluso de la existencia de instrumentos que les protejan de ataques por parte del Poder Público o por particulares.

Esta posición se debe interpretar en su sesgo integrado y universalista. Los indios, en cuanto miembros de la raza humana, son independientes de previsiones específicas que les reconozcan un *status* social. Los derechos humanos deben partir de la igualdad intrínseca, lo que induce a pensar en la solidaridad, la integración, la preservación cultural y la paz entre los pueblos. Sin embargo en un plano interno (bajo la tutela de los derechos fundamentales) consideramos beneficiosa la aplicación de medidas específicas (acciones afirmativas) para ciertos grupos, como las minorías, en situación de vulnerabilidad social con el fin de que se proporcionen los mecanismos en favor del desarrollo humano (y social) completo.

Además, dentro de los grupos que más necesitan medidas estatales protectoras, están los indios, especialmente en Brasil. Alejados del proceso económico, o mejor dicho, de los beneficios del proceso económico (dado que soportan las externalidades negativas) sus intereses han tenido un tratamiento distorsionado por las políticas públicas a lo largo de la historia. Luzia Colaço recuerda que, aunque ya se reconozca la protección de las tierras ocupadas por los

²²⁸ GIRÃO BARRETO, Helder. *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 97.

pueblos tradicionales, sólo con la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, se comenzó a respetar, legalmente, los usos y costumbres (cultura en general) de los silvícolas²²⁹.

La mencionada carta constitucional rompió con la tradición integracionista e individualista, permitiendo a los indios el derecho a seguir siendo un pueblo tradicional, manteniendo la organización de su cultura y estilo de vida para el futuro. Sin embargo, cualquier ruptura de paradigma resulta difícil de implementar. En este caso, dos razones de igual magnitud y profundidad marcan la dificultad: la primera, la legislación anterior tenía como finalidad llevar al indio al modo de vida "occidentalizado"; la segunda, crear un sistema legal colectivista, no integracionista, implica la mezclar de numerosas disposiciones que, en numerosas ocasiones, implican tratar con intereses grandes o pequeños de nacionalidad y ciudadanía.²³⁰ Ante la nueva perspectiva indigenista brasileña, estos pueblos tienen, hoy en día, el poder de elegir su destino, pudiendo optar por su cultura tradicional o bien integrarse en la sociedad. En ambos casos el Estado tiene un papel fundamental, debiendo proporcionar las condiciones para su consecución, lo que en la práctica es más complicado.

En un plano externo, hay que destacar que el primer instrumento del sistema especial de protección de los derechos humanos relacionado con los indios data del 05.07.1957, con la edición de la *Convención 107 de la Organización Internacional del Trabajo* – OIT, que regula la protección de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales de países independientes. La citada Convención fue reputada como uno de los principales textos internacionales protectores de los indios, aunque estuviera arraigada en una visión fundamentalista. Con la evolución de la mentalidad sobre la causa indígena, la Convención 107/OIT comenzó a sufrir una fuerte

²²⁹ LUZIA COLAÇO, Thaís. *Incapacidade Indígena, Tutela Religiosa e Violação do Direito Guarani nas Missões Jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 73-75.

²³⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116.

resistencia, que se ve basada en la propuesta de integración de los indios en la vida de los países (en la cultura no indígena). Por lo tanto, consciente de la mala interpretación ideológica, la OIT realizó un Encuentro de Especialistas, siendo recomendada la revisión y actualización de la Convención 107. En 1989, fue adoptada la Convención 169/OIT, que revisa la Convención 107/OIT, asegurando el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollarse como pueblos diferenciados, en conformidad con sus patrones propios (etapa pluralista)²³¹.

Bajo la égida de la visión pluralista, implementada en Brasil con la Constitución de 1988, se promulgó el Decreto n° 6.040/07 que contemplaba, en el plano interno de la legislación brasileña, la necesidad de políticas públicas pensadas y ejecutadas de forma holística; es decir, de contorno intersectorial, integrado, coordinado, sistemático, de tratamiento interdisciplinar; teniendo como objetivo el desarrollo sostenible de estas poblaciones en sus territorios, además del acceso a los servicios prestados por sus ecosistemas (con el suministro de los recursos naturales tradicionalmente utilizados para atender a sus demandas). El Decreto también proporcionó acceso a los derechos sociales, tales como los servicios de salud adecuados y de calidad, el sistema público de pensiones, la inclusión social, etc. Una característica común entre los países en desarrollo es intento de aplicar las disposiciones legales, especialmente las de naturaleza prestacional, pero que están lejos de convertirse en realidad (el proceso es largo, lento y tortuoso). La 'materialización' de la ley parece, a veces, intangible.

En cuanto a las disposiciones de los derechos sociales y de las políticas de integración social, previstas en el Decreto en cuestión, la situación es precaria por una serie de factores (indignantes) que, relatados, desviarían bastante el foco del presente trabajo de investigación. Sin embargo, la cuestión relativa a las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios es la que servirá como un telón de fondo

²³¹ LEMOS DOS SANTOS. R. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1ª ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 70 e ss.

para el último análisis de la problemática relacionadas con la mediación de los derechos indisponibles o inalienables.

