

UNIVERSIDAD DE CONGRESO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**INFORMES FINALES
DE INVESTIGACIÓN**

ABOGACÍA
2023 / 2024



EdiUC
Ediciones Universidad de Congreso

Universidad de Congreso

Informes finales de investigación : abogacía 2023 - 2024. - 1a ed. -
Mendoza : Ediciones Universidad de Congreso - EdiUC, 2025.

168 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-82840-9-5

1. Derecho.

CDD 340.1

Director editorial: Dr. Gustavo Made

Coordinación editorial: Ed. Lucía Gabrielli

Colaboradores: Equipo de Secretaría de Comunicación
y Relaciones Institucionales

Primera edición: 2025

© Ediciones Universidad de Congreso, 2025

Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500

Tel. 0054 261 4230630

ediuc@ucongreso.edu.ar

www.ucongreso.edu.ar

Hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta,
puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio,
ya sea digital, eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de
fotocopia sin permiso del editor.



AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

Rector

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso

Vicerrector Académico

Mg. Cdor. Emilio Berruti

Vicerrectora de Administración y Finanzas

Cdra. Irene Casati

Vicerrectora de Planeamiento

Arq. Karen Noval

Secretaria General

Lic. Norma García

Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración

Decano Cdor. Emilio Berruti

Facultad de Ambiente, Arquitectura y Urbanismo

Arq. Karen Noval

Facultad de Estudios Internacionales

Decano Mg. Lic. Ernesto Lucio Sbriglio

Facultad de Ciencias Jurídicas

Decano Dr. Alberto Rez Masud

Facultad de Ciencias de la Salud

Decano Dr. Roberto Furnari

Facultad de Humanidades

Decano Dr. Gustavo Made

PRESENTACIÓN

Esta obra tiene por objeto dar a conocer a toda la comunidad educativa de la Universidad de Congreso y a la sociedad en general los resultados a los que han arribado los proyectos de investigación realizados en la Facultad de Ciencias Jurídicas por docentes y alumnos de esta casa de estudios, durante el periodo que ocurrió entre junio de 2023 y agosto de 2024. Los trabajos que presentamos fueron aprobados por Resolución 67/23 del Rectorado de la UC y financiados por la propia Universidad.

Cabe aclarar que todos los años se abre la convocatoria para la presentación de proyectos de investigación, cuyos informes finales aparecen publicados en esta obra, siendo la tercera publicación que se realiza, consolidando el compromiso de la Facultad con la investigación jurídica.

Los trabajos que hoy presentamos fueron defendidos en una jornada de investigación que se realizó en el mes de agosto de 2024 en el auditorio de la Universidad de Congreso, oportunidad en la cual fueron evaluados por un tribunal ad hoc que sugirió su publicación. Ellos son:

“La cultura de la cancelación desde la perspectiva jurídica”. Dir: Prof. Carlos Lombardi; Inv: Ab. Federico D'Angelo.

“Implicancias de la aplicación del Acuerdo de Escazú en la gestión del recurso hídrico (segundo tramo)”. Dir: Dra. Noelia Torchia; Co-dir: Dr. Aldo Rodríguez Salas; Inv: Esp. Mariano Garguir; Ab. Marco Fagioli; Ab. Guillermo Hernández. Alumnos becarios: Pablo Casares, María Antonella Cabrera.

“Ética, moralidad y Estado: problemática y actualidad de conceptos claves al mundo jurídico”. Dir: Dr. Víctor E. Duplancic; Co-dir: Dra. Zaida Olvera; Inv: Dra. Eliana de Rosa; Alumnos becarios: Ulises Jiménez Brucoleri, Matías Monzo Gancia, Ignacio Muñoz, Micaela Yanina Zalafia.

“El acto adjudicativo judicial como instancia de determinación de derechos fundamentales. Una aproximación desde la teoría jurídica de John Finnis”. Dir: Dra. Eliana De Rosa; Co-dir: Prof. Laura Alicia Giunta; Inv: Dr. Víctor Duplancic. Alumnas becarias: María de los Ángeles Díaz, Ana María Cano, Tais Belén Castro Bastias, Martina Rebman, Ana Paula Romero.

“Los ‘casos difíciles’ en Neil MacCormick: claves para diferenciar la aplicación, interpretación e integración en el derecho”. Dir: Mgtr. Cintia M. Bayardi Martínez; Inv. Flavia Toledo, María Belén Rodrigo Cubillos.

“Democracia, recursos jurídicos y liderazgo provincial: 1983-1991”. Dir: Ab. Leandro Luis García; Inv: Andrés Masi, Martín Soria, María Virginia Pérez. Alumnos becarios: Valeria Danisa García, Agustina Fajardo

Por otra parte, el proyecto dirigido por Lucas Lecour dio como resultado la elaboración de una propuesta pedagógica complementaria al manual de la cátedra de Derechos Humanos y Garantías, que se publica en forma separada para facilitar su utilización por los estudiantes. Participaron de dicho proyecto Alejandro Poquet, Sergio Salinas, Gonzalo Evangelista, Pablo Garcarena, Lucas Francisco Machuca y alumnos becarios.

Asimismo, el proyecto de investigación dirigido por María Josefina Tavano resultó en el desarrollo de material para el estudio del derecho en la licenciatura en Economía; este fue incorporado a las respectivas aulas virtuales. Participaron María José Aredes, María Gabriela López y Rebeca Hwylar como investigadoras.

ÍNDICE

La cultura de la cancelación desde la perspectiva jurídica

Dir: Prof. Carlos Lombardi.

Inv: Ab. Federico D'Angelo

[pág. 9]

Implicancias de la aplicación del Acuerdo de Escazú en la gestión del recurso hídrico (segundo tramo)

Dir: Dra. Noelia Torchia. Co-dir: Dr. Aldo Rodríguez Salas

Inv: Esp. Mariano Garguir, Ab. Marco Fagioli,

Ab. Guillermo Hernández

Alumnas becarios: Pablo Casares, María Antonella Cabrera

[pág. 35]

Eticidad, moralidad y Estado: problemática y actualidad de conceptos claves al mundo jurídico

Dir: Dr. Víctor E. Duplancic. Co-dir: Dra. Zaida Olvera

Inv: Dra. Eliana de Rosa

Alumnos becarios: Ulises Jiménez Brucoleri, Matías Monzo Gancia,

Ignacio Muñoz, Micaela Yanina Zalafia

[pág. 53]

El acto adjudicativo judicial como instancia de determinación de derechos fundamentales. Una aproximación desde la teoría jurídica de John Finnis

Dir: Dra. Eliana De Rosa. Co-dir: Prof. Laura Alicia Giunta

Inv: Dr. Víctor Duplancic

Alumnas becarias: María de los Ángeles Díaz, Ana María Cano,
Tais Belén Castro Bastias, Martina Rebman, Ana Paula Romero.

[pág. 83]

**Los “casos difíciles” en Neil MacCormick:
claves para diferenciar la aplicación, interpretación
e integración en el derecho**

Dir: Mgtr. Cintia M. Bayardi Martínez

Inv. Flavia Toledo, María Belén Rodrigo Cubillos

[pág. 105]

Democracia, recursos jurídicos y liderazgo provincial: 1983-1991

Dir: Ab. Leandro Luis García

Inv: Andrés Masi, Martín Soria y María Virginia Pérez.

Alumnos becarios: Valeria Danisa García, Agustina Fajardo

[pág. 137]

**LA CULTURA DE LA CANCELACIÓN
DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA**

Director

Prof. Carlos Lombardi

Investigador

Ab. Federico D'Angelo

Contenido

I. Introducción	11
II. Métodos	13
III. Discusión	13
1. Orígenes y antecedentes	13
2. Características del fenómeno de la cancelación	15
3. La cuestión jurídica. La libertad de expresión como derecho vulnerado. Conflictos que se generan. Daño a las personas	18
4. Tutela de la libertad de expresión en la Constitución Nacional, instrumentos internacionales y jurisprudencia	20
Conclusiones	32
Bibliografía	34

I. Introducción

La cultura de la cancelación es un fenómeno social contemporáneo que ha generado un intenso debate en diversos ámbitos, incluyendo el jurídico. Consiste en el retiro del apoyo público a una persona o entidad, generalmente una figura pública, como consecuencia de acciones o expresiones consideradas ofensivas, inapropiadas o contrarias a ciertos valores sociales predominantes. Este “castigo social” se manifiesta a través de boicots, campañas en redes sociales, pérdida de oportunidades laborales y, en algunos casos, el ostracismo social.

Las redes sociales tienen un papel preponderante; el fenómeno no se reduce ni se agota en ellas. Los ámbitos y escenarios donde se materializa la cancelación de personas son diversos. Desde una muestra escultórica en una universidad o sala de arte donde se solicita su retiro, pasando por los pedidos a editoriales para que no se reediten libros cuyas temáticas y argumentos podrían ofender la sensibilidad de diversos grupos minoritarios, hasta el ataque sistemático en redes y plataformas digitales a un personaje público por su pasado u opiniones políticas.

Si bien con lejanos orígenes históricos y tal como la conocemos hoy, diversas fuentes coinciden en señalar al año 2017 como el punto de partida de la cultura de la cancelación, tal como se la conoce. En especial, a partir del movimiento *#MeToo*, cuyo fin era denunciar la agresión y acoso sexual sufrido por mujeres, por las acusaciones contra el productor de cine Harvey Weinstein.

Adquiere mayor fuerza como un modo de protesta en las redes sociales, con objetivos claros: impedir que personas, ideas y diversas manifestaciones culturales puedan expresarse o tener visibilización social.

Ante la expansión del fenómeno, hubo una respuesta de parte de personalidades de la cultura en el año 2020 (ciento cincuenta personas, entre ellas J.K. Rowling, autora de la obra literaria *Harry Potter*),

quienes firmaron un manifiesto contra el fenómeno¹.

Sociológicamente hablando, la cultura de la cancelación es practicada por diversos grupos identitarios que tienen que ver con el género, la religión, etnias, pueblos originarios y raciales.

Desde el punto de vista del sujeto/objeto hacia los que se dirige la cancelación, pueden ser varios. Desde un profesor universitario, un conferencista, hasta un autor de libros; desde una muestra de arte hasta la decisión editorial de modificar palabras de una obra original porque resultan ofensivas o estigmatizantes para ciertos grupos.

Los ámbitos donde repercute la cultura de la cancelación también son diversos. Un aula de una universidad; muestras de arte en espacios culturales; libros de ficción, a los que se descontextualiza de la época en que se escribieron, u omite premeditadamente la intención y/o motivación de escribirlo.

Lo cierto es que el fenómeno representa un retroceso para la libertad de expresión como derecho humano, corriendo el serio riesgo de replicar, en pleno siglo XXI, prácticas nefastas de las más oscuras épocas de la historia de la humanidad. También representa un empobrecimiento de la cultura.

La problemática de la presente investigación se funda en que la denominada “cultura de la cancelación” representa una grave vulneración a la libertad de expresión como derecho humano, reconocida por numerosos instrumentos y tratados internacionales.

A ese problema se suma el hecho de que los efectos jurídicos hacia las personas canceladas son graves desde el punto de vista económico y social y, en materia de pensamiento e ideas, representa un serio riesgo de caer en la censura y el autoritarismo. Es decir, en términos jurídicos, se generan daños. Las personas afectadas ya no se cuestionan la validez de sus argumentos, sino su propia libertad.

1. <https://www.aceprensa.com/politica/libertad-de-expresion/un-nuevo-manifiesto-contra-la-cultura-de-la-cancelacion/>

II. Métodos

La estrategia metodológica se ha basado en un diseño descriptivo y dentro del paradigma sociocrítico.

El modelo sociocrítico es un dato a destacar en razón de que exige a los investigadores articular su actividad desde la práctica. “Se trata de una investigación construida en y desde la realidad situacional, social, educativa y práctica de sujetos implicados en luchas, intereses, preocupaciones y problemas, que forman parte de la experiencia humana” (Cf. Pérez Serrano, Gloria, 1994).

III. Discusión

1. Orígenes y antecedentes

Aunque el concepto de “cancelación” es relativamente reciente, sus raíces se encuentran en prácticas sociales más antiguas como la censura y el ostracismo. Sin embargo, las redes sociales y la cultura digital han ampliado exponencialmente su alcance y visibilidad, permitiendo que campañas de cancelación se viralicen rápidamente y tengan un impacto significativo en la reputación y el bienestar de las personas involucradas.

Los orígenes pueden encontrarse en la Antigua Grecia con lo que se denominó “ostracismo”, práctica que consistía en exiliar temporalmente a un ciudadano ateniense considerado peligroso para la ciudad. Era una forma de control social y protección de la democracia.

La censura, a partir del Imperio romano, es una práctica ejercida históricamente por diferentes sociedades, de diversas formas, para controlar la información y las ideas consideradas peligrosas o subversivas.

La cacería de brujas, llevada a cabo durante la Edad Media y el Renacimiento, donde miles de personas, principalmente mujeres, fueron acusadas de brujería y ejecutadas. Estas acusaciones a menudo se basaban en rumores, supersticiones y miedo, y servían para silenciar a disidentes y consolidar el poder de la Iglesia católica.

La Inquisición (1478-1834), tribunal eclesiástico instituido por la Iglesia católica, indagaba y castigaba los delitos contra la fe y por el cual se perseguía a herejes y disidentes religiosos. A través de juicios sumarios y torturas, buscaba erradicar cualquier pensamiento y expresión del mismo que se desviara de la ortodoxia católica.

Más adelante en el tiempo, la caza de comunistas en Estados Unidos efectuada durante la Guerra Fría. Un ejemplo puede encontrarse en la conducta llevada a cabo por el senador Joseph McCarthy, quien lideró una campaña de persecución contra personas acusadas de ser comunistas o simpatizantes del comunismo.

También los *boicots* y manifestaciones llevadas a cabo por movimientos sociales y políticos que los han utilizado para expresar su desacuerdo con determinadas personas, empresas o políticas.

En paralelo también surgieron avances, como la invención de la imprenta, y hechos políticos, como la Revolución francesa donde, paradójicamente, también surgió la censura y obstáculos a la libertad de expresión.

La invención de la imprenta democratizó el acceso a la información y facilitó la difusión de ideas, lo que a su vez propició la aparición de nuevas formas de censura y control social. Por su parte, la Revolución Francesa, con su énfasis en la libertad de expresión, sentó las bases para futuras luchas por la libertad de pensamiento, pero también la persecución política de quienes expresaban su disidencia.

En el siglo **xx**, la censura y la contracultura surgieron como fenómenos tanto en regímenes autoritarios como en sociedades democráticas.

La revolución digital y la proliferación de las redes sociales han transformado radicalmente la forma en que los individuos se comunican y consumen información. Las plataformas digitales han facilitado

la organización de campañas de boicot y la difusión de información, ampliando el alcance y la rapidez de la cultura de la cancelación.

La polarización política, creciente en muchos países, ha intensificado los conflictos ideológicos y ha facilitado la creación de narrativas simplificadas del “nosotros” versus “ellos”.

La cultura de la celebridad, la obsesión de la sociedad contemporánea con las celebridades, ha hecho que estas sean blanco fácil de las campañas de cancelación.

