
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN BRASIL, ESPAÑA Y ÁFRICA DEL SUR: AVANCES Y DESAFÍOS

Franclim Jorge Sobral de Brito

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Coordenador e Professor da Graduação em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte, MG; Coordenador do Centro de Simulação e Intercâmbio da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte, MG; Colaborador da Revista Eletrônica Dom Total (domtotal.com).
Email: Franclim.brito@domhelder.edu.br

Tukufu Zuberi

Doutor em Sociology, University of Chicago, Estados Unidos. Professor of Sociology; The Lary Family Professor of Race Relations; Professor of Africana Studies - University of Pennsylvania; PA Curator of African Collection of the Penn Museum; Filmmaker.
Email: tukufuzuberi@gmail.com

Vanileia Santos Sobral de Brito

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte, MG, Brasil; Servidora do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), Belo Horizonte, MG.
Email: vanileiasantos@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo se propone realizar un enfoque descriptivo y empírico, así como promover un análisis comparativo sobre el derecho al medio ambiente en las Constituciones de Brasil, España y África del Sur, con el fin de presentar los avances y desafíos a su efectividad. Es posible afirmarlo como un derecho fundamental y de dimensiones objetiva y subjetiva, en el contexto de los tres países. La Constitución española, sin embargo, crea dificultad para su ejercicio, por negarle el recurso de amparo, fragilizando su dimensión subjetiva. Brasil y África del Sur reforzaron el acceso a la justicia ambiental. La gran divergencia entre los países reside en la clasificación generacional del derecho al medio ambiente. La presente investigación, se valdrá, metodológicamente, de la revisión bibliográfica asociada al análisis comparativo de los textos constitucionales de Brasil, de España y de África del Sur.

Palabras clave: Medio ambiente; Constituciones Brasil, España, África del Sur.

***CONSTITUTIONALIZATION OF THE ENVIRONMENT IN
BRAZIL, SPAIN AND SOUTH AFRICA: ADVANCES AND
CHALLENGES***

ABSTRACT

This search proposes to carry out a descriptive and empirical approach, as well as to promote a comparative analysis of the right to the environment in the Brazilian, Spanish and South African Constitutions, in order to present the advances and challenges to its realization. It is possible to affirm it as a fundamental right and of objective and subjective dimensions, in the context of the three countries. The Spanish Constitution, however, creates difficulty in its exercise, by denying it the action of protect, weakening its subjective dimension. Brazil and South Africa have strengthened access to environmental justice. The great divergence between countries lies in the generational classification of the right to the environment. The present research will be methodologically based on the bibliographical review associated with the comparative analysis of the texts of the Constitutions of Brazil, Spain and South Africa.

Keywords: environment; constitution Brazil, Spain,

INTRODUCCIÓN

La protección del medio ambiente está prevista en la mayoría de las Constituciones democráticas (MACHADO, 2012), en que pese a la natural diferencia en el abordaje de la tutela ambiental en los diversos ordenamientos jurídicos. Algunas consagraron el medio ambiente como derecho fundamental y subjetivo, ofreciendo instrumentos de acceso al Poder Judicial para su efectividad. Otras dejan margen a dudas sobre ese aspecto y se omiten en cuanto a su justiciabilidad, comprometiendo su efectividad.

Este trabajo se propone realizar un enfoque descriptivo y empírica, así como promover un análisis comparativo sobre el derecho al medio ambiente en las Constituciones de Brasil, España y África del Sur, con el fin de presentar los avances y desafíos a su efectividad.

En primer lugar, será abordado el tratamiento constitucional dedicado al medio ambiente en Brasil, España y Sudáfrica, investigando si fue reconocido como derecho fundamental, si tiene carácter de derecho subjetivo o apenas objetivo - de deber estatal de protección impuesto al legislador¹ – y si está dotado de justiciabilidad. Se buscará clasificar el derecho al medio ambiente como derecho de primera, segunda o tercera generación, así como identificar a los sujetos activos y pasivos, la naturaleza jurídica del derecho, su contenido, destacando los medios de acceso al poder judicial, para responder si son o no exigibles y orientados a la efectividad.

A continuación, se desarrollará el análisis comparativo entre los tres países, con miras a identificar en que se asemejan y se diferencian y cuáles son los avances en los textos constitucionales sobre el derecho al medio ambiente, evidenciando los desafíos que quedan en su positivación y efectividad.

La presente investigación, se valdrá, metodológicamente, de la revisión bibliográfica asociada al análisis comparativo de los textos de las Constituciones de Brasil, de España y de África del Sur.

1. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA

La Constitución Federal de 1988 consagró el derecho fundamen-

¹ Para la distinción, consultar SAMPAIO, 2013.

tal al medio ambiente *ecológicamente equilibrado*², incluido en el Título VIII, referente al orden social, en el capítulo propio (VI), así como el definido en el apartado del artículo 225: “Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones” (BRASIL, 1988). A continuación, estableció una lista de deberes al Poder Público y a los particulares, imponiendo la responsabilización penal, administrativa y civil de la persona física o jurídica que practique conductas y actividades perjudiciales al medio ambiente³.

El concepto de medio ambiente utilizado en la Constitución es “suficientemente abierto y amplio, posibilitando la interpretación expansiva para integrar la visión antropocéntrica y, en cierto sentido, la biocéntrica o

2 Las Constituciones brasileña y española optaron por adjetivar el derecho al medio ambiente como ecológicamente equilibrado, la primera, y adecuada, la segunda.

3 § 1º Para asegurar la efectividad de ese derecho, incumbe al Poder Público:

I - preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y proveer el manejo ecológico de las especies y ecosistemas;

II - preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;

III - definir, en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes a ser especialmente protegidos, siendo la alteración y la supresión permitidas solamente a través de ley, vedada cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección;

IV - exigir, en la forma de la ley, para instalación de obra o actividad potencialmente causante de significativa degradación del medio ambiente, estudio previo de impacto ambiental, a que se dará publicidad;

V - controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que conlleven riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente;

VI - promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente;

VII - proteger la fauna y la flora, vedadas, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o someten a los animales la crueldad.

§ 2º Aquel que explotar recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.

§ 3º Las conductas y actividades consideradas perjudiciales al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

§ 4º El Bosque Amazónico brasileño, la Mata Atlántica, la Serra do Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará, en la forma de la ley, dentro de condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluso en cuanto al uso de los recursos naturales.

§ 5º Son indisponibles las tierras devueltas o recaudadas por los Estados, por acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales.

§ 6º Las plantas que operen con reactor nuclear deberán tener su ubicación definida en ley federal, sin lo cual no podrán ser instaladas.

§ 7º A los fines de lo dispuesto en la parte final del inciso VII del § 1º de este artículo, no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilicen animales, siempre que sean manifestaciones culturales, conforme al § 1º del art. De esta Constitución Federal, registradas como bien de naturaleza inmaterial integrante del patrimonio cultural brasileño, debiendo ser reguladas por ley específica que asegure el bienestar de los animales involucrados. (BRASIL, 1988)

ecocéntrica” (CARVALHO, 2011, p. 235), siendo posible observar, en el párrafo primero, incisos I y VII, que el hombre es retirado de la centralidad de la destinación de la protección ambiental y colocado en esta posición los procesos ecológicos, las especies y ecosistemas, la fauna y la flora, valorados en sí mismos.

Hay un profundo, pero no provechoso debate acerca de la naturaleza jurídica del medio ambiente en el contexto brasileño. Por un lado, se defiende la naturaleza de bien difuso (MILARÉ, 2015, FIORILLO, 2011, MACHADO, 2016), por otro, creen tener el bien naturaleza jurídica de patrimonio social (DERANI, 2008).

El enfoque constitucional de la protección ambiental atendió a lo que Ingo Sarlet y Tiago Fensterseifer (2012) llaman de doble funcionalidad, cuya protección asume tanto la forma de objetivo y tarea estatal como de derecho fundamental. Al igual que José Adrian Sampaio (2016) denomina ciclos del constitucionalismo ecológico, la Constitución Federal se inserta en el segundo ciclo, por superar el tradicional carácter programático de la norma constitucional ambiental y agregar el significado jusfundamental. Tiago Fensterseifer (2008) defiende la fundamentalidad de este derecho en vertiente material, relacionándolo con la dignidad humana. El derecho al medio ambiente no está inserto en el Título II, que trata de los derechos y garantías fundamentales, aun así, es considerado un derecho fundamental, pues cargan esa dimensión y se ponen a disposición de los legitimados el acceso al Poder Judicial.

El reconocimiento del derecho al medio ambiente, en Brasil, contempló una dimensión subjetiva (MACHADO, 2016), cuya importancia reside en la atribución de mayor fuerza normativa al derecho que pretende resguardar, puesto que exigible judicialmente, o sea, el individuo puede promover su tutela frente al Estado o de otro particular, haciéndolo efectivo (FENSTERSEIFER, 2008).