El intrincado tema de la demarcación de las tierras tradicionalmente ocupadas es uno de los conflictos más presentes en la historia moderna de los pueblos indígenas de Brasil. Estos pueblos tienen un interés directo en la preservación del medio ambiente natural. Necesitan los recursos naturales, la preservación de la fauna, de la vida salvaje y de los sistemas ecológicos más allá de la conciencia histórica sostenible que ostentan (en los moldes culturales tradicionales). Para ello, necesitan de un considerable espacio territorial protegido. Aquí está el choque con los intereses económicos. El desarrollo económico agresivo ve a los pueblos tradicionales como un obstáculo de prosperidad industrial, extractoras, de pastoreo, entre otros. Como bien señala Britto Mazur²³²:

En la práctica, sin embargo, muy poco ha cambiado. La división territorial del Estado y la categoría político-administrativa en la que se insertan los pueblos indígenas, en virtud del proceso de colonización iniciado en la región a finales del siglo XV, acaban interfiriendo con el derecho de estos pueblos a administrar sus territorios de manera autónoma. Por lo tanto, es una vergüenza para la territorialidad indígena tradicional, limitar el acceso a las fuentes de sustento y limitar la soberanía de los pueblos indígenas.

Por todo el continente se disemina una dicotomía tan falsa como peligrosa, que ve a los pueblos indígenas, como contrarios al progreso. Esta dicotomía se basa en el falso argumento de que las empresas de explotación económica del medio ambiente y otros proyectos de desarrollo, que sirven a los intereses nacionales, aumentando la renta del país y generando empleos, no pueden ser detenidos por los indios, que representan sólo una parte de la sociedad. Desde este punto de vista, cuando las comunidades indígenas se organizan para exigir que se respeten sus derechos, el Estado y otros agentes no estatales acusan a estas comunidades de obstaculizar el crecimiento de todo el país.

Este posicionamiento está teniendo consecuencias devastadoras para los derechos humanos de los pueblos indígenas del continente.

²³² BRITTO MAZUR, Flavia Lucia Moscal De. "Povos indígenas, desenvolvimento e meio ambiente". *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./dez. 2012). Caxias do Sul, RS : Plenum, 2012, p 154.

El ecosistema urbano no es sostenible, depende, para mantenerse, de la materia prima derivada del medio externo (energía, alimento, tejido, etc.), además de no absorber los residuos que producen (residuos sólidos, contaminación, aguas residuales, entre otros)²³³. Por otro lado, los pueblos tradicionales ocupan la tierra donde, por lo general, los recursos naturales todavía se encuentran en abundancia. El resultado es la constante violencia del Estado (a veces incluso por ineficiencia), en nombre del crecimiento económico travestido de desarrollo²³⁴.

Como resultado de ello, los pueblos indígenas han sido desplazados de sus tierras originales por el agotamiento y la invasión de sus tierras. Migran hacia las periferias de las grandes ciudades, andan entre los pueblos o se establecen en los bordes de las carreteras. Conocen la miseria por el fruto de las dificultades económicas y la discriminación. Además, algunas demarcaciones reducen drásticamente las áreas ocupadas por los indios. Si por un lado las demarcaciones tenían como objetivo el de garantizar un espacio protegido por el Estado, por otro, reducían las extensas áreas que los indios ocupaban y que se liberaban para proyectos de colonización e iniciativas económicas. Y, en las áreas protegidas, que han sido reducidas por la demarcación poco estudiada, afluyen, obligados, otros grupos indígenas (con costumbres diferentes) que vivían en otras áreas.²³⁵. Por lo tanto, es esencial que haya un estudio profundo e interdisciplinar en las políticas públicas de demarcación de tierras.

²³³ MARTÍN, Nuria Belloso. “De la educación ambiental a la imperiosa necesidad de la tutela del medio ambiente”. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./dez. 2012). Caxias do Sul, RS : Plenum, 2012. P 226.

²³⁴ OLIVEIRA FRANCO, Fernanda Cristina de.”Desenvolvimento sustentável, economia ecológica e estado de direito ambiental como limites ao crescimento econômico”. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./dez. 2012). Caxias do Sul, RS : Plenum, 2012, p. 142.

²³⁵ Relatório Azul/2013. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Disponível em:

<http://issuu.com/jefersonfernandes/docs/relatorio_azul_versao_digital__1__780012c4ac6795>.

Acceso el 10 de enero de 2014.

Una vez situada la problemática indígena, conviene precisar que, además de reconocer el derecho originario de los silvícolas a sus tierras tradicionales, la Constitución de 1988 declaró nulos y extintos los actos que otorgasen ocupación, posesión o dominio de esos espacios. Para que los derechos sobre las tierras indígenas puedan ser garantizados y usufructuados es necesaria la demarcación. Este instituto fue desarrollado para determinar los límites de un área a través de marcos físicos. Se trata de una delimitación física que separa distintos habitantes o distintos usos de la tierra. La demarcación de las Tierras Indígenas se presta para establecer fronteras claramente discriminadas y cerradas para los grupos tradicionales, impidiendo la entrada de personas extrañas²³⁶.

La demarcación es un acto secundario. Aunque la tierra indígena no está demarcada, el hecho de que haya ocupación tradicional es suficiente para que las tierras sean protegidas por el Estado. Lo que define a la tierra indígena es la ocupación o posesión o el 'estar' indígena sobre la tierra y la demarcación²³⁷. Este proceso es complejo e implica una acción interdisciplinaria. Sin embargo, reconocida la tierra (como tradicionalmente indígena), los "no-indios" tienen prohibido transitar por la reserva indígena (a menos que se disponga lo contrario por la ley, tales como la presencia del ejército y de los investigadores). En esta tierra demarcada, en numerosas ocasiones, han habitado otras poblaciones no indígenas (colonos y otras personas relacionadas con la actividad agrícola, incluidas las pequeñas empresas). Sin embargo, habida cuenta de la retirada de estos habitantes, no hay espacio para la discusión sobre los méritos de la continuidad de la presencia de no indígenas en sus tierras tradicionales, a pesar de que estuvieran de forma legal.

²³⁶ SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. "A identificação como categoria histórica". In: OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p.171-220, p. 207.

²³⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 148.