Como se adelantó, el movimiento *#MeToo*, que, si bien ha sido fundamental para visibilizar el abuso sexual, también ha dado lugar a casos en los que las acusaciones se han utilizado para cancelar a personas sin pruebas fehacientes.

Como se habrá advertido, el fenómeno tiene una marcada raigambre histórica y social, pudiendo observarse a lo largo de la historia de la sociedad. Lo paradójico es que, en épocas donde los derechos humanos tratan de consolidarse, en especial la libertad de expresarse, la cancelación de personas sea una práctica cada vez más recurrente hasta convertirse en una cultura.

2. Características del fenómeno de la cancelación

Resulta imprescindible destacar las características fundamentales del flagelo de la cancelación relativo a los sujetos “cancelantes” y cancelados, al objeto de la cancelación, las causas de la misma, a los ámbitos o espacios físicos o digitales donde se lleva a cabo y los medios a través de los cuales es posible concretarla.

a) Entendemos por sujetos “cancelantes” a todas aquellas personas que, de manera individual o grupal, toman la iniciativa y solicitan que a otra persona (un personaje de la cultura, un artista, un profesor universitario, un actor, un escritor, un músico, un político) no se le permita expresarse.

Es importante destacar que los sujetos cancelantes no necesariamente son personas de la cultura, pares del sujeto cancelado. Tampoco son personas que deban contar con títulos universitarios,

o determinada calificación personal, o contar con méritos determinados. Cualquier ciudadano de a pie puede ser un sujeto cancelante.

Lo que se observa en la realidad es que, por lo general, son grupos o colectivos de personas los que se agrupan para iniciar el proceso que terminará con la cancelación del desafortunado.

Los criterios para agruparse y constituirse en cancelantes son diversos y dependerán del objeto de la cancelación. El género, la religión, las etnias, el pasado de pueblos originarios, la raza son algunos de ellos.

Por sujeto cancelado se entiende aquella persona o personaje público, o de la cultura, cuya expresión verbal, escrita, artística (en sus diversas ramas) o científica no debe ser escuchada, leída ni vista por resultar ofensiva a la sensibilidad de los sujetos cancelantes.

Los ejemplos se multiplican. A modo ejemplificativo, pueden mencionarse la escritora J.K. Rowling, quien hizo declaraciones consideradas transfóbicas; el escritor, actor y cineasta Woody Allen, por hechos presuntamente delictivos de su vida personal que fueron llevados a la justicia norteamericana; la cantante Madonna por haberse realizado un peinado para homenajear a las mujeres africanas; el premio Nobel de Literatura Peter Handke, quien trivializó los crímenes de guerra serbios cometidos durante la guerra de Yugoslavia. b) El objeto de la cancelación es diverso. Puede mencionarse como ejemplos: a) obras de arte, pintura: un cuadro histórico que representa estereotipos raciales o de género puede ser criticado por ser ofensivo y demandar su remoción de espacios públicos o museos; escultura, una estatua que conmemora una figura histórica controvertida podría ser vandalizada o retirada debido a las acciones de esa persona; literatura: un libro con contenido considerado misógino, racista o homofóbico puede ser objeto de boicot y llamado a su prohibición; cine: películas con representaciones estereotipadas o escenas consideradas violentas o inapropiadas pueden ser reeditadas, censuradas o incluso retiradas de las plataformas de streaming; b) figuras públicas: artistas, músicos, actores o escritores pueden ser “cancelados” por hacer comentarios considerados ofensivos, tener un pasado controvertido o apoyar causas polémicas; c) políticos de cualquier nivel pueden ser objeto de

campañas de desprestigio y llamados a su renuncia debido a sus acciones o declaraciones; d) influencers: personalidades de las redes sociales pueden perder seguidores y patrocinios por expresar opiniones que no concuerdan con las de sus audiencias; f) eventos y celebraciones: fiestas tradicionales, celebraciones que incluyen elementos culturales considerados ofensivos o discriminatorios pueden ser objeto de críticas y llamados a su modificación o cancelación; g) concursos de belleza: criticados por promover estándares de belleza poco realistas y reforzar estereotipos de género; h) productos y marcas: ropa, diseños que se consideran apropiación cultural o que refuerzan estereotipos pueden generar boicots y llamados a las marcas a retirar los productos; i) comida, empresas alimentarias pueden ser criticadas por sus prácticas laborales, ingredientes utilizados o impacto ambiental, lo que lleva a boicots de sus productos.

c) Respecto a la causa de la cancelación, entendemos que no puede circunscribirse a una sola, sino que son variadas, a saber: a) ofensas a la sensibilidad de los cancelantes, por comentarios, acciones u obras que se perciben como ofensivas, discriminatorias o dañinas para ciertos grupos sociales; b) la polarización política e ideológica de la sociedad en torno a temas como la identidad, la raza, el género o la orientación sexual que puede intensificar los conflictos y facilitar la cancelación de aquellos que no se adhieren a ciertas ideologías; c) búsqueda de justicia social entendida como un medio para exigir justicia y responsabilizar a las personas por sus acciones; d) intereses económicos; dinámica de grupos y deseo de pertenencia, es decir, la necesidad de pertenecer a un grupo y de ser aceptado puede llevar a las personas a participar en campañas de cancelación, incluso si no están completamente de acuerdo con los motivos.

Tal vez la principal causa que motiva a las personas y grupos a solicitar la cancelación sea la búsqueda de justicia y reivindicación social de minorías. “Un montón de minorías, que saben que nunca van a tener justicia porque es lo que les muestra la experiencia, encuentran en esto una justicia inmediata”².

2. <https://www.infobae.com/sociedad/2020/07/11/que-es-la-cultura-de-la-cancelacion-la-tendencia-que-puede-destruir-a-alguien-en-pocos-minutos/>

d) Los ámbitos o escenarios donde se materializa la cancelación son diversos. Como ejemplos pueden mencionarse: a) entorno digital: redes sociales, foros y comunidades online, medios de comunicación tradicionales; b) entorno laboral: despidos, boicots a productos; c) entorno académico: cancelación de conferencias; d) entorno artístico y cultural: retirada de obras; e) entorno social: exclusión social, ostracismo.

e) Finalmente, los medios a través de los cuales se lleva a cabo la cancelación son varios. Puede plasmarse en las redes sociales, en los medios de comunicación social, en espacios públicos o privados abiertos al público; hasta puede observarse en el vandalismo o destrucción de obras de arte, como actos extremos.

La demarcación del fenómeno de la cancelación realizada precedentemente permite, entonces, abordar su dimensión jurídica representada por los conflictos entre derechos que se observan, en especial, cómo se vulnera la libertad de expresión de los sujetos cancelados y los efectos jurídicos dañinos que sufren.

3. La cuestión jurídica. La libertad de expresión como derecho vulnerado. Conflictos que se generan. Daño a las personas

Sin perjuicio de los antecedentes históricos mencionados, la cultura de la cancelación es un fenómeno actual que, como sostuvimos, constituye un impedimento para la consolidación de los derechos individuales y humanos, en especial, la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.

Es por ello que entre los conflictos con repercusión en el ámbito jurídico pueden mencionarse los siguientes:

a) El de la libertad de expresión en oposición al derecho al honor de los individuos, siendo el primero un pilar fundamental de las democracias liberales. Sin embargo, como cualquier derecho, no es absoluto y puede verse limitado cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales, como el referido derecho al honor y la dignidad. La cultura de la cancelación plantea interrogantes sobre dónde se establecen los límites entre una crítica legítima y una campaña difamatoria.

b) El denominado “linchamiento en la era digital” como manifestación de justicia, que puede observarse en las redes sociales. Estas han facilitado la realización de los denominados “juicios sumarios en línea”, donde las personas son “condenadas” en base a acusaciones no verificadas y sin la posibilidad de defenderse adecuadamente.

En nuestro país, el fenómeno también se lo conoce como “escra-che”. Conforme al diccionario RAE, se entiende por ello la “manifestación popular de protesta contra una persona, generalmente del ámbito de la política o de la Administración, que se realiza frente a su domicilio o en algún lugar público al que deba concurrir”³.

El linchamiento, también denominado “justicia linchamiento”, socava los principios del debido proceso y puede tener consecuencias devastadoras para las personas involucradas; es responsabilidad de las plataformas digitales, que desempeñan un papel crucial en la propagación de la cultura de la cancelación.

c) Efectos e impacto en la vida profesional y personal en el sentido de que ser objeto de una campaña de cancelación puede tener consecuencias devastadoras para la vida profesional y personal de una persona. La pérdida de empleo, el daño a la reputación y el aislamiento social son algunos de los posibles efectos.

d) Daño psicológico en tanto los sujetos cancelados suelen sufrir ansiedad, depresión, estrés postraumático y aislamiento social. La exposición pública a la vergüenza y al odio puede tener consecuencias duraderas en su autoestima y bienestar emocional.

e) Pérdida de reputación, por lo general si las acusaciones resultan ser falsas. Esto puede tener consecuencias negativas en su vida personal y profesional.

f) Polarización social, contribuyendo a la fragmentación de las comunidades. La facilidad con la que se pueden difundir noticias falsas y rumores alimenta la desconfianza y el odio.

g) Autocensura, producto del miedo a ser objeto de un linchamiento

3. <https://dle.rae.es/escra-che?m=form>

digital que puede llevar a la autocensura y a la restricción de la libertad de expresión.

4. Tutela de la libertad de expresión en la Constitución Nacional, instrumentos internacionales y jurisprudencia

Bidart Campos refiere que el deber ser ideal del valor justicia en el estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad jurídicamente relevante y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad⁴.

Siguiendo a este destacado doctrinario, podemos referir los contenidos de este derecho, cuales son:

Status personal que depare al hombre la calidad de persona jurídica con capacidad de derecho;

Poder de disposición que sea susceptible de producir efectos jurídicamente relevantes;

Área de intimidad;

Todo lo que no está prohibido está permitido.

Sin perjuicio de encontrarse consagrado explícitamente el derecho a la libertad, esta presenta diversas manifestaciones. Ello lleva a que se pueda hablar de libertad física, de intimidad, de expresión, etc.

En cuanto a la libertad de expresión, la constitución histórica de 1853/60 reconoció a los habitantes del país el derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y prohibió al Congreso Federal dictar leyes que restringieran la libertad de imprenta o establecieran sobre ella la jurisdicción federal (art. 32)⁵.

Esta es una exteriorización de la libertad de pensamiento, la cual no se halla sujeta a regulación, ya que es propia del ser interno y exenta de norma aplicable.

4. Bidart Campos, Germán J.; "Manual de la Constitución reformada"; Tomo I; Ediar; Buenos Aires; 2006, pág. 518.

5. Gelli, María Angélica; "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada"; Editorial La Ley; Tomo I, 2011, pág. 131.

De allí que la libertad de expresión sea el derecho a hacer público un conjunto de ideas, opiniones y, en general, el pensamiento en su totalidad o parcializado, a través de cualquier medio.

Derivaciones de la expresión son la libertad de prensa, el acceso a la información, el no expresarse o el silencio, de culto, etc.

Por ello, la libertad de expresión es considerada como la madre de todos los restantes derechos, dado que estos se basan básicamente en la existencia de la más plena vigencia de la primera. Por lo tanto, el alcance de la libertad de prensa constituye uno de los estándares más eficaces para medir la calidad de la democracia en un determinado lugar⁶.

Conforme Vaninetti⁷, la libertad de expresión por cualquier medio, pero mucho más ostensiblemente por Internet, favorece, en general, el autogobierno (Madison, Brandeis, Tocqueville), el mercado de ideas (Milton, Stuart Mill), la crítica y el control político (Madison, Jefferson, Blasi), la igualdad política y la neutralidad estatal (Smolla), la existencia de un escenario igualitario para la política agonial (Balandier), la participación en la formación de la decisión política (Emerson), la conformación de la opinión pública (Corte Suprema, caso “Daniel Mallo”), la tolerancia (Black), el valor del disenso (Spinoza, Stuart Mill, Bobbio, D'Arcais), y la autorregulación personal (Thurgood Marshall)⁸.

Se debe mencionar que, además de su reconocimiento constitucional, se encuentra amparada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pero además nuestro ordenamiento legal específicamente regula la libertad de expresión en Internet.

6. Sabsay, Daniel Alberto; “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional. Parte Dogmática”; Tomo I, Volumen I; Editorial La Ley; 2010, págs. 241/242.

7. Vaninetti, Hugo; “Las noticias falsas (fake news) y la libertad de expresión en Internet” - Año XIII N° 42 - Tomo La Ley 2019-A - Buenos Aires - jueves 28 de febrero de 2019 - ISSN 0024-1636 - Revista Digital La Ley).

8. Ventura, Adrián; “El derecho a la libertad de expresión”. Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, 2009, T.I, p. 409.

Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, refiere: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Asimismo, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

El artículo del mismo cuerpo legal dice: “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Para finalizar con el artículo 20, que manifiesta “1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

En el orden interamericano hay que destacar la Declaración de Chapultepec, emitida tras la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México (D.F.) el 11 de marzo de 1994, en la cual se establece que “solo mediante la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir, es posible mantener una sociedad libre. Solo mediante la práctica de estos principios será posible garantizar a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. Solo mediante la discusión abierta y la información sin barreras será posible buscar respuestas a los grandes problemas colectivos, crear consensos, permitir que el desarrollo beneficie a todos los sectores, ejercer la justicia social y avanzar en el logro de la equidad. Por esto, rechazamos con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos”.

Asimismo, el presente derecho se encuentra protegido dentro del bloque de constitucionalidad argentino, específicamente, en cuanto al Sistema Interamericano, coordinando de este modo la normativa nacional con la foránea, es decir, el Derecho Constitucional con el Derecho Convencional que, desde la última reforma constitucional, son una dupla inescindible en lo que a su tratamiento refiere.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, la cual puede ser ejercida por todos los medios y no puede ser objeto de censura, sino de responsabilidades

ulteriores. La Convención textualmente señala que: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 4 señala que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Asimismo, la Convención, en su artículo 14, consagra el derecho de rectificación o respuesta, señalando que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión tiene derecho a la rectificación de la información en las condiciones que establezca la ley.

Resulta entonces que la Organización de Estados Americanos refiere: “El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión” comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... “Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a *recibir* informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Dicho organismo internacional expresa que la presente facultad goza de doble dimensión, por un lado, una individual y, por otro, una social.

Por lo tanto, en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

En lo que respecta a su dimensión social, el ente ha manifestado que “es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

En julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha emitido una resolución histórica reconociendo por primera vez el derecho a la libertad de expresión en Internet. Dicho Consejo ha expresado que “el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión, en Internet es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”.

En cuanto a las limitaciones que se le pueden impartir a la libertad de expresión dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, se deben tener en cuenta los siguientes parámetros: I. Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa. - II. Las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana. Entre dichos objetivos imperiosos están: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. III. Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden.

Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de

expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4, referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

En este sentido, la OEA manifiesta: “Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que *necesarias*, sin ser sinónimo de *indispensables*, implica la existencia de una *necesidad social imperiosa* y que para que una restricción sea *necesaria* no es suficiente demostrar que sea *útil, razonable* u *oportuna*. (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A N° 30, párr. N° 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente

sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (Cf. *The Sunday Times case*, supra, párr. N° 62, pág. 38; ver también *Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A N° 90, párr. N° 59, pág. 26*)”.

