



Derecho administrativo y justicia intergeneracional Por Juan Bautista Justo¹

Siguiendo la metáfora de Ronald Dworkin sobre las “cartas de triunfo”,² Carlos Nino explica que la función específica de los derechos constitucionales consiste en “atrincherar” determinados intereses de las personas para evitar que ellos puedan ser dejados de lado sin su consentimiento mediante la invocación de intereses de otra gente que se juzgan más importantes en sí mismos o por el número de sus titulares.³

Esto significa que, contrariamente a lo que muchos sostienen, los derechos funcionan como límite a las decisiones comunitarias y no al revés. La interpretación que debemos dar a la Constitución no es que el reconocimiento de los derechos individuales está restringido por la necesidad de perseguir el bien común, sino exactamente a la inversa: la función principal de los derechos es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos.

Si la búsqueda del bienestar común alcanzara por sí misma para justificar las decisiones estatales, el reconocimiento previo de derechos individuales sería inoperante y superfluo. Bastaría con determinar en cada caso que una determinada medida estatal tiene esa finalidad para poder sacrificar nuestros intereses más preciados. La historia de los derechos fundamentales no se reduce sino a la lucha por la protección de ciertos bienes de la persona frente a la invocación de intereses que se consideran superiores en un determinado momento.

Ahora bien, los intereses que los derechos vienen a atrincherar no son elegidos caprichosamente. Ellos tienen dos rasgos distintivos: **a)** se consideran esenciales para el desarrollo de cada persona, y; **b)** están bajo amenaza.

En la tradición constitucional se ha entendido usualmente que esa amenaza proviene de las mayorías, que en el marco de una democracia cuentan con la posibilidad de influir en la adopción de decisiones estatales que pueden lesionar intereses de las minorías. Es por ello que se habla de una tensión entre los derechos constitucionales y la democracia.⁴

Hasta fines del siglo XX, esa relación de conflicto entre sectores de la sociedad venía siendo pensada siempre dentro de una misma generación.⁵ Sin embargo, a partir del fenómeno de degradación del medio ambiente a nivel global, ese abordaje estático de la función de los derechos varió dramáticamente. Hablamos ahora de un vínculo ético entre generaciones que agrega dinamismo al análisis y nos obliga a computar las necesidades de personas que no han nacido.

Hoy entendemos que la amenaza que los derechos vienen a neutralizar no proviene sólo de nuestros contemporáneos, sino también de nuestros antecesores, y que –a la vez- nosotros constituimos una amenaza para quienes nos sucederán. Hay en

¹ Docente de Derecho Administrativo. Universidad Nacional del Comahue.

² Dworkin defiende la democracia constitucional en tanto modelo que instituye derechos que funcionan como “cartas de triunfo políticas en manos de los individuos” frente al poder de las mayorías (Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 37).

³ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 261.

⁴ El modelo norteamericano de división de poderes –de frenos y contrapesos- es tributario de esta visión. El él se pone el acento en la necesidad de establecer barreras contra la tiranía, sobre todo de las mayorías, de modo de asegurar la protección plena de los derechos individuales. Se recurre para ello a un esquema de controles recíprocos entre las diferentes ramas del Estado y se asigna al Poder Judicial un papel tan decisivo en la tutela de los derechos que justifica, incluso, el costo democrático de reconocer la “última palabra” a funcionarios no electivos.

⁵ Esa visión respondía, por una parte, a la creencia sobre el carácter inagotable de los recursos comunes que predominó hasta el siglo XX, pero también a las dificultades de la concepción filosófico-política contractualista -clave en la conformación del Estado de Derecho liberal- para incluir a las generaciones pasadas, presentes y futuras dentro de una misma comunidad ética, con obligaciones y deberes correlativos. En la lógica contractualista la celebración de los acuerdos siempre ha sido entendida como realizada entre agentes actuales y en términos de reciprocidad, desconectando la generación actual de su inserción histórica. La consecuencia más directa de este tipo de concepciones es la artificial visión del hombre como un sujeto aislado y una idea de la justicia conmutativa sincrónica, esto es, considerando que las compensaciones de sacrificios y beneficios se producen dentro de una cohorte y en el mismo momento, como si la única transacción de costos y beneficios se produjera entre los participantes, sin afectar a quienes vendrán en el futuro (Moffa, Anthony, “Wasting the Planet: What a Storied Doctrine of Property Brings to Bear on Environmental Law and Climate Change”, *Yale Law School Student Scholarship Papers*, Paper 119, 2012).