Por lo tanto, frente a los derechos indisponibles (incluso los difusos), la mediación tendrá un objeto restringido. Aunque no se discuta el mérito de la retirada de los no indios de las Tierras Indígenas, la forma de ejecución (como por ejemplo, los términos en que se dará el desalojo, los plazos, los métodos, la preocupación por la generación de empleos en áreas habitadas por grupos indígenas más integrados en la forma social mayoritaria, etc.), de estas medidas deberían ser tratadas de forma más flexible, residiendo, aquí, el espacio abierto para la mediación de este conflicto (legalizado). Con la retirada de los que no pertenecen a los pueblos tradicionales, surgen también algunas consecuencias negativas. Muchas de las personas que son desalojadas de su lugar de vida desempeñaban una actividad económica que generaba unos ingresos para los indígenas más integrados en la sociedad nacional. La repentina pérdida de puestos de trabajo conduce a otros problemas para estos lugares, haciendo más frágiles las comunidades y facilitando la instalación de actividades ilegales en tierras tradicionales. Lo que va en contra del proceso de desarrollo sostenible deseado.

El desarrollo concreto de herramientas alternativas para la resolución de conflictos todavía se enfrenta a una dificultad evidente que se combina con los elementos dogmáticos ya asentados en la ciencia del derecho. En este contexto, aunque todavía se limita a la aplicación de soluciones de consenso en sede de los conflictos colectivos, ya es posible percibir el obstáculo causado por una supuesta incapacidad para conciliar la titularidad difusa del bien jurídico en juego con la posibilidad de una composición consensuada del conflicto.

Otra cuestión que conviene destacar es la jurisdicción indígena. La aplicación de una pluralidad jurídica; es decir, la coexistencia entre el Derecho indígena y el Derecho estatal ha tropezado con una serie de dificultades en los países de América Latina, especialmente cuando colisionan con las disposiciones nacionales e internacionales de los derechos humanos. Para Donna Lee Van Cott, existe la visión general (y errónea) de que el Derecho indígena (normas por ellos aplicadas en el seno

de sus comunidades) está compuesto por leyes y procedimientos coherentes, “conocidos y aceptados [por los propios indígenas], que habrían operado al margen del Estado durante siglos [...], [y que] promoverían y protegerían una forma de vida armónica, característica de los pueblos indígenas”²³⁸. Muchas de las prácticas que eran consideradas tradicionales han sido adoptadas recientemente, o bien han sufrido una fuerte influencia de la cultura externa; otras, no son aceptadas por la mayoría de la propia comunidad o hieren las disposiciones de los derechos humanos como, por ejemplo, las relativas al derecho penal (son aplicadas penas de castigo físico, trabajo forzado, destierro, etc.)²³⁹.

En la realidad brasileña también hay esta previsión del derecho indígena. El *Estatuto del Indio* (Ley n.º. 6.001 / 73) prevé que se respetarán los usos, las costumbres y las tradiciones de las comunidades indígenas y sus efectos en las relaciones de familia, en el orden de sucesión, en el régimen de propiedad y en los actos o negocios realizados entre los indios, salvo en el caso de que se opte por la aplicación del derecho común²⁴⁰; Siendo la cuestión de la culpabilidad penal bastante controvertida (la jurisprudencia viene entendiendo que para la aplicación de la Ley Nacional Penal, deben observarse los criterios de la imputabilidad y de la integración social²⁴¹). Además, el citado Estatuto dispone que las normas de derecho común (legislación nacional) sean aplicables a las relaciones entre indios no integrados y personas extrañas a la comunidad indígena, observadas algunas advertencias. Pues bien, una vez más se identifica la ventaja de invertir en la mediación estos conflictos en los que hay lagunas, divergencia legal y dificultad de interacción.

²³⁸ D.L. VAN COTT, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia”, p. 12, citado en. CONTRERAS PELÁEZ, F. C. “Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas”. En. *Derechos y Libertades*. Numero 26, Época II, enero de 2012. Madrid: Dykinson, 2012, p. 99-100.

²³⁹ CONTRERAS PELÁEZ, F. C. “Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas”. cit., p. 99 e ss.

²⁴⁰ BRASIL. Ley n.º 6.001, de 19 de diciembre de 1973. Dispone sobre el Estatuto del Indio. Vade Mecum Saraiva / obra colectiva de la Editora Saraiva, cit, p. 1191.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n.º 40.884/PR, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, juzgado en 07/04/2005. Disponible en: www.stj.gov.br. Acceso el: 13/01/2014.

Además, en Brasil, el diálogo en la mediación que involucra a los indios es por lo menos de carácter tripartito: liderazgos indígenas, tercero implicado y FUNAI²⁴². Es un organismo crucial encargado de llevar a cabo la política pública indígena y primar el diálogo con el propio gobierno y los demás sectores sociales, representando los intereses de estos pueblos. Es más, Aún así, entendemos que hay espacio para la mediación, siempre, incluso para la desvinculada del Poder Público. Es siempre beneficiosa la ampliación de canales de comunicación. Es más, la FUNAI puede servirse de las herramientas que proporciona la mediación (técnicas, tácticas de negociación, alteridad, aspectos emocionales) para poder llevar a cabo su labor como intermediario en los numerosos conflictos que se suscitan entre comunidades indígenas y otros pueblos o empresas multinacionales. La propia participación de los órganos públicos, cuyos intereses se ven afectados, si es consciente de los exactos límites del concepto de indisponibilidad del bien jurídico tutelado, será capaz de llevar a cabo una solución justa, que ataque la raíz del conflicto y establezca un proyecto de paz social, sin que se vea afectado el núcleo duro de derechos humanos.