En este orden de ideas, las presentes restricciones tienen, también, que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable.

El artículo ut supra individualizado trata de las restricciones gubernamentales indirectas y prohíbe expresamente “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. En este sentido, la OEA ha manifestado que “... esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”.

Fallo señero en la temática es *Mémoli*⁹, donde la Corte Interamericana ha señalado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, las cuales poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total a dicho derecho en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por

9. *Mémoli vs. Argentina* - CIDH - Sentencia: 22 de agosto de 2013.

tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La libertad de expresión no es un derecho absoluto. Dicha libertad puede estar sujeta a condiciones o inclusive limitaciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, inclusive para asegurar “el respeto a los derechos o la reputación de los demás” (literal “a” del artículo 13.2). Estas limitaciones tienen carácter excepcional y no deben impedir, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

A nivel nacional, el decreto número 1279/1997 (BO 01/12/1997) establece que “se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social”.

Un año más tarde, se sanciona la ley 26.032 (BO 17/06/2005), que contiene los principios que hemos referido en los tratados internacionales expuestos y protege, especialmente, a la libertad de expresión en el ámbito de Internet, del siguiente modo: “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

En el mismo sentido, la Secretaría de Comunicaciones de la Nación argentina, a través de la resolución número 1235/1998 (BO 28/05/1998), dispone que toda factura emitida por un proveedor de servicios de Internet debe colocar una leyenda que deberá enunciar: “El Estado Nacional no controla ni regula la información disponible en Internet (...)”, reafirmando el principio de libertad de expresión en este medio.

Nuestro plexo normativo ampara las dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión, ya que, por un lado, nadie debe ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y, por el otro, constituye un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Cabe destacar, en tal sentido, que el destacado doctrinario Ricardo Haro ha expresado: “Todo comportamiento humano que tiende a expresar o manifestar, ideas, valores, sentimientos, cualquiera que sea el medio utilizado” (prensa escrita, oral o televisiva; manifestaciones personales o sociales; políticas o artísticas; teatro, cine, discos, casetes, disquetes, etc.). En sus variadas manifestaciones, este derecho a la libertad de expresión, que como todo derecho no es absoluto, tiene una función social y exige las necesarias reglamentaciones que limitan su ejercicio y que deben estar inspiradas en los dos grandes principios que las tornan constitucionales, a saber: a) El principio de legalidad (arts. 14 y 19 CN); b) El principio de razonabilidad (arts. 28 y 99 inc. 2 CN)¹⁰.

Continuando con el doctrinario, entiende que son dos los artículos de la Constitución Nacional de los cuales se desprende la libertad de expresión: 14, 32 y 75, inciso 19. En primer lugar, el artículo 14, reconociendo a todos los habitantes el goce de los derechos fundamentales del hombre, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, prescribe en lo pertinente, el de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. En segundo lugar, y atendiendo a la forma federal de Estado, el artículo 32 que dispone: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. En tercer lugar, el artículo 75, inciso 19, dispone que corresponde al Congreso de la Nación “dictar leyes que protejan... la libre creación y circulación de las obras del autor”.

Desde la óptica jurisprudencial argentina, libertad de expresión

10. Haro Ricardo; “Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Argentina”; <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artlibertaddeinformac.pdf>

contiene la importancia de dar, buscar y recibir información, porque el derecho de información de quienes viven en un Estado democrático caracteriza al periodismo moderno (“Campillay Julio c/ La Razón, Crónica y Diario Popular”, 15-V-1986, F. 308789). La comunidad dentro de una estructura como la establecida por la Carta Magna, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos sugeridos por esa información, y la prensa satisface esa necesidad colectiva. No basta que un Gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; solo por medio de la más amplia libertad de prensa, puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito y la responsabilidad de los poderes públicos (“Costa Héctor R. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y otros”, 12-III-987, F. 310-508; “Cancela”, 29-IX-1998, F. 321-2637).

En igual sentido, la prensa ha pasado a ser un elemento integrante del estado constitucional moderno, con el derecho e incluso el deber de ser independiente a la vez que responsable ante la justicia de los delitos o daños cometidos mediante su uso, con la consecuencia jurídica del ejercicio pleno de dicha libertad (“Ponzetti de Balbín”, F. 306-1892).

No podemos olvidar el leading case Ekmekdjian contra Sofovich, donde el máximo tribunal refirió que las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y, por tanto, de todos y cada uno de sus miembros. La Constitución Nacional, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (“Ekmekdjian c/ Sofovich”, 7-VII-1992, F. 315-1492).

A mayor abundamiento, y en relación con el hilo conductor del tema que nos convoca, es interesante ver la relación entre este e internet.

El Consejo de Europa ha llegado a considerar que Internet se ha convertido en la actualidad en un “servicio público” necesario para el desarrollo de las actividades cotidianas de las personas y para el ejercicio de sus derechos como ciudadanos, entre ellos, el de la libertad de expresión.

La “Declaración sobre la libertad de expresión e Internet” (2011) especifica palmariamente que cada uno de los Estados tiene la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres, señalando a su vez que cada uno de los Estados tiene la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet.

La CABASE (Cámara Argentina de Internet) ha fijado oportunamente diez principios fundamentales para el desarrollo pleno de Internet en nuestro país. En el documento que suscriben sus integrantes se fija que internet es una herramienta esencial para el ejercicio de derechos importantísimos como la libertad de expresión, a la que considera relevante, pues junto al acceso a la información, la privacidad, la libre asociación y los demás derechos humanos reconocidos son de suma utilidad para la formación de una sociedad libre, justa y democrática.

Conclusiones

Retomando las ideas preliminares que nos convocaron a este texto, es decir, la cultura de la cancelación, vemos cómo esta afecta, por un lado, la libertad de expresión, pero, por otro, es una derivación de ella para anular las opiniones o juicios respecto de los cuales no estamos de acuerdo.

Siempre ha existido la crítica, el ostracismo, ese juicio social que anula o posterga a una persona o personas, pero lo que hace que esté en auge es, principalmente, las redes sociales y los medios de comunicación, que multiplican y magnifican el impacto de la conducta cancelatoria.

La cultura de la cancelación es una cultura intolerante (reclama su libertad de expresión, pero condena esa misma capacidad en los que considera nefastos), por lo tanto, necesitamos de tolerancia.

El diálogo es fundamental para argumentar y contraargumentar; todas las personas tienen sus razonamientos y deben ser escuchadas por absurdos que puedan parecer (no se puede responder si no se ha escuchado) y la empatía para tener cuidado también en no ofender (aunque hay quien tiene la piel muy fina y se ofende con facilidad).

Por lo tanto, como expresa Amnistía Internacional, “para todo esto la educación es fundamental, la educación con mayúsculas, no la adquisición de datos y conocimientos, sino la capacidad de respetar a todas las personas, aunque no estemos de acuerdo con ellas, saber escuchar y, por supuesto, combatir la hipocresía. Todas las personas defienden como ciertos sus argumentos, pero se puede incurrir en aquello de lo que se acusa a las demás personas si no se tiene la humildad de reconocer la propia subjetividad”.

El Estado y las leyes deben fomentar y proteger estos derechos fundamentales y no caer en los aspectos de censura que en muchos casos implementan. Porque la mayor parte de Estados pertenecientes a la ONU (es decir, la mayoría) defienden la libertad de expresión, pero también la mayoría de ellos ponen unos límites fundamentalmente encaminados a proteger su estatus y su organización político-social.

Como vemos, el asunto de la libertad de expresión es un tema controvertido que necesita estar en continua revisión.

Bibliografía

- Cabrera Peña, Karen Isabel; “La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal”; Rev. Chil. Derecho Tecnol. Vol. 10 no. 2, Santiago, dic. 2021; ISSN 0719-2584; <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.60421>
- Delgado, Juan Carlos, «¿Qué es la “cultura de la cancelación”? La práctica de moda en la ultraizquierda», ABC, 10 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3qyNDgR>
- Campus Mexicali; “El auge de la cancelación en la era digital”; <https://www.cetys.mx/noticias/cancelacion-era-digital/>
- Cornejo, M., Tapia, M.; “Redes sociales y relaciones interpersonales en internet”. Fundamentos en Humanidades; 2011, 12 (24), 219-229. Recuperado de <https://bit.ly/3z4VaYs>
- Bidart Campos, Germán J.; “Manual de la Constitución reformada”; Tomo I; Ediar; Buenos Aires; 2006, pág. 518
- Gelli, María Angélica; “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”; Editorial La Ley; Tomo I, 2011, pág. 131
- Haro Ricardo; “Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Argentina”; <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artlibertaddeinformac.pdf>
- Sabsay, Daniel Alberto; “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional. Parte Dogmática”; Tomo I, Volumen I; Editorial La Ley; 2010, págs. 241/242
- Hugo A. Vaninetti; “Las noticias falsas (fake news) y la libertad de expresión en Internet” - Año XIII N° 42 - Tomo La Ley 2019-A – Buenos Aires - jueves 28 de febrero de 2019 - ISSN 0024-1636 - Revista Digital La Ley)
- Ventura, Adrián; “El derecho a la libertad de expresión”. Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, 2009, T.I, p. 409

**IMPPLICANCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN
LA GESTIÓN DEL RECURSO HÍDRICO (SEGUNDO TRAMO)**

Directora

Dra. Noelia Torchia

Co-director

Dr. Aldo Rodríguez Salas

Investigadores

Esp. Mariano Garguir, Ab. Marco Fagioli, Ab. Guillermo Hernández

Alumnos becarios

Pablo Casares, María Antonella Cabrera

Contenido

I. Introducción	37
II. La participación ciudadana en el Acuerdo de Escazú	38
A. El impacto significativo sobre el ambiente	40
B. Casos en los que procederá la participación ciudadana	42
C. Mecanismos de participación ciudadana	44
III. El caso del Código de Aguas	45
IV. Mecanismos de participación en el marco de la Evaluación Ambiental Estratégica	47
Conclusiones	48
Bibliografía	50

I. Introducción

El presente documento se realiza en el marco del proyecto de investigación denominado “Implicancias de la aplicación del Acuerdo de Escazú en la gestión del recurso hídrico (segundo tramo)”, realizado en el periodo 2023-2024 por las cátedras de Aguas y Minas y Derecho Ambiental de la Facultad de Abogacía de la Universidad de Congreso.

Vino a dar continuidad al primer tramo de la investigación. En dicha oportunidad, el eje estuvo dado por la participación de los usuarios del agua, es decir, de aquellos titulares de concesiones de uso de aguas públicas en el marco de las Inspecciones de Cauce, tanto en las Asambleas ordinarias como en la elección de autoridades.

El objetivo de esta segunda etapa complementaria fue la participación de los ciudadanos en general en la gestión del recurso hídrico, fundamentalmente a partir del Acuerdo de Escazú. Ello, por cuanto la legislación de aguas de la Provincia de Mendoza, donde se centró la investigación, no preveía instancias de participación ciudadana obligatoria en la gestión del recurso hídrico, salvo cuando se tratara de una obra o actividad sometida a evaluación de impacto ambiental y en la elaboración de algunos planes específicos, como los de ordenamiento territorial (TORCHIA, 2023, pág. 5).

El Acuerdo de Escazú trae, como veremos a continuación, nuevas previsiones en la materia, cuya implementación requiere ser adecuadamente analizada. Atendiendo a que las disposiciones del Acuerdo de Escazú son generales, pero no por ello inoperativas, resulta necesario indagar sobre los casos en los que deben darse las instancias de participación ciudadana a que refiere el Acuerdo y sobre cómo debería implementarse la misma. Para este último supuesto, se decidió efectuar un seguimiento del proceso de participación ciudadana realizada en el marco de la elaboración de un Código de Aguas que viene desarrollando la Autoridad del Agua de la Provincia (Departamento General de Irrigación o DGI).

II. La participación ciudadana en el Acuerdo de Escazú

Argentina ratificó el Acuerdo de Escazú por Ley Nacional N° 27.566. A partir de su entrada en vigencia el 22 de abril de 2021, viene a integrar el Derecho Ambiental argentino, con jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 CN). El Acuerdo reconoce los denominados “derechos de acceso”: 1) el derecho de acceso a la información ambiental, 2) el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y 3) el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

El derecho a la participación (al que refiere el presente trabajo) en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales significa que toda persona tiene derecho a participar en los procesos de toma de decisiones con incidencia ambiental a través de los mecanismos que implemente el Estado.

El Acuerdo establece que cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como *en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente; ... y en la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente.*

Como puede observarse, la exigencia de instaurar mecanismos de participación ciudadana no se limita a la EIA o al ordenamiento territorial, sino que se amplía a otras autorizaciones ambientales, a políticas, planes y programas, así como al dictado de normas y reglamentos, siempre que puedan tener impacto significativo sobre el ambiente.

En cuanto a la forma de efectuar la participación, se acuerda que “cada Parte establezca las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de

género del público”. Para ello, “la autoridad pública realizará esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación”.

Sobre el particular, se ha indicado que “este aspecto, aunque no esté previsto en las normas internas de participación, debe considerarse. La norma es operativa y obliga a las autoridades de todo el país a varias cosas: a) identificar al público directamente afectado; b) promover acciones específicas de participación para esos grupos” (ESAÍN, 2022).

Queda claro que la participación ciudadana no puede ser una mera formalidad, que no basta con efectuar una convocatoria a audiencia pública, sino que el Acuerdo pretende la participación efectiva del público. Cabe resaltar que la CSJN ya se había pronunciado en tal sentido al indicar: *“Que, finalmente, no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas, sino que únicamente existe prueba de la publicación realizada en el Boletín Oficial provincial, en oportunidad del dictado de la resolución 239-DPPAyRN-2009”* (“Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso” (CSJN 2017).

Tanto la Ley 25.675 como el Acuerdo de Escazú prevén que las opiniones vertidas durante la participación ciudadana tengan carácter no vinculante (art. 30 Ley 25.675), aunque deberá ser fundamentada la decisión que se adopte y deberá dar respuesta a las objeciones no tenidas en cuenta, debiendo además ser pública y –agrega Escazú– accesible.

Ahora bien, Escazú avanza aún más al establecer que cada Parte “promoverá la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes, cuando corresponda”. En definitiva, lo que Escazú está indicando es que el público afectado no solo debe ser escuchado a través de los mecanismos de participación ciudadana, sino que deberán respetarse sus diferentes visiones

y saberes. A pesar de tratarse de objeciones a un proyecto fácilmente rebatibles desde el punto de vista técnico, la incidencia que el mismo puede tener en el modo de vida de la población afectada es un aspecto que debe ser especialmente considerado, debiendo incluso procurar acuerdos que permitan minimizar los impactos que puedan generar en dicha población[3]. De esta manera, “se eleva el grado de consenso en la toma de decisión, acercando nuestro modelo de democracia a las consensuales, alejándola de los modelos por mayorías” (ESAÍN, 2022).

A. El impacto significativo sobre el ambiente

El deber de garantizar mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente requiere analizar qué se entiende por impacto significativo.

En las regulaciones comparadas, en general, se establece que la afectación del ambiente debe ser significativa, relevante, grave, negativa o adversa.

En el derecho ambiental argentino, la LGA, define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27). Por su parte, el art. 11 de la LGA sujeta al procedimiento de evaluación de impacto ambiental a toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa. También, la aplicación del principio precautorio establece que la amenaza de daño debe ser grave o irreversible.

