

**LA MULTIFUNCIONALIDAD Y DOBLE TITULARIDAD (INDIVIDUAL Y
TRANSINDIVIDUAL) DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIOAMBIENTE**

***MULTIFUNCTIONALITY AND DOUBLE OWNERSHIP (INDIVIDUAL AND
TRANSINDIVIDUAL) OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE
ENVIRONMENT***

DANIEL WUNDER HACHEM

Profesor de Derecho Administrativo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

daniel.hachem@pucpr.br

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Profesor de Derecho Administrativo

Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

gussoli@hotmail.com

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2019 / **Fecha de aceptación:** 2 de diciembre de 2019

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo cuestionar la afirmación de que los derechos dichos de “tercera generación” poseen siempre titularidad transindividual. Partiendo de la característica de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales y del concepto de “derecho fundamental como un todo” de Robert Alexy, el estudio intenta demostrar que el derecho fundamental al medioambiente, a depender de su función en el caso concreto, puede se presentar como una pretensión jurídica individual, colectiva o difusa, cuya tutela judicial se dará, en cada caso, de forma distinta. Para ello, el trabajo utiliza como ejemplo el derecho fundamental al medioambiente en la Constitución brasileña de 1988.

RESUM: L'article té com a objectiu qüestionar l'afirmació que els drets dites de “tercera generació” posseeixen sempre titularitat transindividual. Partint de la característica de la multifuncionalitat dels drets fonamentals i del concepte de

“dret fonamental com un tot” de Robert Alexy, l’estudi intenta demostrar que el dret fonamental al medi ambient, a dependre de la seva funció en el cas concret, pot es presentar com una pretensió jurídica individual, col·lectiva o difusa, la tutela judicial es donarà, en cada cas, de manera diferent. Per això, el treball utilitza com a exemple el dret fonamental al medi ambient en la Constitució brasilera de 1988.

ABSTRACT: The article aims to challenge the claim that the so-called “third generation” rights always have trans-individual ownership. Using as a basis of argument the characteristic of the multifunctionality of fundamental rights and the concept of “fundamental right as a whole” by Robert Alexy, the study tries to demonstrate that the fundamental right to the environment, depending on its function in the specific case, can be presented as an individual, collective or diffuse legal position, whose judicial enforcement will be given, in each case, differently. For this, the work uses as an example the fundamental right to the environment in the Brazilian Constitution of 1988.

PALABRAS CLAVE: derecho fundamental al medioambiente – multifuncionalidad – titularidad transindividual – derechos difusos y colectivos – Constitución brasileña de 1988

PARAULES CLAU: dret fonamental al medi ambient – multifuncionalitat – titularitat transindividual – drets difusos i col·lectius – Constitució brasilera de 1988

KEYWORDS: fundamental right to the environment – multifunctionality – trans-individual ownership – diffuse and collective rights – Brazilian Constitution of 1988

SUMARIO: I. Introducción; II. La distinción entre derechos individuales, difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Derecho brasileño; III. La multifuncionalidad y dupla dimensión (subjctiva y objetiva) de los derechos fundamentales; IV. Contenido jurídico del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado en la Constitución brasileña de 1988; V. El derecho fundamental al medio ambiente y su multifuncionalidad; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es muy habitual en la doctrina la afirmación de que los derechos dichos de “tercera generación”, también conocidos como derechos de incidencia

colectiva, tienen como característica exclusiva (y que los distingue de los demás derechos fundamentales) la titularidad transindividual. Es decir: mientras los derechos de primera (libertades públicas) y segunda (derechos sociales) generación tendrían titularidad individual, perteneciente a un único sujeto de derechos, los derechos de tercera generación solamente podrían ser tutelados mediante instrumentos de tutela procesal colectiva de derechos. El principal ejemplo utilizado para confirmar esa proposición es el derecho fundamental al medioambiente.

Este estudio busca cuestionar dicha afirmación, intentando demostrar que todos los derechos fundamentales, incluso el medioambiente, pueden tener titularidad individual y transindividual. Partiendo del ejemplo del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado en la Constitución brasileña de 1988, el trabajo pretende señalar que cada derecho fundamental, cuando mirado desde una perspectiva amplia (“derecho fundamental como un todo”),¹ posee múltiples y distintas funciones en relación con el Estado y los particulares. Algunas de esas funciones generan pretensiones jurídicas individuales y otras transindividuales, aunque todas ellas estén vinculadas a un mismo derecho fundamental.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS INDIVIDUALES, DIFUSOS, COLECTIVOS E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

El sistema procesal brasileño incorpora una serie de mecanismos de tutela jurisdiccional que pueden ser reunidos en tres grandes grupos: (i) instrumentos de tutela de *derechos individuales*, cuya reivindicación judicial puede ser realizada: (i.i) por mecanismos de *tutela individual*, manejados por el propio titular de la pretensión jurídica individualizada², o (i.ii) por herramientas de *tutela colectiva*, mediante las cuales un ente al cual la ley atribuye legitimación activa, en circunstancias determinadas, propone acciones colectivas para proteger derechos individuales que ostentan un origen común³, (ii) mecanismos

¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 214.

² Como es el caso de las acciones de procedimiento ordinario, regidas por el Código de Proceso Civil, y del “mandado de segurança” individual, disciplinado por la Ley nº 12.016/09.

³ Por ejemplo: acción civil colectiva y “mandado de segurança” colectivo.

de tutela de *derechos transindividuales*, caracterizados por la indivisibilidad del bien jurídico protegido, titularizados por colectividades determinadas o indeterminadas;⁴ (iii) herramientas de tutela de la *orden jurídica*, considerada en abstracto, que comprenden las acciones de control de constitucionalidad de actos y omisiones normativas^{5,6}

Los instrumentos pertenecientes al tercer agrupamiento supraindicado escapan del objeto central de este artículo, motivo por el cual las atenciones serán dirigidas para los dos primeros. Las consideraciones siguientes se basarán en: (i) el sistema de proceso civil tradicional, volcado a la protección de *derechos individuales*; (ii) la formación de un modelo de proceso colectivo, destinado a la *tutela de derechos colectivos* y a la *tutela colectiva de derechos* (iii) las características del género *derechos transindividuales* y sus dos especies – *derechos colectivos (stricto sensu)* y *derechos difusos*; (iv) la configuración jurídica de los *derechos individuales homogéneos*.

Una advertencia previa es fundamental: en el sistema jurisdiccional brasileño no hay una división entre jurisdicción común u ordinaria y jurisdicción administrativa. Tampoco hay una rama del Poder Judicial especializada en el contencioso administrativo. La jurisdicción es una, ejercida por el Poder Judicial, que juzga tanto los juicios en los cuales litigan dos o más sujetos privados cuanto las acciones propuestas contra el Poder Público. Por ello, las normas jurídicas que rigen el proceso judicial en las demandas contra el Estado son, como regla general, aquellas establecidas en el Código de Proceso Civil, que en Brasil es una ley nacional de carácter general, que rige todos los procesos judiciales de naturaleza no penal en los ámbitos de la justicia federal y estadual. La excepción está en los casos de acciones judiciales sujetas a procedimientos especiales, como por ejemplo el “mandado de segurança” (similar a la acción de amparo), la acción popular y el *habeas data*, todas regidas por leyes específicas.

⁴ Por ejemplo: acción popular, acción civil pública, acción de improbidad administrativa y “mandado de segurança” colectivo.

⁵ Por ejemplo: acción directa de inconstitucionalidad, acción declaratoria de constitucionalidad, “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 5ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011, p. 21.

Por esa razón, la rama del Derecho que se ocupa de la disciplina jurídica de dichos procesos judiciales (contra el Estado) es el Derecho Procesal Civil, mismo campo del conocimiento que se dedica al estudio de las acciones judiciales propuestas por un particular en contra del otro, pues el diploma normativo de regencia es, en general, lo mismo. Y es por ello que en este artículo será analizado el tema de la tutela judicial colectiva frente a la Administración Pública bajo la perspectiva del Derecho Procesal Civil, una vez que en Brasil no existe un “Derecho Procesal Administrativo”.

El ordenamiento jurídico brasileño se refirió, en sede legislativa, a tres especies de derechos que pueden ser *tutelados colectivamente*: (i) los derechos difusos; (ii) los derechos colectivos (*stricto sensu*); y (iii) los derechos individuales homogéneos.⁷ Las dos primeras especies dicen respeto a los *derechos transindividuales* (o colectivos *lato sensu*), pues consisten en pretensiones jurídicamente protegidas que visan a la salvaguarda de un bien jurídico indivisible, titularizado por un grupo o por toda una sociedad. La tercera especie, como se puede extraer de su nomenclatura, comprende derechos *individuales* en su esencia, que debido a determinadas características que les son peculiares reciben del sistema normativo autorización para ser tutelados *colectivamente*. Importa analizar las peculiaridades de los llamados *derechos transindividuales* (colectivos *lato sensu*) y delinear las diferencias entre sus dos especies: los derechos difusos y los derechos colectivos *stricto sensu*.