La dimensión objetiva de la protección ambiental inserta en el texto constitucional expresa la conjugación de la obligación del Estado de cumplir una tarea o deber de gobernanza ambiental como forma de garantizar la tutela de ese derecho. La Constitución brasileña, en este sentido, enumeró obligaciones positivas y específicas a ser cumplidas por el Estado, no habiendo margen para omisión estatal ni para su actuación de forma insuficiente, a la luz de los principios de la prohibición de retroceso y de protección deficiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012). A diferencia de otras Constituciones, no hay previsión explícita de obligación

negativa al Estado de no interferir en el libre goce del derecho subjetivo del individuo.

Acertadamente, se ha previsto compartir la responsabilidad en el deber general de defensa y preservación del medio ambiente entre el Estado y la colectividad, aunque la omisión en cuanto a deberes específicos a cargo del individuo de *per sí implique*, en cierto modo, la exclusión de su importante contribución a ese objetivo. El fundamento de esta responsabilidad compartida en materia ambiental está en el principio de la solidaridad, teniendo en cuenta que “Los derechos de tercera generación o de solidaridad se caracterizan como individuales y colectivos cuya realización depende de la cooperación y solidaridad de los individuos, estados, instituciones privadas y públicas y, de la comunidad internacional” (CARVALHO, 2011, p. 255). Por otra parte, se afirma que el principio de la solidaridad es el nuevo marco jurídico-constitucional del Estado Socioambiental de Derecho (FENSTERSEIFER, 2008).

La identificación del sujeto activo y pasivo es saludable para la promoción y protección del medio ambiente, teniendo la Constitución indicado como sujetos pasivos el Estado y el particular que se omitan o actúen amenazando o violando ese derecho. Por lo tanto, tiene una eficacia multidireccional, es decir, la responsabilidad se centrará en las relaciones establecidas en los planos vertical y horizontal. La titularidad del derecho al medio ambiente fue concedida al individuo, aisladamente considerado, y también a la colectividad indeterminada de personas, a ellos cabiendo la legitimidad procesal para su tutela. Es, pues, derecho transindividual individual.

Se observa, además, que la Constitución Federal estableció como destinatarios de la protección ambiental las presentes y futuras generaciones, consagrando una “ética de la solidaridad” y creando una responsabilidad ambiental entre las generaciones, que se traduce en la idea de desarrollo sostenido (MACHADO, 2016, p. 154).

La transindividualidad de este derecho de tercera generación suscita problemas en el uso de los instrumentos tradicionales de acceso al poder judicial, pues formulados para atender exclusivamente derechos y demandas individuales. Sin embargo, se crearon instrumentos y medios procesales adecuados para la efectividad del derecho al medio ambiente, destacándose, en la Constitución Federal, la acción popular (art. 5º, LXXIII), el mandato de seguridad colectivo (art. 5º, LXX) y el requerimiento (art. 5º, LXXI), y, en el ámbito infraconstitucional, la acción civil pública

(Ley nº7347/85). A la par de todas esas acciones, no hay previsión, en el ordenamiento jurídico brasileño, del recurso de amparo, importante instrumento para la defensa de los derechos fundamentales, adoptado por la Constitución española.

2. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española de 1978 consagró el derecho al medio ambiente *adecuado*⁴ en el Capítulo tercero, que trata de los principios rectores de la política social y económica, caracterizándolo como esencial para el desarrollo de la persona y denotando su sesgo antropocéntrico. Así que dispone en su artículo 45:

1. Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para que no violen el dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.⁵ (ESPANHA, 1978)

El hecho de que el derecho al medio ambiente haber sido insertado en el Capítulo Tercer y no en el Capítulo Segundo, que trata de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, insta la discusión sobre el carácter de derecho subjetivo. Ramón Martín Mateo (2003, p. 61) niega esta dimensión, justamente por su ubicación topográfica en el texto constitucional, afirmando que por tal razón sólo sería posible su postulación en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, siendo negado el recurso de amparo manejado ante la Corte Constitucional

Parte de la doctrina entiende que sólo es posible afirmar ese

4 La Constitución española, así como la brasileña, adjetivó el derecho al medio ambiente.

5 Artículo 45. "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado." (ESPANHA, 1978)

carácter subjetivo, si la Constitución atribuye a los titulares o sustitutos procesales el derecho de acceso al Poder Judicial para exigencia del cumplimiento de los deberes correlativos (SAMPAIO, 2013; 2016). La inclusión del derecho al medio ambiente en el Capítulo Tercero de la Constitución española ha traído una serie de desventajas respecto al acceso al poder judicial, ya que el Capítulo Cuarto, que trata de las garantías en relación con las libertades y los derechos fundamentales, prevé el recurso de amparo solamente en frente a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo Segundo, conforme la previsión del artículo 53.2⁶.