Al respecto, para alcanzar un correcto significado jurídico de impacto significativo, es valiosa la tarea que acomete PEÑA CHACÓN (2022, p. 395) sobre cuándo el daño ambiental es una alteración relevante o significativa. Luego de exponer los criterios desarrollados por el Derecho Comunitario europeo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Acuerdo de Escazú y la Corte Suprema de Chile, los enlista:

- Ubicación y circunstancias relativas a la actividad que puedan afectar al ambiente;
- Capacidad de regeneración;
- Periodo de tiempo durante el cual se daña el ambiente;
- Magnitud, intensidad, duración, grado de concentración, toxicidad, volatilidad, dispersión;
- Cantidad de recursos afectados y la posibilidad de reemplazo;
- Calidad o valor de los recursos afectados;
- Efectos directos o indirectos sobre el ecosistema;
- Efectos acumulativos si hay más de una actividad perjudicial;
- Efectos sobre los derechos humanos a la vida, la integridad personal, salud, medio ambiente sano, agua, alimentación adecuada, participación en la vida cultural, otros;
- Efectos sobre los derechos de la naturaleza a existir, prosperar y evolucionar en aquellos sistemas jurídicos que así lo reconocen.

Estos criterios explican que el impacto significativo se relaciona con la afectación del equilibrio ecosistémico, de los bienes y valores sociales que involucra y de los derechos humanos, excluyendo afectaciones que no poseen un efecto sustantivo.

Debe tenerse especialmente en cuenta que la Corte IDH no circunscribe el daño ambiental significativo a una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, pero considera que, si entrañan esa violación, debe ser considerado como un daño significativo. En los demás casos, la existencia de un daño significativo «es algo que deberá determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo» (Corte IDH, OC-23/17, ap. 62 y 139).

El carácter no común del daño ambiental, como su certidumbre atenuada o débil, supone alguna dificultad para comprobar el impacto significativo; por ello, con acierto, PEÑA CHACÓN señala que, ante la duda jurídica sobre el carácter significativo de este, el operador jurídico debe, ineludiblemente, acudir al principio *in dubio pro natura*, interpretando las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable al ambiente. Para agregar que, ante la duda científica (fáctica), debe aplicar el principio precautorio y considerar el daño como significativo (FALBO, 2022, p. 238).

Se debe tener presente que este último principio es anticipatorio del daño ambiental, y se aplica ante la falta de certeza científica; mientras que el principio *in dubio pro natura*, se aplica tanto *ex ante* como *ex post* del daño, con el objeto de dirimir la duda normativa para la adopción de medidas de prevención o de recomposición.

B. Casos en los que procederá la participación ciudadana

Ahora bien, la gestión hídrica no solo incluye la ejecución de obras, sino de planes, reglamentos, normas, otorgamiento de permisos, concesiones, gestión, entre otras.

Respecto de los planes de erogaciones, de obras, sequía u otros que apruebe la Autoridad Hídrica, como mencionamos, no se encuentra prevista la participación ciudadana. Únicamente estaría prevista la consulta, en los casos que sea convocada, de la Junta de Regantes respecto del plan de obras. Respecto de los no regantes, no se encuentra prevista una vía de participación en su elaboración. A partir de Escazú, si los mismos tienen o pueden tener un significativo impacto sobre el medio ambiente, corresponderá generar instancias de participación ciudadana con los requerimientos a que refiere el Acuerdo. Se deberá convocar no solo a los concesionarios de aguas superficiales, sino también de aguas subterráneas, y a ciudadanos no usuarios del recurso. Para ello habrá que pensar en la forma de llevar adelante dicha participación, luego de relevar a los posibles interesados, y atendiendo a sus condiciones económicas, sociales y culturales. Es que, como enseña IRUJO (2008, pág. 63), es necesario “incorporar a la política del agua visiones sectoriales que, hasta ahora, no han sido tenidas en cuenta, o al menos, no en su adecuada medida. La Administración necesita a todas ellas para formar con más conocimiento de causa su política y, sobre todo, y dadas las características del gobierno de una sociedad moderna y del conocimiento, para buscar la mayor legitimación posible de tales políticas”.

Como ya referimos, el dictado de normas y reglamentos también quedará sujeto a la participación ciudadana a que refiere Escazú cuando

puedan tener impacto significativo sobre el ambiente. Respecto de los Reglamentos, la Ley 9.003 de Procedimiento Administrativo en la Provincia de Mendoza, prevé en forma optativa para la Autoridad un procedimiento de comentarios públicos, a través de la presentación escrita de argumentos, información o puntos de vista, los que deberán ser considerados por la Autoridad (art. 105 Ley 9003). Para ello, debe publicar en sitios electrónicos:

- 1) El procedimiento y las formas y condiciones de participación.
- 2) Las normas que habilitan su competencia para el dictado del reglamento propuesto.
- 3) El texto propuesto o una descripción de los principales temas que abordará.

Como ejemplo de este procedimiento cabe citar la convocatoria a audiencia pública que realizó la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial con motivo de la elaboración de un reglamento destinado a regular la actividad petrolera no convencional (fracking), a través de la Resolución n° 501/17.

En este esquema entraría la elaboración del Código de Aguas a que haremos referencia a continuación, aunque si el mismo puede tener impacto significativo sobre el ambiente, habrá que analizar si es suficiente con dicho esquema de participación a la luz del Acuerdo de Escazú. Retomaremos este punto más adelante; allí remitimos.

Por último, en cuanto a la participación de usuarios y ciudadanos con motivo del otorgamiento de permisos de vertido a cauce, los que en principio podrían afectar significativamente el ambiente, el Reglamento vigente (Res. n° 778/96 HTA, texto ordenado por Res. n° 52/21 HTA) prevé la publicación por tres (3) veces, en el Boletín Oficial y en un diario de circulación en la zona afectada, de la solicitud de permiso con una información sucinta de lo peticionado por la empresa o establecimiento. A este procedimiento habría que agregarle, para cumplir con los estándares de Escazú, un relevamiento de los posibles afectados y mecanismos de participación específicos para ellos.

Cabe finalmente preguntarse si en el trámite de otorgamiento de permisos y concesiones de uso de agua debería preverse la

participación ciudadana. Para responder dicho interrogante, debería evaluarse primero el impacto del otorgamiento del derecho de que se trate; no cualquier permiso o concesión es capaz de producir un efecto significativo sobre el ambiente, aunque, en caso de tener aptitud para causarlo, habrá que pensar en la participación ciudadana a que refiere Escazú. Si bien el trámite de otorgamiento de concesiones de aguas superficiales incluye la audiencia a los afectados (Ley de Aguas, arts. 135 a 137), el procedimiento no ha sido reglamentado. La participación de terceros tampoco se encuentra prevista en el trámite para el otorgamiento de permisos precarios (Res. 944/06 HTA). En el caso del régimen legal de las aguas subterráneas, la Ley 4.035 regula la publicación de una síntesis de la solicitud en el boletín oficial y en un diario local (art. 10 Ley 4.035), debiendo además ponerse en conocimiento de los interesados a quienes pueda afectar la solicitud, aspecto este último que también carece de una reglamentación específica. Al igual que el otorgamiento de permisos de vertido, a este procedimiento habría que agregarle, para cumplir con los estándares de Escazú, un relevamiento de los posibles afectados y mecanismos de participación específicos para ellos.

C. Mecanismos de participación ciudadana

El Acuerdo no detalla los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, se prevé algunas condiciones sobre cómo debe ser esa participación. Concretamente, se acuerda que “cada Parte establezca las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público”. Para ello, “la autoridad pública realizará esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación”.

En definitiva, el Acuerdo no refiere a una única forma o mecanismo de participación ciudadana, sino que insta a la Autoridad que pretende

realizar alguna de las actividades que requieren participación ciudadana a relevar previamente al público directamente afectado para luego establecer mecanismos de participación que sean acordes a sus características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género. Por tanto, en la determinación del mecanismo de participación ciudadana, habrá que tener en cuenta las particularidades del público afectado.

Otro aspecto para considerar en la participación es el momento en el cual debe realizarse; el Acuerdo de Escazú indica que la participación debe darse desde las etapas iniciales del proyecto.

III. El caso del Código de Aguas

La primera cuestión para definir es si la elaboración de un Código de Aguas para la provincia de Mendoza puede tener impacto en el ambiente, quedando por tanto atravesado por la exigencia prevista en el Acuerdo de Escazú de ser sometido a un procedimiento de participación ciudadana en los términos establecidos en el mismo. Sobre este aspecto, teniendo en cuenta que el mismo regulará cuestiones vinculadas a la protección de la calidad del agua y a sus usos productivos, podemos concluir que podrá tener impacto significativo sobre el ambiente.

Los autores del presente documento solicitaron a los redactores del Código información sobre el proceso de participación previsto para el mismo; sin embargo, fuimos informados de que, si bien existe un diseño de participación, el mismo sería confidencial, cuestión que resulta inadmisibles. Evidentemente, el diseño del plan de participación debe ser público y aprobarse juntamente con la decisión de su elaboración. Pues cualquier objeción al mismo debería poder ser planteada antes de su ejecución, pero además permitiría que la propia ciudadanía pueda controlar su cumplimiento.

Afortunadamente, al momento de escribir el presente informe, el Departamento General de Irrigación ha presentado una plataforma digital con información sobre el proceso de modificación del Código. En lo que nos convoca, en la plataforma se expresa la voluntad de generar un involucramiento activo de los sectores y grupos, brindando información, utilizando un lenguaje claro y un procedimiento transparente de participación. Se aclara que la plataforma no será el único espacio para participar. También se difundirá información en los medios de comunicación (radios, diarios y televisión), en las redes sociales y se realizarán encuentros presenciales en distintos lugares de la provincia. Se indica asimismo que se han tomado en cuenta las recomendaciones realizadas por distintos organismos internacionales (CEPAL, ONU), los criterios del Acuerdo de Escazú y las normas nacionales y provinciales para diseñar un proceso abierto, inclusivo y democrático.

El proceso consta de 4 fases:

- La fase 1, denominada Preparación, consiste en el análisis de antecedentes, actores, recursos; reunión con actores principales del sistema hídrico, Inspecciones de Cauce y Asociaciones, Personal del DGI.
- La Fase 2, denominada Información, incluye la plataforma de participación. Es una etapa informativa. Se prevé la consulta a expertos. En dicha fase se encuentra el proceso al momento de escribir estas líneas.
- La Fase 3 es la fase propiamente de consulta; implica la apertura de procesos de consulta en formato presencial y digital.
- La última fase, Fase 4, es la fase de sistematización, donde se consolidan los resultados, priorización y retorno.

De reuniones realizadas en el marco del proyecto, así como del relevamiento de notas periodísticas, pudimos verificar que en la instancia de elaboración del borrador se realizaron diversos talleres de trabajo con sectores de la sociedad y de la Autoridad del Agua convocados al

efecto, ninguno de ellos abierto al público en general. Ello recién ocurrió una vez que el borrador fue revisado por expertos, en la fase 3.

IV. Mecanismos de participación en el marco de la Evaluación Ambiental Estratégica

Siguiendo la Res. 23/23 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible e Innovación, se puede tener una idea de cómo debería ser el proceso de participación en la Evaluación de Impacto Ambiental estratégica.

En la etapa de inicio participan especialmente los actores institucionales. Los mecanismos de participación en esta instancia se verifican a través de reuniones de trabajo del equipo coordinador o diseñador, entrevistas con actores claves, consultas a expertos, entre otras. Esta instancia se habría observado en el Código de Aguas.

En el diagnóstico estratégico, la participación tiene un carácter más extendido, incluyendo a empresas, consultoras ambientales, universidades, centros de estudio, expertos, miembros de la sociedad, pueblos originarios, ONG, fundaciones, cooperativas. El objetivo es determinar los factores ambientales clave, entendidos como las dimensiones prioritarias para focalizar un diagnóstico. Aquí se puede recurrir a consultas a expertos, o bien a consultas públicas virtuales e incluso a cuestionarios estructurados.

En la tercera etapa, de evaluación de alternativas, se procede a efectuar un análisis valorativo de las propuestas u opciones de desarrollo. Se debería orientar la participación a la valoración de ventajas y desventajas y a la deliberación sobre opciones y construir consensos para las implementaciones. Esta etapa coincidiría con la fase 3 del Código de Aguas.

Por último, se incluye una etapa de monitoreo de los resultados, que puede darse a través de comisiones integradas por sectores que hayan participado del proceso. Sería la fase 4 prevista para el Código de Aguas.

Merece la pena destacar el procedimiento llevado adelante por el Departamento General de Irrigación al diseñar el Programa Integral Sistema Cacique Guaymallén, en el que se aseguró la participación ciudadana a través de distintas capas o grupos de personas en el proceso de definición de las obras que luego serían sometidas al respectivo procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, y desde las etapas iniciales del programa. Así, por ejemplo, luego de la primera capa integrada por los formuladores, se detalla la segunda, en la que se encuentran las Asociaciones de Inspecciones de Cauce y el Consejo de Cuenca del Río Mendoza a los que se convoca a todas las reuniones y se los consulta en forma permanente, siendo sus aportes vinculantes, a diferencia de quienes integran la capa 3. Se incorpora también una capa 4 identificando a quienes participarán desde la prefactibilidad del proyecto y una capa 5 que interviene a partir de la factibilidad, mientras que el resto de las instituciones lo harán en la instancia de audiencia pública de cada proyecto.

Conclusiones

Como observa IRUJO (2008, pág. 66), el reto es combinar participación con eficacia. El desafío es generar ámbitos participativos del público en general, al menos en los casos que requiere el Acuerdo de Escazú (es decir, en la realización de obras hidráulicas, aprobación de planes, autorizaciones y normas con impacto ambiental), sencillos y accesibles, que se traduzcan en decisiones ajustadas a las necesidades de la gestión, legitimadas y en plazos razonables.

Como criterios generales de referencia y teniendo como experiencia reciente el caso del Código de Aguas, creemos fundamental destacar la importancia de publicitar desde el inicio el diseño del plan de participación previsto, en base al relevamiento de actores. La implementación de la participación debe prever plazos razonables para que la participación sea efectiva. Por otro lado, entendemos fundamental que las instancias virtuales se conjuguen con otras presenciales, dándoles amplia difusión con suficiente antelación para que el público interesado pueda asistir. Deben utilizarse otros medios de difusión que utilice la ciudadanía, como canales de tv por aire y radios. Sería importante que los municipios se involucren en esta tarea dada su cercanía con la población, teniendo a disposición de los interesados el texto del proyecto y asistiendo al público interesado para su interpretación, valoración e incluso para la emisión de opiniones o sugerencias.

Asimismo, entendemos que la juventud debe ser un actor clave en todo proceso de transformación cultural, pudiendo canalizar su participación en los colegios secundarios, universidades e institutos de educación superior.

Entendemos que la participación ciudadana en la elaboración de normas debería tomar como referencia los mecanismos previstos con motivo de la evaluación de impacto ambiental estratégica.

Si bien en el proceso de elaboración del Código de Aguas no se dio a conocer el diseño del proceso de participación ciudadana desde el inicio, el DGI ha accedido a ampliar los tiempos para el debate, generando suficiente información y reuniones presenciales para canalizar la participación ciudadana. Al ser la primera experiencia en la elaboración participada de normas, entendemos que el proceso es adecuado, si bien mejorable en los distintos aspectos que hemos mencionado.