Lo que caracteriza los derechos de naturaleza colectiva (difusos y colectivos *stricto sensu*) es la *indivisibilidad* del bien jurídico por estos protegido y, por consecuencia, la *transindividualidad* de su titularidad, no susceptible de ser asignada a un individuo cualquiera. No se trata de una suma de derechos individuales; se trata, al revés, de un único bien jurídico indivisible al cual una colectividad de sujetos (determinables o no) tienen derecho. Estos derechos

⁷ BRASIL, Código de Defensa del Consumidor (Ley nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

transindividuales se caracterizan, pues, bajo dos aspectos: *subjetivamente*, por una *pluralidad* de sujetos con intereses incidentes sobre el mismo bien; *objetivamente*, por la *indivisibilidad* del bien jurídico tutelado.⁸

Bajo el prisma *subjetivo*, la *transindividualidad* de la titularidad del interés jurídico reside en la existencia de una multiplicidad de sujetos que comparten una misma pretensión indivisible⁹. No pueden ser asignados a un único sujeto, singularmente considerado. Desde el punto de vista *objetivo*, la *indivisibilidad* significa que el bien jurídico objeto de protección no puede ser roto y dividido entre sus varios titulares.¹⁰ Este rasgo característico concierne a la propia naturaleza de las pretensiones jurídicas transindividuales: el bien jurídico en cuestión deberá ser fruido de modo indistinto por todos aquellos que comparten colectivamente su titularidad. Él puede ser verificado por el hecho de que, una vez protegido el derecho, la satisfacción de un interesado presupondrá invariablemente a todos los demás, mientras que la lesión a uno de ellos conllevará, necesariamente, ofensa a todos los demás.¹¹ En el caso de éxito de una acción popular, por ejemplo, destinada a la anulación de un acto contrario a la moralidad administrativa, la procedencia del pedido compensará a todos los ciudadanos, y no sólo a aquellos que propusieron la demanda. Sucederá lo mismo si el objeto fuese la interdicción de una construcción de una usina eléctrica que atente contra la salubridad del medioambiente: la comunidad como un todo será beneficiada por el éxito de la acción colectiva. Es por ese motivo que la eficacia de las sentencias en las acciones colectivas se extiende subjetivamente para más allá de las partes que integraron la relación procesal: todos aquellos que se encuentran en situación fáctico-jurídica idéntica a aquella que fue discutida en el proceso deberán disfrutar de los efectos de la decisión, vinculando la persona que lesionó el derecho transindividual. Es por esto que también las pretensiones jurídicas

⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da, “Evolução das ações coletivas no Brasil”, *Revista de Processo*, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 224-235, jan./mar. 1995, p. 225.

⁹ VENTURI, Elton, *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*, Malheiros. São Paulo, 2007, p. 53.

¹⁰ ZAVASCKI, *Processo coletivo... cit.* p. 34.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro”, *Revista Forense*, v, 77, nº 276, Rio de Janeiro, pp. 1-6, out./dez, 1981, p. 1; GRINOVER, Ada Pellegrini, “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v, 13, n, 1-2, Uberlândia, pp. 1-34, 1984, p. 3.

metaindividuales – cuando genuinamente metaindividuales – no pueden ser divididas. Si estas afectaren apenas uno o algunos de los integrantes del agrupamiento derivado de una relación jurídica base, no serán verdaderamente colectivas, sino individuales. Para que sean efectivamente supraindividuales, es preciso que afecten indistintamente a toda la clase, categoría o colectividad.¹²

Dentro del universo de los derechos transindividuales, se estableció una diferenciación de dos especies: derechos *difusos* y derechos *colectivos* (*stricto sensu*). A menudo se dice que el criterio capaz de distinguir estos dos tipos del género “derechos metaindividuales” consiste en la posibilidad de determinar el grupo que los titulariza. Será difuso el derecho (o, más bien, la pretensión jurídica) que pertenece por igual a un conjunto indeterminado de personas, entre las cuales inexistan cualquier relación jurídica y que se encuentren unidas al bien jurídicamente tutelado por circunstancias de fácticas¹³. Es el caso del derecho al patrimonio histórico y cultural, que puede manifestarse como derecho difuso mediante la pretensión jurídica de hacer con que la Administración afecte determinados bienes inmuebles, impidiendo al propietario cambiar su estructura externa, a fin de proteger el patrimonio arquitectónico de la ciudad. Otro ejemplo es el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, que puede presentarse en particular como un derecho difuso a través de la pretensión jurídica, por él englobada, de protección de ciertas especies de animales contra la caza furtiva, frente al riesgo de extinción. Aun ilustrativamente, se puede mencionar como titulares de derechos difusos tanto “una comunidad (por ejemplo, un pueblo de pescadores, amenazado por la emisión de residuos urbanos en el mar) cuanto un grupo étnico (en casos de discriminación racial) o incluso la totalidad de la humanidad (como la constante amenaza de una guerra nuclear, o en la 'explotación' depredadora y anárquica de la Amazonía”.¹⁴

En el caso de los derechos e intereses *difusos*, no hay manera de identificar el grupo social que ostenta la titularidad del bien jurídico indivisible en cuestión,

¹² VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 54.

¹³ ARENHART. Sérgio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003, p. 156.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004, p. 97.

precisamente porque el origen la pretensión jurídica es fáctico y circunstancial. La imposibilidad de su determinación se basa en la falta de vínculos formales entre los individuos que integran el agrupamiento afectado, capaces de unirlos en torno a clases o categorías, tal como ocurre con las pretensiones colectivas en el sentido estricto. Frente a la inviabilidad de determinar previamente todos los afectados por la pretensión difusa, el art. 103, I del Código de Defensa del Consumidor estableció que la decisión será oponible *erga omnes*, dada la indeterminación de los posibles miembros del grupo que titularizaba del derecho en cuestión.¹⁵

Por su parte, será *colectivo* en sentido estricto el derecho (o pretensión jurídica) titularizado por un grupo, clase o categoría de personas que ostenten una relación jurídica entre sí o con la parte contraria (es decir, con el sujeto sobre el cual recae el deber correspondiente al derecho).¹⁶ Es posible, en estos casos, identificar el conjunto de sujetos al cual el sistema jurídico confiere la titularidad del bien jurídico indivisible, a partir del vínculo jurídico común a todos ellos (v.g., condición de profesores universitarios) o firmado entre cada uno de ellos con el titular del deber jurídico correspondiente (v.g., contrato de prestación de servicios de telefonía móvil). No es necesario que el grupo sea organizado o que todos aquellos que lo integran estén vinculados a una misma entidad representativa, pues la mera existencia de una relación jurídica base es suficiente para identificar la colectividad determinada. Es el caso de la pretensión jurídica de los servidores que ocupan el cargo de técnico-administrativo en el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná a la revisión general anual de sus vencimientos (art. 37, X de la Constitución Federal), que debe ser emprendida por la ley.¹⁷ Mismo aquellos que no integran el sindicato representativo de esta categoría de trabajadores públicos pueden ser identificados a partir de su vinculación jurídica con el mencionado órgano estatal, y, por lo tanto, pertenecen a la colectividad que titulariza el mencionado derecho.

¹⁵ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 54.

¹⁶ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva... cit.* p. 156.

¹⁷ BRASIL, Constitución de la República Federativa de Brasil: "Art. 37. (...) X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

Una vez que la pretensión jurídica, para que sea auténticamente colectiva *stricto sensu*, debe relacionarse con todos los miembros del grupo determinable por cuenta de vínculos jurídico-formales, la decisión judicial a ella relativa producirá efectos sobre la totalidad de los integrantes de la clase o categoría que titulariza el derecho deducido en la demanda. No es necesario que, al momento de iniciación de la acción colectiva, el individuo esté formalmente agregado a la asociación o al sindicato representativo del agrupamiento postulante. Basta pertenecer al grupo, clase o categoría, verificable mediante un vínculo jurídico, para que los efectos de la decisión le afecten. Dicho lazo jurídico, que permite su identificación, consiste en su sumisión al régimen propio y común de la pretensión colectiva: en razón de su ligación jurídica con la pretensión, si esta es violada, la ofensa lo perjudicará; si es protegida, la tutela lo beneficiará. No se trata, por lo tanto, de necesidad de un vínculo jurídico con la entidad asociativa. A esta incumbe solamente coordinar en la esfera judicial los intereses del grupo, clase o categoría.¹⁸

Es por esta razón que los efectos de la sentencia, según el art. 103, II del Código de Defensa del Consumidor, serán *ultra partes*, alcanzando también a aquellos que no se encontraban ligados formalmente al ente representativo. La eficacia, sin embargo, se limita a los integrantes de aquella colectividad determinada, que efectivamente poseían vinculación jurídica con la pretensión colectiva. No se extiende *erga omnes*, como en las sentencias relativas a derechos difusos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico fija restricciones a este régimen para las demandas propuestas por entidades asociativas (notoriamente cuando figuran en el polo pasivo del proceso personas jurídicas de derecho público) en disposiciones normativas de dudosa constitucionalidad.¹⁹

¹⁸ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 58.

