

**ANÁLISIS DE LOS LÍMITES
CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO
GUBERNAMENTAL DEL PODER
DE CONDICIONAR EL EJERCICIO
DE DERECHOS INDIVIDUALES
EN PROCURA DE UN
DESARROLLO SUSTENTABLE**

Por el DR. JORGE MARTINOLI

Introducción

Ayer, la conquista de las Ciencias Sociales consistió en la formulación, difusión, sustentación de los llamados "Derechos Fundamentales del Hombre", que fueron aceptados y consagrados positivamente en forma universal por todos los Estados de tradición occidental y cristiana.

Hoy, el desafío es armonizar equitativamente la regulación de esos derechos, cuando, siendo de igual rango, entran en conflicto entre sí.

Erróneamente se plantea la disyuntiva como una contienda entre el Estado y los particulares, como una disociación entre "derecho público" y "derecho privado", esto es, como posiciones encontradas entre el individuo, en busca de su libertad, y el Estado, coartando la capacidad productiva del hombre, en aras de otros principios.

Jurídicamente, sin embargo, si el Derecho es uno solo y su razón de ser es la regulación de conductas de manera de fijar los derechos y obligaciones concretos, para hacer posible la vida en sociedad, todas las normas mediata o

inmediatamente se dirigen al “sujeto individual”, por lo tanto, esa presunta dualidad quedaría superada, para centrar el enfoque en el verdadero problema que nos ocupa, que —repito— es la armonización de los derechos y garantías de la persona cuando hay que priorizar a uno sobre otro.

Sería caer en una actitud simplista —en que se incurre a menudo— encarar el análisis en términos absolutos; la libertad o la vida; la vida o la propiedad; la producción o la preservación; el crecimiento o la conservación.

Tal actitud conlleva discusiones estériles, alejadas de lo que acontece en la realidad y termina en posiciones irreductibles a las que el Derecho no puede compatibilizar.

Siempre —aunque un derecho ceda en favor de otro— la opción se plantea a niveles relativos: ¿cuánta libertad frente al peligro a la vida?, ¿qué clase de vida?, ¿qué “grado de propiedad”?, ¿cuánto crecimiento y cuánta conservación?

Para dar respuesta a estos interrogantes, cabe preguntarse: ¿es necesario valorizar los derechos fundamentales priorizándolos en un orden?, ¿Es la vida más importante que la libertad?, ¿o ésta que la propiedad? ¿Es más importante trabajar que gozar de una vida sana?

Si fuera así, la solución sería más política que jurídica.

Frente a esta alternativa, ¿cuál es el rol del Derecho, además de consagrar esas garantías fundamentales en forma efectiva?

Por mucho tiempo hemos entendido que la historia de Occidente se relaciona con la lucha del hombre por conseguir más libertad, entendiendo a ésta como valor supremo. Recordemos las máximas: “No hay vida sin libertad” o “la vida sin libertad no merece ser vivida”. También, “no hay libertad sin propiedad” y otras categorizaciones que implican un juicio de valor, una jerarquización de unos derechos sobre otros —en términos absolutos— que nos colocaría en vía muerta para intentar soluciones más o menos generales.

El desafío de la ciencia jurídica moderna no es defender ni imponer un “derecho” sobre otro, sino hacerlos posibles a ambos, preservando la coherencia jurídica, la certeza, la posibilidad de predicción, que es uno de los pilares básicos que sustentan al Derecho como ciencia.

Si entendemos al Derecho como una “estructura” que sostiene el edificio social, debemos preservar el equilibrio de esa “armazón” legal, para no producir “ruinas”, “deterioros”, “fisuras” —entiéndase descontento social— que traigan aparejados desconfianza y desprestigio de la ley¹, cuyo acatamiento irrestricto configura “la piedra basal” del edificio o sea del sistema de convivencia.

Las nuevas conceptualizaciones modernas han superado la priorización de los derechos fundamentales, estableciendo que todos se resumen en uno solo, a saber: “El derecho del hombre a vivir en dignidad y con posibilidades de desarrollo”.

En esta categorización caben todos los tradicionalmente llamados “derechos individuales” y descarta la posibilidad de que uno se anule frente a otro, porque si no se dan todos en equilibrio, “no hay dignidad ni desarrollo”, incluyendo además de la vida, la libertad y la propiedad, los derechos del trabajo, educación, vivienda, salud, esparcimiento, justicia y muchos otros más, como seguridad, previsión, etc.

Si bien esta concepción “unitaria” nos evita el riesgo de “priorizar” o “politizar” la cuestión, nos crea la dificultad jurídica de equilibrarlos a todos en un sistema coherente y seguro.

Me atrevo a afirmar que éste es el primer paso ineludible para un “desarrollo sustentable”.

Aclaración terminológica

Pero, ¿a qué llamamos “desarrollo sustentable”?

Introduciendo el vuelo poético de Borges “. . . si el nombre es arquetipo de las cosas, toda la rosa está en las letras de la rosa y todo el Nilo cabe en la palabra Nilo . . .” ha menester en resguardo de la precisión científica que aclaremos este concepto.

El Documento Introdutorio que nos invitara a participar con nuestras ideas, en el Capítulo VI, punto 21, define el “desarrollo sustentable” como “el proceso de transformaciones económicas y sociales destinado a satis-

¹ MARCO AURELIO RISOLÍA, *Grandeza y desprestigio de la Ley*, Monografías jurídicas, n° 55, Abeledo-Perrot, 1961.

facen las necesidades de todos los sectores sociales, a la vez que mantiene abiertas las opciones para el futuro y conserva la productividad de la base de los recursos y la integridad de los sistemas ecológicos y de los patrones culturales”.

Luego aclara, que dicha “sustentabilidad” y no “sostenibilidad”, es requerida en cuatro áreas: Ecológica, Social, Cultural y Económica. Podemos agregar también la Jurídica.

Como se advierte de la simple lectura, esa descripción no busca definir “un modelo” concreto, de validez universal, intercambiable entre los Estados, y menos aun, con pretensión de imposición uniforme para el mundo.