²⁴² La Fundación Nacional del Indio – FUNAI-, creada por la Ley nº 5.371, de 5 de diciembre de 1967, vinculada al Ministerio de la Justicia, entidad con patrimonio propio y personalidad jurídica de derecho privado, es el órgano federal responsable del establecimiento y ejecución de la política indigenista brasileña en cumplimiento a lo que establece la Constitución Federal Brasileña de 1988. La FUNAI tiene como objetivo principal promover políticas de desarrollo sostenibles para las poblaciones indígenas, combinar la sostenibilidad económica con la socioambiental, promover la conservación y la recuperación del medio ambiente, controlar y mitigar los posibles impactos ambientales derivados de interferencias externas a las tierras indígenas, monitorizar las tierras indígenas regularizadas y aquellas ocupadas por poblaciones indígenas, incluyendo las separadas y de reciente contacto, coordinar e implementar las políticas de protección a los grupos separados y recién contactados e implementar medidas de vigilancia, fiscalización y de prevención de conflictos en tierras indígenas. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acceso el 10 de enero de 2014.

CONCLUSIONES

1- El medio ambiente natural como valor protegido (macrobien) por las disposiciones jurídicas, tanto de los derechos humanos (ámbito internacional) como de los derechos fundamentales (en el seno de las Constituciones nacionales) está vinculado al bienestar del hombre.

Como fundamentación del derecho al medioambiente se postulan dos corrientes, la antropocéntrica (que sitúa al hombre como protagonista) y la biocéntrica (que sitúa el medio ambiente como protagonista). Según la primera, el protagonismo del hombre le permite poner a su servicio todos los demás elementos que le rodean, incluido el medioambiente. Se percibe una incongruencia, *prima facie*, al proteger el citado bien jurídico (ecosistemas naturales) siguiendo la fundamentación desarrollada a partir de la perspectiva de los derechos humanos, ya que este amparo antropocéntrico podría debilitar el deber de protección del medio ambiente. Este conflicto filosófico ha sido el punto de partida de la presente investigación, lo que nos ha llevado a la búsqueda de nuevos fundamentos desvinculados del sesgo antropocéntrico.

La respuesta a cómo conciliar armónicamente estas dos posiciones podemos encontrarla en el concepto de *desarrollo sostenible* –que fortalece los conceptos de *cooperación* y de medio ambiente equilibrado–. En el mismo se aúnan los intereses

del hombre y de la propia naturaleza del medio. Es lo que hemos definido como “antropocéntrico propio”, porque se interesa por los *derechos de las generaciones futuras*, constituyendo un reflejo inequívoco del principio de solidaridad. Esa solidaridad, cordón umbilical de los denominados derechos de tercera generación, permite entender en toda su extensión el derecho al medioambiente y proyectarlo en el hombre de generaciones venideras, cuyo derecho al medioambiente depende de lo que el hombre actual haga.

2- Somos partidarios de una concepción del derecho al medio ambiente en sentido amplio, es decir, que abarque no sólo nuestra relación con el medio ambiente natural sino también que incluya el medio ambiente del trabajo, artificial y cultural. La cuestión ha sido debatida por la doctrina. Situamos el derecho al medio ambiente en la tercera generación de derechos, no sólo por tratarse de un derecho difuso (en su complejidad holística), sino por el hecho de estar íntimamente ligado al principio de la solidaridad (fraternidad), demandando una verdadera comunión (cooperación) internacional, teniendo en cuenta que los problemas ocasionados por la crisis ambiental son innegablemente compartidos por todas las naciones del globo terrestre.

3- El principal obstáculo para una protección ambiental satisfactoria no es la perspectiva o corriente filosófico jurídico que se adopte sino el *poder económico*. De ahí que defendamos la necesidad de un cambio profundo interdisciplinar, incluso social, en el que la educación ambiental se erige como una tarea crucial. Desde temprana edad, los buenos hábitos educativos permitirán formar una conciencia respetuosa con el medio ambiente que derivará en la forja de un ciudadano consciente de su responsabilidad con las generaciones futuras en relación a este derecho.

4- Uno de los mayores motivos de crítica que se han acostumbrado esgrimir en contra de la caracterización de los derechos de la tercera generación dentro de la categoría global de los derechos humanos ha sido el de la indeterminación del titular del derecho, que ya no aparece configurado como el individuo sino más bien como

una colectividad. Esta dificultad se proyecta también en el derecho al medio ambiente y la forma de ejercerlo así como en la identificación del objeto protegido. El medio ambiente natural como derecho humano metaindividual es de titularidad difusa (colectividad indeterminada, no individualizada). Las Constituciones, siguiendo la perspectiva antropocéntrica (calidad de vida) de la protección ambiental también atribuyen al medio ambiente (macrobien) titularidad difusa, aunque las otras modalidades de tutela colectiva *lato sensu* también sean una constante (*individual homogénea y colectiva stricto sensu*). El medio ambiente en sus otras dimensiones (del trabajo, artificial y cultural, natural, etc.) dependerá del análisis del caso concreto para poder determinar el ámbito de titularidad.

Ahora bien, el hecho de que la titularidad del derecho pueda extenderse a una colectividad no tiene porqué plantear ningún tipo de problema. En primer lugar, porque la incardinación de los derechos colectivos dentro de la figura genérica de los derechos subjetivos no comporta necesariamente consecuencias de ninguna índole con relación a otro plano diferente, como es el de la protección jurídica. Y además, es posible que la colectividad en cuestión se encuentre jurídicamente organizada (como municipio, como asociación de intereses, como Estado) de forma que esa organización representativa de la colectividad pueda exigir el respeto del derecho que hipotéticamente se pueda considerar vulnerado con arreglo a los cauces jurídicos establecidos.