¹⁹ La Medida Provisoria n° 2.180-35/2001 incluyó el art. 2°-A, *caput* y párrafo parágrafo único en la Ley n° 9.494/97, instituyendo una restricción al régimen de eficacia *ultra partes* de la sentencia delineado en el art. 103, II del Código de Defensa del Consumidor, cuando se tratar de acciones propuestas por entidades asociativas. La norma pasó a exigir que la petición inicial sea acompañada por copia del acta de la asamblea que haya autorizado el enjuiciamiento de la demanda. Además, en razón de tal dispositivo, en las demandas colectivas propuestas contra las entidades de la Administración Pública directa, autárquica y fundacional los efectos de la decisión beneficiarán solamente los individuos formalmente asociados al ente representativo, y que en la fecha de la proposición de la acción posean domicilio en el ámbito de la competencia territorial del órgano judicial que irá juzgar el caso. Tales excepciones, sin embargo, se revelan

En síntesis: los derechos *colectivos* (sentido estricto) se distinguen de los *difusos* básicamente por dos motivos: uno de carácter conceptual y otro (consecuencia del anterior) de matriz procesal. El primero es la posibilidad de determinar el grupo que titulariza la pretensión transindividual. Esto sucede en los casos en que los individuos participantes de la colectividad titular del bien jurídico indivisible son unidos por lazos jurídico-formales, aptos a permitir su identificación en grupos, clases o categorías.²⁰ En tales hipótesis, se está frente a un “derecho colectivo *stricto sensu*”. Siendo imposible esa determinación de aquellos que integran el agrupamiento por medio de un vínculo jurídico, se trata de un “derecho difuso”. Y la segunda diferencia entre tales especies de derechos metaindividuales, derivada de la primera, posee naturaleza procesal. Consiste en la eficacia de decisiones dictadas en procesos que envuelven cada una de estas modalidades: será *erga omnes* cuando envuelva derechos *difusos* y será *ultra partes* cuando tenga por objeto derechos colectivos *stricto sensu*.

Más allá de los derechos supraindividuales (difusos y colectivos *stricto sensu*), el sistema normativo brasileño autoriza la defensa colectiva de una tercera especie de derechos: los *individuales homogéneos*, que, conforme ya se afirmó anteriormente, son derechos de titularidad individual (y no transindividual). Su protección judicial podría, en tesis, ser buscada por la vía individual, mediante el uso de los instrumentos procesales convencionales. Empero, su origen común, derivada de un mismo hecho o de hechos iguales, justifica que la reivindicación de su tutela sea promovida colectivamente, por múltiples razones.

Una de ellas es la posibilidad de decisiones judiciales contradictorias al respecto de una idéntica situación fáctica y jurídica: los principios de la igualdad y de la seguridad de las relaciones jurídicas reclaman una respuesta igualitaria al litigio, la cual es asegurada cuando la cuestión es resuelta en el interior de un sólo proceso. Personas que se encuentran en las mismas circunstancias recibirán, por medio de la acción colectiva, una única solución judicial, evitándose con eso el riesgo de decisiones distintas al respecto de una realidad fáctica común.

claramente inconstitucionales, bajo los puntos de vista formal y material, en los términos de la argumentación elaborada por: VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* pp. 208-209.

²⁰ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 55.

Un segundo motivo es la economía procesal proporcionada por la protección colectiva de estos derechos. El trato procesal molecular y no atomizado, en estos casos, evita la proliferación de incontables demandas individuales que versan sobre la misma cuestión,²¹ fenómeno que abarrotaría de manera innecesaria el Poder Judicial y atentaría contra la dimensión objetiva del derecho fundamental a una razonable duración del proceso, establecido en el Art 5º, LXXVIII de la Constitución Federal brasileña.

Un tercer fundamento, presente en algunas hipótesis, consiste en la pulverización de las lesiones provocadas por el agente que, al incumplir sus deberes jurídicos, viola a través del mismo hecho o de hechos iguales a los mismos derechos individuales de una multiplicidad de personas. Son casos en que las dimensiones económicas de los daños sufridos individualmente acaban por inhibir el titular del derecho a accionar la máquina judicial, por considerar que no vale la pena someterse a las temeridades inherentes a la iniciación de una acción judicial de naturaleza singular. En función de tales circunstancias, la persona perjudicada no obtiene cualquier ventaja al interponer de manera aislada la demanda, arriesgándose a llevar en sus hombros la carga de un proceso con elevadísimas costas judiciales, honorarios del abogado (contratados y, eventualmente, del abogado de la parte contraria por determinación del juez), además del tiempo gasto con la instauración y seguimiento de la demanda. La desproporcionalidad entre los pequeños prejuicios sufridos y los onerosos encargos que serían soportados con el enjuiciamiento de la demanda singular inviabilizaría la búsqueda por la tutela individual de los derechos, hecho que justifica la promoción de su defensa por la vía colectiva.²²

Es el caso de la pretensión jurídica de los consumidores a la reparación de los daños sufridos por cuenta de la compra de un determinado producto cuyo rótulo declaraba una cantidad superior a aquella que efectivamente se encontraba en el embalaje. Si bien sea divisible el bien jurídico en cuestión, siendo posible identificar su titular e individualizar el valor de la indemnización a que cada consumidor tiene derecho, el monto sería tan ínfimo que ninguno de

²¹ MANCUSO, *Interesses difusos... cit.* p. 49.

²² ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva... cit.* pp. 139-140.

los lesionados lo reclamaría por la vía individual – aunque sea posible, desde el punto de vista jurídico, hacerlo.

Por lo tanto, los derechos *individuales homogéneos*, son, esencialmente individuales. En el ámbito jurídico abstracto, nada obstaría que fuesen reivindicados por medio de los esquemas jurisdiccionales tradicionales, dada la divisibilidad de su objeto, es decir, del bien jurídico que requiere protección. Pero en realidad, su postulación por acción judicial individual se presenta inviable en la práctica. La necesidad de tutela colectiva de esta especie de derechos – no de cualquier pretensión jurídica individual, sino de aquellas clasificadas como *homogéneas* – deriva, pues, de la situación peculiar a la que está sometida.

Lo que autoriza su defensa *colectiva* en juicio es la característica de la *homogeneidad*, que consiste en la existencia de una pluralidad de pretensiones jurídicas individualizables oriundas de un mismo hecho o de hechos iguales. Es en virtud de este origen común, el cual llevaría múltiples titulares de derechos individuales a proponer juicios aislados semejantes frente al Poder Judicial, que el ordenamiento jurídico permite que su postulación judicial sea realizada colectivamente, por entes a los cuales el sistema normativo confiere especial legitimidad. Mientras los derechos transindividuales son marcados por una *pluralidad* de sujetos vinculados y por una *uniformidad* en su objeto, los derechos individuales homogéneos, aunque dotados también de una *multiplicidad* de titulares, protegen bienes jurídicos *divisibles*, pasibles de separación en unidades distintas, cada cual titularizada por un sujeto individual. Ellos son reunidos en una misma demanda de carácter colectivo solamente por cuestiones de seguridad jurídica (evitar el riesgo de decisiones contradictorias sobre una misma cuestión), economía procesal (impedir una multiplicidad de procesos con idéntico objeto) y facilitación del acceso a la justicia (casos en que las lesiones son económicamente ínfimas).²³

El requisito de la *homogeneidad* no tiene nada que ver con los titulares de derechos. No son estos que los que deben presentarse en un grupo homogéneo. Tal atributo dice respecto al origen de las pretensiones jurídicas individuales que están siendo reivindicadas colectivamente. El hecho que dio

²³ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* cit. pp. 34-35.

lugar a la pretensión jurídica es que debe ser común, homogéneo.²⁴ Para ejemplificar mejor, es lo que sucede con: (i) el derrame de óleo en un río, que ocasionará lesiones a la población ribereña; (ii) la omisión en la corrección monetaria de beneficios de la seguridad social, que genera reducción desproporcional el poder adquisitivo de pensionados y jubilados; (iii) la creación de un tributo de forma inconstitucional, que implicará sustracción indebida del patrimonio de los contribuyentes; (iv) un vicio en el servicio público de tratamiento y abastecimiento de agua, que afectará la salud de diversos usuarios.