Tampoco constituye una teoría económica, ni jurídica, ni política, ni encierra una ideología específica, sino que, más bien, se vincula a una “aspiración” de lograr el bienestar general, admitiendo todos los matices que pueden diferenciar cultural, religiosa o racionalmente a todos los grupos étnicos que componen la especie humana.

Si sostuviéramos que nuestro desarrollo sustentable tiene que ver con una propuesta específica, le restaríamos validez universal y no tendría la difusión ni el éxito esperado.

Ha señalado Franz Nuscheler en su artículo “Learning from experience or preaching ideologies”, que los modelos o ideologías no son intercambiables, ya que “el desarrollo dependiente puede ser obstruido o estimulado por presiones o incentivos del exterior, pero tiene que ser conseguido y manejado por la propia ideología, decisión y esfuerzo del propio país”. Esta advertencia es aplicable al caso que nos ocupa, porque si hubiéramos pretendido dar una receta concreta, nos tendríamos que circunscribir a nuestro país y desechar la posibilidad de internacionalizarla ².

En sustento del autor citado, hoy se levantan numerosas voces calificadas, como la de Francis Fukuyama, anunciando “el fin de la Historia”, la muerte de las ideologías, la universalización de los procesos; pero éstos son sólo otros vaticinios más, que se inscriben en el marco de los “historicismos” denostados por Karl Popper, que

² Revista “Law and State”, Volume 38, Edited by Institute for Scientific Cooperation, Tubingen 1988, traducido por el suscriptor.

encierran la carga "ideológica" tremenda de pretender utópicamente la uniformidad en el desenvolvimiento igualitario de la humanidad, cuya posibilidad de concreción rechazamos desde ya, por una razón práctica.

De allí que el "desarrollo sustentable" sea sólo una expresión de anhelos, vinculada a una aspiración tangible y factible del hombre en su camino a la búsqueda de la felicidad, pero no una teoría, ni un modelo. Así lo entendemos y lo trataremos.

Hablemos entonces de la posibilidad de un "desarrollo sustentable" en sentido amplio, como medio de lograr en la máxima extensión posible la vigencia y el ejercicio efectivo de todos los derechos individuales reconocidos al hombre, por su condición de tal.

Aclarado este concepto, cabe hacer algunas advertencias previas antes de intentar dar respuesta al tema que nos ocupa.

Advertencias

Las propuestas podrán variar, según sea la óptica personal del autor que aborde la investigación. Como expresaba Walter Lippman en su obra *La opinión pública* (New York, The Free Press, 1965) "cada uno de nosotros se mueve, aún cuando no lo sepa, a partir de cierta idea de la historia, del universo y de la naturaleza humana". Esas creencias, esas ideas, teñirán, sin duda, las soluciones sugeridas³.

Por eso, se impone que el "científico" además de consciente de esa realidad, explicité esa idea, para permitir el cambio de opiniones y evitar posiciones irreductibles.

El hombre

Si el objeto de nuestra investigación es intentar dar pautas de regulación jurídica de la conducta humana para permitir un desarrollo sustentable, basado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona, habrá que partir de clarificar la idea del hombre, ya que éste será el eje a partir del cual comenzaremos nuestro estudio.

³ MARIANO GRONDONA, *Bajo el imperio de las ideas morales*, Editorial Sudamericana, 1988.

Noción cristiana

Partiendo de la visión cristiana, podemos extraer una serie de enseñanzas que nos pueden ser útiles al propósito que nos convoca, sin por ello confundir moral o religión con el derecho.

Mientras los primeros trabajan con la interioridad del individuo, el segundo con la exterioridad de la acción humana y aunque existe una separación, ninguna sociedad civilizada se precia de divorciar la ética de la ley.

Si traemos a colación esta remisión trascendente es al solo efecto ejemplificativo que nos permitirá explicitar el concepto inmanente del hombre real, cuya conducta luego pretenderemos regular, de manera de no violentar su naturaleza.

La Palabra Revelada nos ordena “amar al prójimo como a nosotros mismos”. Este mandamiento parte de la premisa de que el hombre se valora y ama a sí mismo y por tanto, que es natural que busque “la felicidad personal”, la propia satisfacción, aunque luego —como aspiración— se le exija compatibilizar ese sentimiento con el de los “otros”.

El derecho no puede deleznar esta inclinación natural so pena de convertir a la ley en un medio de aprisionar, en vez de un fin para liberarlo ⁴.

Existe ínsita en la naturaleza individual “esa ambición” (a la cual no quiero llamar “egoísmo natural” para no caer en disquisiciones morales). Llamémosle “sana ambición”.

La Biblia afirma este concepto en la parábola de “los talentos” (o los denarios) que nos pone frente a un Cristo demandante, exigiendo al hombre asumir los riesgos de vivir utilizando al máximo sus potencialidades, sus “propias habilidades”, pues por ello será juzgado.

Devendría en antinatural que la ley humana desconozca esta realidad. El derecho no puede ni debe tratar de anular el riesgo de existir y la aspiración de cada ser humano a dejar su impronta en su paso por la tierra, sino encauzarlo de manera de hacer posible la propia realidad con la del prójimo, en una tensión insoslayable.

⁴ MARCO AURELIO RISOLÍA, obra citada p. 2.

Quizá por ello el Papa en una de sus Encíclicas ordena respetar “el derecho a la iniciativa privada” y sobre el cual Pedro J. Frías nos alerta, expresando: “advírtase que el Pontífice lo califica de ‘derecho’, con todas las repercusiones jurídicas que esa afirmación supone”⁵.

Creo que esa “sana ambición”, así como la búsqueda del “amor”, son los dos motores que movilizan generación tras generación al Universo. Son los prismas que tiñen cada vida con una aspiración a la originalidad primigenia, que nos induce a creer que somos únicos, diferentes, que podemos aportar algo nuevo como parte que somos de la creación del Altísimo.

“Que tú existas, hace una diferencia” ha afirmado Nosick y sin duda está interpretando esa necesidad vital.