Los problemas surgen, sin embargo, cuando queramos reivindicar la protección jurídica del derecho al medioambiente (así como para todos los demás derechos de la tercera generación) al margen de cualquier asociación reconocida por el ordenamiento jurídico como titular de la correspondiente acción procesal. En estos casos resultará más difícil justificar la barrera que supone la exigencia del interés legítimo. Así, por mucho que en la Constitución se reconozca el derecho al medioambiente, a la hora de exigir el respeto a este derecho, podemos encontrarnos con la desagradable sorpresa de que no se nos considere legitimados para ello al no

tener en la cuestión un interés legítimo. Recogiendo las palabras del ilustre Alejandro Nieto, en realidad, “los intereses colectivos (tan respetables o más que los individuales), aun en el supuesto de que estén reconocidos en la norma, carecen de verdadera operatividad jurídica”²⁴³.

Si se considera que la organización judicial no es la más adecuada para garantizar el respeto a los derechos reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico, habrá que modificarla y dotarla de los instrumentos adecuados para garantizar la efectiva tutela de los derechos fundamentales. Convendría profundizar en el estudio de la noción de interés directo e incluso de interés legítimo a las exigencias de la justicia propias de cada tiempo y, concretamente, a las exigencias de justicia propias de una época en la que cada vez más se reivindican los derechos de tercera generación como auténticos derechos humanos.

En todo caso, esta dificultad en la determinación del titular/es del derecho al medioambiente no puede servir de pretexto para que gobiernos o empresas lleven a cabo acciones dañosas y lesivas para el medioambiente. El Derecho procesal, el Poder Judicial y, en general, la Administración de Justicia, tienen ante sí, el deber de dictar sentencias justas, en aras del desarrollo sostenible que se anhela. La prevención y la precaución, y no sólo el principio de reparación, se hacen imprescindibles.

5- No obstante la incontestable existencia del derecho al medio ambiente fundamental como valor objetivo del orden jurídico, responsable de armonizar la legislación infraconstitucional con los valores protegidos por la Carta Magna, nuestra investigación se ha concentrado en la perspectiva subjetiva del derecho en cuestión. El medio ambiente natural es un derecho fundamental ya concretado (independiente de la acción del hombre), que requiere de las acciones (positivas y negativas) que garanticen su preservación (mantenimiento). La materia ambiental ha permitido la

²⁴³ NIETO, Alejandro. “La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo”. En *Revista de la Administración Pública*, núm. 76, 1975, p.25.

superación del sesgo individualista en el que el derecho subjetivo fue pensado. Tal perspectiva es la que permite la defensa del medio ambiente en juicio, incluso en su titularidad difusa. En este diapasón, se habla más de preservar el medio ambiente que de su efectivación, destacando la cuestión de la prohibición del retroceso ambiental.

Así, consideramos que el medio ambiente natural por ser un derecho fundamental ya concretado, necesita de una gestión ambiental responsable, integrada (Poder Público, sector productivo y sociedad), concepto que va más allá de una serie de acciones gubernamentales (políticas públicas) muchas veces aisladas e incluso contradictorias, cambiantes conforme cambian también los gobernantes y la clase política. La gestión ambiental diligente, adecuada y efectiva, debe cuidar los objetivos del derecho fundamental y abrir un diálogo con las partes directamente implicadas y afectadas por las diferentes formas de degradación ambiental, intentando aproximarse al concepto del desarrollo sostenible. La gestión ambiental se afilia a la visión holística que debe ser implementada en el tratamiento ambiental.

6- La mediación en materia ambiental se presenta como un instrumento de gestión de conflictos de gran utilidad, a la vista de la dificultad en establecer el objeto de protección y la titularidad en cada caso concreto. Es una herramienta capaz de fortalecer la sostenibilidad a la que tanto se aspira en el ámbito ambiental. A partir del diálogo y la comunicación entre las partes afectadas por la medida medioambiental que se pretenda llevar a cabo (construcción de un pantano, de una carretera, etc.), que consideramos la principal virtud de la mediación, es posible la construcción de políticas públicas, o mejor, de una gestión ambiental que atienda a los anhelos de la población, armonizando el desarrollo humano y la naturaleza. Sin embargo, es preciso prestar atención al hecho de que la mediación ha sido creada con un enfoque eminentemente antropocéntrico, siguiendo la lógica actual de la protección ambiental constitucional. La justificación es que la principal agresión al medio ambiente se da como resultado de conflictos socioambientales, y no por una hipotética disputa entre seres humanos y los demás elementos del planeta.

7- Entre los diversos conflictos socioambientales hay que prestar especial atención a la cuestión indígena. Tal problemática, que *de per sí* ya suscita atención, se ha mostrado un importante obstáculo en la lucha por los derechos humanos (*lato sensu*), además de poseer una conexión íntima con la defensa y la preservación del medio ambiente. Se trata de un típico conflicto *socioambiental*, tanto por representar las aspiraciones de los grupos minoritarios, como por suscitar las principales discusiones prácticas en el campo ambiental, incluso la colisión entre los intereses económicos, los recursos naturales y la sostenibilidad.

El objeto difuso en la cuestión indígena se refiere no al derecho individual de algunos indios sino a los derechos de los pueblos indígenas como grupo (es decir: derecho subjetivo individual de una silvícola es diferente del derecho subjetivo de los pueblos indígenas), siendo la cuestión de la demarcación de tierras de uso tradicional (de titularidad supraindividual) el ejemplo encontrado que engloba las principales cuestiones tratadas en el presente estudio.