Los *derechos individuales homogéneos* son considerados sólo artificialmente o accidentalmente indivisibles para fines de su protección judicial, pues su postulación por la vía individual convencional sería inviable, por los motivos ya expuestos. Luego, aunque la lesión haya derivado de un origen común, sus efectos se manifestarán de forma diferenciada, con mayor o menor intensidad sobre cada situación individual. Así, por una ficción creada por el legislador para posibilitar su tutela adecuada, la pretensión a la responsabilidad civil del agente transgresor de los bienes jurídicos individuales es realizada mediante una *condena genérica* (art. 95 del Código de Defensa del Consumidor), en una fase cognitiva preliminar del proceso. Solamente en un segundo momento, cuando serán promovidas individualmente la liquidación y la ejecución de la sentencia condenatoria general, es que se podrá percibir la divisibilidad de las pretensiones jurídicas de cada titular del derecho individual ofendido. Cada uno deberá comprobar los daños singularmente experimentados y el nexo causal, lo que demuestra la divisibilidad natural de los bienes jurídicos lesionados por un mismo acto o por actos iguales, practicados por el sujeto condenado en la demanda colectiva.²⁵

Al respecto de esta especie de derechos, es preciso apuntar que se había formado, algunos años atrás, fuerte corriente en los Tribunales Superiores brasileños posicionándose en el sentido de que la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos se restringiría a las relaciones de consumo. La protección de otros derechos individuales, aunque nacientes de origen común,

²⁴ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 73.

²⁵ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 68.

no sería admitida por esta vía.²⁶ Este posicionamiento lógicamente contraría la literalidad de la Ley de Acción Civil Pública y del Código de Defensa del Consumidor, leyes que en sus arts. 21 y 90 – respectivamente – implantan un sistema de incidencia recíproca de sus disposiciones, volviéndose un conjunto normativo harmónico aplicable a cualquier especie de acción judicial destinada a la tutela colectiva de derechos individuales o transindividuales. Recientemente, el Superior Tribunal de Justicia alteró su orientación, consignando en sus últimos fallos la admisibilidad de la reivindicación colectivizada de derechos individuales homogéneos que no versen sobre Derecho del Consumidor por el Ministerio Público,²⁷ por la Defensoría Pública²⁸ y por entidades asociativas.²⁹

²⁶ Vale observar los siguientes fallos: “1. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado à declaração da ilegalidade de Leis Municipais, referente, *in casu*, à cobrança da chamada ‘cota voluntária’ nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 2. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 506.000/RS, Relator Min. José Delgado, Primeira Turma, Julgado em 05.06.2003, DJ 08.09.2003); “I - Evidencia-se a ilegitimidade *ad causam* para propor ação civil pública visando a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, por se tratar de direito individual disponível. II - Ademais, as relações jurídicas entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não são relações de consumo, sendo, portanto, impossível cogitar-se da hipótese do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos direitos individuais homogêneos. Precedentes.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 448.647/PR, Relator Min. Paulo Medina, Sexta Turma, Julgado em 03.03.2005, DJ 18/04/2005); “é certo que, tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública em defesa de tal direito” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC, Relatora Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, Julgado em 22.08.2007, DJ 10/09/2007), No mesmo sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298, Relator Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 04.05.2004, DJ 28.05.2004.

²⁷ “É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo *Parquet*, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 946.533/PR, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 10.05.2011, DJe 13.06.2011.

²⁸ “O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)”.

Pero la resistencia en aceptar la defensa colectiva de derechos individuales de origen común para más allá de las relaciones de consumo, especialmente cuando el sujeto obligado es el Poder Público, no se limitó al ámbito jurisprudencial. Esta logró alcanzar, en determinadas materias, expresa prohibición en la esfera legislativa. Fue lo que ocurrió en función de la Medida Provisoria n° 2.180-35/2001, que incluyó el párrafo único en el art. 1° de la Ley de Acción Civil Pública vedando la tutela judicial colectiva de pretensiones que envuelvan tributos y contribuciones a la seguridad social.

Tal determinación legal es flagrantemente inconstitucional, pues menoscaba drástica e injustificadamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 5°, XXXV, de la Constitución Federal). Por un lado, porque excluye de la apreciación del Poder Judicial una lesión a derechos, ya que sería irracional suponer que cada titular de derecho violado propondría una acción individual para hacer valer los montos relativamente pequeños, considerando los obstáculos ya referidos inherentes al acceso a la justicia en Brasil. Con esto, la Administración se enriquece indebidamente, a merced del incuestionable enriquecimiento sin justa causa,³⁰ a las costas de los innumerables ciudadanos vilipendiados por inconstitucionales normas legislativas y administrativas

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n° 126.411-6/RS, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 18.10.2011, DJe 13.04.2012.

²⁹ “1. Esta Corte posicionava-se no sentido de que, para que houvesse a proposição da ação civil pública, mister estivesse a questão inserida no contexto do art. 1° da Lei n. 7.347/85. Tal artigo deveria, ainda, ser analisado juntamente com o artigo 81 da Lei n. 8.078/90, ou Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC. Entendia-se, portanto, que o cabimento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos se restringia àqueles direitos que evoluísem relação de consumo. 2. A jurisprudência atual, contudo, entende que, o artigo 21 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados às relações de consumo. 3. Deve, portanto, ser reconhecida a legitimidade do sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n° 119.961-1/RS, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 19.10.2010, DJe 28.10.2010.

³⁰ De acuerdo con Celso Antônio Bandeira de Mello, el enriquecimiento sin causa “es el incremento del patrimonio de alguien en detrimento del patrimonio de otra persona sin que, para fundamentar tal evento, exista una causa jurídicamente idónea”. Después de afirmar la plena aplicabilidad de dicho principio en el ámbito del Derecho Administrativo, explica el autor que “para evitar situaciones en las cuales un determinado sujeto obtenga ventajas indebidas a la costa del patrimonio ajeno, sin que exista un soporte jurídico prestante para respaldar tal efecto, es que, universalmente, se acoge el principio jurídico segundo el cual *hay que prohibir el enriquecimiento sin causa* y, consecuentemente, se desabona interpretación que favorezca este resultado injusto, abominado por la consciencia de los pueblos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo”, En: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 318.

relativas a la tributación y a la seguridad social, que no raras veces transgrede justamente los derechos fundamentales de la persona. De otro lado porque, si mínimamente significativo fuere el monto de los perjuicios individuales experimentados, la prohibición impuesta al uso de la tutela colectiva implica desprecio a los principios de eficiencia en la administración de la justicia y de la razonable duración del proceso, habida cuenta el potencial abarrotamiento del Poder Judicial con la interposición de incontables demandas singulares sobre idéntico objeto, además de malherir el principio de seguridad de las relaciones jurídicas, por cuenta del riesgo de órdenes judiciales contradictorias.³¹ La disposición incluida por la aludida medida provisoria tuvo, pues, la consecuencia de retirar la posibilidad de un control jurisdiccional efectivo “de toda suerte de ilegalidades y abusos perpetrados por la conocida avidez recaudadora de las Haciendas Públicas Federal, Estatales y Municipales”.³²

Una vez identificada la manera como el Derecho brasileño trata las distintas formas de tutela judicial de derechos, es importante examinar una característica peculiar de los derechos fundamentales que hace con que, en la práctica, esa clasificación de los derechos en individuales, difusos, colectivos *stricto sensu* e individuales homogéneos se torne muy complicada: su multifuncionalidad.

III. LA MULTIFUNCIONALIDAD Y DUPLA DIMENSIÓN (SUBJETIVA Y OBJETIVA) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La noción de *multifuncionalidad* de los derechos fundamentales consiste en una amplia visión, que posibilita el establecimiento de una radiografía de la norma iusfundamental, en ella incluyendo la amalgama de pretensiones jurídico-subjetivas y deberes objetivos deducibles expresa e implícitamente de los innúmeros enunciados normativos que tratan sobre un mismo derecho fundamental. Ella permite ver el derecho fundamental *como un todo*.³³ Una misma norma, resultante de una interpretación sistemática de varios dispositivos, presenta múltiples funciones conectadas al respeto, protección y promoción del mismo bien jurídico tenido como esencial por la Constitución.

³¹ VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 82.

³² VENTURI, *Processo civil coletivo... cit.* p. 83.

³³ Terminología formulada por ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.* p. 214.

Así, cuando observado el derecho fundamental en sentido amplio, él se desdobra en diversas funciones: (a) de *defensa* contra agresiones del Estado; (b) de *prestaciones materiales*, proveídas en el mundo de los hechos; (c) de *prestaciones normativas*, relacionadas a la creación de normas jurídicas volcadas: (c.1.) a la *protección* del derecho fundamental contra acciones de otros particulares; y (c.2.) a la creación de *órganos, instituciones y procedimientos* que posibiliten de forma universalizada el desempeño de las demás funciones.