Sobre la base de este arquetipo humano, al cual adherimos y sentimos como propio, porque así quisiéramos que nos respete, considere y trate la ciencia jurídica, intentaremos la respuesta concreta sobre la base del derecho vigente argentino.

Lo contrario nos parece que sería como pretender crear Dres. Jeckills o Franckensteins jurídicos —suplantar a Dios— para tratar de cambiar la naturaleza humana a imagen de nuestros propios designios, con el mismo resultado calamitoso que en la ficción nos demuestran los ejemplos citados.

Noción filosófica-jurídica

Al mismo resultado se llega si prescindiendo de la idea del Supremo apelamos a la inmanencia del “contrato social”, como piedra angular de la organización humana. Esa idea sustentó los tres modelos de organización política que siguieron los Estados de la Tierra, para darse su propia estructura, partiendo de una concepción antropológica particular.

Si con Hobbes creemos que el hombre es un ser egoísta e irresponsable por naturaleza —lobo de su congénere— se instaurará un sistema jurídico-normativo dispositivo, restricto, reglamentarista y casuístico, con un estrecho margen para la libertad individual y depositando toda la

⁵ *Aproximaciones*, Editorial Lerner, Pedro J. Frías, 1989.

responsabilidad —que se le niega al individuo— en una super estructura llamada “Estado”, a cargo de quien estará la planificación y dirigismo para lograr concretar un modelo de sociedad ideal y no real. El derecho tendrá como función domoñar los bajos instintos de las “feroces bestias” a través de la ley y la sanción.

Si nuestra idea del hombre es romántica y parcial, haciendo hincapié en el rasgo que consideramos predominante de su personalidad (económico: Marx; la libido: Freud; el instinto: Darwin; etc.) y consideramos con Rousseau que el sistema político debe tender a consagrar la igualdad ideal, frente a la desigualdad natural, el resultado no será distinto, cayendo en todos los “ismos” que ha conocido la historia pasada y reciente.

Nuestra idea

La tendencia moderna y generalizada es retornar a una confianza limitada en la razón, como signo caracterizante de la persona, en la línea que marcaran Aristóteles, Santo Tomás, Locke, Kant, Adam Smith, Aron y Nosick, descartando “el racionalismo”, a través del control que ejerce sobre ella el concepto de “utilidad”, demostrado por “la experiencia” (la ciencia se basa en afirmaciones, comprobaciones y refutaciones al decir de Pareto) y con los límites del concepto de “daño efectivo” y respeto por la libertad ajena.

Esta última postura que se manifiesta consolidada en algunos Estados y como una fuerza incipiente pero arrolladora en todo el Planeta, es la que vuelve a centrar, reubicar y respetar a la libertad individual como presupuesto ineludible de cualquier tipo de desarrollo, abandonando la idea de “modelos”, de igualdades forzosas, imposibles de lograr.

El contenido específico de la legislación, dependerá de la confianza que se tenga en el sujeto jurídico, al momento de intentar regular su conducta.

Instalados en esta posición, procede que nos preguntemos: ¿es posible planificar la actividad social?, ¿en qué grado?, ¿con qué consecuencias jurídicas?, ¿con qué costo?, ¿cuáles serán los límites jurídicos a la libertad de actuar?

No quisiera pecar de ingenuidad sugiriendo que explicitadas las cuestiones precedentes, podremos proponer soluciones en forma unívoca, que contenten a todos o sirvan de parámetros para adoptar un solo régimen, pero en la medida en que sea lo suficientemente elástico para admitir las diferencias políticas, jurídicas, culturales, y sociales, como de niveles de desarrollo, con un grado de equidad suficiente que satisfaga a todos, nos habremos acercado a la meta.

¡No se desanime el lector ante tantas advertencias!

Si la consigna es "Salvemos al Planeta Tierra" a través de la conservación de sus recursos naturales, nadie puede estar en contra de esta idea y ya esto configura un punto de partida común y único.

El problema no es el "fin", sino "cómo" lograrlo y ello corresponde que sea dilucidado por el derecho, como la ciencia que regula "conductas" con pretensiones de justicia y equidad.

Hay tres vías que nos enmarcan y dirigen en el camino emprendido, que al ser compartidas y aceptadas por más de dos terceras partes del mundo, nos ponen vallas para considerar algunas teorías que de plano quedan descartadas, así como nos facilitan las respuestas posibles.

Estas son:

1) El reconocimiento y vigencia positiva de los "derechos humanos" de contenido homogéneo para todos los Estados.

2) La instauración universal del sistema democrático de organización de los estados y como forma de gobierno.

3) La aceptación del modelo de "economía de mercado" en la organización económica, como el que mejor se compadecería con la idea de desarrollo y bienestar.

De estos principios demarcatorios, podemos extraer ciertos corolarios, a saber:

a) el rechazo del "historicismo" en el sentido de aceptar una marcha de la Humanidad hacia un destino prefijado, descubierto por profetas.

b) La repulsa del sistema comunista como base de la organización social, lo cual importa aceptar:

1) Estado "fuerte" pero subsidiario, restringido, limitado, con delegaciones expresas de interpretación restrictiva.

2) Amplio campo de la libertad individual, de interpretación lata, defendido por un sistema judicial independiente que, frente a su vulneración, comprenda que su misión esencial es afianzar los derechos individuales, para lograr la confianza, la seguridad jurídica, la aplicación de la iniciativa particular, fomentar la creatividad, la propiedad firmísima, la inversión, en fin, el desarrollo.

c) La desconfianza en los sistemas de planificación social tecnocrática y burocrática, impuesta verticalmente desde “arriba”, a la manera de ingenieros sociales, como medio de obtener el desarrollo.

d) El saneamiento del sistema jurídico normativo para hacerlo coherente y predecible.

e) La consagración legislativa de un sistema seguro y ágil de indemnizaciones o ventajas a favor de los afectados por las medidas restrictivas o conservatorias —sean éstos individuos o Estados— para incentivarlos a su acatamiento y proceder equitativamente.

