

LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Renato Braz Mehanna Khamis

Doctor y Máster en Derecho por la Universidad Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP).
Profesor de Graduación en Derecho en la Universidad Santa Cecília (UNISANTA).
Profesor de Especialización en Derecho Constitucional en Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP).
E-mail: renato@mehanna.adv.br

RESUMEN

Este artículo consiste en analizar la indisponibilidad del derecho fundamental a la protección del medio ambiente. Buscando alcanzar el objetivo propuesto, el trabajo fue dividido en cuatro partes: (i) en la primera parte, se hace un análisis ontológico de los derechos para, enseguida, (ii) estudiarse la indisponibilidad y la inviolabilidad de los derechos bajo la responsabilidad perspectiva de la teoría de la norma jurídica. Terminada esta etapa, (iii) se pasará a la verificación de la fundamentalidad del derecho a la protección al medio ambiente y, en consecuencia, (iv) se averiguará la indisponibilidad de dicho derecho; Sin embargo, eso se dará respetando las peculiaridades de las normas jurídicas consagradoras de derechos fundamentales transindividuales. En lo que se refiere a la metodología empleada, será utilizado el método hipotético-deductivo en investigación cuyo objetivo es explicativo, pues busca identificar los factores que justifican la tesis objeto de este estudio. Para alcanzar la finalidad anhelada, se adopta el procedimiento bibliográfico, ya que la investigación está amparada por referencias normativas y teóricas publicadas en medio escrito y electrónico.

Palabras-clave: Protección del medio ambiente; Derechos Fundamentales; Inviolabilidad e Indisponibilidad de derechos; Derechos Transindividuales; Ontología de los derechos.

THE UNAVAILABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENTAL PROTECTION

ABSTRACT

This is an article whose object is to analyze the unavailability of the fundamental right to the protection of the environment. In order to reach the proposed objective, the work is divided into four parts: (i) the first part start with an ontological analysis of rights and then (ii) study the unavailability and inviolability of rights from the perspective of theory of the legal norms. Once this stage is over, (iii) will be verified the fundamental right to the protection of the environment and, in sequence, (iv) will be investigated the unavailability of this right, but this respecting the peculiarities of the legal norms that promotes transindividual fundamental rights. In turn, regarding the methodology used, the hypothetical-deductive method will be used in research whose objective is explanatory, since it seeks to identify the factors that justify the theses object of this study. In order to achieve the expected purpose, is adopted the bibliographic procedure, once it is supported by normative and theoretical references published in written and electronic media.

Key words: *Environmental protection. Fundamental rights. Inviolability and unavailability of rights. Transindividual rights. Ontology of rights.*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar la indisponibilidad del derecho fundamental a la protección del medio ambiente.

El problema es que, en una época en que se cuestiona la proliferación de derechos fundamentales, la justificativa del marco de la protección del medio ambiente como derecho fundamental necesita - como en realidad necesitaría, incluso en la ausencia de cualquier cuestionamiento, de un sustrato epistemológico robusto, así como de una estructuración metodológica fuertemente fundamentada y totalmente coherente.

Pero no apenas eso. Actualmente está en boga la discusión sobre la disponibilidad de los derechos fundamentales (DIAS, 151-177). Por lo tanto, lo que antes era considerado un dogma sagrado por la doctrina y la jurisprudencia, ahora sigue siendo cuestionado. De esta forma, se percibe la extremada importancia científica de la investigación sobre la indisponibilidad del derecho fundamental a la protección del medio ambiente, puesto que la investigación congrega dos objetivos esenciales: el primero de ellos consiste en la verificación de la fundamentalidad del derecho a la protección del medio ambiente, esculpido en el art 225, *caput*, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 - CR / 88; Ya el segundo objetivo se refiere al análisis de la indisponibilidad del mencionado derecho.

Buscando alcanzar ese doble objetivo de forma metodológicamente estructurada y coherente, este trabajo comenzará por el estudio *de los derechos*, lo que se realizará por medio de un abordaje ontológico de la norma jurídica para, entonces, buscar, dentro de una perspectiva teórico-normativa, el significado jurídico de inviolabilidad e indisponibilidad de *derechos*. Sólo cuando se establezcan esas premisas metodológicas esenciales es que será hecho el análisis epistemológico de la fundamentalidad del derecho a la protección del medio ambiente; y constatándose que se trata de derecho fundamental, se verificará si se trata de derecho disponible o indisponible. Para esto, este estudio utilizará el método hipotético-deductivo, especialmente por medio del análisis de normas jurídicas constitucionales e infraconstitucionales y, especialmente, de investigación doctrinal.

1. LA ONTOLOGÍA DE LOS DERECHOS

Para hacer el análisis de la disponibilidad de los derechos fundamentales, primero hay que establecer las premisas básicas sobre las que se construirá esta investigación científica. De esta forma, como el objeto del presente estudio son los derechos fundamentales ambientales, es necesario, antes que nada, establecer lo que son derechos.

En lo que toca a la aceptación filológica de la palabra *derecho*, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 32-33) alerta que, al lado de la expresión latina clásica *jus*, se empezó a utilizar también la palabra *derectum*, ambas significando derecho. Sin embargo, durante cierto tiempo, “las fórmulas *derectum* y *directum* pasan a superponerse al uso de *jus*”, siendo que, después del siglo IX, finalmente, *derectum* es la palabra consagrada, siendo usada para indicar el ordenamiento jurídico o una “ norma jurídica en general”. (grifos en el original)

En otra perspectiva, Goffredo Telles Jr. (2008: 375) aclara que la palabra *direito*, existente en la lengua portuguesa, proviene del adjetivo latino *directus*, el cual, a su turno, “designa la calidad de ser conforme a la línea recta; de encontrarse dispuesto a construir la línea más corta entre dos puntos; en fin, de encontrarse alineado en recta”. Esta idea de rectitud pasa a asumir cierta connotación moral y, por lo tanto, presupone aceptación y admiración social. De ahí la razón del uso de expresiones como ser el “brazo derecho” de alguien.