Es posible tomar como ejemplo el derecho a la salud. Desde la interpretación sistemática de los enunciados constitucionales que tratan sobre él, nace un *derecho fundamental* en sentido amplio que, si considerado *como un todo*, congrega diversas *pretensiones jurídicas iusfundamentales* con distintas funciones: (i) la libertad de elegir las prácticas diagnósticas, los métodos terapéuticos y los medicamentos que el titular del derecho va a utilizar, estando prohibidas las imposiciones estatales arbitrarias en este sentido (*función de defensa*); (ii) el proveimiento de servicios ambulatorios al ciudadano (*función de prestación fáctica*); (iii) la creación de órganos y personas jurídicas, como centros de salud y hospitales públicos, bien estructurados para el atendimento de la población en general (*función de organización*); (iv) la elaboración de normas administrativas que reglamenten los requisitos procedimentales para la distribución gratuita de medicamentos por el Estado, incluso con la confección de listas de medicamentos que integran el componente básico de la Asistencia Farmacéutica (*función de procedimiento*); (v) la definición de una política de vigilancia sanitaria que fije normas prohibitivas a la comercialización de productos y insumos que puedan causar daños a la salud, fiscalizando su regular observancia por los particulares (*función de protección*).

Robert Alexy, autor responsable de esta construcción teórica, ejemplifica justamente con el caso del derecho al medio ambiente equilibrado, sosteniendo que dicho derecho contiene un conjunto de diversas posiciones jurídicas iusfundamentales, como: (i) el derecho a que el Estado se abstenga de promover intervenciones atentatorias contra el medio ambiente (*función de defensa*); (ii) el derecho a que el Estado proteja a los ciudadanos de intervenciones de terceros que dañen el ambiente (*función de prestación normativa* conectada a la *protección contra particulares*); (iii) el derecho a que

el Estado permita al titular del derecho a participar de procedimientos relevantes para el medio ambiente (*función de prestación normativa* conectada a *procedimientos*); como también (iv) el derecho a que el propio Estado emplee medidas fácticas, direccionadas a la mejora del medio ambiente (*función de prestaciones fácticas*).³⁴

A partir de esta explicación, se percibe una importante diferencia entre “derecho fundamental” y “pretensión (o posición) jurídica iusfundamental”. Si observado el derecho fundamental *como un todo*, se nota que de él resultan múltiples *pretensiones jurídicas*. Es decir, una comprensión global del derecho fundamental como la expuesta, que parte de una *norma* resultante de la construcción hermenéutica originada desde diversas disposiciones constitucionales, a él va asociada una pluralidad de posiciones jurídicas subjetivas que pueden ser reclamadas por su titular – aunque ni todas por la vía individual. Luego, en un sentido amplio, un derecho *fundamental* se presenta como un conjunto de *pretensiones jurídicas* que el ordenamiento constitucional asegura a los ciudadanos. Sin embargo, en una acepción estricta, cada una de estas pretensiones jurídicas consideradas aisladamente también puede ser llamada de un derecho fundamental. Retomando uno de los ejemplos antes ofrecidos, el derecho a la salud, pensando *como un todo* (sentido amplio), abarca todas las pretensiones jurídicas ya mencionadas, pero la pretensión jurídica de proveimiento de servicios médicos ambulatorios al ciudadano, visto singularmente, no deja de ser, igualmente, un derecho fundamental (sentido estricto).

De forma simplificada: si analizada la norma *como un todo*, a partir del conjunto de pretensiones jurídicas por ella aseguradas, se trata de un *derecho fundamental en sentido amplio*, pero si tomada solamente una de las *pretensiones jurídicas* de ella emanadas, de manera aislada, se trata de un *derecho fundamental en sentido estricto (o posición de derecho fundamental)*.³⁵

Cabe resaltar que esta distinción ni siempre es percibida. Cuando alguien menciona el “derecho a la salud” genéricamente, es imposible decir *a priori* si él puede o no ser postulado judicialmente por un sujeto individual. ¿A qué se

³⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...* cit. p. 392.

³⁵ En sentido similar: BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 81-82.

refiere exactamente con dicha expresión? Al derecho fundamental a la salud como un todo (sentido amplio) o ¿a una pretensión jurídica aislada, resultante de la norma jurídica que lo consagra (sentido estricto)? En este último caso, ¿sobre cuál de estas diversas posiciones jurídicas de ella resultantes se está refiriendo? Si la respuesta es “a la pretensión de creación de una estructura organizacional para la prestación eficiente del servicio (v.g. hospital público) y la adecuada fruición de la salud por los ciudadanos”, la solución es una; pero si la respuesta es “a la prestación de proveimiento gratuito de medicamentos insertados en el Listado Nacional de Medicamentos Esenciales (RENAME)”, la solución es otra. Lo mismo ocurre con el derecho al medio ambiente equilibrado.

Algunas pretensiones jurídicas iusfundamentales, asociadas a la dimensión *subjetiva* del derecho, pueden ser postuladas individualmente. Otras, conectadas a su perspectiva *objetiva*, solamente podrán ser reivindicadas por medio de instrumentos de tutela colectiva, y desde que observados algunos de los requisitos que serán esbozados posteriormente. Por ello es tan importante remarcar la distinción entre las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.³⁶

La dimensión *subjetiva* de los derechos fundamentales se caracteriza esencialmente por el elemento “provocación subjetiva”: un ciudadano o un grupo de personas recibe del ordenamiento jurídico la facultad de *exigir* a la Administración que se comporte de determinada manera, positiva o negativa, para respetar, proteger o promover una pretensión jurídica suya, a la cual el sistema constitucional atribuyó el *status* de derecho fundamental. Son hipótesis que se presentan en el marco de una relación jurídico-administrativa bien delineada, en la que figuran: (i) un sujeto activo (el titular del derecho fundamental); (ii) un sujeto pasivo (el Estado, titular de la obligación de cumplir la prestación correspondiente); (iii) una pretensión jurídica, otorgada al sujeto

³⁶ Sobre el tema de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, ver: HACHEM, Daniel Wunder. “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch Editor. Barcelona, 2010; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Bosch Editor. Barcelona, 2011; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 9. ed., Tecnos. Madrid, 2007.

activo, que le permite exigir del sujeto pasivo el cumplimiento de una obligación de cuño positivo o negativo.

De otra parte, la dimensión *objetiva* de los derechos fundamentales no está relacionada a la existencia de un pedido o de una exigencia del titular del derecho frente al Poder Público. El foco, cuando se trata de ese asunto, consiste en los deberes que incumben a la Administración, independientemente de cualquier provocación subjetiva, de: (i) crear las condiciones necesarias para que los derechos fundamentales puedan ser ejercidos de manera integral e universalizada, quitando los obstáculos que impidan su ejercicio real y efectivo (*deberes autónomos de protección*); (ii) interpretar todo el ordenamiento jurídico constitucional e infra-constitucional a la luz del contenido valorativo inherente a esos derechos (*eficacia irradiante*); (iii) proteger a los titulares de los derechos fundamentales contra sí mismos (*valor comunitario*).

Lo que desde ya es importante subrayar es que, ante estas características especiales de que gozan los derechos fundamentales, es insuficiente e inapropiado intentar *reducirlos* (y no elevarlos, como podría parecer) a la condición de derechos subjetivos individuales como una estrategia para garantizar su satisfacción judicial. Esto podrá conducir a atentados en contra del principio de igualdad, cuando fuera concedida únicamente para un jurisdicionado una medida que debería ser extendida a todos los titulares de la misma pretensión iusfundamental. U originar óbices a su concreción integral, por tratarse de un modo de pensar que ignora la existencia de pretensiones jurídicas derivadas de la dimensión objetiva, titularizadas por grupos y colectividades, que podrían ser pleiteadas por el sistema de demandas colectivas (y que no se ajustan a las estructuras tradicionales del derecho subjetivo individual).

La imposibilidad de asociar automáticamente el *derecho fundamental* y el *derecho subjetivo individual* no significa, en este influjo, debilitar su protección jurídica. Al revés: un *derecho fundamental* será siempre más que mero *derecho subjetivo*, concebido según el prisma tradicional.³⁷ Y esto por dos razones: (i) primero porque, cuando considerado *como un todo* (sentido amplio), él no

³⁷ Según Jorge Reis Novais, la categoría jurídica de derecho subjetivo “no agota estructuralmente el concepto de derecho fundamental”. NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 57. Traducción libre.

abarca solamente una, sino un conjunto de pretensiones jurídicas iusfundamentales (sentido estricto) que podrían, *grosso modo*, ser tenidas como derechos subjetivos; (ii) segundo, porque además de esta dimensión subjetiva, la norma de derecho fundamental presenta una perspectiva objetiva que direcciona implícitamente al Estado, independientemente de determinaciones expresas o de postulación subjetiva de sus titulares, deberes objetivos de proporcionar las condiciones materiales y jurídicas adecuadas para la tutela y ejercicio efectivos de estos derechos, protegiéndolos en contra de embestidas estatales y particulares, creando mecanismos procedimentales que vuelvan posible su posterior exigibilidad subjetiva.