Muchos pueblos y comunidades tradicionales obligan a replantearse la relación del ser humano con el medio ambiente, sobretodo el natural. El Estado evolucionó hacia una visión pluralista, posibilitando, no sólo la integración del indio en la sociedad nacional (debiendo formular políticas públicas), sino también que los pueblos tradicionales puedan cultivar y mantener la reproducción de su cultura, religión, economía y formas de organización social. Por ello, necesitan espacios protegidos en un ambiente natural, territorios estos que vienen sufriendo un proceso de degradación por la acción salvaje y devastadora del ser humano, tanto por intereses económicos (por ahora, principal obstáculo), como por la necesidad de recursos naturales para el mantenimiento de las necesidades urbanas (alimento, energía, metales, madera, etc.).

La globalización tiene efectos perversos. La llegada de empresas transnacionales que, deseosas de obtener importantes recursos naturales (gas petróleo,

minerales) provocan daños lacerantes en poblaciones a las que someten a una extracción intensiva de recursos naturales sin interesarse por las consecuencias que sus acciones tienen sobre el medioambiente. Especial relevancia adquiere esta actividad cuando se desarrolla en comunidades indígenas, afectando a los derechos de las minorías. Como en muchos casos son los propios gobiernos de esas naciones los que se desentienden de esa situación, defendemos el desarrollo de acciones afirmativas y, principalmente, de una vigilancia por parte de organismos y organizaciones supranacionales, para garantizar la tutela de los pueblos indígenas, de su forma de vida y sustento. Los daños que se producen, en muchas ocasiones tienen efectos irreversibles. No basta con el principio reparador de “quien contamina, paga”.

8- La mediación representa una importante herramienta para establecer este canal de diálogo entre los pueblos indígenas, otros grupos sociales, el propio gobierno y la actividad económica (que, como regla general, ve en los derechos indígenas un obstáculo para el progreso económico), siempre con el objetivo de la sostenibilidad. La mediación, bien se utilice como mediación intercultural o como mediación vecinal, es una herramienta que se puede revelar de gran ayuda. Podrá utilizarse tanto en el proceso de demarcación de tierras como en la implementación de acciones afirmativas dirigidas a la mejoría de la calidad de vida tanto de los pueblos tradicionales en sus tierras demarcadas, como de los indígenas que opten por integrarse en la sociedad urbana.

Con todo, somos conscientes de la dificultad de utilizar la mediación en este tipo de conflictos, ya que se trata de sujetos multipartes (en ocasiones, un pueblo entero), y por el tipo de derechos que están en discusión, es decir, derechos indisponibles. Hemos defendido en nuestro trabajo esta posibilidad, usando como ejemplo la demarcación de tierras, ocasión en la que la mediación encuentra espacio no en lo que respecta el derecho propiamente dicho, sino en las cuestiones relacionadas con la retirada de los no indios de los lugares que están incorporados a

estas tierras. Podría ayudar a disminuir el conflicto social ocasionado por la retirada de estas personas que se da, generalmente, *manu militari*.

9- Defendemos que se debe de invertir en el desarrollo de políticas públicas para las comunidades indígenas. El turismo sería una interesante posibilidad ya que, a la vez que contribuiría a crear puestos de trabajo, ayudaría a la conservación de su medioambiente natural. Las poblaciones que más conocen las florestas (directamente implicados en su preservación) podrían ser los responsables de la gestión de la actividad turística en sus áreas. E incluso, se debería proporcionar a los indios, con su conocimiento ancestral, los medios que hicieran posible la realización de estudios científicos sobre los recursos naturales, medida que podría beneficiar a toda la humanidad. Así se haría realidad el principio del *protector-receptor* (reconocido expresamente por la legislación interna brasileña).

10- En definitiva, hablar de intereses colectivos es hablar de democracia, porque implica abrir la posibilidad de que amplios sectores sociales a los que les puede resultar difícil ser escuchados, que participen en la vida pública. Pero no de forma abstracta sino de manera concreta. El derecho al medio ambiente es un interés que, aunque pueda ser de carácter supraindividual, afecta al individuo de manera muy directa. Y no sólo a él sino también a las generaciones futuras. Por ello, conviene profundizar en la búsqueda de nuevos mecanismos para la defensa de intereses colectivos que aseguren una mayor participación del individuo en la defensa de los derechos fundamentales que le corresponden y que le han sido reconocidos. Los derechos colectivos (y, entre ellos, el derecho al medioambiente) deben asumir una sustantividad propia tanto en el plano jurídico (Teoría de los Derechos Humanos) como, de manera específica, en la perspectiva procesal.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA RODRIGUES, M. “O Direito Ambiental no Século 2”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 13, n. 52, p. 125-137, out./diciembre, 2008

ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO GOMES, C. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ALVES CARVALHO, G. “Conflito, violência e tragédia da cultura moderna: reflexões à luz de Georg Simmel”. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 1. Ed. 2, 2007, p. 150-163.

ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE, L. *Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ÁPPIO, E. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid. Tecnos, 1990.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

BATISTA ALMEIDA, J. de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.

BELLOSO MARTÍN, N. *Os Novos Desafios da Cidadania*. Tradução de Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

BELLOSO MARTÍN, N. “De la Educación Ambiental a la Imperiosa Necesidad de la Tutela del Medio Ambiente”. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./diciembre. 2012). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012. pp. 207-246.

BELLOSO MARTÍN, N. “Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* n° 26, 2013, pp. (<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>). También publicado en:

“La irrupción del discurso de los derechos humanos en las empresas transnacionales. Una reflexión desde el Derecho internacional de los derechos humanos”, en Clovis Gorzevski Organizador, *Direitos Humanos e participação política*. Vol. IV, Porto Alegre, (Brasil), Imprensalivre, 2013, pp. 41-83.

BENITO DE CASTRO CID, B. de; FERNANDEZ-GALIANO, A. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. 3ª ed., Madrid: Universitas, 1995.