El problema es que, como alerta Maria Helena Diniz (2009, p. 241), la definición esencial del derecho es una cuestión de naturaleza supracientífica, que constituye objeto de análisis de la ontología jurídica. Se trata de una investigación extremadamente difícil, teniendo en cuenta la pluralidad de sentidos atribuidos a la palabra *derecho*.

En este contexto, ilustra bien esta pluralidad el concepto de derecho confesadamente amplio adoptado por Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 290):

En este sentido, el derecho es un cuerpo de procedimientos regularizados y de padrones normativos, considerados justificables en un determinado grupo social, que contribuye a la creación y prevención de litigios, ya su resolución a través de un discurso argumentativo, articulado con la amenaza de fuerza.

En el que pese a ser el concepto antedicho proveniente de una

visión muy particular, propia de la sociología jurídica, el punto que se busca resaltar es justamente que la palabra *derecho* puede presentar diversos significados. Algunas veces, significa norma jurídica, conforme al mandamiento extraído de determinado enunciado normativo. En otras, significa la posibilidad de contraponerse a una cierta conducta o amenaza que ofende intereses protegidos jurídicamente, los cuales pertenecen al agente. Por último, todavía hay el significado ético de la palabra *derecho*, que se alinea con la idea de justicia. Por lo tanto, como afirma Goffredo Telles Jr. (2008, p. 373-374), la palabra *derecho* designa tres realidades diferentes, que mantienen una relación de interdependencia. “La primera realidad, llamada *Derecho es norma* (es el Derecho Objetivo). La segunda es *permiso* (es el Derecho Subjetivo). Y la tercera es *calidad* (es el justo, o la calidad del acto justo)” (grifo en el original).

Según la lección de Godofredo Telles Jr. (2008), esta pluralidad de significados de la palabra *derecho* se debe al hecho de que, bajo el prisma del lenguaje, existan dos clases de palabras: las unívocas y las plurívocas. Las primeras son aquellas que tienen un solo sentido, tales como las palabras libro y mesa. Las últimas tienen más de un sentido, siendo subdivididas en palabras equívocas y palabras analógicas. Las palabras equívocas son aquellas que tienen sentidos diversos y desconexos, de modo que sus múltiples sentidos no se relacionan unos con otros, como ocurre con las palabras manga (fruta o cobertura de los brazos en una blusa o chaqueta) y piña (fruta o problema (en portugués)). Por otro lado, las palabras analógicas también tienen sentidos diversos – haya visto que son plurívocas-, sin embargo, al revés de las equívocas, en las plurívocas sus sentidos relacionan entre sí. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la palabra ciencia (conocimiento o sistema de conocimientos articulados sobre determinada disciplina).

Esto puesto, la palabra *derecho* es plurívoca - pues posee más de un significado - de la especie analógica, en la medida en que presenta tres sentidos distintos, que se implican mutuamente. Además, una vez constatada la existencia de esos tres significados de la palabra *derecho*, urge analizar cada uno de ellos de forma más detenida.

El primero de esos significados se refiere a la noción de derecho como derecho objetivo. Según el Goffredo Telles Jr. (2006, p. 324), “el conjunto de todos los imperativos autorizantes - el conjunto de todas las normas jurídicas o norma de Derecho - forma lo que se nombra como Derecho Objetivo”. Se trata, pues, de concepto muy próximo al concepto

de Derecho Positivo, aunque con él no se confunda. Esto porque este último está formado por todas las normas jurídicas emanadas del Estado, es decir, leyes, decretos, tratados internacionales, etc. pero sólo por ellas, mientras que el primero contempla, además de ellas, también las normas provenientes de la autonomía de la voluntad, tales como las promesas y las cláusulas contractuales. De ahí el autor antes mencionado puede concluir que “todo el Derecho Positivo se incluye en el Derecho Objetivo. Es importante decir que una gran parte del Derecho Objetivo no es Derecho Positivo “ (TELLES JR., 2006, p. 325).

En lo que se refiere al segundo significado, cuál sea, al derecho subjetivo, es posible concluir que son los permisos dados por medio de normas jurídicas. Esto significa, pues, que el derecho subjetivo se opone al derecho objetivo, aunque al mismo tiempo, en él se ampara, es decir, es su contraface. Al final, si, por una parte, la norma jurídica crea derecho, por otra, permite el ejercicio, por sus destinatarios, de aquel derecho por ella previsto. Sin embargo, como resalta Goffredo Telles Jr. (2006: 329), el derecho subjetivo no es mera facultad del agente, puesto que la facultad es apenas la aptitud para producir un acto y, por este motivo, precede el propio acto. De esta forma, se puede concluir que “los permisos para el uso de facultades humanas, cuando concedidas a través de normas jurídicas, constituyen precisamente los derechos subjetivos” (TELLES JR., 2006, p. 332). Por lo tanto, derecho subjetivo es el permiso para el uso de determinada facultad, y no la propia facultad. María Helena Diniz (2009, p. 247), a su vez, distingue dos especies de derecho subjetivo: el común de la existencia y el de defender derechos. La primera especie consiste en el permiso de hacer o de no hacer determinada cosa, o incluso de tener o no tener algo, amparada por precepto normativo. Ya la segunda especie se refiere a la protección de los derechos comunes de la existencia. En otras palabras, es la autorización de asegurar el uso del derecho subjetivo cuando se encuentra ante violación - o incluso de amenaza de violación -, permitiéndose la resistencia contra la ilegalidad para hacer cesar el acto ilícito. En esto consisten las dos especies de derecho subjetivo.