Por otro lado, concebir los derechos fundamentales necesariamente como *derechos subjetivos* significaría renegar a algunas de las posiciones jurídicas específicas a ello asociadas (derechos fundamentales en sentido estricto) el *status* de auténticos derechos fundamentales. Si para ostentar esta condición fuese imprescindible el encuadramiento en la categoría de derecho subjetivo, aquellas partes del derecho fundamental *como un todo* que se presentan como deberes objetivos de acción estatal (*v.g.* función de protección contra violaciones por particulares) no podrían ser reconocidas como pretensiones jurídicas iusfundamentales.

Por lo tanto, el gran problema que genera graves confusiones en esta temática está en el hecho de que, muchas veces, los autores se refieren de manera abstracta al derecho fundamental *como un todo* (sentido amplio) para debatir si es posible exigirlo judicialmente o no. Se hace una mención genérica al derecho (*v.g.* derecho a la vivienda, a la educación...), sin demostrar cuáles son las *posiciones de derechos fundamentales* (derecho fundamental en sentido estricto) que están abarcadas por la norma iusfundamental en cuestión en caso concreto analizado. Por veces, en razón de la falta de concreción normativa, es difícil identificar claramente cuáles son los derechos fundamentales en sentido estricto (*posiciones jurídicas*) que resultan de una determinada norma. En otras palabras: hay casos en los que no se sabe con precisión qué relaciones jurídicas son establecidas por la norma de derecho fundamental.

Es necesario, pues, diferenciar las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, como premisas para verificar en cada caso concreto

la cuestión relativa a la titularidad (individual o transindividual) de estos derechos, y sus posibles formas de tutela.

IV. CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

Expuesta la noción de derecho fundamental *como un todo* y la multifuncionalidad de las pretensiones contenidas en él, es relevante investigar el contenido jurídico del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado y esencial a la calidad de vida sana, dispuesto en el art. 225 de la Constitución brasileña de 1988.³⁸

El reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente solamente ocurrió, en Brasil, con la promulgación de la Constitución de 1988.³⁹ La incorporación demuestra el tardío surgimiento de este nuevo derecho fundamental, justificado debido a la creciente degradación ambiental y de la amenaza a la continuidad de la vida en el planeta.⁴⁰

Cabe subrayar, sin embargo, que actualmente el *status* de fundamentalidad del derecho al medio ambiente sano no enfrenta más dudas, pues aunque su previsión constitucional no esté formalmente insertada en Título II (“De los derechos y garantías fundamentales” – artículos 5º a 17), por su contenido e importancia se lo reconoce como un derecho *materialmente* fundamental, en los términos del art. 5º, §2º de la Constitución, según el cual “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales

³⁸ No se ignora otras referencias a la cuestión ambiental en el texto constitucional, sean explícitas o implícitas (v.g. art. 5º, LXXIII, art. 20, II, arts. 21 y 22, art. 23, art. 24, VI, VII y VIII, arts. 215 y 216, entre otros). Sin embargo, según afirma José Afonso da Silva, el Derecho Ambiental, pese a que se encuentre fragmentado en el cuerpo de la Constitución, encuentra su verdadero núcleo en la norma insertada en el art. 225. SILVA, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, 5. ed., Malheiros. São Paulo, 2004. p. 50.

³⁹ SILVA, Raquel Torres de Brito; SILVA, Ramón Torres de; COSTA, Sandro Luiz da, “As consequências socioambientais provenientes da cultura do consumismo, como formas de um retrocesso ao preceito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado”, en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 324-346, set./dez. 2018.

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 20. ed., Malheiros. São Paulo, 2012, p. 153.

en que la República Federativa de Brasil sea parte”.⁴¹ Y si es cierto que entre los derechos fundamentales no existe jerarquía, también es cierto que el ejercicio de todos los demás derechos individuales y sociales suponen la existencia de un medio ambiente artificial, cultural y natural sanos. Viene de aquí la relevancia de tratar con atención el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado.

En este sentido, el derecho fundamental al medio ambiente hay que ser comprendido a partir de su dupla dimensión, subjetiva y objetiva. Desde el punto de vista subjetivo, y si encarado *como un todo*, su titularidad es compartida por más de un sujeto, y, como regla general, por toda la colectividad abstractamente considerada. La dimensión subjetiva, por lo tanto, determina la posición jurídica de ventaja de estos titulares, que podrán exigir: (i) la implementación del derecho al medio ambiente por medio de la ejecución de diversas pretensiones que lo componen; (ii) la no intervención del Estado o de otros particulares en su esfera jurídica. Así, estas pretensiones jurídicas iusfundamentales se diferencian en lo que se refiere a su naturaleza positiva o negativa.⁴²

Es en este sentido que el derecho dispuesto en el art. 225 de la Constitución brasileña permite al particular, por ejemplo, presentar una petición ante los órganos del Sistema Nacional del Medio Ambiente (SISNAMA). Mucho antes de la publicación de la Ley de Acceso a la Información (Ley n° 12.527/2011),⁴³ independientemente de la existencia de un interés específico, la Ley n° 10.650/2003 (art. 2, §1°) ya permitía el acceso público a los datos e

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3. ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013, p. 48.

⁴² Cada pretensión jurídica que emana del derecho fundamental *como un todo* tiene naturaleza positiva o negativa. Además, del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado emanan posiciones jurídicas titularizadas por la colectividad, por grupos y por clases, como también por personas individualmente consideradas. Por esto, es equivocado designar el derecho al medio ambiente *solamente* como un derecho difuso. Marcelo Abelha Rodrigues introduce bien la cuestión: “Así, *v.g.*, teniendo como un hecho jurídico la contaminación emitida por una fábrica, podrá este ser abrazado por una norma sustancial abstracta difusa (protección del medio ambiente-equilibrio ecológico); por una norma abstracta colectiva (protección del medio ambiente de trabajo de una fábrica) e incluso por una norma abstracta sustancial individual, siendo todos incidentes sobre este mismo hecho, y sin que aquí exista *bis in idem*.” RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*, 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005, p. 37. Traducción libre.

⁴³ Sobre el tema, ver: SALGADO, Eneida Desiree, *Lei de Acesso à Informação (LAI)*, Atlas. São Paulo, 2015.

informaciones existentes en los órganos y entidades del SISNAMA. Luego, la denegación injustificada del pedido de información justificaría la sindicabilidad de la pretensión, individualmente considerada, ante el Poder Judicial. Esta posición jurídica subjetiva demostrada indica *una* de las pretensiones jurídicas iusfundamentales contenidas en el derecho al medio ambiente, puesto que la obtención de la *información*, garantizada por ley al titular del derecho, forma parte del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado *como un todo*.⁴⁴

El establecimiento de pretensiones jurídicas negativas también es posible. Innúmeras son las ocasiones que hacen que surja un deber de abstención al particular o al Estado en materia de medio ambiente. Por ejemplo, la amenaza de desecho de sustancias tóxicas en un terreno particular por una determinada industria permite la presentación de una demanda que requiera una medida cautelar basada en la tutela inhibitoria, sin perjuicio de presentación de demandas posteriores de reparación de eventuales daños de naturaleza moral y material.

Las pretensiones jurídicas individuales demostradas en los ejemplos arriba conviven con otras, de titularidad transindividual. Una prueba de esto es que, por ejemplo, el ordenamiento jurídico brasileño garantiza protección a las plazas y espacios libres de las ciudades.⁴⁵ No se puede negar que estos locales son fuentes de protección y promoción del derecho al medio ambiente. La construcción y mantenimiento de espacios comunitarios que propician el ocio y la reunión de personas es una de las formas más comunes y eficientes

⁴⁴ El fallo del Recurso Especial nº 1187097/PR ilustra la posibilidad de presentación de demanda indemnizatoria por parte de pescadores lesionados debido a un derramamiento de sustancias contaminantes en donde ellos ejercían sus actividades: "RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA POR PESCADORES ARTESANAIS - EXPLOÇÃO DE NAVIO, COM DERRAMAMENTO DE SUBSTÂNCIAS POLUENTES SOBRE O MAR (ÓLEO E ETANOL) - INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO E CHAMAMENTO DO IBAMA AO PROCESSO SUSCITADOS EM CONTESTAÇÃO - TESES RECHAÇADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA DAS DEMANDADAS. (...) 2. Competência da Justiça Federal. Suposta incidência de convenção internacional (art. 109, III, da CF/88). Inocorrência. Demanda cuja causa de pedir não veicula tema afeto ao aludido órgão do Poder Judiciário. No caso dos autos, além de a ação indenizatória não se encontrar lastrada em qualquer convenção internacional, com ela não se objetiva a reparação de danos ambientais (causados a bens da União), mas sim o *ressarcimento dos prejuízos suportados, em tese, por particulares (pescadores), em face da impossibilidade de desenvolverem a pesca na região atingida pelo desastre ambiental*". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1187097/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013.