La principal finalidad del recurso de amparo es la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales. La Constitución Española insta dos mecanismos de protección de derechos fundamentales. Son ellos el recurso de amparo constitucional, también designado por amparo extraordinario, que es interpuesto ante el Tribunal Constitucional Español y el amparo judicial, también denominado de ordinario, por medio del cual se accede a las vías jurisdiccionales ordinarias. Se prevén procedimientos especiales de tutela, basados en los principios de la preferencia y de la sumariedad.

Se observa, pues, que el legislador constitucional, de forma expresa, suprime el recurso de amparo a los titulares del derecho ambiental, además de destacar su carácter informativo, reportando el acceso solamente por las vías ordinarias, conforme disposición legal⁷ que, hasta entonces, no existe. El derecho ambiental parece haber sido inculcado en norma puramente programática. José Adércio Sampaio (2016) afirma que las Constituciones, como es el caso de la española, que definen expresamente el derecho ambiental como principio rector de la acción estatal, generalmente se desvían de la judicialidad, diferenciándolo del régimen de los derechos fundamentales.

Es necesario renunciar a una interpretación literal del artículo 53.2 de la Constitución española, de que serían indicativas de un derecho

6 Artículo 53.2. "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". (ESPANHA, 1978)

7 Artículo 53.3. "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". (ESPANHA, 1978)

meramente objetivo. En que pese a la redacción del texto constitucional y el entendimiento doctrinal de que el derecho ambiental en España sería mero derecho objetivo, la jurisprudencia pasó a darle un sentido subjetivo, desde que vinculado con otros derechos fundamentales, de forma refleja (SAMPAIO, 2016). En este sentido, se han encontrado otras formas para buscar la tutela estatal, mediante la superposición del contenido del derecho al medio ambiente con el contenido de otros derechos fundamentales, como vida, salud, privacidad o propiedad (LOSSO, 2011).

Ángela Burrieza defiende el carácter subjetivo del derecho ambiental, por medio de una interpretación sistemática de la Constitución, notoriamente, del artículo 9.1⁸, que trae la fuerza normativa y su carácter vinculante, y del artículo 10.2⁹, que dispone sobre la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el país.

La Constitución española, de la misma forma que la brasileña, atribuye la triple responsabilización (penal, administrativa y civil) frente a los que violan el deber constitucional de protección ambiental (artículo 45.3), lo que representa un factor inhibitorio y reparatorio para las conductas que afectan al medio ambiente.

3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN SUDAFRICANA

La Constitución de Sudáfrica, de 1996, consagró expresamente el derecho ambiental *no perjudicial para la salud o el bienestar*¹⁰, en el Capítulo Segundo, en el relaciona la declaración de derechos (*Bill of Rights*), dándole el mismo status atribuido a los demás derechos fundamentales y viabilizando su postulación en juicio. La topografía es indicativa de la configuración de un derecho subjetivo (SAMPAIO, 2016), así como establece la diferenciación en relación al derecho objetivo, estando así delineado:

8 Artículo 9.1. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. (ESPANHA, 1978)

9 Artículo 10.2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. (ESPANHA, 1978)

10 A diferencia de las Constituciones brasileña y española, la sur africana no adjetivó el derecho al medio ambiente, optando por conceptualizarlo.

Artículo 24. Todo individuo tiene derecho a:

1. un ambiente que no resulte perjudicial para su salud o bienestar; y
2. que se provea a la protección del medio ambiente, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, a través de normas legislativas razonables y medidas de otra índole tendientes a:
 - a. evitar la contaminación y la degradación ecológica;
 - b. promover la conservación del medio ambiente; y
 - c. asegurar el desarrollo y uso ecológicamente sustentable de los recursos naturales, promoviendo el desarrollo social y económico¹¹. (SUDÁFRICA, 1996, traducción nuestra)

Por otro lado, la mayoría de los juristas sudafricanos coinciden en que el artículo 24 presenta características de un derecho socioeconómico, es decir, tiene una base material del bienestar social (KOTZÉ; RENSBURG, 2010). Este entendimiento puede llevar a un debilitamiento de la “judicialidad” del derecho al medio ambiente, sometiéndolo a una política de efectividad progresiva.