A su vez, el tercer significado de la palabra *derecho* lleva el sentido de calidad del justo. Se observa que la tarea de definir el justo es una de las más arduas con la que la ciencia jurídica ya se ha encontrado, siendo este tema más comúnmente debatido en el ámbito de la Ética y de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, pese a que la cuestión de la justicia deba ser analizada con miras a las cuestiones de orden ético y psicosocial, en el

abordaje transdisciplinario propio de una teoría de la justicia, este trabajo se atenuará, por ahora, a su aspecto más sustancialmente jurídico-normativo que se acuesta en la noción de justicia retributiva, que es justamente ese significado más arraigado a la palabra *derecho*. En esa perspectiva, la justicia consiste en la retribución equivalente del acto que se ha practicado. Es decir, pues, que la noción de justicia implica una relación bilateral en la medida que la idea de retribución equivalente presupone la práctica-antes de la retribución- de una primera acción. Se tiene, por lo tanto, primero, una determinada acción de cierto agente y, posteriormente, una reacción equivalente practicada por otro. Sin embargo, esa equivalencia propia de la justicia no implica una igualdad salomónica, del tipo ojo por ojo, diente por diente. Al contrario, admite la retribución realizada por medio diverso de la acción originalmente empleada, mientras sea proporcional. En ese punto, vale recordar la salvedad hecha por Goffredo Telles Jr. (2008, p. 357):

Lo “equivalente” de la definición de la justicia no implica una igualdad *cualquiera*. Lo equivalente (*equi + valiente*) es algo que tiene valor igual o proporcional al *valor* de otra cosa. Justicia, pues, consiste en la retribución a alguien por algo de *valor igual* (o *proporcional*) al *valor* de lo que alguien le dio o lo hizo. Consiste en una efectividad de la equivalencia (grifo en el original).

En estos términos, se puede concluir que la palabra *derecho*, cuando concebida en su acepción de justicia, se refiere a la retribución equivalente a determinado acto practicado, o sea, se refiere a una conducta reactiva (reacción) proporcional a la acción originalmente interpuesta.

Estos son, en suma, los significados de la palabra *derecho* que pueden ser obtenidos dentro de una perspectiva ontológica del derecho. Sin embargo, según el tipo de investigación ser realizada, el jurista utilizará uno de ellos, pudiendo incluso, incluso, valerse de más de uno. Como explica Maria Helena Diniz (2009, p. 242), en lo que concierne al estudio del derecho, “la elección del prisma en que se va a conocerlo depende del sistema de referencia del jurista, presuponiendo una reflexión sobre los fines del ordenamiento jurídico”.

Ocurre, sin embargo, que el enfoque propuesto en este apartado 1 consiste en la ontología *de los derechos* dentro de la ciencia jurídica, y no *del derecho* como complejo de conocimientos jurídicos. Este hecho, por sí solo, ya excluye de esa investigación - al menos en esta etapa de

abordaje ontológico - la acepción de derecho como justicia, en la medida en que ella integra el campo de la *zetética* jurídica,¹ o sea, su enfoque no es exclusivamente jurídico, en que pese al fenómeno jurídico ocupar un determinado espacio en sus indagaciones en la medida en que presenta “apertura constante para el cuestionamiento de los objetos en todas las direcciones” (FERRAZ JR., 1994, p. 44).

En este punto de la investigación, lo que interesa es un enfoque bajo los parámetros de la *dogmática* jurídica,² cabe decir, que acepte las premisas dadas por el ordenamiento jurídico y, a partir de ellas, presente la conclusión lógica derivada del estudio realizado. Sin embargo, en esa perspectiva propia de la *dogmática* jurídica se encuadran tanto el derecho objetivo como el derecho subjetivo. Más que eso, ambos están en estricta consonancia con la ontología *de los derechos*, en la medida en que tener derechos significa ser poseedor de un derecho subjetivo previsto en una norma dada por el derecho objetivo. Por lo tanto, es a partir de ellos que serán analizados los fenómenos jurídicos de la violación y de la disposición de los *derechos*.

2. INVOLIBILIDAD E INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS

A partir del estudio realizado en el ítem anterior, es posible afirmar que a todo derecho objetivo corresponde un derecho subjetivo, preservada, sin embargo, la autonomía de cada uno de ellos. Tanto es así, que María Helena Diniz (2009, p. 250) afirma que “nítida es la correlación existente entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. A pesar de estar íntimamente ligados, son inconfundibles”.

Se observa que esta relación implicacional existente entre derecho objetivo y derecho subjetivo reposa sobre elementos de *cuño* esencialmente jurídico-normativo. A causa de ello, se hace necesario adentrar la *génesis de la norma jurídica* para que pueda, entonces, comprender el contenido

1 Sobre la *zetética*, Tércio Sampaio Ferraz Jr. puntualiza: “La *zetética* jurídica, en las más diferentes discriminaciones, corresponde, como vimos a las disciplinas que, teniendo por objeto no sólo el derecho, pueden, sin embargo, tomarlo como uno de sus objetivos previos. De ahí la nomenclatura de las disciplinas Filosofía del Derecho, Lógica Jurídica, Sociología del Derecho, Historia del Derecho, etc. El jurista, en general, se ocupa complementariamente de ellas. Se toman como auxiliares de la ciencia jurídica *stricto sensu*” (1994, p. 47).

2 La *dogmática* es explicada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. de la siguiente manera: “Ella explica que los juristas, en términos de un estudio estricto del derecho, procuren siempre comprenderlo y hacerlo aplicable dentro de los marcos del orden vigente. Este orden que les aparece como un dato, que ellos aceptan y no niegan, es el punto de partida ineludible de cualquier investigación. Es una especie de limitación, dentro de la cual pueden explorar las diferentes combinaciones para la determinación operativa de comportamientos jurídicamente posibles” (1994, p. 48).

jurídico y, consecuentemente, la extensión de las expresiones *inviolabilidad e indisponibilidad de los derechos*.