Alguna de estas premisas merecen un comentario particular, porque están fijando el derrotero del “debe ser” y “del no ser” de los límites a la regulación jurídica de los derechos fundamentales, consagrados constitucionalmente.

Las trataremos bajo el siguiente título:

PRESUPUESTOS PREVIOS

Historicismo

A) El rechazo del “historicismo” abre el campo a la creatividad —también en lo jurídico— en sentido amplio. Ya no hay “fórmulas” a las que hay que acomodarse, sino que pueden inventarse nuevas alternativas. El mundo no ha sido “creado” en pasado, sino que es un proceso de perenne “creación”, en presente, con miras al futuro.

De allí que en el intento de regulación del uso de los recursos naturales, debe tenerse en cuenta el concepto “dinámico” y no “estático” de las ciencias naturales, que con los avances técnicos prevén nuevas formas de paliar los aspectos negativos de su manipuleo o una utilización más eficiente de las riquezas que el orbe ofrece.

Esta circunstancia redundará jurídicamente en la

adopción de fórmulas flexibles y no rígidas al momento de sancionar los dispositivos regulatorios.

Si a ello agregamos que sólo pasarán al mundo jurídico —o sea que serán objeto de regulación— los “verdaderos” males para la humanidad y no alteraciones menores, catalogados con estricto criterio científico, interpretados restrictivamente, desechando las múltiples hipótesis de daños presumibles, vamos circunscribiendo tanto “las formas” como “el contenido” de las normas que serán necesarias.

Comunismo

B) Con relación al abandono del ideario comunista, la Argentina presenta ventajas comparativas, por ejemplo, con la Europa del Este. Y es que ya tiene consagrada constitucionalmente una organización democrática y consolidado el sistema.

En nuestro caso, habrá que desbrozar, derogar y reformular todo el sistema reglamentario que avanzó en el sentido de una economía planificada, cuando no dirigista, reacomodándola al principio liberal de fondo que le sirve de sustento. En este sentido, es jurídicamente más simple el procedimiento que tendremos que llevar a cabo, que el excepcional de convocar a un “poder constituyente” para sentar las bases de una nueva organización estadual.

Se hace necesario, sí, la eficientización del Estado a través de un redimensionamiento de sus posibilidades reales.

Nuscheler, en el artículo citado, nos advierte que todos los modelos de desarrollo aplicados con mayor o menor éxito en el mundo, coinciden en una constante, cual es, el de ser llevados a cabo por un “Estado fuerte”.

Conviene también aclarar este concepto, para que no haya dudas, ni se nos impute contradicciones, cuando sostenemos que para que exista un “desarrollo sustentable” ha menester una desburocratización, un achicamiento de las funciones que hoy asumen los Gobiernos, sobre todo en el área latinoamericana.

Creemos que la condición de “fuerte” se logra justamente cumpliendo con esos cometidos. En efecto, asignarle al Estado las funciones de educación, salud, defensa,

justicia y seguridad, primordialmente y sólo subsidiariamente otros roles, lo hará más fuerte. Al evitar la asunción de actividades innecesarias, sobre todo en el área económica, permitirá la concentración de poder patrimonial a través de la recaudación impositiva —único medio de financiamiento genuino que tienen los Estados— que al no dispersarse en funciones inútiles, podrá utilizar tanto en la formulación y concreción de políticas, como en alentar o desanimar actitudes por medio de los beneficios o cargas que imponga.

Un Estado saneado es un Estado fuerte, que puede servir de timonel para conducir el modelo adoptado por cada país.

La Argentina ha delineado en su Constitución Nacional la presencia de un Estado fuerte, siendo innecesaria su reformulación para ponernos en el camino de lograr el desarrollo.

La planificación

C) A esta altura, podemos evizorar que la planificación debe ser obra de la libertad, más que de la imposición legal, para que sea efectiva y acatada por el cuerpo social. El mercado condiciona a la opinión pública, que hace caso omiso a las “directivas autoritarias y verticalistas” de sus dirigentes políticos, cuando éstos la contradicen o se apartan de la realidad. Si no veamos el descreimiento mundial que esa dirigencia hoy inspira, y por otro lado, la cantidad de leyes muertas, sin vigencia, que podemos encontrar entre nosotros, por no ser el reflejo de las necesidades que esa realidad impone.

Ya Simón Bolívar alertaba: “La primera de todas las fuerzas es la opinión pública”.

Pero no minimicemos el poder inmenso del Estado —más como regulador— como sugerente y motivador de conductas. Ello no se logra con leyes concretas, sino por otros medios y a esos procedimientos hay que priorizar antes de imponer la norma o la sanción.

Educación, propaganda, exenciones o cargas impositivas, indemnizaciones, etc., son potentísimas armas, que bien utilizadas, pueden lograr los objetivos queridos, antes de caer en la compulsión.

Ordenamiento legal

D) La simplificación del mundo normativo es un imperativo insoslayable, casi en todo el mundo, si se quiere lograr el desarrollo.

Los países de organización federal presentan una desventaja en este campo con relación a los organizados unitariamente. Esta es la doble jurisdicción en materia legislativa, e incluso la triple, cuando los Municipios regulan las mismas relaciones jurídicas, en el ámbito de su competencia.

Se impone terminar con esta modalidad de actuación jurídica, que satura el horizonte de reglamentarismos superpuestos, que a veces se contradicen y otras no se actúan por los costos involucrados, esperando que sea la otra jurisdicción la que lo haga.

Si se pretende aplicar ambas, se ahoga la iniciativa privada; cuando no se provoca un litigio.

Cualquiera de las opciones deja sin protección al recurso y ahuyenta la posibilidad de inversión frente al peligro de discrecionalidad funcional.

El procedimiento adecuado para solucionar este aspecto es abandonar la idea de "conurrencia" y que la Nación dicte la norma de fondo en forma uniforme con validez en todo el país; sin perjuicio de que sean las jurisdicciones locales las que la apliquen y ejerzan el poder de policía directo.