⁴⁵ MACHADO, *Direito Ambiental.... cit.* p. 489-498.

de promover la conservación del medio ambiente artificial y natural. De esta manera, sin perjuicio de la posibilidad de presentación de una demanda popular por el particular que se sienta afectado (art. 1º, de la Ley n° 4.717/1965), otros instrumentos de tutela colectiva garantizan la protección de las plazas y espacios libres. La pretensión jurídica de naturaleza difusa (v.g. protección y preservación de determinada plaza abandonada por la Administración municipal) será, entonces, exigida por cualquier uno de aquellos legitimados en la Ley de Acción Civil Pública (similar a un amparo colectivo), Ley n° 7.347/1985.

En estos dos ejemplos, la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente se caracteriza por la característica de *exigibilidad* de una pretensión jurídica ante el Estado, incluso por la vía judicial. A su vez, desde el punto de vista objetivo, es necesario que se sepa que el objeto que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado (cuando considerado *como un todo*) pretende tutelar es indivisible. Es decir, el bien jurídico objeto del derecho no admite división entre los titulares y, debido a ello, debe ser entendido en su totalidad.

La faceta autónoma de la dimensión objetiva del derecho fundamental frente a su dimensión subjetiva ilustra el deber impuesto al Poder Público de crear condiciones de fruición del bien jurídico tutelado. De este modo, el Estado – respetadas las potestades otorgadas a cada una de las entidades federativas por la Constitución – deberá proveer, en los ámbitos fáctico y jurídico, estructuras organizacionales y procedimientos aptos a la protección y a la realización del derecho al medio ambiente. Estas estructuras y procedimientos objetivan tutelar el derecho ante el propio Estado, pero también ante los particulares, no olvidando que cabe también “a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo [el medio ambiente] para las presentes y futuras generaciones”, según lo dispuesto en el art. 225, *caput* de la Constitución Federal.

La propia Constitución, en dicho artículo, direcciona los modos de concreción de la dimensión objetiva del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, al prever los instrumentos de protección y de gestión ambiental. Entre ellos, que no excluyen otras medidas que materialicen los deberes prestacionales del Estado, están: (i) el estudio previo de impacto ambiental; (ii)

la demarcación de biomas carentes de protección a nivel nacional; (iii) protección y preservación de los procesos ecológicos, de fauna, de flora y de patrimonio genético; (iv) el control de riesgos; (v) la responsabilidad penal, civil y administrativa; y (vi) la educación ambiental.⁴⁶

Todos estos instrumentos de protección y gestión deben ser concretados en la legislación infraconstitucional y en la normativa general de los órganos responsables de la ejecución de la Política Nacional del Medio Ambiente (Ley nº 6.938/81). La demostración específica de cada uno de los deberes incorporados en la dimensión objetiva del derecho al medio ambiente será realizada abajo.

Esto puesto, es la conjunción de estas dos dimensiones que da cuerpo al derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado y esencial a la calidad de vida sana. Como visto, la complejidad de su contenido judicial aleja cualquier comprensión estanca del derecho como algo *difuso* por excelencia. Teniendo en mente estos supuestos, cabe aclarar de qué modo la multifuncionalidad de los derechos fundamentales da vida al derecho al medio ambiente en el orden jurídico brasileño.

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE Y SU MULTIFUNCIONALIDAD

La doble dimensión – subjetiva y objetiva – de los derechos fundamentales demuestra, necesariamente, cada una de las funciones que el derecho *como un todo* ejerce. El derecho al medio ambiente ejercerá, de este modo, funciones: (a) de *defensa* contra embestidas del propio Estado; (b) de *prestación material*; (c) de *prestación normativa*. Esta última, a su vez, puede ser didácticamente desdoblada en funciones: (c.1) de *organización*; (c.2) de *procedimiento*; (c.3) de *protección* contra embestidas de otros particulares.

En lo que se refiere a la función de defensa, en la perspectiva de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales, cabe al Estado el deber de defender el derecho al medio ambiente en contra de sus propias embestidas y omisiones. Se debe tener en cuenta que la función defensiva del derecho al

⁴⁶ SILVA, Solange Teles da, “Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 34, out./dez. 2007. p. 225-227.

medio ambiente ecológicamente equilibrado es guiada por el principio de precaución. Asimismo, esta función retira del Estado la discrecionalidad para la implementación de normas protectoras, al mismo tiempo que lo obliga a fiscalizar y a impedir la ocurrencia de daños ambientales.⁴⁷ En este exacto sentido decidió el Superior Tribunal de Justicia brasileño en el fallo del Recurso Especial n° 575.998/MG.

El debate que dio origen al recurso especial mencionado era justamente acerca de la discrecionalidad o no del ente municipal respecto de la frecuencia de la colecta de basura urbana. El Ministerio Público del Estado de Minas Gerais presentó demanda con el objetivo de obligar al Municipio de Cambuquira a coleccionar la basura más de una vez por semana, como antes se hacía. En un fallo unánime, el ponente Ministro Luiz Fux decidió que “*no hay discrecionalidad del administrador ante los derechos consagrados [...] constitucionalmente. En este campo, la actividad está vinculada sin admisión de cualquier exegesis que objective alejar la garantía pétrea*”. La decisión final de admisión en el recurso especial evidencia la función de defensa incorporada en el derecho al medio ambiente sano.

Además de la actuación jurisdiccional con el objetivo de concretar los comandos legales y constitucionales, mecanismos de responsabilidad civil actúan en el sentido de obligar al Estado a cumplir sus deberes y a reparar el daño surgido de su incumplimiento. Cabe observar, como ejemplo, la responsabilidad civil objetiva prevista en el art. 14 de la Ley n° 6.938/1981,⁴⁸ aplicable a particulares y también a los sujetos de derecho público.

En lo que respecta a la función de *prestación material*, indubitadamente el cuerpo estatal cuenta con la ayuda de la principal beneficiaria de un medio ambiente sano – la sociedad. Aún así, se destaca la relevancia del papel estatal en lo que se refiere a sus deberes vinculados a las prestaciones materiales.

⁴⁷ SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental...cit.* p. 193.

⁴⁸ “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Cabe al Estado, ampliamente, por ejemplo, desapropiar áreas por utilidad pública que, por su sabido valor paisajístico e histórico, requieran una mayor protección contra acciones destructivas. Lo mismo ocurre en áreas urbanas desapropiadas para la instalación de parques, plazas o centros de convivencia al aire libre. Bajo este prisma, la función prestacional del ente público se materializa en la consecución del bienestar social, mediante la utilización de espacios ambientalmente apropiados.

Otras imposiciones recaen sobre el Estado. Aunque no exista un consenso sobre la idea de servicio público, y más específicamente si la limpieza urbana consiste en uno, no se puede negar que el mantenimiento de las calles y de las aceras con el fin de mantenerlas libres de suciedad se traduce no sólo como un servicio a favor de la salud pública, sino también como una actividad esencial para el gozo de un medio ambiente sano.⁴⁹ La propia Ley n° 11.445/2007, la Ley de Saneamiento Básico brasileña, clasificó la limpieza pública y el manejo de residuos sólidos como un servicio público de carácter esencial para la protección de la salud y del medio ambiente.⁵⁰

Una gama enorme de posibilidades se abre al Poder Público, que dispone de los más diversos instrumentos para cumplir la función *prestacional material* del derecho al medio ambiente sano, principalmente el poder de policía a él vinculado y resultante de la soberanía del interés público. Lo que es innegable es el carácter prestacional conectado a la actividad estatal que, si lo negligencia, se vuelve una letra muerta el texto que incorpora la norma constitucional garantizadora del derecho fundamental al medio ambiente.

En lo que se refiere a la función de *prestación normativa*, teniendo en cuenta la promoción de la protección ambiental y la contención de las amenazas o lesiones al bien ambiental, el Estado “no está solamente ‘autorizado’, sino

⁴⁹ A pesar de no ignorar el concepto de servicio público de Celso Antônio Bandeira de Mello, según el cual el servicio público se trata de una utilidad o comodidad gozada *uti singuli*, se destaca la fundamentación del autor: “Es sabido que ciertas actividades (consistentes en la prestación de utilidad o de comodidad *material*) destinadas a satisfacer la *colectividad en general*, son clasificados como servicio público cuando, en un determinado momento y lugar, el Estado entiende que *no conviene dejarlas solamente a la libre iniciativa*, es decir, *que no es socialmente deseable que se queden sólo bajo la fiscalización y control que ejerce la generalidad de las actividades en cuestión (...)*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 28. ed. Malheiros. São Paulo, 2011. p. 678. Traducción libre.

⁵⁰ “Art. 2º. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
(...) III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente”.