La concepción de la idea de tener derechos reside en un plano diferente de aquel en que se encuentra el sentimiento de justicia. En el que pese a ambos - la idea de derecho y el sentimiento de justicia - ser experimentados por determinado sujeto (de derecho), la primera encuentra amparo científico en la dogmática jurídica, mientras que el segundo se apoya científicamente en la zetética jurídica. Al final, tener un derecho significa estar amparado por una norma jurídica que establece un deber específico de acción u omisión contrapuesta a otro, lo que acarrea una situación de protección jurídico-normativa a una determinada facultad normativamente conferida a un determinado sujeto.

Por otro lado, el sentimiento de justicia consiste en el reconocimiento, por parte del sujeto, de que determinada norma jurídica - sea legal o jurisprudencial - no se encuentra amparada por el marco ético vigente en aquella sociedad, y / o contraria a las costumbres y prácticas sociales comunes, transmitiendo así la sensación de que la prescripción normativa presenta contenido equivocado, volviéndose incapaz de alcanzar los objetivos de retribución proporcional a la conducta inicial practicada y de pacificación social.

En lo que se refiere a *los derechos* -que, por ahora, es lo que interesa al trabajo- es posible constatar que se encuentran amparados en normas jurídicas cuyo lenguaje es prescriptivo - no descriptivo -; y que se encuentran estructurados bajo fórmulas lógicas, compuestas por una relación implicacional entre antecedente y consecuente, las cuales utilizan el modal deóntico “deber-ser”. Conforme a las enseñanzas de Lourival Vilanova (2005, p 106), ocurriendo un hecho (F), previsto en determinada proposición (p), un sujeto estará en relación deóntica con otro, debiendo actuar de acuerdo con la forma prescrita (q). Si se realiza por el sujeto una conducta opuesta a aquella establecida como de forma deónticamente debida (no -q), se establecerá otra relación entre los sujetos involucrados (r). De esta forma, la primera situación es descrita por la fórmula “ $p \rightarrow q$ ”, mientras la segunda sería “ $\text{no-}q \rightarrow r$ ”. Sin embargo, hay que fijar la atención al hecho de que es justamente el modal deontológico “deber-ser” que crea la situación implicacional existente entre antecedente y consecuente, permitiendo que la norma jurídica prescriba, y no sólo describa. En este punto, son claras las palabras del autor antes citado (VILANOVA, 2005, p. 106):

Sin el modal deontológico ('deber-ser', 'es jurídicamente válido'), prefiere a la proposición implicacional, 'q' no sería implicado por 'p', ni 'r' sería implicado por 'no-q'. En esto difiere la proposición normativa de la proposición cuyo sentido objetivo es la ley natural.

A partir de la constatación lógico-estructural presentada, se hace posible percibir que el modal deontico "deber-ser" genera una relación implicacional entre antecedente y consecuente, y, con ello, crea una estructura que contempla simultáneamente derechos y deberes. O sea, de su forma de estructuración proposicional - que es, al mismo tiempo, prescriptiva y deontica, se abstrae que a todo derecho corresponde un deber - no importa si de acción o de abstención -, lo que hace que la propia realidad normativa, de *los derechos* sea dicotómica.

Esta dicotomía inherente a la realidad normativa de *los derechos* acaba extendiéndose a la búsqueda por el sentido de esa expresión, al punto de sólo ser posible comprender lo real significado de *los derechos* (*ego*) mediante el análisis de su *alter*, es decir, de los deberes que a ellos se contraponen. Esta dualidad *ego / alter*, necesaria para la búsqueda del significado de *los derechos*, se debe a lo que Niklas Luhmann (2010, p. 244) define como dimensión social para la apreciación del sentido. Esto porque el referido autor afirma que, bajo la óptica sistémica, toda la experiencia de sentido puede ser inmediatamente descompuesta en lo que es actual y lo que es posible. Sin embargo, además de esa diferencia fundamental, Luhmann (2010) afirma que existen otras tres dimensiones básicas dentro de las cuales el sentido puede ser descompuesto: la objetiva, la temporal y la social. La primera dimensión es analizada bajo la perspectiva dentro / fuera, o sea, es posible la indagación sobre la composición de las cosas, especificando sus detalles (dentro), y se vuelve también afuera del objeto, buscando clasificarlo y / o localizarlo espacialmente. Ya la segunda dimensión se enmarca en la distinción pasado / futuro, valiéndose de la asignación del objeto en el tiempo para buscar su sentido. Por último, la última dimensión se baliza por los conceptos *ego / alter*, que se constituyen en horizontes de sentido. En estos términos, "el enfoque del otro no es obtenido por el análisis del igual; pero sólo ocurre en un horizonte dual de observación, en el cual el "yo" considera lo que el *alter* debe hacer por mí" (LUHMANN, 2010, p. 246).

A partir del análisis de las dimensiones en que puede ser descompuesto el sentido, es fácil percibir que los enfoques actual / posible, dentro / fuera y pasado / futuro no auxilian en la definición de sentido de *los*

derechos y, consecuentemente, tampoco tendrán valía para la comprensión de las expresiones indisponibilidad e inviolabilidad de derechos - en que pese puedan ser útiles para la comparación de otros aspectos jurídicos, tales como legalidad (dentro / fuera), legitimidad (actual / posible) y contemporaneidad (pasado / futuro). Por otro lado, la dimensión social compuesta por los conceptos de *ego* y *alter* se presenta como el norte a ser seguido para la identificación de la solución de la cuestión propuesta, porque comporta la dicotomía derecho y deber y, al mismo tiempo, contempla la relación implicacional existente entre derecho objetivo y derecho subjetivo, las cuales caminan lado a lado.