El poder central, atendiendo a los intereses nacionales y globales, está en mejores condiciones de sopesar, equilibrar y priorizar intereses específicos y actuar en consecuencia al dictar las normas, evitando contradicciones.

A ello apuntamos cuando hablamos de "desburocratizar" el sistema jurídico. Reordenarlo conforme a lo que la técnica legislativa aconseja, es una prioridad insoslayable para "un crecimiento sustentable".

Conviene que nos detengamos en este punto, porque si bien no hace a un límite concreto fijado por la Carta Fundamental al poder regulatorio de la ley reglamentaria, se advierte con preocupación la confusión en que incurren algunos hombres de derecho entre "lo político" y "lo jurídico" al dilucidar este problema.

El "técnico" del derecho debe estar capacitado para

“construir” el sistema jurídico, con prescindencia de su ideología política sobre “el deber ser” del mismo.

El cumplimiento de esta premisa hace a la coherencia de la ciencia, a la posibilidad de “predicción” y por ende a la certeza o seguridad jurídica que ese sistema pretende brindar.

Apelando al ejemplo concreto, si nuestra Constitución es de raigambre liberal, no podremos introducir en ella por vía reglamentaria un sistema de economía dirigida —por más que se apele a la idea de justicia de los fines, de la necesidad y otros juicios de valor— porque lo que no cabe no cabe.

Si llevados por la “urgencia” de la situación, o por nuestras aspiraciones políticas, “forzamos” por vía interpretativa la inclusión de institutos que no se compadecen con la plataforma filosófica de la Ley Fundamental, no sólo habremos violado la “técnica” correcta, sino que el resultado no desembocará en el “reconocimiento” de esa regulación, sino en un semillero de pleitos y controversias que destruirán a la larga o a la corta las reglas de convivencia que el sistema pretendía establecer.

Esta es una regla de oro . . . , y la Argentina un lamentable ejemplo de esta forma de actuar.

Podríamos comparar afirmando que sucedería lo mismo ante el rechazo que produce un organismo frente a la implantación de un órgano extraño. El resultado es la muerte.

Responsabilidad

E) Dejo para el final el desarrollo de las consecuencias patrimoniales de la preservación porque necesita de una elaboración más extensa, que está vinculada a la solución que pretendemos sugerir.

Antes de entrar a analizar el derecho positivo, esto es, delinear el marco jurídico dentro del cual pueden regularse los derechos individuales que permitan alcanzar la meta deseada, procedería reformular el título de la propuesta.

Si en verdad la democracia implica un “Estado de Derecho”, en el cual tanto gobierno como ciudadanos se encuentran sometidos sólo al imperio de la ley, que reina

sobre sus vidas, determinando los derechos y obligaciones de cada uno y la sanción en caso de incumplimiento, no sería adecuado hablar “del ejercicio gubernamental del poder de condicionar” ya que este “poder” no es “del gobierno” sino de la “ley”, entendiéndola a ésta como el resultado del sistema de “checks and balance” instaurado por la Constitución Nacional al repartir y ensamblar equilibradamente las funciones de los poderes del Estado.

Bastaría entonces:

ANÁLISIS DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE DERECHOS INDIVIDUALES EN PROCURA DE UN DESARROLLO SUSTENTABLE.

I) *La Constitución Nacional y sus líneas directrices.*

En el campo específico del ordenamiento jurídico argentino, comenzaremos analizando la Ley Suprema de la Nación, colocada en la cúspide de la pirámide normativa y con preeminencia sobre las demás normas (art. 31 de la C. N.).

La Constitución Nacional, expresa o implícitamente, ha reconocido la vigencia de todos los derechos fundamentales del hombre: a la vida, a la libertad, a la igualdad, al honor, a la propiedad, etc., pero no ha consagrado ni un orden de prelación de los mismos, ni ha resuelto el conflicto cuando existe colisión entre los mismos. Son todos igualmente importantes, insustituibles, irrenunciables e intercambiables.

Esos derechos no pueden ser enervados por las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28). Este es el primer límite concreto a la potestad de regulación.

La segunda valla se erige en virtud de nuestra organización federal, que al establecer una jurisdicción material y territorial tanto para “decir” como para “actuar” el derecho en sus respectivas competencias, les veda a éstos la posibilidad de ejercer las atribuciones cedidas (arts. 104, 107 y 108).

En el art. 67 inc. 11 se otorga al Congreso de la Nación la facultad de dictar los Códigos de fondo, atribución que ha sido interpretada por unanimidad de la

doctrina nacional en sentido amplio y como una enumeración enunciativa y no taxativa.

La mayoría de los “derechos y obligaciones ecológicos” se inscriben como reglamentarios del derecho fundamental a la vida, pero afectan esencialmente a los no menos importantes de la libertad y de la propiedad. A estos últimos se procura limitarlos en su ejercicio.

Con relación “a la libertad”, la Carta Magna garantiza la de trabajar y ejercer toda industria lícita, definiendo su campo de acción por omisión en el art. 19 *al permitir toda actividad* “. . . que no perjudiquen a un tercero”.

Resulta entonces, que el campo de la libertad es amplísimo, solo enmarcado en el concepto de “bienestar general”, en el respeto por la libertad ajena y en que no afecte los derechos de los otros. El límite para su regulación estaría dado: a) por el concepto de “daño efectivo”, con todas sus consecuencias jurídicas, b) el principio de irretroactividad de las leyes y c) lo prescripto por el art. 2618 del Código Civil, que también reglamenta los anteriores institutos.

Por su parte, el derecho de dominio —materia nacional— también es objeto de instrumentación por la ley común que será objeto de un análisis posterior, pero recordemos que la legislación provincial debe acomodarse a ella y no excederla, por ser materia “cedida” (arts. 107 y 108).

De allí que se sostenga que la mayoría de la legislación ecológica sea de carácter nacional, a excepción de la delegación hecha por el art. 2611 del Código Civil, porque siendo de igual “rango” que éste, puede modificarlo válidamente.