Bibliografía

- Cano, Guillermo, *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)*, Mendoza: García Santos, 1941
- Embid Irujo, Antonio, *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*, Dir, España: Ed. Aranzadi SA, 2008.
- Esáin, José, El Acuerdo de Escazú como superpresupuesto mínimo en el sistema de fuentes del Derecho Ambiental argentino, Buenos Aires: La Ley AR/DOC/1204/2022.
- Falbo, Aníbal, Los mecanismos de participación previstos en el Acuerdo de Escazú. En *Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2020.
- Falbo, Aníbal, 2022, Los derechos colectivos ambientales y el daño ambiental. En *Revista de Derecho de Daños, 2022-2023: Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni.
- Luján, María Eugenia y Civit, Gastón, El Acuerdo de Escazú y la participación en las decisiones ambientales. La obligatoria y necesaria aplicación en Mendoza. En *Cuadernos sobre temas de Derecho Ambiental: El Acuerdo de Escazú y la Democracia Ambiental*, dir. Andrés Ugarte: Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, 2021.
- Peña Chacón, Criterios para determinar el carácter significativo del daño ambiental, pp. 383-396, en *Revista de Derecho Ambiental. Daño Ambiental*, julio-septiembre, 2020 (63).
- Pinto, Mauricio, *Régimen jurídico de la Administración Hídrica, Leyes 322, 6450 y 5302, Vol. II*, Dir., Mendoza: Irrigación edita, 2019.
- Pinto, Mauricio, Tendencias acerca de la participación en los organismos de cuenca en Argentina. En *El Futuro de los Organismos de Cuenca*, España: Aranzadi, 2017.

- Pinto, Mauricio, Modalidades virtuales y participación ambiental. Aportes para el debate, Buenos Aires: El Dial, 2021, disponible en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/legislacion2_s.asp?id=31042&base=99&indice
- Ruiz Freites, Santiago, Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua en Argentina. En *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*, España: Ed. Aranzadi SA, 2008.
- Sozzo, Gonzalo, La elaboración participativa de normas y decisiones regulatorias generales en *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2020.
- Torchia, Noelia, Participación ciudadana en la gestión hídrica a partir del Acuerdo de Escazú. El caso de Mendoza. *República Y Derecho*, 8(8), 1-24. <https://doi.org/10.48162/rev.100.006>, 2023.

**ETICIDAD, MORALIDAD Y ESTADO: PROBLEMÁTICA Y
ACTUALIDAD DE CONCEPTOS CLAVES AL MUNDO JURÍDICO**

Director

Dr. Víctor E. Duplancic

Co-directora

Dra. Zaida Olvera

Investigadora

Dra. Eliana de Rosa

Alumnos becarios

Ulises Jiménez Brucoleri, Matías Monzo Gancia,
Ignacio Muñoz y Micaela Yanina Zalafia

Contenido

I. Introducción	55
1. Marco conceptual elegido	55
II. Metodología empleada	61
III. Discusión	61
1. Siep versus Tugendhat acerca de eticidad, moralidad y estado en Hegel	61
2. La Sittlichkeit Hegeliana: Un viaje a través del concepto y su recepción (T.S. Hoffmann)	68
3. Pertinencia, alcance y límites del concepto de eticidad para analizar el presente (Steffen Schmidt)	73
Conclusiones	76
Bibliografía	78

I. Introducción

Hablar hoy de eticidad o moralidad puede parecer anticuado y pasado de moda. Algunos pueden pensar en una especie de *policía moral*, o en todo caso en una eticidad pre-ilustrada y en las normas injustificadas de un Estado autoritario. Pero, ¿qué es la *moral* y en qué consiste la *eticidad*? Para Georg Wilhelm Friedrich Hegel, la eticidad era la base y la expresión de la libertad comunitariamente mediada de todos los ciudadanos individuales. Ella marcaría el ritmo de la coordinación de los sujetos individuales de la voluntad, sin la cual la falta de tacto y la decadencia marcarían la pauta (Spieker et al., 2019, p. 9). La pregunta por la eticidad, fundante conceptual del Estado, se relaciona íntimamente con la de moralidad, fundante conceptual del comportamiento individual (ley interna). Su dilucidación y desarrollo histórico se hacen indispensables para pensar las transformaciones actuales de los estados latinoamericanos y generan un marco conceptual para el análisis del complicado escenario internacional actual.

1. Marco conceptual elegido

Hablar de eticidad, de moral, de buenas costumbres o de convicciones morales no solo parece anticuado o anacrónico, sino que despierta asociaciones bien distintas en muchas personas. Así, la moral tiende a asociarse con las prácticas de una moral pre-ilustrada, los preceptos de una religión conservadora o las normas de la autoridad-derecho estatal (Kersting, 1995). La eticidad no es nada, o eso parece, de lo que un individuo tenga que preocuparse o de lo que una sociedad tenga que ocuparse. Este concepto avanzó en los debates de la Ilustración como un concepto de gran alcance normativo: Se refiere a estructuras éticas contrapuestas –como la moral cristiana y la civil– y a determinados hábitos de comportamiento o formas de vida en una comunidad, es decir, formas de promesa e interacción social. También se refiere a

doctrinas morales elaboradas que, como en el caso de Kant, establecen normas universalmente vinculantes que, o bien se reconocen libremente como condiciones de una vida buena, o bien, como en el Derecho, también pueden hacerse cumplir por coacción (Kant, 1914). La eticidad y la moral habrían sido, en nuestro actual lenguaje, un concepto consensuado. Sin embargo, tras las convulsiones revolucionarias de 1789, que también afectaron masivamente a la pretensión de validez del derecho natural, el concepto de eticidad (y también paradigma orientador de la acción) perdió su atractivo a largo plazo. En las ciencias sociales emergentes y en las ciencias de la vida, dicho concepto se naturalizó y se adaptó a las condiciones empíricas. Desapareció el contenido normativo y, al mismo tiempo, crítico. En su lugar entró la economía política de la sociedad burguesa, el positivismo del derecho y el omnipresente concepto de cultura (Zabel, 2019, pp. 15-16). Esos muestran enormes desafíos al momento de ver la actualidad y validez de la eticidad y moralidad para la constitución de un estado.

Benno Zabel (Zabel, 2019) ha realizado un estudio del desarrollo histórico del concepto de eticidad y muestra qué consideraciones modernas condujeron a la delimitación del uso analítico y afirmativo del mismo. Un aspecto central sería la separación entre el bien y el derecho y el papel del individuo como norma auto-establecida. De este modo, queda claro el contexto en el que se sitúan tanto el concepto de eticidad de Hegel como su recepción contemporánea. Pirmin Stekeler-Weithofer (Stekeler-Weithofer, 2019) se ha ocupado del concepto de persona en Hegel que contrasta con lecturas modernas, como las de Derek Parfit (Parfit, 2011). Según esto, persona es un concepto relacional; nos define como individuos físicos en el mundo –como referencia para el *sí mismo individual*– y, al mismo tiempo, describe la base de todas las formas de acción y juicio humanos. Para Stekeler-Weithofer, persona y propiedad son los medios de lo social, mediante los cuales tiene lugar el reflejo de la libertad. Sebastian Schwenzfeuer (Schwenzfeuer, 2019) explica cómo puede entenderse el concepto de eticidad de Hegel y su recepción contemporánea en el contexto de una comunidad política. El mismo examina la relación entre eticidad

y moralidad y comienza recordando que fue Hegel quien introdujo esta diferenciación, una diferenciación que fue duramente atacada en la historia de la recepción del término eticidad. Para Schwenzfeuer, sin embargo, la nueva fundamentación de la gramática de la libertad de Hegel es innovadora porque revela claramente los límites de las formas éticas de vida. A su vez, Hegel habría logrado develar la lógica o dialéctica del bien más allá de la semántica tradicional. En este sentido, Schwenzfeuer interpreta la idea de eticidad de Hegel como una infraestructura de condiciones de vida razonablemente percibidas que deben hacer posible ante todo la subjetividad.

Christian Schmidt (C. Schmidt, 2019), a su vez, discute el concepto de moralidad de Hegel desde la perspectiva de la sociedad burguesa. La sociedad burguesa, para usar las palabras de Schmidt, es ya una verdadera “dialéctica del bien”. Ahora bien, la sociedad burguesa es también para Hegel, por utilizar las palabras de Schmidt, un verdadero caso problemático (Hegel la llama un “sistema de eticidad perdido en sus extremos” (Hegel, 2009 § 184). Schmidt, inspirándose en los estudios de Foucault sobre la *Gubernamentalidad* y en la crítica de Marx sobre el capital y la dominación, critica las formas externas de organización de la libertad. Para Schmidt, el individuo se enfrentaría a la dificultad de que solo puede realizar su libertad de forma limitada dentro de las instituciones morales, y que, sobre todo, el régimen de propiedad que presupone Hegel agrava aún más este estado de cosas (aquí Schmidt se aparta explícitamente de la interpretación de Stekeler-Weithofer). A la vista de este análisis, Schmidt aboga por considerar la moral de la libertad, siguiendo a Hegel, no como una teoría, sino como un problema que se sigue planteando en la actualidad y que, quizá aún más, seguirá siendo un problema futuro.

Michael Spieker (Spieker, 2019) se refiere a la idea de formación/educación, que era extraordinariamente importante para Hegel. Spieker muestra que la educación es tan central para Hegel porque (solo) así puede desarrollarse y establecerse la personalidad libre y segura de sí misma. “La elevación hacia la universalidad del pensamiento”, escribe Hegel en el § 20 de su *Rechtsphilosophie* (Hegel, 2009), “es

el valor absoluto de la educación”. Esta relación de la educación con la universalidad sigue siendo hoy la promesa especial, pero también un reto para toda comunidad. Spieker señala el hecho de que Hegel ya había identificado la red de diferentes esferas y agentes educativos y las tensiones que se forman por la educación familiar y social y por la autoridad educativa, en aras de producir sujetos íntegros, particulares y ciudadanos. Hegel es consciente de que esto es cualquier cosa menos trivial. La mediación entre las exigencias externas y los propios intereses no se produce sin conflicto, pero sigue siendo necesaria cuando todos han de participar en el proyecto general.

En su contribución, Christian Hofmann (Hofmann, 2019) profundiza en la cuestión de la historicidad de las formas de vida morales. Para Hegel, es una intuición básica del pensamiento filosófico que los conceptos, la semántica y las formas de vida enteras solo pueden entenderse adecuadamente en el contexto de su historicidad, es decir, en forma de una historia de la autoconciencia. Hofmann analiza vívidamente el significado de esta intuición para el ámbito de la moral. Pues si uno se toma realmente en serio la “lógica interna” de la eticidad, entonces queda claro que los estándares de libertad de las respectivas infraestructuras de la época (por ejemplo, en la configuración de la administración de justicia o de la cultura política del derecho constitucional interno) se basan en una historia de reflexión de las instituciones y procedimientos del Estado de Derecho y dependen de la voluntad de libertad de los actores. Hofmann señala, por tanto, que el progreso de la libertad en la historia no es un proceso que se autoperpetúa. Que los estándares de libertad siempre son objeto de lucha y deben ser aplicados y que, si hay una falta de conciencia por parte de los actores, también pueden ser (temporalmente) socavados o –como en la historia alemana– suprimidos, incluso negados.

Thomas Sören Hoffmann centra sus reflexiones en el contenido y recepción del teorema de la eticidad (Hoffmann, 2019). El contenido de este teorema para Hoffmann se determina a partir de un análisis inter-no-sistemático, a partir de un “análisis conceptual”, de una “genealogía conceptual”. Empezando por el *Ensayo sobre el derecho natural*, pasando

por la *Fenomenología del espíritu* hasta los *Lineamientos básicos de la filosofía del derecho* de Hegel, Hoffmann analiza las transformaciones y adaptaciones del concepto de eticidad. Así, hablar de “eticidad absoluta” sirve inicialmente para contrarrestar el imperativo categórico, lo que Hegel llama el “principio de inmoralidad”. A más tardar en la *Fenomenología*, la eticidad, según Hoffmann, se convierte en un “principio” que se piensa como una jerarquía de relaciones de *reconocimiento*, por la cual el *reconocimiento* indica una nueva forma en la identidad entre el concepto y la percepción, entre universalidad y particularidad y, así, la eticidad siempre superaría el punto de vista moral. En los *Lineamientos*, por último, la eticidad se define por un conjunto de relaciones dinámicas de reconocimiento; relaciones, que abarcan todos los puntos de vista del sujeto y los de la moral, de la familia, de la familia burguesa, de la comunidad burguesa de la sociedad y el derecho. Con el concepto de Bruno Liebrucks (Liebrucks, 1966) de “eticidad inmanente al lenguaje”, que involucraría la dimensión sensitiva-ética humana, Hoffman aporta una interpretación innovadora del teorema de la eticidad en juego.

Christian Krijnen (Krijnen, 2019) señala no solo las complejas relaciones de la libertad en el marco del concepto de eticidad, sino también la inevitable impregnación lógica de Hegel en todo el pensamiento acerca de la libertad. Krijnen quiere sobre todo sensibilizarnos sobre el hecho de que solo podemos clasificar correctamente las preocupaciones de Hegel si tenemos claro el “acceso lógico”. Esto, sin embargo, a menudo no se tiene en cuenta en absoluto, o solo de pasada. Krijnen insiste, por otra parte, en que debemos prestar atención a dos cosas: a) la lógica no solo se refiere a la voluntad (práctica), sino más bien al concepto como autoconocimiento de la razón humana. Esta auto-ilustración (especulativa) de la razón es el requisito previo fundamental para un pensamiento de lo ético y moral. En consecuencia, Hegel no reconstruye la esfera o forma de la moral, como en el Derecho natural tradicional, como una estructura social producida intencionadamente que permite a sus miembros realizar fines diseñados desde la eticidad. Más bien, la moral misma es la “condición de posibilidad para la realización de tales fines”.

Wolfgang Schild (Schild, 2019) se ocupa de una línea particular de recepción del teorema de la eticidad. Schild se refiere a una interpretación jurídico-filosófica particular en la forma del llamado *dictum de Böckenförde*. La formulación común del *dictum* es: “El Estado liberal secular vive sobre condiciones previas que no puede garantizar por sí mismo. “Este es el gran riesgo que ha asumido en aras de la libertad” (Böckenförde, 2007, p. 71). Este dicho sigue siendo hoy objeto de una gran controversia. Schild muestra ahora, a través de un análisis preciso de la auto-interpretación de Böckenförde y de la historia posterior de su recepción, el potencial de reflexión casi provocador que puede desplegar el teorema ético hegeliano. Esto demuestra que los fundamentos del liberalismo y del Estado constitucional liberal en términos de teoría de la libertad son cualquier cosa menos claros.