Esta dicotomía propia de los derechos fue muy bien captada por Hans Kelsen (1998: 140-141). Él afirma que, dentro de la ciencia del Derecho, el deber jurídico se contrapone al derecho (subjetivo). La cuestión es que, según el autor, el derecho subjetivo ocupa una posición tan destacada que el deber casi desaparece detrás de él. Tanto es así que, en diversos idiomas, el derecho es designado por la misma expresión que nombra el sistema de normas que forma el orden jurídico, tales como *Recht* en alemán y *droit* en francés. Lo mismo ocurre con la lengua portuguesa, que utiliza la expresión *direito*. Es justamente por esta semejanza de nomenclatura que el jurista debe atender a la distinción de dos fenómenos jurídicos distintos, aunque íntimamente ligados: el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Se observa que la confusión existente entre ellos – que se deriva del lenguaje - se encuentra como regla en los países de tradición jurídica romano-germánica, teniéndose en cuenta que, en los países cuyo derecho tiene matriz anglosajona, como Inglaterra, el derecho subjetivo es asignado como *right*, y el derecho objetivo se denomina *law*.

A pesar de la posible confusión lingüística que el uso de la misma expresión que designa el sistema normativo puede acarrear a los derechos subjetivo y objetivo -especialmente al primero-, Hans Kelsen destaca que el deber antecede al derecho (subjetivo), en la medida en que su deber transcurre directamente de la norma que prescribe determinada conducta (derecho objetivo) y, simultáneamente, establece la sanción a ser aplicada en caso de incumplimiento. En ese sentido, vale atender a las palabras del propio autor (KELSEN, 1998, p. 143):

Es decir: la conducta del individuo respecto al cual el deber existe, correlativa de la conducta debida, ya está connotada en la conducta que forma el contenido del deber. Si se designa la relación del individuo, frente al cual una determinada conducta es

debida, con el individuo obligado a esa conducta como 'derecho', este derecho es sólo un reflejo de ese deber.

En que pese a la discordancia con la superioridad ontológica del deber sugerida por Hans Kelsen, hay que resaltar la lucidez con que él rescata la noción de deber inherente a *los derechos*. Al final, la contraparte *de los derechos* son los deberes que ellos aceptan, pues un derecho que no implica un deber deja de adecuarse a la estructura lógico-formal propia de los enunciados jurídicos en la medida en que el deber correspondiente a un derecho es una consecuencia del empleo del modo deóntico "deber-ser", que es inherente a la proposición lógica - formulada en lenguaje prescriptivo - de una norma jurídica. Sin deber, no hay derecho, pues el derecho de uno implica necesariamente el deber de otro, así como el deber de uno necesita trascurrir de un derecho del otro. En este sentido, un derecho sin deber correspondiente configura mero anhelo, pura expectativa del agente, mientras que un deber que no deriva de un derecho caracteriza mera obligación moral, desprovista de obligatoriedad y desnuda de previsión de sanción, que no es la mera posibilidad de desaprobación social. Por lo tanto, sin la utilización del modal deóntico "deber-ser", se estará ante una proposición lógica descriptiva -y no más prescriptiva-, propia de las ciencias naturales, no habiendo, pues, que hablar de deberes, ni tampoco en derechos.

Pues bien, si derechos y deberes están íntimamente ligados -incluso bajo el prisma de la estructura proposicional lógico-jurídica-, por consiguiente, el derecho objetivo y el derecho subjetivo también están. Al final, el primero es el conjunto de los enunciados normativos que establecen los derechos y, consecuentemente, debido a su formulación lógica, también crean los deberes de acción o de abstención correspondiente a los derechos establecidos, así como la sanción a ser aplicada en caso de incumplimiento. El segundo es el derecho que determinado sujeto tiene como consecuencia de la existencia de un dato enunciado jurídico, que permite que exija de otro la realización de la conducta prescrita o, entonces, que busque la aplicación de la sanción prevista para el caso de incumplimiento. Por lo tanto, el derecho objetivo, por un lado, origina el derecho subjetivo y, por otro, establece un deber. En este punto se muestran aclaratorias las palabras de Hans Kelsen (1998, p. 143), aunque al final merecen algunas consideraciones:

A propósito, hay que señalar que “sujeto” en esta relación es sólo el obligado, es decir, aquel individuo que por su conducta puede violar o cumplir el deber. El individuo que tiene el derecho, es decir, aquel ante el cual esta conducta ha de tener lugar, es sólo objeto de la conducta que, como corresponda a la conducta debida, está ya connotada en ésta.

Como se nota, para el autor citado el derecho subjetivo se presenta como simple reflejo de un deber jurídico. Sin embargo, no parece acertada esa posición, en la medida en que la relación ego/alter se presenta bajo la forma de la dicotomía derecho/deber. No se trata, pues, de mero reflejo, sino de fenómenos jurídicos distintos, aunque interconectados, puesto que su existencia es interdependiente.

Dicho esto, se debe atender al hecho de que el objeto del deber no es el derecho subjetivo, sino una determinada conducta prescrita al propio agente por el enunciado normativo. Por otro lado, esa misma conducta - cuando prescrita a otro que no el sujeto de derecho- consiste en el objeto del derecho subjetivo. De ahí que se pueda concluir que una misma prescripción normativa de conducta puede ser objeto tanto de un derecho subjetivo y del deber correspondiente, pero eso sólo cuando la conducta prescrita en el enunciado normativo sea concretizada en el mundo real (mundo del ser), pues, mientras se considera abstractamente (mundo del deber-ser), estará en los dominios del derecho objetivo. Por lo tanto, una misma prescripción normativa de conducta generará diferentes consecuencias jurídicas conforme al prisma bajo el cual se mire, sea bajo la óptica del derecho subjetivo, sea en la perspectiva del deber jurídico.