Kotzé destaca la naturaleza *sui generis* del derecho al medio ambiente, afirmando que éste contiene aspectos de los derechos de primera generación o derechos civiles y políticos (*blue rights*), incluso por haber sido formulado en términos negativos (KOTZÉ, 20), y de los derechos de segunda generación o derechos socioeconómicos (*red rights*), por imponer al gobierno deberes de protección al medio ambiente para las presentes y futuras generaciones. La lectura conjunta de los artículos 24 e 7.2 de la Constitución sudafricana permite extraer que el derecho ambiental está relacionado con deberes negativos y positivos impuestos al Estado ya particulares de “respetar, proteger, promover y cumplir los derechos en la Declaración de Derechos”¹² y, por lo tanto, del derecho ambiental. Manifiesta, pues, la dimensión subjetiva y objetiva de ese derecho.

En este sentido, Loreta Feris (2008) dice que el artículo 24 tiene dos objetivos generales, la garantía de un ambiente para todos y exigir del

¹¹ “Article 24. Everyone has the right:

1. to an environment that is not harmful to their health or well-being; and
2. to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that:
 - a. prevent pollution and ecological degradation;
 - b. promote conservation; and
 - c. secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development.” (ÁFRICA DO SUL, 1996)

¹² “Article 7.2. The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights”. (ÁFRICA DO SUL, 1996)

estado la realización de medidas tendentes a promover aquella garantía.

La disposición de instrumentos de acceso al poder judicial para la protección del medio ambiente, en contraposición al mandamiento al Legislativo para elaborar medidas razonables, así como al Ejecutivo para adoptar otras medidas de protección (artículo 24.2), plantea el cuestionamiento si el derecho ambiental (24.1) es autónomo e inmediatamente ejecutable. Considerando que el derecho se formuló tanto de forma negativa como positiva es posible defender que, en el primer caso, es autónomo y, en el segundo caso, está limitado, traduciéndose en norma programática. Aunque el artículo 24.2 sólo exija que el Estado proteja, prevenga, promueva y garantice el derecho ambiental exclusivamente por medio de aquellas medidas, el artículo 7.2 exige también su cumplimiento (KOTZÉ, 2010).

La formulación del artículo 24 permite afirmar que contiene eficacia multidireccional, teniendo efecto contra el Estado y contra terceros que puedan actuar negativamente frente al derecho fundamental al medio ambiente. En este sentido, el artículo 8 de la Constitución enuncia que la declaración de derechos se aplica a todo derecho y vincula a todos los poderes y órganos estatales, así como a las personas físicas y jurídicas¹³.

La justiciabilidad del derecho ambiental fue insertada en la Constitución sudafricana, en su artículo 34, en los siguientes términos: “Toda persona tiene el derecho de haber decidido cualquier disputa que pueda ser resuelta mediante la aplicación de la ley en audiencia pública justa ante un tribunal o, si fuera el caso, otro tribunal o foro independiente e imparcial”¹⁴. Loretta Feris (2008) apunta, con razón, que este artículo trae en sí tres distintos derechos a sus titulares, el de acceso a los tribunales o foros, la independencia de éstos y el debido proceso legal.

La Constitución sudafricana garantizó, además, la regla del *locus standi* en relación al derecho ambiental. Se trata de un significativo avance en el ámbito procesal para la protección de este derecho, por el cual el particular es legitimado a accionar el Poder Judicial en litigios de interés público en el área ambiental, estando dispensado de la prueba de haber sido personalmente perjudicado o lesionado. El artículo 38 dispone sobre

13 Article 8.1. “The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state.

8.2. A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.” (ÁFRICA DO SUL, 1996)

14 Article 34. “Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or fórum”. (ÁFRICA DO SUL, 1996)

el *locus standi* en los siguientes términos:

- Cualquier persona enumerada en esta sección tiene el derecho de recurrir a un tribunal competente, alegando que un derecho constante del *Bill of Rights* fue violado o amenazado, y el tribunal puede conceder un alivio adecuado, incluyendo la declaración de ese derecho. Las personas que pueden acercarse a un tribunal son:
- (a) cualquier persona que actúe en su propio interés;
 - (b) cualquier persona que actúe en nombre de otra persona que no pueda actuar en su propio nombre;
 - (c) cualquier persona que actúe como miembro o en interés de un grupo o clase de personas;
 - (d) cualquier persona que actúe en interés público; y
 - (e) una asociación que actúa en interés de sus miembros.¹⁵ (SUDÁFRICA, 1996, traducción nuestra)

Este dispositivo constitucional representa un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico sudafricano, teniendo en cuenta que, antes, la defensa judicial del medio ambiente sólo era posible en un ámbito individual. Con la adopción del *locus standi*, se reconoce el carácter transindividual de ese derecho y el interés público para su defensa, ampliando el acceso a la justicia ambiental,¹⁶ de modo inédito e irreversible.