Este es el problema que presentan las nuevas constituciones provinciales, que en su afán de modernismo han incluido en sus textos numerosas normas con sentido ambientalista —imbuidos sus autores más por un sentido “político” que “jurídico”— pero que han afectado seriamente ese fino equilibrio de funciones establecido en la Carta Magna, con valederas dudas respecto a la seguridad jurídica de esos institutos.

No quisiera terminar el análisis de la Ley Fundamen-

tal, sin remarcar una directriz que me parece importante dentro de los dispositivos constitucionales y ésta es la del art. 67 inc. 16, que expresa: "Que corresponde al Congreso Nacional... proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo la industria... la colonización... la introducción y el establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines".

Los padres de la Patria nos ordenan "promover y proteger" la actividad económica (léase la iniciativa privada) en forma amplia. Porque hoy como ayer, la prioridad era "crecer", y ante la tensión originada entre "producir versus conservar", se pronunciaron por la primera, no porque la segunda no fuera importante, sino que tenía que ser el resultado de aquélla y no una burda imitación de "ideologías foráneas"⁶.

Si bien no podemos hablar de "límite", lo prescripto en esta norma es una admonición o advertencia a tener presente al momento de imponer el contenido de la ley reglamentaria, que debiera obrar como un "alerta" cuando se decida desvirtuar esas acciones.

II) *El Código Civil.*

Este cuerpo legal es, por esencia, quién reglamenta los llamados "derechos individuales".

¿Qué pautas ha establecido para el ejercicio de esas prerrogativas inherentes a la condición humana?

La primera —que hace a la seguridad jurídica— es el principio de "irretroactividad de las leyes", que no pueden alterar los derechos adquiridos. Esta limitación está contenida en los arts. 1 al 6 del C. Civil y algunos autores sostienen que esas normas debieron estar insertas en la propia Constitución y no en el texto de la ley común porque hacen al orden público argentino.

Es cierto que esta prerrogativa cede frente "al orden público" (arts. 14 y 21 del C. Civil), pero esta noción no es la que comúnmente caracteriza a la legislación ecológica, sino más bien la de "interés público" o la de "utili-

⁶ Tesis Doctoral del suscripto: *Ecología y Derecho*, 1990.

dad pública” —institutos que como bien se sabe, tienen distinto significado y consecuencias jurídicas— por lo que esta barrera conserva todo su vigor.

Asimismo, la irretroactividad se complementa con el principio de “autonomía de la voluntad de las partes” contenido en el art. 1197 del C. Civil, aunque éste sí se encuentra cercado por el de “interés público” y por el Derecho Administrativo, como veremos más adelante.

Tanto la irretroactividad como la autonomía de la voluntad son reafirmatorios del derecho fundamental a la libertad, y además de las vallas genéricas señaladas, reconoce como límite concreto “no afectar la libertad ajena”, situación que se materializa o se deslinda con la noción de “daño efectivo” contenida en el art. 1068 y concordantes del C. Civil, que genera no sólo las responsabilidades consiguientes sino la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos.

Es la propia ley de fondo la que prevé el procedimiento para hacer efectivas esas restricciones al actuar.

Si bien el “derecho de dominio”, con sus caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo (arts. 2502 y siguientes del C. Civil) acuerda la facultad de “usar”, “gozar” y “disponer” de la propiedad, conforme a un “uso regular” y sin que su ejercicio resulte “abusivo” (arts. 2513 y 2514, conforme a la modificación de la ley 17.711), ha expresado el Dr. Vélez Sarsfield en la nota al art. 2514 “. . . Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho el filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”. El propio codificador admite y determina los límites a que está sujeto este accionar en los arts. 2611 y siguientes: “Limitaciones al derecho de dominio”.

Al determinar en el capítulo mencionado que las restricciones al dominio en miras al interés público se rigen por el Derecho Administrativo, debemos apelar a dicha rama jurídica para “conocer” las formas que esas limitaciones pueden adoptar.

III) *El Derecho Administrativo.*

Según Marienhoff y otros tratadistas de esta disciplina jurídica, las "limitaciones" que pueden afectar el "derecho" de dominio, se clasifican en: a) restricciones en miras al interés particular —llamadas también "relaciones de vecindad"— reguladas en el Código Civil en los arts. 2611 al 2660, en los que adquiere especial importancia la prescripción del 2618, en la nueva redacción incorporada por la ley 17.711, al establecer categóricamente "el límite" de la "normal tolerancia" para imponerlas y que la "competencia" es jurisdiccional y no del poder administrador.

b) Restricciones en miras al interés general; propias de esta rama del derecho, cuya característica es la de ser no indemnizables, porque imponen una traba menor al ejercicio del derecho de propiedad, dejando incólume una gran área de libertad en el uso y goce de las cosas y de los derechos, a favor del dominus.

c) Servidumbres administrativas, que son indemnizables porque importan un cercenamiento importante a las facultades de disposición del dueño.

d) Expropiaciones o "compra forzada" del derecho, para cumplir con un fin de "utilidad pública".

e) Ocupación temporánea.

f) Requisiciones.

Ambas presuponen un estado anterior de cataclismo y son también indemnizables en caso de daño.

g) Decomiso, que tiene un carácter sancionatorio.

Fuera de estas "formas" —con las consecuencias consignadas— no existen otros "modos" previstos jurídicamente para "limitar" el derecho de dominio.

En consecuencia, cada vez que se intente imponer una traba al ejercicio del derecho de propiedad, caeremos irremisiblemente en alguna de estas "figuras".

Corresponderá al legislador tener presente esta clasificación y sus consecuencias jurídicas, al momento de intentar restringir el "uso", porque ello hace a la seguridad jurídica y por ende a la de concretar un "desarrollo sustentable".