BOBBIO, N. *El Tiempo de los Derechos*. Traducción Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, DL 1991.

BOBBIO, N. “El Fundamento de Los Derechos Humanos”. En : DÍAZ, Ramón Soriano y otros. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. España: Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana, DL 2000.

BOLZAN MORAIS, J. L. de. *A ideia de Direito Social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. 806p.

BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 46.

BRITO DAGUINETE, M. C. et. al. “Conflitos socioambientais no século XXI”. In.: *Revista de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*. Macapá/Brasil, n. 4, p. 51-58, diciembre. 2011.

BRITTO MAZUR, F. L. M. de. “Povos indígenas, desenvolvimento e meio ambiente”. In.: *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./diciembre. 2012). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012, p. 145-162.

CALIL DE FREITAS, L. F. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

CAMARGO MANCUSO, R. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1994.

CARAM, M. E. et al. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CARDOZO DIAS, E. *Manual de Direito Ambiental*. 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CARSON, R. *Primavera Silenciosa*. 2. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed., 2ª. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CASALTA NABAIS, J. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

CONTRERAS PELÁEZ, F. C. “Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas”. En: *Derechos y Libertades*. Numero 26, Época II, enero de 2012. Madrid: Dykinson, 2012.

DE BESSA ANTUNES, P. *Direito Ambiental*. 12ª ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE OLIVEIRA NUSDEO, A. M. “O Uso de Instrumentos Econômicos nas Normas de Proteção Ambiental”. En.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, V. 101, p. 357-378, enero/diciembre., 2006.

DUTRA TRENTIN, T. R.; STAIRN PIRES, N. S. “Mediação socioambiental: Uma Nova Alternativa Para a Gestão Ambiental”. En.: *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*. Ano XXI, nº 37, enero.-jun. 2012, p. 142-166.

FACURY SCAFF, F. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FENSTERSEIFER, T. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico Constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid, 1984.

FRANCIONE, Gary L. *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*. United States: Temple University Press, 2007.

FRANCO, F. C. de O. “Desenvolvimento Sustentável, Economia Ecológica E Estado De Direito Ambiental Como Limites ao Crescimento Econômico”. En.: *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v.1, n.3 (set./diciembre. 2012). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012. P. 135-144.

GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIRÃO BARRETO, H. *Direitos Indígenas Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 97.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*, volume IV : Responsabilidade Civil. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONET BRANCO, P. G., et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo Saraiva, 2007.

GORCZEWSKI, C. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GRALHA MATEUS, C. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HAHIONE FADEL, S. “Ação civil pública”. En.: *Revista In Verbis*, n. 02, ago/set 1996.

HIERRO, L. “El Núcleo Duro de Los Derechos Humanos Desde la Perspectiva de la Filosofía del Derecho”. En.: MARZAL, Antonio. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Navarra: J. M. Bosch Editor, DL 2001.

JONG, Wil de. et. al. *Los bosques amazónicos en la encrucijada: presiones, respuestas y desafíos*. Traducción: Daniel Nash. Finlandia: Tammer-Print, 2011.

JUNQUEIRA LUSTOSA, M. C.; CÁNEPA, Eugenio Miguel; FRICKMANN YOUNG, Carlos Eduardo. “Política Ambiental”. En.: HERMANN MAY, Peter; JUNQUEIRA LUSTOSA, Maria Cecília; DA VINHA, Valéria (org) *Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*. Tradução: QUINTELA, Paulo. Lisboa : Edições 70, Lda., DL, 2007.

KONDER COMPARATO, F. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

LEMONS DOS SANTOS. R. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1ª ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

LIBISZEWSKI, S. *What is an environmental conflict?* Zurich: Center for Security Studies, 1992.

LIMA DOS SANTOS, R. “Ação Civil Pública no Processo do Trabalho”. En.: *Direito Processual do Trabalho [recurso eletrônico] : Curso de revisão e atualização /*

organizadores: Candy Florencio Thome, Rodrigo Garcia Schwarz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPES MEIRELLES, H. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20. Ed., São Paulo: Editora RT, 1995.

LUZIA COLAÇO, T. *Incapacidade Indígena, Tutela Religiosa e Violação do Direito Guarani nas Missões Jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 2003.

MARÉS, C. F. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARINONI, L. G.; CRUZ ARENHART, S. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES SAMPAIO, F. J. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENEZES VIGLIAR, J. M. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

MILARÉ, É. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA MARCHESAN, A. M.; MONTEIRO STEIGLEDER, A.; CAPPELLI, S. *Direito Ambiental*. 7. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

NERY JÚNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIETO, Alejandro. “La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo”. En *Revista de la Administración Pública*, núm. 76, 1975.

NIGRO MAZZILLI, H. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: RT, 1994.

NUNES ATHIAS, J. A. *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente, em Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo: Editora RT, 1993.

PACHECO FIORILLO, C. A. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional Descomplicado*. 9ª ed., São Paulo: Método: 2012.

PECES-BARBA, G. et. al. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1995.

PECES-BARBA, G. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del derecho*. 2ª ed., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykson, 2003.

PÉREZ LUÑO, A. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

PÉREZ LUÑO, A. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. 1ª ed., España: Editorial Aranzadi, 2006.

PÉREZ LUÑO, A. *Los Derechos Fundamentales: Temas Clave de la Constitución Española*. 9 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

PHILIPPI JÚNIOR, A; COLLET BRUNA, Gilda; SILVEIRA, Vicente Fernando. “Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável”. En.: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr (org) *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manoele, 2005.