Para Steffen Schmidt y Christiane Bender (Bender, 2019; S. Schmidt, 2019), se trata de aclarar sobre todo en lo que se refiere al alcance y la adecuación actual de la semántica de la eticidad. Bender destaca en particular el elevado pensamiento moral de Hegel en los siglos XIX y XX. Pero una filosofía jurídica de las instituciones (éticas) podría abrir una nueva perspectiva sobre la relación entre las esferas ética, política y jurídica, sobre la relación entre emancipación y participación. Podría ser fructífero para ambas partes. Para Steffen Schmidt, el atractivo del teorema ético reside en el hecho de que Hegel planteó la cuestión de las condiciones marco de la libertad individual en contra de la corriente liberal sin desacreditar el proyecto liberal en general. Más allá de eso, sin embargo, es necesario actualizar el teorema según el estado de la investigación científica y las necesidades de las sociedades modernas. Dentro del pluralismo de las sociedades modernas, es necesario entonces “rastrear la eficacia de la moral ‘existente’” y preguntarse si los ciudadanos pueden entenderla como expresión de la libertad en el presente.

Karl-Heinz Ilting ha mostrado en su estudio sobre el derecho natural y la eticidad qué poder significativo podía desarrollar el recurso a la semántica de la moral para la vida del individuo o la legitimidad de los órdenes políticos (Ilting, 1983, p. 114 ss.).

II. Metodología empleada

Técnicas cualitativas: Lectura e identificación de los conceptos de moralidad y eticidad en la filosofía de Hegel; análisis y ordenamiento jerárquico epistemológico de dichas teorías; traducción y resumen de textos actuales sobre el conflicto entre moralidad y eticidad.

III. Discusión

En esta sección se presenta el trabajo de traducción y de resumen de tres autores que fueron estudiados en particular en el ámbito del proyecto: La crítica de Ludwig Siep al ataque de Tugendhat al concepto de moralidad y eticidad de Hegel; un análisis histórico del término eticidad en la obra de Hegel llevado a cabo por T. Sören Hoffmann; una reflexión contemporánea sobre la validez y pertinencia del concepto de eticidad para la discusión actual sobre ética.

1. Siep versus Tugendhat acerca de eticidad, moralidad y estado en Hegel

“Kehraus mit Hegel” (“terminando con Hegel”) es el título que Ernst Tugendhat dio a las dos últimas de sus Conferencias de Heidelberg sobre “Autoconciencia y autodeterminación”, publicadas como libro en 1979. Contienen la crítica más aguda a Hegel que ningún filósofo alemán serio haya publicado en mucho tiempo.

Tugendhat confiesa una repulsión moral contra Hegel, al que acusa de “perversión moral”, tendencias totalitarias y una distorsión demagógica de los conceptos de verdad y libertad. El “sentido de su

concepción” (de H.) consiste en la “supresión” de la idea de responsabilidad (Tugendhat, 1979, p. 351). La vehemencia polémica de Tugendhat se debe en parte a que atribuye a Hegel los pecados de sus descendientes en el “marxismo” (Tugendhat, p. 354) y entre los filósofos de Alemania Occidental que se han dedicado a la “justificación del estado de hechos” (Tugendhat, p. 353).

La tesis de que Hegel fue un filósofo de la adaptación a un estado de hechos, de la “afirmación” incondicional del Estado de su tiempo, del sometimiento totalitario del ciudadano al Estado, etc., ha sido repetidamente planteada y criticada desde la crítica de Rudolf Haym a Hegel hace años.

La crítica de Tugendhat, sin embargo, es mucho más profunda que la de la mayoría de sus predecesores: intenta mostrar que lo afirmativo en la filosofía de Hegel no se limita a la teoría del espíritu objetivo, sino que domina también su concepto de verdad y su teoría de la autoconciencia. En esta teoría de la autoconciencia, que depende de Fichte, residiría la verdadera base del fracaso de la idea especulativa de la verdad y la libertad: la concepción de la unidad de sujeto y objeto, identidad y no identidad se orienta hacia el modelo de la visión interior de uno mismo.

1.1. La interpretación de Tugendhat sobre Fichte

Fichte no usaría las categorías de identidad y negación respecto a una autoconciencia *empírica*. Más bien, Fichte deduce dichas categorías de modos funcionales pre-concientes de la razón, como condiciones trascendentales de la autoconciencia y de la conciencia de objetos.

Según Fichte, todas las categorías de la razón teórica, todas las leyes de la razón práctica (ley moral, ley jurídica, etc.) y –en un estadio “tardío”– también el conocimiento del individuo podrían explicarse a partir de estos modos funcionales.

1.2. La teoría de la autoconciencia para Hegel

Para Hégel, autoconciencia significaría otra cosa totalmente diferente. La conciencia de uno mismo como individuo solo surge en diversas formas de conocimiento y acción –formas de confrontación con la naturaleza y con los demás– y solo en determinadas formas de comunidad alcanza el individuo la conciencia de la libre autodeterminación. Lo esencial para el concepto de “autoconciencia” no es el fenómeno del autoconocimiento individual y su adecuada descripción, sino una estructura inherente a todas las totalidades que Hegel denomina más tarde “espíritu”.

Según Hegel, las totalidades autoconscientes tienen la siguiente estructura: 1. El todo se “representa” en partes, o bien, en momentos; 2. esto sucede precisamente porque los momentos se “liberan” en su propia peculiaridad y autonomía; 3. el todo se representa “para sí” en los momentos y los momentos se representan también “para sí” como momentos independientes del todo; 4. tales totalidades solo se desarrollan entrando en una relación de representación recíproca con otras totalidades y con una totalidad comprensiva.

En una formulación más actual, la “autoconciencia” de Hegel podría describirse como la estructura de desarrollo de totalidades altamente diferenciadas. En cualquier caso, esto dejaría clara la intención completamente distinta de Hegel con respecto a la teoría de la autoconciencia de Fichte. Y también debería quedar claro por qué Hegel trata el tema de la “autoconciencia” en contextos bastante diferentes. Cabe preguntarse, por ejemplo, de qué modo conjuntos tan diversos como el desarrollo de la religión en la historia, la conexión sistemática de las facultades humanas de sensibilidad, entendimiento y acción, o un espíritu nacional representado en modos de pensamiento y acción, instituciones y procedimientos, pueden llegar a la “autoconciencia”. Por supuesto, también puede discutirse cómo el autoconocimiento no mediado de los individuos en sus estados (deseo, amor, miedo) se desarrolla a través de la autorrepresentación y la autoexperiencia. Y de cómo se desarrolla en una relación de representación

mutua de la autoconciencia individual, por un lado, y las totalidades teóricas e institucionales, por otro. Esto último sucede (en parte) en la *Fenomenología del espíritu* (Hegel, 1980), que no es ni mucho menos el único lugar de la filosofía de Hegel en el que están en juego el autoco-nocimiento epistémico y la autodeterminación en la acción.

En vista de la problemática relación de la *Fenomenología* con el desarrollado sistema hegeliano del período berlinés, es incluso cuestionable concentrarse en ella como lo hace Tugendhat. Especialmente si se combina este texto con la *Filosofía del espíritu* de los Esbozos de Jena (Hegel, 1975, 1976), también queda claro que Hegel entiende el desarrollo de la autoconciencia y la autodeterminación del individuo de un modo fundamentalmente distinto al de Fichte: como un acercamiento del individuo desde su “pérdida” en sentimientos comunes (lenguaje, trabajo), necesidades, convenciones, etc., mediante la toma de postura activa y la autoafirmación. Solo cuando la autocerteza y la autonomía alcanzadas son reconocidas por otros individuos y grupos, el individuo adquiere la libertad necesaria para confiar en sí mismo y autodeterminarse en tareas comunes y “cosas” justificables.

El capítulo de la autoconciencia de la *Fenomenología* es solo el comienzo de este camino, que solo se alcanza de algún modo en la moralidad y en la religión, como las formas supremas de la realización del reconocimiento.

13. La estructura de la autoconciencia en la Ciencia de la lógica

Para Hegel, el lugar real para aclarar toda la estructura de la autoconciencia –la autoconciencia de los individuos y de las totalidades “espirituales”– es la ciencia de la lógica. Particularmente cuando trata las determinaciones fundamentales de identidad, negación y diferencia. Claro que en la lógica no se trata de totalidades “espirituales”, sino de las estructuras conceptuales de lo que es.

Para poder identificar las diversas estructuras internas de las totalidades, así como sus grados de desarrollo, de lo que se trata para Hegel en la *Lógica* es de comprender y formular claramente las diferentes

relaciones de lo que une y excluye en las relaciones de pares de categorías. Esto replicaría el “movimiento” del desarrollo mismo del “sí-mismo”. No se trata, pues, de modelos de relación meramente cognitivos ni descriptivos entre un “yo” y las diferentes totalidades (grupos, cosas), sino de que la comprensión del sí mismo se da a través de esas relaciones con los diferentes “cosmos” con los que el sí mismo se va relacionando. Un ejemplo claro se ve en las categorías de frontera o barrera (que se podría relacionar con el concepto de *Teilbarkeit* en Fichte).

1.4. Limitaciones de la lectura de Tugendhat

Tugendhat se equivocaría en “quedarse” en esa estructura de la autoconciencia presentada en el capítulo cuarto de la *Fenomenología*. Y también al esquematizar la relación del “en sí” (sujeto) con el “para sí” (objeto). Esas relaciones se intercambian todo el tiempo en la *Fenomenología*. Una lectura como la de Tugendhat podría llevar a una confusión sobre el concepto de verdad y de lo que es bueno moralmente. No se trata de la adecuación de un sí mismo con la objetividad, sino de incrementales momentos relacionales de las autoconciencias con sus objetos y sus acciones. Y esto implica, para Hegel, dos aspectos:

a) El histórico: lo racional en una vida social humana es el resultado de un desarrollo histórico. No solo estamos moralmente obligados por el progreso de la racionalidad histórica (Kant), sino que el todo desarrollándose que Hegel llama espíritu es un surgir escalonado de reglas racionales, instituciones, doctrinas y posicionamientos políticos.

Según la teoría del espíritu objetivo de Hegel, “racional” significa “libre” en el sentido del “querer libre que quiere la voluntad libre” mencionado por Tugendhat. Y este, a su vez, según Hegel, es el querer recíproco de las voluntades general, particular e individual. Racionales son, por ejemplo, las instituciones en las que los miembros de una comunidad pueden tomar medidas comunes para asegurar la subsistencia de los individuos, la libre elección e intento de realizar sus respectivas y diferentes ideas de felicidad, el ejercicio de su juicio moral, la formación de asociaciones particulares para la promoción de fines

“específicos del grupo”, etc. Sin embargo, también son racionales las instituciones y normas de seguridad necesarias para la subsistencia de una comunidad, aunque para ello deban restringirse parcialmente las libertades de los individuos y grupos que se han de proteger.

Pero este proceso aún no se ha completado (desde luego no en un estado concreto). La “*adaequatio rei ad intellectum*” histórica, la penetración de las relaciones sociales y la relación práctica de los seres humanos con la naturaleza por el principio de la voluntad de lo general, lo particular y lo individual –y un sistema de instituciones libres desarrollado a partir de este principio– aún no ha llegado a su fin. En qué instituciones concretas podría darse este caso; el filósofo, que solo comprende la historia retrospectivamente, no es capaz de predecirlo, solo puede indicar el principio que debe subyacer a tales instituciones.

b) Tugendhat toma de la crítica hegeliana a la moralidad elementos para su comprensión de una filosofía hegeliana de la libertad totalitaria.

Acá se debe remarcar una vez más que la crítica hegeliana al concepto de moral y de conciencia individual (opuesta a la eticidad) siempre es una crítica que no es meramente “superada”, sino que es “asumida” en una forma más completa de concepto ético-moral. Esto se basa en la convicción hegeliana de que todo ser comunitario que se ordena racionalmente lo hace en base a principios coherentes racionales y de que, además, en esa comunidad debe ser respetada la libertad de conciencia.

La seguridad frente a lo incalculable de decisiones puramente subjetivas en las relaciones de intercambio y sociales es lo que separa el derecho de la moral.

A su vez, el recurrir a la “objeción de conciencia” puede y debe ser, en casos particulares, restringido e incluso someterse a las penas correspondientes si se enfrenta al sistema legal instituido.

El Estado, con cuyas instituciones uno también se “identifica” emocional y habitualmente, debe garantizar estos derechos y libertades tanto como respeta la conciencia, incluso cuando aplica la ley (no probando, no investigando, no imponiendo una visión del mundo o una

“religión cívica”). Y debe hacerlo del mismo modo que debe garantizar el “bienestar” de sus ciudadanos, incluso con la restricción de los derechos de propiedad.

La crítica de Tugendhat de que Hegel eliminaría la responsabilidad y la conciencia individual no se sostiene, por lo tanto, a partir de los textos hegelianos.

15. *¿La lectura de Tugendhat aporta algo a la eticidad hegeliana?*

Contra esta opinión de Tugendhat, Siep se pregunta si la teoría de la autodeterminación de Tugendhat nos lleva mucho más lejos que el concepto de autoconciencia y libertad de Hegel.

Y se pregunta:

- ¿Cuántos y cuán fundamentales conflictos entre ideas de felicidad, estilos de vida, pretensiones consideradas justificadas, etc. pueden resolverse mediante respuestas racionalmente justificadas a cuestiones prácticas?
- ¿Cómo se resuelven los conflictos entre decisiones “voluntarias” sobre estilos de vida y órdenes sociales que no pueden decidirse racionalmente?
- ¿Cómo se puede fundamentar racionalmente la idea de una “sociedad mejor” (Tugendhat, p. 271) en cuanto a su contenido, sus normas e instituciones esenciales, si solo se dispone de la teoría de la autodeterminación de Tugendhat?

Ciertamente, una sociedad debe aceptar la opinión racional de sus ciudadanos sobre sus normas y también hacerla posible, ya que todos buscan la aprobación del “proyecto de una sociedad mejor”. Pero esto dice poco a favor de los principios de una filosofía del derecho y del Estado.

Por último, Siep piensa (p. 530) que el resultado global de la teoría de la autoconciencia de Tugendhat no parece muy satisfactorio desde un punto de vista teórico.

Entre las deficiencias a este respecto, ve la división de la autoconciencia en una “autoconciencia epistémica” y una autoconciencia en la acción, ninguna de las cuales se supone siquiera que pertenezca a un “género unificado”.

Además, la reducción de la autoconciencia epistémica a “actitudes proposicionales”, en las que un cuerpo amplía su comportamiento con expresiones lingüísticas, diciendo solo “yo” para dar a estas expresiones un carácter asertivo.

También es curioso para Siep que Tugendhat conceda a la autoconcepción práctica todo lo que niega al autoconocimiento: una referencia consciente a “la vida como un todo” (Tugendhat, p. 23) y al propio “quién” (Tugendhat, p. 238), que no es reducible a la identidad espacio-temporal del propio cuerpo (si no se supone que la proposición “que yo existo” (Tugendhat, p. 160) significa solo la continuidad de mi cuerpo).

Siep postula que, sin embargo, él cree que también serían posibles teorías de la autoconciencia sobre la base de la filosofía lingüístico-analítica, que no contradigan la unidad de la autoconciencia teórica y práctica y de los “hechos fenoménicos” del “yo” (Siep, p. 531).