Sin embargo, si las relaciones jurídicas correspondientes al derecho subjetivo y al deber jurídico son autónomas y dotadas de características propias, eso significa que su régimen jurídico, así como las consecuencias jurídicas impuestas a los sujetos implicados, también tendrán sus peculiaridades, que auxilian en la distinción de cada uno de estos fenómenos. Es justamente en ese punto que reside la distinción entre indisponibilidad e inviolabilidad.

Dando secuencia al raciocinio iniciado, a partir de la estructura proposicional lógica del enunciado normativo, se percibe que el modal deóntico “deber-ser” establece un deber, que se caracteriza por ser la obligación impuesta al agente para, por medio de una acción o omisión, respetar el derecho subjetivo del otro cuando su conducta se centra en la hipótesis legalmente prescrita. En otras palabras, el deber establece una

protección jurídica contra la violación, practicada por otro, a un derecho legalmente previsto perteneciente a determinado sujeto.

En cambio, el derecho subjetivo - como el propio nombre ya dice - es un derecho y, como tal, deriva directamente de la misma prescripción normativa que establece el deber correspondiente (ego / alter). Sin embargo, la protección jurídica que le es conferida tiene por objeto protegerlo contra actos de terceros (violaciones), estando él, pues, dentro de la esfera jurídica de protección conferida normativamente al sujeto, dejándole la opción de ejercerlo o no. En ese sentido, la lección de María Helena Diniz corrobora esta conclusión al afirmar que “el derecho subjetivo es subjetivo porque los permisos, con base en la norma jurídica y en la face de los demás miembros de la sociedad, son propias de las personas que las poseen, pudiendo ser o no utilizados por ellas (2009, p. 247). Por lo tanto, es de la esencia de *los derechos* la posibilidad de ser dispuestos por el sujeto que los titulariza. Paralelamente, es de la esencia de los deberes proteger los derechos de la violación practicada por terceros - de ahí el porqué de que *los derechos* sean considerados inviolables.

A pesar de ser de la esencia de *los derechos* la posibilidad de ser dispuestos por sus titulares, hay que puntuar que existen hipótesis excepcionales en las que esta posibilidad es restringida, sea expresamente por el ordenamiento jurídico, o incluso por consecuencia de construcción doctrinal y jurisprudencial. Esas hipótesis son comúnmente llamadas de indisponibilidad de derechos, y, como regla, están conectadas a aquellos derechos considerados fundamentales.

3. LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Como mencionado anteriormente, la indisponibilidad *de los derechos* está normalmente relacionada a los llamados derechos fundamentales. Pero la cuestión que se plantea es: ¿qué hace un derecho fundamental?

En lo que hace referencia a la predominancia de las corrientes de cuño jusnaturalista (FINNIS, 2007) y post-positivista (BARROSO, 2010), es necesario tener en mente que la fundamentalidad de un derecho puede derivarse de razones de orden sistémico, lógica y ética. En el primer caso, dentro de una estructura sistémica, dependiendo de la forma de estructuración atribuida al sistema en referencia, ciertos derechos

pueden tener precedencia sobre los demás, pudiendo, incluso, actuar como fundamento (sistémico) de los otros derechos - v. g. el derecho a la igualdad, que figura como soporte al derecho de acceso a los cargos públicos mediante concurso público, dentro de la estructura del sistema jurídico.

Por otro lado, desde una perspectiva eminentemente lógica, un derecho puede ser anterior al otro, figurando como fundamento de existencia o de validez de los derechos que le son subsecuentes - v. g. el derecho a la vida, que, por un lado, es el antecedente lógico de cualquier otro derecho que pueda ser ejercido por alguien, teniendo en cuenta que, sin vida, no hay condición lógica para la existencia de otros derechos; pero el mismo derecho a la vida, por otro lado, figura como fundamento de validez de los derechos del nasciturus en la medida en que el ejercicio de esos derechos queda condicionado al nacimiento con vida.

Finalmente, la fundamentalidad de un derecho puede ser estructurada sobre bases éticas, es decir, estar fundada en los valores vigentes y socialmente aceptados por una colectividad en cierto momento histórico. Por lo tanto, un determinado derecho se considerará fundamental, no a causa de una estructuración sistémica, ni siquiera con vistas a una relación lógica de precedencia, sino por garantizar jurídicamente - por medio de una norma dotada de coercibilidad - los valores considerados esenciales (fundamentales) para el *bien vivir* en esa sociedad. Este es el fundamento que refleja el significado de fundamentalidad arraigado, contemporáneamente, en la conciencia de los pueblos.

En este sentido, se puede concluir que el derecho fundamental es un derecho garantizado por una norma jurídica (derecho objetivo), que refleja una opción valorativa considerada esencial para el *bien vivir* dentro del panorama ético vigente en determinada sociedad, en un contexto histórico, puede ser ejercido por determinado sujeto que se encuadre en la hipótesis normativa prescrita (derecho subjetivo), acarreado a terceros un deber (deber jurídico) de obediencia, bajo pena de coerción.

Esta relación entre derecho objetivo, derecho subjetivo y deber jurídico, en el ámbito de los derechos fundamentales, puede parecer simple. Sin embargo, la cuestión está lejos de ser pacificada. Como se enseña Paulo Ferreira da Cunha (2000, p. 216 y ss.), Es posible encontrar diversos marcos para los derechos fundamentales entre las grandes figuras tipo de la juridicidad, siendo a veces enmarcados como derechos objetivos, derechos subjetivos, derechos potestativos, cargas, situaciones jurídicas o,

todavía, como intereses jurídicamente relevantes. A pesar de la divergencia apuntada, el autor reitera que ellos tienen la naturaleza jurídica de *derechos*.