4. AVANCES Y DESAFÍOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN BRASIL, ESPAÑA Y SUDÁFRICA.

Muchos son los desafíos en la protección jurídica del medio ambiente. Pero es cierto que la inserción del derecho ambiental en una Constitución eleva sobremanera su importancia, aún más si se considera su fuerza normativa influenciando y determinando la realidad política y social (HESSE, 1991). No es que la institucionalización de un derecho

¹⁵ Article 38. “Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are:

- (a) anyone acting in their own interest;
- (b) anyone acting on behalf of another person who cannot act in their own name;
- (c) anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons;
- (d) anyone acting in the public interest; and
- (e) an association acting in the interest of its members.” (ÁFRICA DO SUL, 1996)

¹⁶ En el refuerzo del acceso a la justicia ambiental, se edita la Ley Nacional de Gestión Ambiental (NEMA), en 1998, incorporando la sección 24 de la Constitución de Sudáfrica, incluso en relación con los medios de acceso al Poder Judicial.

sea suficiente para su efectividad, pero abre espacio para el debate, la concientización y la integración social.

Siguiendo la tendencia global del llamado constitucionalismo ecológico, las Constituciones de Brasil (América), de España (Europa) y de Sudáfrica (África) reconocieron el derecho al medio ambiente. Por otra parte, entre los nuevos derechos fundamentales, el citado derecho es el que más ha sido reconocido constitucionalmente en los últimos cuarenta años (SAMPAIO, 2016). Estos países afirmaron un auténtico derecho ambiental, rompiendo con el grupo de las Constituciones que se limitaba a prever las tradicionales normas programáticas, siendo, por lo tanto, clasificadas en el segundo ciclo del constitucionalismo ecológico (SAMPAIO, 2016).

Los adjetivos y conceptualización utilizados para calificar el medio ambiente que se pretende defender en las Constituciones de Brasil (ecológicamente equilibrado), de España (adecuado) y de Sudáfrica (no perjudicial para la salud) demuestran que las formulaciones positivas, de aquellas, y negativas, de esta, tratan de establecer un estándar de calidad ambiental compatible con la existencia y dignidad humanas, cuya relación enuncia la fundamentalidad del derecho humano al medio ambiente. Llama la atención la elaboración en sentencia negativa del derecho ambiental en Sudáfrica (artículo 24.1), que se reviste de derecho de primera dimensión, siendo exigible de inmediato.

Aunque sólo la Constitución sudafricana haya introducido el derecho al medio ambiente en el rol de los derechos fundamentales (*Bill of Rights*), la defensa de este *status* en la brasileña, que lo encuadró en el título referente al orden social, y en la española, que lo enmarcó en el capítulo referente a los principios rectores de la política social y económica, no enfrenta resistencia. La jusfundamentalidad de este derecho en el contexto español es afirmando con base en su carácter mixto, o sea, de derecho subjetivo y de deber ciudadano de conservación, y de principio rector de las actividades del Estado (BURRIEZA, 2005; MACHADO, 2016).

No hay duda en cuanto al carácter de derecho subjetivo del medio ambiente en Sudáfrica, así como en Brasil, teniendo en vista que el particular puede promover su tutela ante el Judiciario frente a otro particular o del propio Estado. En cuanto a la Constitución española, reside la duda, ya que, por haber sido el derecho incluido entre los principios rectores de la política social y económica, se le negó el recurso de amparo. Sin embargo, es posible la defensa del carácter subjetivo del derecho al medio ambiente, sea por medio de una interpretación sistemática de las

normas constitucionales que tratan de la fuerza normativa y el de su carácter vinculante o de la que propone la interpretación de los derechos fundamentales conforme los tratados y acuerdos internacionales, ya sea por medio de una interpretación que enganche ese derecho a otros derechos fundamentales. (BURRIEZA, 2005).

Los tres países destacados adoptaron normas de expresa atribución de derechos contenida en la idéntica expresión “todos tienen derecho”, en una interesante aproximación. También sus textos constitucionales imponen deberes o tareas al Estado, manifestación de la dimensión objetiva del derecho al ambiente, así como obligaciones positivas ampliamente delineadas, especialmente en la Constitución brasileña, siendo el texto español lo más sucinto.