Debo advertir, no obstante, que al no tener estas categorizaciones una expresión "positiva" en el ordenamien-

to jurídico, ya que el Código Civil hace una remisión y el derecho administrativo no las ha consagrado en una norma expresa, generalmente se pasa por alto esta clasificación lo cual, sumado a la formación "privatista" de nuestros juristas, a la condición de iletrados de los funcionarios públicos que aplican las normas, y a la necesidad de "interdisciplinar" el derecho que cada vez adquiere más la condición de "especialidades estancas" conspirando con la idea de una regulación integral, ha hecho desembocar el proceso de armonización que permita lograr la meta deseada, en un reglamentarismo caótico y sin fin, que no sólo no permitirá la inversión y el desarrollo, sino que dejará sin protección a los recursos ante la "prejudicialidad" que significa resolver previamente este galimatías jurídico.

De lege ferenda, es aconsejable incorporar normativamente estas formas jurídicas ya que coadyuvarán sin duda a crear "certeza" y por tanto "desarrollo", ante el hecho cierto de que es más fácil conocer el texto sancionado de una ley, que la opinión de los tratadistas, aunque ésta sea unánime.

Responsabilidad del Estado

Queda por considerar otro "límite" realista a la potestad reglamentaria de los Estados, que de tenerse en cuenta puede ser una herramienta eficaz para lograr —juntamente con lo antes expuesto— el equilibrio equitativo de los intereses en conflicto, que desemboquen en el tan ansiado desarrollo.

¿Cuál es la realidad que enfrentamos? El mundo se encuentra "poseído" en propiedad, bajo la figura del "derecho de dominio", por parte de los particulares o de los Estados nacionales.

Este "dominio" ha dejado de ser "originario" para asumir el carácter de "derivado", con las connotaciones jurídicas que el Código Civil argentino les asigna a estos términos.

El documento Introdutorio —que ya citáramos— reconoce que la preocupación ecológica y ambientalista surgió a posteriori y al margen de esta situación jurídica creada, y pretende imponerse ex-post facto con una suerte

de irretroactividad, limitando ese derecho anterior y apelando a la idea de los "fines", sin contemplar la necesidad de resolver el conflicto de intereses que forzosamente se crea.

¿Cuál es la solución que la ciencia jurídica ofrece? Sencillamente, que frente al interés público comprometido no podemos aplicar las normas futuras si no indemnizamos a los afectados por esas limitaciones. Esta afirmación vale, tanto si la aplicamos a los particulares como a los Estados.

No obstante la simplicidad de esta respuesta, se ha hecho carne en la dilucidación de este conflicto el lema que dice "que el sentido común pareciera ser el menos común de los sentidos", porque sin querer compensar la pérdida real sufrida, los juristas elaboran complicadas fórmulas que intentan enervar este derecho a la indemnización, aduciendo para ello razones extrajurídicas, de índole sentimental, a veces técnicas y otras filosóficas, que nada tienen que ver con la regulación concreta de los derechos en conflicto.

Ha menester, entonces, consagrar la responsabilidad del Estado por los actos lícitos, para que esta cuestión quede zanjada en favor de la seguridad jurídica y el desarrollo.

Julio Altamira Gigena, en su obra *Responsabilidad del Estado*, afirma: "Para nosotros la responsabilidad del estado es el bien común. Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración, por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasiona".

"El fundamento de la responsabilidad del Estado debe encontrarse en la Ley Fundamental, sin perjuicio de que también expresamente la consagren algunas leyes especiales, para que además de fundamento doctrinario, tenga también uno legal, constituyendo una verdadera 'garantía'.

"Nuestra Constitución Nacional, lamentablemente, no tiene una disposición que en forma expresa declare la responsabilidad del Estado. Implícitamente está reconocida por el art. 16, que consagra la igualdad ante la ley; el 17,

que establece la inviolabilidad de la propiedad y el 100 que establece que el Estado Nacional puede ser demandado sin establecer ninguna clase de prerrogativas”.

“El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de Derecho Democrático... Toda la responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa de los derechos adquiridos y reconocidos”⁷.

Desde el Derecho Civil, en igual sentido se expide Jorge Mosset Iturraspe en su ponencia para el tema: “Responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos”, presentadas en las Terceras Jornadas de Derecho Civil en San Juan.

Es decir, que privatistas y publicistas coinciden en la solución aportada.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA ECOLÓGICA

En la última década los países industrializados han manifestado su creciente preocupación por lo que consideran la catástrofe ecológica que se realiza especialmente en estados del tercer mundo.

Hacen hincapié en problemas tales como la tala indiscriminada del Amazonas —considerado como uno de los pulmones del orbe— que genera cambios atmosféricos, alteran la capa de ozono, modifican el régimen de aguas, extinguen la fauna y la flora, como, también, producen la desertización de otros territorios, etc.

Con prescindencia de si esas cuestiones constituyen científicamente verdades absolutas o producen consecuencias graves para el destino de la humanidad —ya que los especialistas no se han puesto de acuerdo— lo cierto es que desde la visión jurídica se han propuesto una serie de alternativas tendientes a frenar la explotación de esos recursos.

Las naciones desarrolladas esgrimen el argumento de la solidaridad en aras de la preservación; mientras que los países afectados hacen hincapié en la necesidad de desarrollar su potencial, utilizando esas fuentes de riqueza.

⁷ Editorial Astrea de Rodolfo Depalma, 1973, pp. 88/9.

A tenor de ciertos principios internacionales, cuales son los de "no injerencia", "la autodeterminación de los pueblos", etc., la solución se presenta distante lo cual no obsta a que se ejerzan presiones, bloqueos económicos, concientización y propaganda para lograr el objetivo.

La postura más seria y más viable es la que propugna la suscripción de acuerdos internacionales, en los que necesariamente deberá contemplarse la merma económica que significa para los estados afectados el conservar vastos territorios sin explotar.

En tal sentido, el ecólogo Mercke-Gluckert expresa "La problemática ambiental es totalmente distinta para los países ricos que para los pobres, puesto que mientras en los primeros todo es derroche, lujo, sobreabundancia, en los más carenciados hay una contrapartida de miseria, hambre, falta de esperanza y violación de los derechos fundamentales" ⁸.

El problema ambiental debe ser tratado en un contexto global. "No se puede tratar igual el problema en los países subdesarrollados que en los que no lo son".