No obstante ese entendimiento, hay que considerar además que JJ Gomes Canotilho afirma que no existe paralelismo entre las dimensiones subjetivas -que garantiza un derecho subjetivo -y objetiva-, que, a partir del derecho objetivo, establece un deber jurídico - de las normas garantizadoras de derechos fundamentales (2003, p. 1255-1256). Por lo tanto, según Canotilho, no existe correlación entre las normas jurídicas que consagran derechos subjetivos fundamentales y aquellas consagradoras de deberes jurídicos fundamentales. El autor quiere decir, por lo tanto, que el derecho objetivo puede generar un deber jurídico sin que, en contrapartida, se cree un derecho subjetivo.

Con la debida venia, no es posible concordar con el autor antedicho, teniendo en cuenta que, como se ha demostrado previamente, existe una relación dicotómica ego / alter inherente tanto a los derechos subjetivos y objetivos en cuanto a los derechos y deberes jurídicos, siendo, en ambos casos, de la estructura proposicional lógica del enunciado normativo, que es pautado por el modal deóntico “deber-ser”. De esta forma, en que pese admitir que, según el caso, prevalecerá la dimensión subjetiva (derechos), o la dimensión objetiva (deberes), tratándose de derechos fundamentales no es posible aceptar la inexistencia de correlación entre ambas dimensiones. Esto es porque los derechos fundamentales son, ante todo, *derechos* y, como tales, deben encuadrarse en la estructura proposicional lógica propia de las normas jurídicas. De este modo, es precisamente esa estructura que diferencia la norma jurídica del mero mandamiento ético.

Cabe recordar, sin embargo, que la existencia de una diferencia estructural entre la norma jurídica y el mandamiento ético no implica el alejamiento absoluto entre Derecho y Ética. Siendo así, como fue oportunamente señalado en líneas anteriores de este estudio, la fundamentalidad de un derecho deriva justamente del hecho de que su contenido normativo refleja una opción valorativa considerada fundamental a la luz del panorama ético vigente en aquella sociedad, dentro de aquel contexto histórico.

Con una mirada hacia esa constatación, se debe verificar si el derecho a la protección del medio ambiente, previsto en el texto de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 -CR / 88 - refleja o no una opción valorativa considerada fundamental a partir de los valores éticos vigentes contemporáneamente.

Pues bien, según Leonardo Boff (2000), la relación del hombre con la naturaleza tiene carácter ético en la medida en que el primero no puede ser concebido sin que se tenga en cuenta el medio en que vive - aunque sujeto y ambiente sean cosas distintas. Esto puesto, los valores que constituyen el *bien vivir* llevan necesariamente en consideración las cuestiones ambientales para permitir que el hombre alcance la felicidad. De ahí la razón de que el autor utilice la expresión griega *ethos* en el sentido de morada humana (BOFF, 2000, p. 68-69).

Es importante subrayar que este tipo de concepción ético-ambiental puede ser constatada en la noción de justicia ambiental, reinante en los días actuales. El concepto de justicia ambiental es una especie de concepto paraguas, “capaz de abarcar todas las preocupaciones y formas de acción social vinculadas al entendimiento de que el medio ambiente equilibrado, como resalta Rogério Santos Rammê (2012, p. 46) es un factor determinante para la subsistencia humana”.

Ahora bien, dado que el medio ambiente es fundamental para la subsistencia humana - en la medida en que constituye la morada de la humanidad -, queda claro que, sin medio ambiente equilibrado, el ser humano, por más que se esfuerce, no puede vivir con dignidad. Pero la dignidad, a su vez, como recuerda Immanuel Kant (2007, p. 77), es atributo inherente al ser humano. De este modo, mientras las cosas tienen precio, el ser humano tiene dignidad, que está por encima de cualquier precio. En ese sentido, se nota las palabras del propio autor:

En el reino de los fines todo tiene o un **precio** o una **dignidad**. Cuando una cosa tiene un precio, se puede poner en lugar de ella cualquier otra como *equivalente*; pero cuando una cosa está por encima de todo el precio, y por lo tanto, no permite el equivalente; entonces, tiene ella dignidad.

[...] aquello, sin embargo, que constituye la condición sólo gracias a la cual cualquier cosa puede ser un fin en sí misma, no tiene sólo un valor relativo, esto es un precio, sino un valor íntimo, esto es *dignidad* (grifos en el original).

De esta forma, para el mantenimiento de la dignidad acaba siendo necesario, en innumerables ocasiones, el recurso al aparato de coerción estatal, lo que sólo puede ser hecho por medio del Derecho, por intermedio de normas jurídicas. Así, la juridicidad de los anhelos éticos de naturaleza ambiental-especialmente de su matriz ética, que es la protección al medio ambiente - mediante el reconocimiento de su importancia por medio de

la atribución de status constitucional, corrobora la opción constituyente de reflexionar, en el texto de la CR / 88, el valor ético fundamental de la protección del medio ambiente.