Las Constituciones de Brasil y España establecieron el reparto entre el Estado y la colectividad del deber general de preservación del medio ambiente. Pero ninguna de las tres Cartas Magnas atribuyó al individuo, aisladamente, cualquier tipo de deber específico, subestimando su contribución para enfrentar la cuestión ambiental. A diferencia de Brasil y España, Sudáfrica ha predicho explícitamente una obligación negativa al Estado, determinando su abstención en el libre disfrute del derecho al medio ambiente del individuo. La propuesta es evitar la intromisión indebida del Estado en la libre fruición de la propiedad por el individuo.

Sólo la Constitución española hizo expresa referencia a la solidaridad como indispensable a la protección ambiental, sin embargo, es posible afirmar que éste es el marco jurídico constitucional para la afirmación de un auténtico Estado socioambiental (FENSTERSEIFER, 2008). En sintonía con la evolución del segundo ciclo del constitucionalismo ecológico, Brasil y Sudáfrica incorporaron el principio de equidad entre generaciones y el desarrollo sostenible en el lenguaje constitucional. Paulo Affonso Leme Machado (2016) defiende que hubo la inclusión de ese principio en el *caput* del artículo 225 de la Constitución patria, ya que se destinaron a las “presentes y futuras generaciones” la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Hay grandes diferencias en relación al acceso y los medios procesales para la defensa judicial del derecho al medio ambiente en el contexto de los tres países analizados. Brasil ha ofrecido varias acciones constitucionales y legales para el titular o el sustituto procesal manejar, tales como; la acción popular, el mandato de seguridad colectiva, el mandato de requerimiento, la acción civil pública, ésta que está prevista en ley

infraconstitucional. España tiene un importante medio de acceso directo a la Corte Constitucional, el recurso de amparo, pero no contempló el derecho ambiental, sin embargo, es posible su utilización sobreponiendo el medio ambiente a otros derechos fundamentales y promoviendo la defensa de aquel por vía refleja. Sudáfrica, por medio del *locus standi*, autorizó al individuo, como titular del derecho o sustituto procesal, a actuar en demandas de interés público, siendo el medio ambiente reconocido como tal.

En Brasil, el medio ambiente es clasificado como derecho de tercera dimensión o generación¹⁷. Se defiende, en España, su inclusión entre los derechos de segunda dimensión. Ya en Sudáfrica, existe una bipartición, el derecho previsto en el art. 24.1 se clasificará como derecho de primera dimensión y lo previsto en el art. 24.2 se considera de segunda dimensión. Diferentes aspectos son considerados para esa diferenciación: Brasil considera el derecho en sí, España la topografía en la carta constitucional, y Sudáfrica se basa en la formulación del derecho (24.1) y también en su topografía (24.2).

Hay una identidad en el contexto de los tres países en cuanto a los sujetos pasivos contra los cuales pueden ser exigidos judicialmente los deberes de protección y conservación del medio ambiente, identificados en el Estado y en el particular, personas físicas y jurídicas. Se trata de la llamada eficacia multidireccional. En contrapartida, la titularidad de ese derecho pertenece a la colectividad y al individuo. En el caso brasileño, el Ministerio Público tiene legitimidad para la defensa de ese interés, por medio de la acción civil pública, habiendo otras acciones por medios de las cuales los individuos también tienen acceso al poder judicial.

17 En el Recurso Extraordinario 627189/SP, decido por el plenario del Supremo Tribunal Federal, el Ministro relator Dias Toffoli enfatizó y desarrolló en su voto el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado, destacándolo como derecho de tercera generación, así como también señaló el Ministro Celso de Melo, siendo positivo el posicionamiento del tribunal sobre el tema ante el provechoso papel de los tribunales en el desarrollo de la jurisprudencia del derecho ambiental constitucional. (BRASIL, 2017)

CONSIDERACIONES FINALES

El análisis comparativo entre las Constituciones de Sudáfrica, de Brasil y de España ha revelado el diferente enfoque de la tutela ambiental, siendo posible afirmar que la brasileña tiene la redacción más extensa y más progresista, en el sentido de obtener éxito en identificar a los sujetos activos y, pasivos, en definir los derechos y las obligaciones y en poner a disposición los medios procesales para su efectividad, como la acción popular, el mandato de seguridad colectiva y el mandato de requerimiento. Además, es pacífica la defensa del derecho fundamental y subjetivo, de tercera generación, al medio ambiente, aunque no esté inserto en el Título que trata de los derechos y garantías fundamentales.