Una de las alternativas que propone es el Sistema Eco-link, instrumentado por el Banco Mundial y que consiste en la reducción de la deuda pública del tercer mundo, a cambio de implementar políticas conservacionistas, controladas por la Policía Internacional de la ONU, llamados "Casco Verde".

Compartiendo esta sugerencia, estimamos que será necesario a nivel internacional la formulación de acuerdos que prevean puntualmente la delimitación geográfica de las zonas a conservar; los alcances concretos de esa preservación; los efectos pecuniarios del régimen jurídico a aplicar y las indemnizaciones consiguientes, tanto a los particulares afectados, como a los Estados que deberán ser subsidiados a los efectos de palear la merma que sufrirán.

Sin contemplar estos cuatro postulados, seguiremos navegando en un mar de imprecisiones, en voluntarismos y en grandes declamaciones, mientras que esos recursos naturales sufrirán una depredación constante e incontrolada, ante la falta de un régimen jurídico que canalice coherentemente las conductas, con un criterio dinámico y

⁸ Reportaje "La Voz del Interior", día 4 de diciembre de 1989.

no estático de la explotación y con un poder de policía institucionalizado que pueda ejercer un control efectivo sobre el manejo de esta riqueza.

Es de hacer notar que a los fines de lograr el consenso de esas naciones, además de concientizarlas sobre los efectos negativos del uso indiscriminado y de la necesidad de conservación, éstas recibirán como contrapartida y contraprestación de las acciones tendientes a preservar, los ingresos del turismo y todo lo que involucre esta industria⁹.

Reflexión final

“Hoy, como antaño, el enemigo del hombre está dentro de él. Pero ya no es el mismo: antaño era la ignorancia, hoy es la mentira”, ha afirmado Jean François Revel¹⁰.

Si no se encara la cuestión ecologista con un criterio jurídico-pragmático, será muy difícil lograr un desarrollo sustentable y nos estaremos engañando a nosotros mismos, buscando falsas antinomias, apelando a enfrentadas ideologías, desprestigiando al hombre o al derecho —a aquél como un ser malvado o a éste por incapaz de dar verdaderas soluciones— pero en definitiva, levantando “cortinas de humo” frente al fin propuesto, que es conservar los recursos naturales de manera de satisfacer las necesidades presentes y futuras.

Por eso, tengamos en cuenta la advertencia del autor citado:

“La democracia no puede vivir sin la verdad, el totalitarismo no puede vivir sin la mentira; la democracia se suicida si se deja invadir por la mentira, el totalitarismo si se deja invadir por la verdad”.

Conclusiones

1. Si el derecho, como ciencia, desconoce los reales componentes de la naturaleza humana —la razón, la ambición, la iniciativa privada y el riesgo de vivir— no desembocará en un “ordenamiento” justo, seguro y equitativo, ni hará posible un desarrollo sustentable.

⁹ Tesis Doctoral del suscripto: *Ecología y Derecho*, 1990.

¹⁰ *El conocimiento inútil*, Editorial Planeta, 1989, pp. 21 y 30.

2. Este último concepto —desarrollo sustentable— es una aspiración jurídica aplicable a todos y cada uno de los distintos Estados del mundo, admitiendo todas las variables que los distinguen y por ende, capaz de dar una fórmula internacional práctica que solucione los conflictos ecológicos.

3. Presupone, sí, “Estados de Derecho” —donde administradores y administrados se encuentran sólo sometidos a la ley—, organización democrática y reconocimiento de todos los derechos fundamentales del hombre, sin priorizaciones, pero compatibilizados entre sí.

4. Esta función de equilibrio corresponde al derecho y no a la política.

5. La Constitución Nacional argentina reconoce explícita e implícitamente todas las garantías esenciales del individuo que le permiten “vivir en dignidad y con posibilidades de desarrollo”. Con buena técnica legislativa no valoriza un derecho sobre otro, sino que cataloga a todos igualmente importantes al establecer “que los reglamentos no pueden enervarlos”.

6. La Carta Magna, además del límite genérico reseñado en el punto anterior, fija directrices de contenido concreto a la regulación ecológica que limita derechos fundamentales, tales como: a) Debe respetarse la jurisdicción y competencia asignados tanto “para decir” como “para actuar” el derecho; b) La valla formal a la libertad se encuentra en el respeto a la libertad ajena y no causar perjuicios a terceros; c) Se asigna al gobierno un amplio campo legislativo enmarcado en el concepto de “bienestar general” y las facultades implícitas concedidas al Congreso Nacional en el art. 67, inc. 18; d) En la tensión originada entre “crecer y conservar”, la Ley suprema se inclina —al menos— a favor de que el segundo sea resultado del primero, al ordenar en el art. 67, inc. 16 “fomentar, promover y proteger” la industria y su radicación.

7. El Código Civil regula un derecho de dominio firmísimo dentro de las pautas de un uso regular y no abu-

sivo de su ejercicio, amparado por los principios de irretroactividad de las leyes y de autonomía de la voluntad, que admite limitaciones concretas —como lo veremos en el punto siguiente— por la remisión expresa al derecho administrativo, y que fija como pauta de “exceso”, el ocasionar un daño efectivo.

8. El derecho administrativo enmarca estas facultades individuales, procurando compatibilizarlas con los conceptos de “interés público”, “orden público” y “utilidad pública” —con las consecuencias jurídicas que la doctrina les asigna a estos términos— mediante la clasificación precisa de las “restricciones” que pueden sufrir estos derechos y determinando las repercusiones jurídicas de las categorizaciones que enuncia.

De lege ferenda sería conveniente incorporar esas “limitaciones” y sus consecuencias jurídicas dentro del sistema normativo vigente, así como la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, a fin de crear la seguridad jurídica suficiente, que haga posible el desarrollo sustentable.

9. En el orden internacional, ha menester arribar a acuerdos que prevean puntualmente la “responsabilidad” de la comunidad internacional a favor de los Estados que implementen políticas conservacionistas de los recursos naturales, como única solución viable para lograr los objetivos perseguidos.