‘obligado’ constitucionalmente (aquí por fuerza de sus deberes de protección y de promoción) a reglamentar la materia ambiental en las más diversas áreas”.⁵¹ La función de *prestación normativa* corresponde al deber del Estado de regular el tema ambiental de acuerdo con las potestades constitucionalmente previstas. Al Legislativo son dirigidas incumbencias en el sentido de promover la función de prestación normativa primaria del derecho al medio ambiente, mientras que, al Ejecutivo, además del deber de implementar las normas ambientales, es atribuido el deber de negociar tratados internacionales que garanticen el cumplimiento de los dictámenes constitucionales.⁵²

En este sentido, el legislador infraconstitucional cumplió la función de prestación normativa al reglamentar el art. 225, §1° I, II, III y VII de la Constitución Federal. La Ley 9.985/2000 instituyó el Sistema Nacional de Unidades de Conservación, dando cuerpo, de esta forma, a la previsión constitucional. También se puede citar la Ley n° 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad), que reglamenta el art. 225, §1°, II, IV y V de la CF; la Ley n° 9.605/1998 (Ley de Delitos e Infracciones Ambientales), que reguló el §3° del art. 225; la Ley n° 11.428/2006 (Ley de la Mata Atlántica), que concreta el art. 225, §4°;⁵³ entre una serie de otras leyes que materializan los comandos constitucionales, como, por ejemplo, la Ley de Saneamiento Básico (Ley n° 11.445/2007).

Efectivamente, esta función de *prestación normativa* del derecho al medio ambiente no se limita a la legislación federal. Es la normativa infraconstitucional de todos los entes federados lo que forma el cuerpo de los instrumentos de gestión y de protección ambiental. En estos términos, la Ley Complementar organizó la potestad ejecutiva de cada uno de los entes federales en el tema ambiental, lo que permite la ejecución de la política ambiental entre la Unión, Estados, Municipios y del Distrito Federal.

Esta función de prestación normativa, como antes se mencionó, se desdobra en funciones de perfil organizacional y procedimental, como también en una tercera función de protección contra embestidas de particulares.

⁵¹ SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental... cit.* p. 153.

⁵² SILVA, *Direito fundamental... cit.* p. 235.

⁵³ SARLET; FENSTERSEIFER, *Direito Constitucional Ambiental... cit.* p.152.

La división de potestades en el Poder Público y la creación de personas jurídicas especializadas en el tema ambiental concreta la función de *prestación normativa de organización* del derecho al medio ambiente. En Brasil, el Sistema Nacional del Medio Ambiente (SISNAMA) instrumentaliza la protección ambiental. La ley que lo instituye (Ley n° 6.938/81), anterior a la Constitución Federal, divide los principales órganos (art. 6°): (i) órgano superior, el Consejo de Gobierno; (ii) órgano consultivo y deliberativo, el Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA); (iii) órgano central, la Secretaria del Medio Ambiente de la Presidencia de la República; (iv) órganos ejecutivos, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) y el Instituto Chico Mendes de Conservación de la Biodiversidad; (v) órganos seccionales, que son “los órganos o entidades estatales responsables de la ejecución de programas, proyectos y del control y fiscalización de actividades capaces de provocar la degradación ambiental”, y los órganos o entidades locales/municipales, responsables del control y de la fiscalización de estas actividades.

Se percibe que, para el cumplimiento de la función de *prestación normativa de organización*, la técnica de repartición de atribuciones sigue el modelo convencional de la división de potestades en la Administración Pública. No podría ser distinto, una vez que, para garantizar la eficiencia en la protección y promoción ambiental, la especialización se impone, y con más fuerza, en el tema del Derecho Ambiental.

Cabe acrecentar a las funciones presentadas la que exige la institución de procedimientos adecuados y eficaces a la concreción del derecho al medio ambiente: función de *prestación normativa de procedimiento*. Además de la comprensión de la dimensión procedimental en el ámbito de la Administración Pública, el campo procesal es fértil para el debate. Esto porque la definición de procedimientos hábiles a la tutela de los derechos fundamentales no es sólo deber de los Poderes Ejecutivo y Legislativo,⁵⁴ sino fundamental para el fiel desempeño de las actividades del Poder Judicial.

⁵⁴ La Constitución brasileña es clara en estos términos: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual”.

Ninguna de las proposiciones referidas tendría sentido si no fuera posible exigir el cumplimiento de las prestaciones materiales no atendidas por el Poder Público. Como ya visto, el derecho de acción continúa siendo una forma de sanar las omisiones y violaciones estatales en el tema ambiental. Se hace necesario, pues, subrayar lo que ya fue dicho. La función de *prestación normativa de procedimiento* exige la implantación, por medio de normas jurídicas, de procedimientos satisfactorios de protección del bien jurídico ambiental. Vale resaltar, nuevamente, la importancia de las demandas colectivas, demostradoras de la especificidad exigida en el trato ambiental. La creación de juzgados ambientales especializados muestra la relevancia de establecer centros especializados con determinados procedimientos específicos en la esfera del proceso judicial.

Es decir, la función de *prestación normativa de procedimiento*, al mismo tiempo que materializa como el derecho al medio ambiente será protegido e implementado, aleja cualquier intento de incluir en la defensa ambiental formalismos innecesarios. Por lo tanto, los instrumentos de promoción de la política pública ambiental deben estar acordes con un procedimiento eficaz. Véase, en estos exactos términos, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), un requisito de instalación de obras o actividades de gran degradación. El EIA, incluso, demuestra la función de *protección* contra acciones desproporcionales del propio Estado o de particulares.

El Estudio de Impacto Ambiental está previsto en el art. 225, §1º, IV de la Constitución Federal y en el art. 9º, III, de la Ley 6.938/1981. El EIA valora los principios de precaución y de prevención en el Derecho Ambiental. Él consiste, resumidamente, en un procedimiento público realizado previamente a las obras y actividades y, al final, expone el futuro escenario de degradación resultante de la interferencia en el medio ambiente. Siempre habrá junto al EIA un juicio de valor final, “es decir, una evaluación favorable o no al proyecto. No se admite un Estudio de Impacto Ambiental que se abstenga de emitir la evaluación del proyecto”.⁵⁵

Lo que se quiere demostrar, sin adentrar en las especificidades del EIA, es que este es un ejemplo de instrumento que cumple la función de *prestación*

⁵⁵ MACHADO, *Direito Ambiental... cit.* p. 269.

normativa de protección contra embestidas de particulares. No existe una licencia de obra de medio o de gran porte sin el Estudio Previo de Impacto Ambiental. Incluso, las conclusiones presentadas podrán alterar el proyecto propuesto por el emprendedor, lo que resultará en nuevos costes. La justificación para esto es la protección ambiental, que no admite la amplia devastación del medio ambiente a favor del beneficio de un particular interesado.

VI. CONCLUSIÓN

De todo lo que analizó en el estudio, se concluye que el contenido jurídico del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado en la Constitución brasileña demuestra que dicho derecho, como los demás derechos fundamentales, es caracterizado por su multifuncionalidad, dupla dimensión (subjetiva y objetiva) y titularidad simultáneamente individual y transindividual, a depender de la pretensión jurídica específica deducida en cada situación concreta.

No es posible afirmar, en abstracto, que el derecho fundamental al medioambiente tiene solamente una titularidad transindividual. En cada caso concreto, es necesario analizar si la posición jurídica invocada por el autor de la demanda se refiere a una función del derecho fundamental que genera una pretensión individual o transindividual. Dentro de las distintas funciones de dicho derecho – de defensa, de prestación fáctica, de prestación normativa de organización y procedimiento, de prestación normativa de protección – es posible encontrar múltiples posiciones jurídicas, algunas susceptibles de tutela judicial individual, otras solamente susceptibles de recibir una tutela judicial colectiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

ARENHART. Sérgio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da, “Evolução das ações coletivas no Brasil”, *Revista de Processo*, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 224-235, jan./mar. 1995.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch Editor. Barcelona, 2010.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Bosch Editor. Barcelona, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini, “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v, 13, n, 1-2, Uberlândia, pp. 1-34, 1984.

HACHEM, Daniel Wunder. “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 20. ed., Malheiros. São Paulo, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo”, En: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Malheiros. São Paulo, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 28. ed. Malheiros. São Paulo, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro”, *Revista Forense*, v, 77, nº 276, Rio de Janeiro, pp. 1-6, out./dez, 1981.

NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora. Coimbra, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 9. ed., Tecnos. Madrid, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*, 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree, *Lei de Acesso à Informação (LAI)*, Atlas. São Paulo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, 3. ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

SILVA, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, 5. ed., Malheiros. São Paulo, 2004.

SILVA, Raquel Torres de Brito; SILVA, Ramón Torres de; COSTA, Sandro Luiz da, “As consequências socioambientais provenientes da cultura do consumismo, como formas de um retrocesso ao preceito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado”, en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 324-346, set./dez. 2018.

SILVA, Solange Teles da, “Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 34, p. 225-227, out./dez. 2007.

VENTURI, Elton, *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*, Malheiros. São Paulo, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 5ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.