Esto puesto, a partir de esa constatación se hace posible afirmar que, bajo el prisma de la ética contemporánea, la preservación del medio ambiente integra el núcleo valorativo considerado fundamental por la sociedad. Tanto es así que el constituyente originario reflejó ese valor en diversos dispositivos de la CR / 88 - v. g. artículos 5, LXXIII (acción popular); 23, VI (competencia común de Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios); 24, VI (competencia concurrente de Unión, Estados y Distrito Federal); 129, III (funciones institucionales del Ministerio Público); 170, VI (principios del orden económico); 174, § 3 ° (cooperativas de garimpeiros); 186, II (función social de la propiedad rural); 200, VIII (competencias del Sistema Único de Salud); 225 (medio ambiente). De esta forma, al reproducir el valor relativo a la preservación del medio ambiente en diversas normas jurídicas, el constituyente le atribuyó el status de derecho fundamental. Pero esto no simplemente debido a la cantidad de dispositivos constitucionales que mencionan ese derecho, y sí por haberlo convertido en principio constitucional instituyente de derecho fundamental, que, a su vez, debido a su naturaleza jurídica principiológica, influyó la creación de diversos enunciados normativas de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

No obstante la naturaleza principiológica del derecho fundamental a la preservación del medio ambiente, es necesario tener en mente, aún, que, en el caso del art. De la CR / 88, el constituyente fue expresado al afirmar que “todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, [...] imponiéndose al Poder Público ya la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”. La lectura del contenido de ese dispositivo constitucional apunta una peculiaridad de ese derecho fundamental, es decir, pertenece a la colectividad y no ha sido individualizado. Esto se debe a que integra la categoría de los derechos fundamentales transindividuales, que trascienden la figura exclusiva del individuo como sujeto de derechos, expandiendo su ámbito de incidencia para toda una colectividad, sean aquellos que la componen identificables o no.

Ante esta constatación, y retomando una cuestión sedimentada anteriormente, se puede afirmar que, tratándose de los derechos fundamentales transindividuales, prevalece la dimensión objetiva, mientras

que en los derechos fundamentales individuales, hay prevalencia de la dimensión subjetiva.

Sin embargo, como ya se ha señalado, la prevalencia de una dimensión no significa la exclusión de la otra. Por lo tanto, el hecho de prevalecer la dimensión objetiva en el derecho fundamental a la protección del medio ambiente no significa que la dimensión subjetiva haya sido alejada de ese derecho. Tanto es así que, de acuerdo con la lección de María Helena Diniz, ya presentada en este estudio (2009, p. 247), las dos especies de derecho subjetivo están presentes en el referido derecho, cuáles sean, el derecho común de la existencia y el derecho de defender los derechos comunes de la existencia. Sin embargo, teniendo en cuenta la prevalencia de la dimensión objetiva, estas dos especies de derechos subjetivos se vieron afectadas en la medida en que, por un lado, la protección del medio ambiente es el derecho de todos y, si uno o algunos individuos quieren abdicar de ese derecho, otro individuo podrá ejercerlo, independientemente de la manifestación de voluntad de los demás ema en sentido contrario. Pero, por otro lado, como todos los individuos son titulares de ese derecho, cualquiera de ellos podrá defenderlo, aunque sin la ayuda o incluso contra los demás titulares.

Esto puesto, a diferencia de los derechos fundamentales individuales, cuya estructura normativa con miras a la prevalencia de la dimensión subjetiva permite la discusión sobre su disponibilidad, tratándose de derechos fundamentales transindividuales, esta discusión no es posible, porque su estructura normativa, en la cual prevalece la dimensión objetiva, los hace indisponibles. Por lo tanto, la posibilidad de la disposición de estos derechos fundamentales afronta la esencia jurídica de esta especie de *derechos*. De esta manera, por el hecho de que el derecho fundamental a la protección del medio ambiente es un derecho integrante de esa última categoría, no cabe duda de que se trata de derecho indisponible.

CONCLUSIÓN

Frente a lo presentado, se puede concluir que, a partir del análisis de la ontología de *los derechos*, conjugada con la verificación de la estructura proposicional lógica implicacional del enunciado normativo -que es balizada por el modal deóntico “deber-ser” -, se hace posible identificar una relación ego / alter existente tanto entre derecho subjetivo y derecho objetivo como entre derecho y deber jurídico. Esta dualidad

implicacional, a su vez, significa que el objeto norma jurídica deberá ser considerado siempre con vistas a las dicotomías existentes, so pena de su significado no poder ser correctamente comprendido.

A partir de eso, se pudo constatar que la inviolabilidad configura una protección contra la acción de terceros, mientras que la indisponibilidad consiste en una restricción a la posibilidad de no ejercicio de un derecho (subjetivo) por parte de su titular. Se constató también que, en algunas normas jurídicas, prevalece la dimensión subjetiva, pero en otras prevalece la dimensión objetiva, sin que esto signifique la inexistencia de conexión entre ambas dimensiones.

Una vez realizada esta etapa de la investigación, se pudo confirmar que el derecho a la protección del medio ambiente es derecho fundamental en la medida en que refleja un valor ético considerado esencial para el bien vivir por la sociedad contemporánea. A continuación, se constató que ese derecho se encuadra en la especie derecho fundamental transindividual, en el cual hay prevalencia de la dimensión objetiva de la norma jurídica. Por eso, se vio que todos son titulares de ese derecho. Esto significa que todos pueden decidir ejercerlo y que todos pueden defenderlo en caso de violación, ya sea de forma conjunta o aisladamente, o incluso contra la voluntad de otros titulares.

En vista de lo expuesto, queda claro que la estructura normativa del derecho fundamental a la protección del medio ambiente no comporta la disponibilidad del derecho en la medida en que uno no puede disponer de lo que es común.

Además, en caso de violación, cualquier titular puede defender ese derecho común, aunque contra la voluntad de los demás. Por lo tanto, se puede concluir que la protección del medio ambiente es un derecho fundamental no disponible.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DOU: 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra:

Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição: direitos humanos, direitos fundamentais*, v. II. Lisboa: Verbo, 2000.

DIAS, Roberto. *Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição*. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010, v. 4, p. 151 a 177.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

RAMMÊ, Rogério Santos. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: Edusc, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TELLES JR., Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noesis, 2005.

Artículo recibido el: 23/02/2017.

Artículo aceptado el: 11/08/2017.

Cómo citar este artículo (ABNT):

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015>>. Acesso em: dia mês. ano.