ello un cambio ético importante, pues durante siglos predominó en la cultura occidental la idea de que los descendientes se beneficiaban del esfuerzo de sus mayores. Esa mística impregna la lógica de la guerra, el trabajo, el desarrollo o la idea misma de herencia. Las generaciones actuales se benefician del sacrificio de las pasadas y dejan – a su turno- su legado a las venideras. La tragedia ambiental vino a romper esa concepción. Nos hemos visto forzados a asumir la tendencia de cada generación a privilegiar sus deseos aún a expensas de quiénes vendrán y por eso no ha quedado otra opción que atrincherar sus intereses. Hacen allí su aparición los derechos de las generaciones por venir.

Al igual que lo ha hecho el ambiental, el derecho administrativo debe dar cuenta de este fenómeno. Sus instituciones deben computar la inclinación humana a priorizar las necesidades actuales por sobre los riesgos futuros y el consiguiente impacto negativo que muchas decisiones comunitarias tomadas hoy producen en las próximas generaciones. En función de ello, nuestra disciplina debe incorporar en su marco teórico herramientas orgánicas y procedimentales de tutela de las generaciones futuras. Basta pensar en temas como el endeudamiento público irresponsable, la entrega de los recursos naturales o la ausencia de planificación en infraestructura o urbanismo para advertir el pernicioso efecto que producen las visiones cortoplacistas en cuestiones esenciales para la sociedad y el rol decisivo que tiene el derecho administrativo en su prevención.

Es necesario, entonces, que la legislación y las instituciones administrativas contemplen mecanismos y funcionarios encargados de defender los intereses de ese sujeto que no puede defenderse porque no ha nacido aún. Una alternativa específica podría ser la figura del “Defensor de las Futuras Generaciones”,⁶ promovida en diferentes foros internacionales, aunque quizás no sea necesario crear nuevos órganos, sino simplemente lograr que las instituciones existentes incorporen en sus procesos de toma de decisiones una consideración puntual del impacto futuro de la medida estatal. Ciertamente, si contáramos con un funcionario cuya tarea específica es esa ponderación, el debate de las políticas públicas se vería robustecido.

Aún con los desafíos conceptuales que trae aparejados,⁷ el valor fundamental de la incorporación de la justicia intergeneracional en la labor administrativa es de orden estratégico: pasa por revertir la invisibilización de ciertos intereses en la adopción de las políticas públicas, como en su momento ocurrió con los derechos sociales, que permitieron superar –al menos discursivamente- la desatención hacia los sectores menos aventajados. Reconocer derechos a las generaciones futuras e incorporar mecanismos específicamente destinados a su defensa obliga a incluir en la agenda gubernamental las necesidades de aquellos que hoy no pueden hacerse oír, pero que se verán afectados por nuestras decisiones.

Hay un denominador común en todos estos procesos de ampliación de derechos, ya sea en la defensa del individuo frente a la tiranía de las mayorías, en el amparo de las generaciones futuras frente a la desmesura de la actual o en la tutela de los excluidos frente a la opulencia de los poderosos: *los derechos como trincheras existen para resguardar a los más débiles porque son ellos los principales amenazados*. Reforzar y expandir esas trincheras es el gran desafío de todo el sistema jurídico y la inclusión de la justicia intergeneracional en el bagaje teórico del derecho administrativo puede convertirse en un pieza clave para lograrlo.

⁶ El *World Future Council* (Consejo Mundial para el Futuro) promueve la creación a nivel nacional e internacional de un “Defensor del Pueblo o Alto Comisionado para las Generaciones Futuras” en el marco de Naciones Unidas.

⁷ Las dificultades que supone el reconocimiento de subjetividad a las generaciones futuras en materia de representación y deberes fiduciarios son mayúsculas para el derecho occidental. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de derechos a la naturaleza, que consagran constituciones como las de Ecuador o Bolivia.