2. La Sittlichkeit Hegeliana:

Un viaje a través del concepto y su recepción (T.S. Hoffmann)

Hoffmann (2019) se adentra en el complejo y fascinante mundo de la Sittlichkeit (eticidad) en la obra de Hegel, explorando su génesis, desarrollo y recepción, con un enfoque especial en su relación con la filosofía kantiana. No se trata de un simple análisis conceptual, sino de un viaje que nos lleva a través de las complejidades del pensamiento hegeliano, mostrando cómo la *eticidad* se configura como un concepto dinámico y multifacético, que desafía las interpretaciones simplistas y abre nuevas perspectivas sobre la ética y la acción humana.

2.1. Más allá de la moral kantiana

La discusión arranca con una clara distinción entre la *eticidad* de Hegel y la *ética* de Kant, la que se centra en la autonomía del individuo y en la universalidad de la ley moral. Hegel, en cambio, presenta una eticidad que no es una norma externa, sino una realidad viva que envuelve y precede al individuo. Se nos introduce a la *eticidad* como una “totalidad” donde la diferencia entre sujeto y objeto se supera, donde el individuo no solo reconoce la ley moral, sino que la vive como parte de su propia naturaleza.

Esta distinción se vuelve crucial al comprender la naturaleza de la eticidad hegeliana. En lugar de una ética basada en la autolegislación y la aplicación universal de principios abstractos, Hegel nos presenta una ética que emerge del propio tejido de la realidad, de la interacción entre el individuo y el mundo, y que no se define por la razón autónoma, sino por la experiencia y la conciencia de sí.

2.2. La *Sittlichkeit* como unidad orgánica:

La eticidad hegeliana se basa en la idea de una “unidad orgánica” entre el individuo y el universal, donde el individuo no solo se enfrenta al mundo como un sujeto racional, sino que está conectado con la realidad de una manera profunda. Esta unidad se ve reflejada en la “conciencia de sí” (*Selbstbewusstsein*) que, según Hegel, es el fundamento de la eticidad.

La conciencia de sí no se limita a la mera autoconciencia, sino que se expande hacia una comprensión de la realidad como un todo interconectado. El individuo no está separado del mundo, sino que es parte de una totalidad orgánica en la que la individualidad se encuentra inseparablemente unida a lo universal. Esta unidad es la base de la eticidad, porque es en esta unidad donde el individuo puede encontrar su lugar y su sentido en el mundo.

2.3. Las etapas de la eticidad: Un viaje a través de la obra hegeliana

El desarrollo del concepto de *Sittlichkeit* a través de las etapas de la obra de Hegel comienza con el “Sistema de la eticidad” (*System der Sittlichkeit*) de 1802/1803 (GW 5, pp. 660-669), donde Hegel introduce por primera vez la idea de “eticidad absoluta”. En este sistema, Hegel busca superar la dualidad kantiana entre el “homo noumenon” y el “homo phaenomenon” mediante la filosofía de la identidad de Schelling, con la que busca unificar la razón y la experiencia, la norma y la motivación, la virtud y la felicidad.

Este sistema representa un intento de Hegel de superar la lógica binaria de la filosofía kantiana y de encontrar una unidad más profunda en la realidad. A través de la filosofía de la identidad de Schelling, Hegel busca superar la separación entre lo racional y lo sensible, entre el pensamiento y la experiencia, y entre la ley moral y la vida real.

2.4. El *Naturrecht* y la actitud especulativa

En el texto sobre el derecho natural (*Naturrecht*) de 1802, Hegel (GW 4, pp. 417-485) profundiza en la idea de *eticidad absoluta*, mostrando la necesidad de una “actitud especulativa” para comprenderla. Esta actitud especulativa se opone al *derecho natural empírico* que, según Hegel, no alcanza a comprender la totalidad de la eticidad y se limita a una visión fragmentada del derecho natural.

Hegel critica la visión empírica del derecho natural porque no reconoce la interconexión entre lo individual y lo universal, entre lo abstracto y lo concreto. Para comprender la eticidad, según Hegel, es necesario ir más allá de las normas abstractas y de la simple aplicación de principios morales. Es necesario adoptar una actitud especulativa que pueda captar la totalidad de la realidad y que pueda ver la eticidad como un proceso dinámico y complejo, que no se limita a la aplicación de reglas, sino que se extiende a la vida social, política y cultural.

2.5. El problema de la reconciliación: *La unidad más allá de la dualidad*

El concepto de *reconciliación* (*Versöhnung*) llega a ser un elemento fundamental de la eticidad. La reconciliación, para Hegel, no es una acción moral, sino una experiencia de la unidad total que subyace a la existencia. Es la superación de la dualidad entre sujeto y objeto, entre el *yo* y el *otro*; y la realización de una unidad orgánica entre el individuo y el universo.

La reconciliación es el proceso por el cual se supera la separación entre el individuo y el mundo, entre el sujeto y el objeto, y se alcanza una unidad más profunda. Es la superación de la *alienación* y del conflicto, y la realización de una unidad orgánica entre el individuo y el universo.

2.6. El reconocimiento como eje de la comunidad: *La base de la vida social y política*

Hegel utiliza el concepto de *Anerkennung* (*reconocimiento*) como el eje central de su concepción de la eticidad. El reconocimiento es el acto por el cual los individuos se reconocen mutuamente como seres libres e iguales, y es lo que permite la formación de una vida social y política basada en la libertad y la justicia.

El reconocimiento es esencial para la eticidad porque permite la formación de la comunidad, la sociedad y el Estado. A través del reconocimiento, los individuos se vinculan unos con otros, forman lazos de cooperación y solidaridad, y construyen instituciones que garantizan la libertad y la justicia.

2.7. La recepción del concepto de eticidad: *Diversas interpretaciones y debates*

En este punto es importante mencionar el trabajo de *Eduard Gans* (2005), quien interpreta la *Sittlichkeit* como un “edificio de la

subjetividad” que se opone a las fuerzas externas del derecho y la moral. Gans ve la eticidad como una construcción individual, en la que el individuo se enfrenta al mundo y busca construir su propia vida moral.

Gans, a través de su interpretación, introduce una visión más individualista de la eticidad, alejándose de la visión hegeliana de la unidad orgánica entre el individuo y el universo. Esta visión individualista se refleja en la idea de que la eticidad es una construcción *personal* que se opone a las normas externas del derecho y la moral.

También es importante mencionar la obra de *Johann Erdmann* (1851), quien interpreta la eticidad como una “multiplicación” de la moral y el derecho, que se combinan de manera “química” para crear una nueva realidad. Erdmann destaca la importancia de conceptos como “fidelidad” y “pietas” como elementos centrales de la eticidad.

Erdmann, a través de su enfoque, busca comprender la eticidad como una síntesis de la moral y el derecho, que se complementan y se enriquecen mutuamente. Esta visión, a diferencia de la de Gans, busca una integración más profunda entre el individuo y la sociedad, reconociendo la influencia de la moral y el derecho en la formación de la eticidad.

2.8. La *Sittlichkeit* en la obra de Liebrucks:

La dimensión lingüística de la ética

Finalmente, hay que centrarse en la obra de Bruno Liebrucks, quien destaca la importancia de la “eticidad absoluta” y la necesidad de encontrarla en la esfera del lenguaje. Liebrucks argumenta que el lenguaje es el espacio donde se realiza la *Sittlichkeit*, y que el “acto de hablar” es el fundamento de la acción ética. Aquí se subraya el concepto de “Handle sprachlich!” (¡actúa lingüísticamente!) como el imperativo central de la ética lingüística.

Liebrucks introduce una nueva perspectiva sobre la eticidad al vincularla con el lenguaje. Para él, el lenguaje no es solo un instrumento de comunicación, sino que es la base de la construcción del mundo social, de la formación de la identidad y de la acción ética. El acto de

hablar es un acto de eticidad porque es en el lenguaje donde los individuos se vinculan unos con otros, construyen un mundo común y se reconocen mutuamente como seres libres e iguales.

2.9. Conclusión: *La Sittlichkeit como un camino abierto al futuro*

Hoffmann sugiere que, a pesar de las críticas que se han hecho a la eticidad hegeliana, su concepción sigue siendo relevante y ofrece una perspectiva valiosa para comprender la naturaleza de la acción ética. Hegel nos ofrece una visión de la eticidad como una realidad dinámica y compleja, que no se limita a la moral individual, sino que se extiende a la vida social, política, cultural y artística. Su concepción de la eticidad como una “totalidad” nos invita a pensar en una ética que no se basa en la imposición de normas externas, sino en la construcción de una vida colectiva basada en el reconocimiento mutuo y en la búsqueda constante de la unidad.

La eticidad hegeliana nos ofrece así una visión de la ética como un proceso dinámico y complejo, que no se limita a la aplicación de reglas, sino que se basa en la construcción de una vida común basada en el reconocimiento mutuo y en la búsqueda constante de la unidad.

3. Pertinencia, alcance y límites del concepto de eticidad para analizar el presente (Steffen Schmidt)

3.1. Introducción conceptual

Schmidt (2019) comienza reconociendo la desconfianza general hacia el concepto de eticidad hegeliana en la sociedad actual, visto como un término anticuado, asociado a la moral tradicional y a la imposición de normas. Parecería así percibirse como un concepto ajeno a la realidad dinámica de la sociedad moderna, asociada más bien con el individualismo y la autonomía.

Schmidt argumenta que esta desconfianza se debe a la falta de conocimiento sobre el verdadero significado del concepto de eticidad.

Para ello, se centra en la obra de Hegel, quien definió *eticidad* como el “concepto filosófico de la moralidad”, que representa las formas en que la vida humana se organiza y estructura en relación con la naturaleza, la cultura y el espíritu.

Hegel veía a la eticidad como un marco social que permite la libertad individual, la autodeterminación y el desarrollo pleno del individuo, sin ser individualista o impositivo. Este concepto es un puente entre el mundo natural y el mundo espiritual, entre las necesidades individuales y las exigencias sociales, formando un sistema complejo de relaciones interpersonales.

3.2. Contexto histórico

Schmidt explora el contexto histórico en el que Hegel desarrolló su concepto de eticidad, argumentando que el filósofo buscaba comprender su época y sus contradicciones, la transición hacia la modernidad y las nuevas formas de vida que emergían.

Hegel se habría enfrentado a las principales corrientes filosóficas de su tiempo, que ponían su énfasis en la razón y en la individualidad, lo que consideraba un enfoque incompleto e incluso peligroso, ya que conducía a un individualismo radical y a la pérdida de la conexión con la comunidad.

Hegel, al recurrir al concepto de eticidad, buscaba recuperar un elemento fundamental para la vida social: la integración de la individualidad dentro de un marco social que garantizara la libertad individual y la armonía social, sin recurrir a la moral tradicional ni a la simple imposición de reglas.

3.3. Relevancia actual

Schmidt argumenta que el concepto de eticidad de Hegel sigue siendo relevante en la actualidad, ya que ofrece una crítica al individualismo moderno, que se caracteriza por la falta de sentido de comunidad y por la búsqueda de la satisfacción individual por encima del bien común.

El autor destaca la riqueza del concepto de eticidad para comprender y analizar los desafíos de la sociedad actual, como la desigualdad social, la fragmentación social, la crisis de la democracia y la desconfianza en las instituciones, ofreciendo un marco conceptual para buscar soluciones que permitan una mayor integración y una vida social más justa.

3.4. *Alcance*

Schmidt analiza cómo las ideas de Hegel han tenido un amplio alcance en la sociedad moderna, siendo recogidas e incorporadas por diversas disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología, que estudian cómo se forman las normas sociales, las estructuras de poder y los sistemas de creencias que regulan la vida social.

Sin embargo, también se considera que no se puede hablar de una “absorción” de Hegel, ya que aún es necesario un análisis directo de su obra para comprender los desafíos actuales y encontrar soluciones viables a los problemas que se derivan de la crisis de la eticidad en la sociedad moderna.

3.5. *Limitaciones del teorema.*

Eticidad post-tradicional en la sociedad fluida

Schmidt reconoce que existen límites al concepto de eticidad de Hegel en la sociedad actual, caracterizada por la incertidumbre, la fragmentación y la fluidez, en la que las tradiciones y las normas sociales son desafiadas constantemente.

El autor explora las críticas a la idea de eticidad como un marco sólido y estable, y analiza cómo las nuevas formas de vida, la diversidad cultural y la globalización han modificado las relaciones entre los individuos y las comunidades.

Se plantea la cuestión de si el concepto de eticidad puede seguir siendo un concepto válido en una sociedad tan cambiante, o si se requiere un nuevo modelo de moralidad para comprender las nuevas formas de vida que emergen.

En su conclusión, Schmidt defiende la vigencia del concepto de eticidad de Hegel, pero con un enfoque actualizado y crítico, que tenga en cuenta las nuevas realidades sociales.

Argumenta que, aunque las ideas de Hegel son relevantes, es necesario reinterpretarlas a la luz de los desafíos actuales y de los nuevos fenómenos que han surgido en el mundo contemporáneo.

El autor considera que es necesario un diálogo interdisciplinario para comprender el significado de eticidad en la sociedad actual y para encontrar soluciones que permitan una mejor integración y armonía social, que reconozcan la diversidad y la complejidad de la vida social actual.

El artículo de Schmidt es una valiosa contribución al debate sobre la eticidad en la sociedad moderna. Es un análisis profundo y crítico, que nos invita a reflexionar sobre el papel de la moralidad en la sociedad actual y a buscar nuevas formas de construir una vida social más justa y armoniosa.

Conclusiones

El debate sobre eticidad, moralidad y Estado en Hegel entre Siep y Tugendhat revela profundas divergencias. Tugendhat critica a Hegel, acusándolo de tendencias totalitarias y de distorsionar conceptos de libertad y responsabilidad, influido por la relación de Hegel con el marxismo y defensores del statu quo. Considera, además, que Hegel adapta a los individuos al Estado sin conciencia de responsabilidad. Por su parte, Siep argumenta que Tugendhat malinterpreta la teoría de autoconciencia de Hegel, confundiendo su relación entre sujeto y objeto. Siep sostiene que para Hegel, el desarrollo de la autoconciencia y la autodeterminación se integra en la estructura del todo, y no se limita a lo individual, destacando la importancia de la interconexión

entre individuos y totalidades intelectuales e institucionales. La perspectiva de Siep sobre Hegel incluye la influencia racional de la historia sobre la moral, mientras que Tugendhat privilegia una noción más independiente de autodeterminación. En el contexto contemporáneo, Siep cuestiona si la teoría de Tugendhat realmente ofrece un avance sobre Hegel en la resolución de conflictos sociales y en la construcción de una mejor sociedad.

Hoffmann, por su lado, examina la eticidad (*Sittlichkeit*) en la obra de Hegel, destacando su diferencia con la ética kantiana centrada en la autonomía individual. La eticidad de Hegel se entiende como una realidad viva y orgánica que integra individuo y universo, superando dualidades y normas externas. Se desarrolla a través de etapas desde su “Sistema de la eticidad”, buscando una unidad que trasciende la separación entre razón y experiencia. La reconciliación y el reconocimiento son clave en esta concepción, facilitando la cohesión social y política. Diversas interpretaciones posteriores, como las de Gans y Erdmann, debatieron su enfoque, mientras que Liebrucks resalta la dimensión lingüística de la eticidad. Hoffmann concluye que, pese a las críticas, la eticidad hegeliana sigue siendo relevante, ofreciendo una visión ética dinámica que promueve una vida colectiva basada en el reconocimiento mutuo.