El derecho al medio ambiente que no perjudica a la salud o el bienestar en Sudáfrica es una formulación *sui generis*, enmarcado como derecho de primera dimensión, como los civiles y políticos, exigibles de inmediato, y de segunda generación, como derechos socioeconómicos. En cambio, no se ha introducido expresamente en el artículo 24 el deber del Estado de proteger, prevenir y promover el medio ambiente, aunque sea posible inferirlo a partir de una interpretación sistemática del artículo 24.2 en relación con el artículo 7.2. Otro avance en la Constitución sudafricana es la consagración del medio ambiente como derecho fundamental y subjetivo, ofreciendo instrumentos de acceso al Poder Judicial para su efectividad, siendo importante el instituto del *locus standi*, por autorizar la defensa individual del interés público al medio ambiente, dispensados de la prueba del interés privado en la demanda.

Aunque haya la referencia expresa a la solidaridad como elemento indispensable a la protección ambiental, cuya responsabilidad es del Estado y de la sociedad, la mayor controversia en el ámbito de la Constitución española reside en responder si el derecho al medio ambiente es derecho subjetivo, especialmente por estar incluido entre los derechos sociales y económicos (y por eso de segunda dimensión) y no haber sido contemplado con el recurso de amparo. Autoriza la defensa del carácter subjetivo la posibilidad de tutela refleja del medio ambiente por medio de otros derechos fundamentales, cuyo recurso de amparo les fue asegurado, siendo éste un importante instrumento de acceso a la justicia ambiental, ausente en Brasil y en Sudáfrica. Por lo tanto, el gran desafío en el contexto español es garantizar medios procesales para la tutela del medio ambiente.

REFERENCIAS

ÁFRICA DO SUL. *Constituição/96*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thetext.htm>>. Acesso em: 27 Out. 2017.

BOYD, David R. *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*. Vancouver: UBC Press, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal/88*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 Out. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 627189*, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2016, publicado em 03-04-2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>>. Acesso em: 29 Mar. 2018.

BURRIEZA, Ángela Figueruelo. Protección constitucional del medio ambiente en españa y europa. *Critério Jurídico*. Santiago de Cali, vol. 1, n. 5, p. 9-29, 2005. Disponível em: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/239>>. Acesso em: 03 Nov. 2017.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente e direitos humanos*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2011.

CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. *Recurso de Amparo: um instituto fundamental. Dissertação de Mestrado*. Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17893/1/Tese%20Recurso%20Amparo.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPAÑA. *Constituição/78*. Disponível em: <<http://www.lamoncloa.es/Espana/EIEstado/LeyFundamental/default.htm>>. Acesso em: 13 Nov.

2017.

FENTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERIS, Loretta. Constitutional environmental rights: an under-utilised resource. *South African Journal on Human Rights*. v. 24, n. 1, p. 29-49, 2008. Disponível em: <[https://repository.up.ac.za/dspace/bitstream/handle/2263/9796/Feris_Constitutional\(2008\).pdf?sequence=1](https://repository.up.ac.za/dspace/bitstream/handle/2263/9796/Feris_Constitutional(2008).pdf?sequence=1)>. Acesso em 10 Dez. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KOTZÉ, Louis J. The judiciary, the environmental right and the quest for sustainability in South Africa: A critical reflection. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. v. 16, n. 3, p. 298-311, 2007. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36415995/The_Judiciary_the_Environmental_Right_and_the_Quest_for_Sustainability_in_SA_-_A_Critical_Reflection.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1529765595&Signature=Ln0gp3BNMW3vwje%2BTl2CtgBlGHk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DThe_Judiciary_the_Environmental_Right_an.pdf>. Acesso em 11 Set. 2017.

KOTZÉ, Louis J.; DU PLESSIS, Anél. Some brief observations on fifteen years of environmental rights jurisprudence in South Africa. *J. Ct. Innovation*, v. 3, 2010. Disponível em: <https://law.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciKotze_South%20Africa%203-17_cropped.pdf>. Acesso em 13 Out. 2017.

KOTZÉ, Louis J.; RENSBURG, Linda Jansen van. Uma reflexão crítica sobre as dimensões socioeconômicas do direito sul-africano ao meio ambiente. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. Tutela do meio ambiente na Espanha. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, ago. 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/156>>. Acesso em: 23 Jan. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª ed. Navarra: Editorial Thomson/Aranzadi, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Os ciclos do constitucionalismo ecológico. *Revista Jurídica da FA7*. v. 13, n. 2, p. 83-101, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/65/65>>. Acesso em 19 Ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Como citar este artigo (ABNT):

BRITO, Francelim Jorge Sobral de; ZUBERI, Tukufu; BRITO, Vanileia Santos Sobral de. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL, ESPANHA E ÁFRICA DO SUL: AVANÇOS E DESAFIOS. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 67-85, mai./ago. 2018. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1319>>. Acesso em: dia mês. ano.