PRADO SOARES, I. V. “Meio Ambiente e Orçamento Público”. En: KISHI, Sandra A. S.; DA SILVA, Solange T.; SOARES, Inês V. P. (org) *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: Estudos em Homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIOS GONÇALVES, M. V. *Novo Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1: teoria geral e processo de conhecimento*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS AMARAL, M. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 1: 21ª ed., Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARMENTO, D. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, D. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. En.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIRMER, C.; DUTRA TRENTIN, T. R. *A mediação como política pública de tratamento adequado de conflito de interesse: um novo paradigma de acesso à justiça. IX Seminário internacional demandas sociais e políticas na sociedade contemporânea e V Mostra de trabalhos jurídicos científicos*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.

SEGOVIA, J. F. *Derechos Humanos y Constitucionalismo*. Colección prudentia iuris. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SERNA, P. “La Dignidad de la Persona como Principio del Derecho Público”. En.: *Derechos y Libertades*. Revista del instituto Bartolomé de las Casas, número 4, año II, enero junio 1995 Universidad Carlos III de Madrid. y Boletín Oficial del Estado.

SIMMEL, G. *Sociología: Estudios sobre las formas de socialización*. Vol. 1. Madrid: Alianza Editorial. 1977.

SINGER, P. *Libertação animal*; tradução Marly Winckler; revisão técnica Rita Paixão. ed. ver. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

SILVA PEREIRA, C. M. da. *Responsabilidade Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. “A identificação como categoria histórica”. En.: OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. pp.171-220.

SQUELLA, A. “Derechos Humanos y Derecho Positivo”. En.: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 1. Número 1. Febrero/octubre de 1993. Getafe. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 42ªed., 2 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THOREAU, H. Walden, ou, *A vida nos Bosques*. Revisão: Yeda Jagle de Carvalho Antonieta Canelas. Título original: *Walden, or, life in the Woods*. 7ª ed., São Paulo: Editora Ground. 2007.

TORRES, J.A. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRON ZUCCHER, D.; TRON PETIT, J. C.; RAMÍREZ BECERRA, J. A. “Los Intereses Colectivos”. En.: *Homenaje a Vicente Aguinaco Alemán, Temas relevantes de Derecho*

Constitucional y Procesal Constitucional, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Themis, 2009.

VIEIRA ANDRADE, J. C. *Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006.

WATANABE, K. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

WOLFGANG SARLET, I. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

WOLFGANG SARLET, I. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. En.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLFGANG SARLET, I; FENSTERSEIFER, T. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 2ª ed., ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PÁGINAS WEB

BARBOSA GOMES, Joaquim B. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponible en: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acceso el 21 de octubre de 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos*. Disponible en <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos.cont>. Acceso el 15 de octubre de 2013.

BELLOSO MARTÍN, N. “Un nuevo reto para las Políticas públicas: ¿posibilidades para una mediación ambiental ”sostenible””. En: *Anais do I Congresso do Seminario Internacional de Medição de conflitos e Justiça Restarurativa*. UNISC, 2013, pp.1-24 (E-book
http://www.unisc.br/site/seminario_internacional_mediacao_conflitos_justica_restaurativa/index.html

BODNAR, Zenildo. *O Dever Fundamental de Proteção do Ambiente e a Democratização do Processo Judicial Ambiental*. Disponible en: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf>. Acceso el 1º de octubre de 2010.

CASANOVAS, Pompeu et. al. (directores). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. España: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 734. Disponible en: <<http://llibreblancmediacio.com>>. Acceso el 07 de enero de 2014.

DE Mello-Théry, Neli Aparecida. “Meio ambiente, globalização e políticas públicas”. *Rev. Gestão & Pol. Públicas* 1(1):133-161, 2011, p. 145-146. Disponible en: <<http://each.uspnet.usp.br/rgpp/index.php/rgpp/article/viewFile/7/9>>. Acceso el 1º de enero de 2014.

FRANCO, F. C. de O. *O direito humano ao desenvolvimento em perspectiva intercultural: considerações sobre os direitos dos povos indígenas em grandes projetos de investimentos: o caso da hidrelétrica de Belo Monte*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da

Paraíba. João Pessoa: Centro de Ciências Jurídicas, 2011. Disponible en: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1470>. Acceso el 13 de septiembre de 2013.

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Quem somos*. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acceso el 10 de enero de 2014.

HUFF THEODORO, S. et. al. *Gestão ambiental: uma prática para mediar conflitos Socioambientais*. Disponible en: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd25/theodoro.pdf>>. Acceso el 08 de enero de 2014.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española*. IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal (setiembre-octubre de 2007). Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/artic046.aspx>. Acceso el 11 de septiembre de 2011.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Disponible en: <<http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/peças-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta>>. Acceso el 09 de enero de 2014.

RODRIGUES, E. F. *Externalidades negativas ambientais e o princípio do poluidor pagador*. Disponible en: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2227/Externalidade-negativas-ambientais-e-o-principio-do-poluidorpagador>>. Acceso el 02 de enero de 2014.

WOLFGANG SARLET, Ingo. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. En.: B. *Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005, p. 203-204. Disponible en: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>>. Acceso el 17 de diciembre de 2013.

LEGISLACIÓN

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Vade Mecum Saraiva / obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 15. Ed. Atual. e amp. – São Paulo : Saraiva, 2013.

BRASIL. Legislação Federal do Brasil, Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais..

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

BRASIL. Legislação Federal do Brasil, Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

ESPAÑA. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12913. Acesso em 31 de dezembro de 2013.

ONU - Organização das Nações Unidas – Nosso Futuro Comum. Relatório da Comissão

Mundial das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Resolução da Assembleia Geral 42/187 de 11 de Dezembro 1987.

Relatório Azul/2013. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://issuu.com/jefersonfernandes/docs/relatorio_azul_versao_digital__1__780012c4ac6795. Acesso em 10 de janeiro de 2014.