Por último, Schmidt aborda la eticidad hegeliana, que a menudo se percibe como obsoleta en la sociedad actual, caracterizada por individualismo y autonomía. Argumenta que esta desconfianza surge del desconocimiento y destaca que Hegel veía la eticidad como un marco que permite la libertad y el desarrollo individual, integrando lo social y lo individual. Aunque el concepto confrontó el pensamiento de su época, todavía ofrece un marco relevante para abordar problemas contemporáneos como la desigualdad y la crisis democrática. Schmidt reconoce las limitaciones del concepto en un mundo cambiante y aboga por su reinterpretación crítica para enfrentar los desafíos modernos mediante un diálogo interdisciplinario que promueva una sociedad más integrada y justa.

Bibliografía

- Bender, C. (2019). Hegels Beitrag zum Verständnis von Familie, Gesellschaft und Staat im Deutschland der Gegenwart. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1.^a ed., pp. 215-250). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-215>
- Böckenförde, E.-W. (2007). Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. En *Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert* (pp. 43–72). Carl Friedrich von Siemens Stiftung. (1967)
- Erdmann, J. E. (1851). *Philosophische Vorlesungen über den Staat*. HW Schmidt.
- Gans, E., & Braun, J. (2005). *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte: Vorlesungen nach GWF Hegel*. Mohr Siebeck.
- Hegel, G. W. F. (1968). Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältniß zu den positiven Rechtswissenschaften. En H. Buchner & O. Pöggeler (Eds.), *Gesammelte Werke. Jenaer kritische Schriften* (Vol. 4, pp. 417-485). Felix Meiner Verlag.
- Hegel, G. W. F. (1975). *Jenaer Systementwürfe I* (K. Düsing & H. Kimmerle, Eds.). Felix Meiner Verlag.
- Hegel, G. W. F. (1976). *Jenaer Systementwürfe III* (R. P. Horstmann, Ed.). Felix Meiner Verlag.
- Hegel, G. W. F. (1980). *Gesammelte Werke. Phänomenologie des Geistes* (W. Bonsiepen & R. Heede, Eds. Vol. 9). Felix Meiner Verlag. <https://doi.org/10.28937/978-3-7873-3389-9>
- Hegel, G. W. F. (1998). *Gesammelte Werke. Schriften und Entwürfe (1799-1808)* (M. Baum & K. R. Meist, Eds. Vol. 5). Felix Meiner Verlag. <https://doi.org/10.28937/978-3-7873-3385-1>

- Hegel, G. W. F. (2009). Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. En K. Grotzsch & E. Weisser-Lohmann (Eds.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel - Gesammelte Werke* (Vol. 14,1). Hamburg: Felix Meiner Verlag.
- Hoffmann, T. S. (2019). Variationen über Sittlichkeit. Zum Gehalt und zur Rezeption eines hegelschen Theorems. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 145-162). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-145>
- Hofmann, C. (2019). Sittlichkeit und geschichtliche Entwicklung. Die Konkretion der Freiheit als bleibende Aufgabe der Moderne. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 125-144). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-125>
- Ilting, K.-H. (1983). *Naturrecht und Sittlichkeit: begriffsgeschichtliche Studien* (Vol. 7). Klett-Cotta.
- Kant, I. (1914). Metaphysik der Sitten. En G. Wobbermin & P. Natorp (Eds.), *Kant's gesammelte Schriften* (Vol. VI, pp. 203-794). Reimer. (1797)
- Kersting, W. (1995). "Sittlichkeit; Sittenlehre". En J. Ritter, K. Gründer, & G. Gabriel (Eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Vol. 9, pp. 907-923). Schwabe.
- Krijnen, C. (2019). Die Freiheit des Sittlichen. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 163-182). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-163>
- Liebrucks, B. (1966). Wege zum Bewußtsein. Im Raum von Kant, Hegel und Marx. En *Sprache und Bewusstsein* (Vol. 3, pp. 674). Akademische Verlagsgesellschaft.
- Nuzzo, A. (2016). Libertad y contradicción en el mundo ético. *Cuadernos de Filosofía*(63), 23-36. <<http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CdF/article/view/3104>>

- Parfit, D. (2011). *On What Matters: Volume One* (S. Scheffler, Ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199572809.001.0001>
- Rendón, C. E. (2007). La lucha por el reconocimiento en Hegel como prefiguración de la eticidad absoluta. *Ideas y Valores*, 56(133), 95-112. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80915460006> (IN FILE)
- Ruiz Caballero, C. (1999-2000). El concepto hegeliano de eticidad y el comunitarismo. *Seminarios de Filosofía*(12-13), 197-212. <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/9965/000375953.pdf?sequence=1>
- Schild, W. (2019). Das Böckenförde-Diktum. Zu den nicht von ihm zu garantierenden Voraussetzungen des Staates. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 183-214). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-183>
- Schmidt, C. (2019). Die Sittlichkeit der Freiheit. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 91-108). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-91>
- Schmidt, S. (2019). Relevanz, Reichweite und Grenzen des Sittlichkeitskonzepts für die Analyse der Gegenwart. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 251-272). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-251>
- Schwenzfeuer, S. (2019). Zwischen Moralität und Sittlichkeit. Bemerkungen zu Hegels Analyse der Logik des Guten. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 71-90). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-71>

- Siep, L. (1981). Kehraus mit Hegel? Zu Ernst Tugendhats Hegelkritik. *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 35(H. 3/4), 518-531.
- Spieker, M. (2019). Die Bildung der Sittlichkeit. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 109-124). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-109>
- Spieker, M., Schwenzfeuer, S., & Zabel, B. (2019). Einleitung. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 7-14). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-7>
- Stekeler-Weithofer, P. (2019). Die Sittlichkeit der Person. Subjektive Moralität und Eigentum in Hegels Logik der Freiheit. En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 47-70). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-47>
- Tugendhat, E. (1979). *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung: Sprachanalytische Interpretationen*. Suhrkamp.
- Zabel, B. (2019). Hat die Idee der Sittlichkeit noch eine Zukunft? En M. Spieker, S. Schwenzfeuer, & B. Zabel (Eds.), *Sittlichkeit: Eine Kategorie moderner Staatlichkeit?* (1 ed., pp. 15-46). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. <https://doi.org/10.5771/9783845275352-15>

**EL ACTO ADJUDICATIVO JUDICIAL COMO INSTANCIA DE
DETERMINACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA JURÍDICA DE JOHN FINNIS

Directora

Dra. Eliana De Rosa

Co-directora

Prof. Laura Alicia Giunta

Investigador

Dr. Víctor Duplancic

Alumnas becarias

María de los Ángeles Díaz, Ana María Cano,
Tais Belén Castro Bastias, Martina Rebman, Ana Paula Romero

Contenido

I. Introducción	85
II. Metodología	86
III. Discusión	87
1. Concepción positivista de la adjudicación judicial	88
2. El paradigma de la argumentación jurídica	89
Resultados	93
1. ¿Qué es la <i>determinatio</i> ?	93
2. La especificidad de la <i>determinatio tomista</i> en el esquema finnisiano	93
3. ¿Cabe para Finnis alguna instancia de determinación en sede judicial?	99
Conclusión	102
Bibliografía	103

I. Introducción

En materia de derechos humanos, el tránsito del Estado legal de derecho al estado constitucional de derecho ha representado un verdadero avance. No obstante, la superación del paradigma de la subsunción ha traído aparejadas otras dificultades. En primer lugar, es posible identificar como una implicancia relevante de este cambio la necesidad de que los principios iusfundamentales sean sometidos a un proceso de determinación para su recepción concreta en las reglas de derecho positivo, lo cual es tarea del legislador. En segundo lugar y en un sentido más concreto, la dificultad más obvia se da en el ámbito de la praxis judicial y consiste en que los marcos de referencia normativos desde los cuales opera el juez se han ampliado considerablemente como consecuencia del pluralismo de fuentes (positivas, suprapositivas y extrapositivas). Esto se traduce en un aumento de la discrecionalidad en la tarea interpretativa del juez, discrecionalidad esta que puede llegar a incluir instancias de creatividad, lo cual complejiza aún más la praxis argumentativa como instancias justificadoras tanto de la interpretación como del “espacio jurídico” (Viola, 2018, p. 25) desde el que se opera. En este contexto, el proceso de determinación se desenvuelve en dos niveles: el de definición del contenido del principio en reglas jurídico-positivas, llevado a cabo por el legislador, y el de aplicación de ese contenido al caso concreto, llevado a cabo por el juez.

En este nivel, la práctica judicativa se complejiza aún más, ya que el juez no aplica solo las reglas producidas por el legislador que determinan los principios, sino que los principios son directamente aplicados por los jueces junto con las reglas. Además, esos principios en algunos sistemas jurídicos sirven como pauta o criterio para que los jueces determinen la validez de las reglas que produce el legislador. El panorama descrito torna obsoleta la tesis de las fuentes sociales para justificar las conductas que impera el orden jurídico positivo, sin una necesaria remisión a otros órdenes normativos, reafirmando la necesidad

de que las prácticas jurídicas se desenvuelvan dentro de marcos de racionalidad, tal como afirman desde antaño las teorías iusnaturalistas. Dentro de los autores enmarcados en la tradición del derecho natural, quien ha desarrollado en profundidad el problema de la determinación de las prácticas jurídicas es el profesor emérito de la Universidad de Oxford, John Finnis. Su desarrollo se focaliza en la praxis determinativa que realiza el legislador. Este proyecto se propuso investigar en la teoría jurídica del profesor Finnis si el proceso determinativo de principios iusfundamentales se circunscribe a la esfera legislativa, o se extiende también a la esfera adjudicativa judicial, si es un proceso previo o concomitante al acto concreto de adjudicación judicial, así como también de qué modo incide el resultado de la determinación en el razonamiento judicial.

II. Metodología

El presente trabajo de investigación ha requerido el empleo de una metodología de tipo cualitativa que se ha desarrollado básicamente en tres etapas: una de tipo heurística, esto es, de búsqueda y selección del material bibliográfico; una segunda etapa de desarrollo o análisis crítico del problema y una tercera etapa de transferencia la cual consistió en la redacción de una ponencia que fue expuesta en las mediante la presentación de una ponencia, en las IV Jornadas Nacionales e Internacionales de Argumentación Jurídica, tituladas *Nuevas Perspectivas de la Argumentación jurídica en el Siglo XXI*, coorganizadas por el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino, La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa y el Instituto Tarello. Dichas

jornadas fueron difundidas por el YouTube¹. Asimismo, la ponencia presentada en dichas jornadas será objeto de publicación en las actas respectivas, la cual se destina a una publicación colectiva a cargo de la Editorial EDUNLPAM de la Universidad Nacional de La Pampa.

III. Discusión

Hace unos años, Silva Irrazabal escribía un trabajo a propósito de la temática propuesta en el presente proyecto de investigación, formulando el siguiente interrogante:

“¿Por qué el juez habría de garantizar los derechos fundamentales según las directrices fijadas por el legislador en la ley? En una época en que los derechos fundamentales son percibidos precisamente como una defensa contra el poder, los jueces disfrutaban –quizá como nunca antes– de libertad para determinar el contenido de los derechos fundamentales al margen de o contra la ley” (Silva Irrazabal, 2020, p. 332). A la respuesta a este interrogante importa asumir el reto de debatir y definir, dada la peculiar configuración escénica que han adquirido las prácticas jurídicas en la actualidad, a qué órgano corresponde la tarea de definir el contenido de principios de derecho fundamental. Esto último nos conduce a revisar el alcance de la función jurisdiccional y de la actividad adjudicativa conforme a la evolución de los distintos paradigmas epistemológico-jurídicos.

En concreto, interesa repasar brevemente el lugar que ocupa la determinación en el acto de adjudicación en función del paradigma epistémico desde el cual se aborde. En este orden de ideas, cabe identificar dos grandes concepciones:

1. Disponibles en los siguientes enlaces: día 12 de marzo https://www.youtube.com/watch?v=yWgw_0c1eRg, y día 13 de marzo <https://www.youtube.com/watch?v=wpmVoegjQHU>

1. Concepción positivista de la adjudicación judicial

Como es sabido, durante la primera mitad del siglo **xx**, la praxis adjudicativa estuvo categóricamente anclada en los esquemas diseñados por el modelo positivista sobre todo a partir de los lineamientos teóricos y hermenéuticos suministrados por la llamada *Analitical Jurisprudence* (Jurisprudencia Analítica), cuyo representante más significativo ha sido –entre otros– Herbert L. A. Hart². Entre las tesis más significativas de este movimiento destacan las siguientes: (i) el derecho está constituido exclusivamente por normas que tienen su fuente en hechos sociales; (ii) la única vía de acceso cognitivo al derecho estaría dada por el análisis lógico-semántico del lenguaje jurídico que usan corrientemente los operadores del derecho; (iii) las valoraciones de tipo ético no constituyen parte esencial del concepto de derecho, aun cuando puedan formar parte esencial del razonamiento judicial; (iv) el control coactivo de la conducta social es el propósito más esencial del derecho (De Rosa, 2016, p. 425).

Este modelo reduce la adjudicación judicial en los ‘casos fáciles’ a meras operaciones de subsunción en los supuestos fácticos previstos en las normas. Para los llamados ‘casos difíciles’ (esto es, aquellos derivados de las dificultades provenientes del lenguaje en el que se formula la norma), la actividad judicativa se amplía abarcando operaciones de interpretación entre la variedad de significados posibles provistos por la norma. En esa inteligencia, el carácter de esta última actividad es discrecional ante la carencia de criterios de razonabilidad que orienten la actividad cognitiva del juez en la tarea de elegir el significado

2. Sobre la Jurisprudencia Analítica véase: *Analytic Jurisprudence*, véase, entre muchos otros: Shiner, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 199; Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 49 ss.; Bix, B., “Legal Positivism”, en AA.VV., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Ed. M.P. Golding & W.A. Edmundson, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2006, pp. 29-49; y Finnis, J., “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en *Collected Essays: IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 157-173.

que cabe adscribir a la formulación normativa. Por supuesto, en su primera etapa, este esquema no deja espacio para la determinación. En el supuesto de los casos difíciles, la determinación está confinada al abanico de significados posibles atribuibles a la norma.

2. El paradigma de la argumentación jurídica

Habiéndose comprobado las relevantes deficiencias del modelo positivista de la adjudicación, a partir de la segunda mitad del siglo XX³, principalmente a partir de los acontecimientos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial entra en escena un modelo que se focaliza en superar el reduccionismo técnico propio de aquella concepción y recuperar criterios de racionalidad práctica fundamentalmente de la mano del movimiento iusfilosófico conocido con el nombre de ‘Movimiento de Rehabilitación de la razón práctica’⁴ (en adelante MRRP), por el cual se retoma como punto de partida a cualquier curso de razonamiento la clásica distinción aristotélica entre conocimiento especulativo y conocimiento práctico, cuyo criterio de distinción radica en los fines que se propone alcanzar cada tipo de conocimiento. Explica Ángela Aparisi, a propósito de la situación previa al surgimiento del MRRP,

3. Sobre esta versión del positivismo, entre otras posibles referencias, véase:

Hart, H.L.A., “Introduction”, en Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing, 1998, pp. vii-xxi; también: Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2011, pp. 35-59.

4. Como es sabido, este movimiento tuvo su epicentro hace algunas décadas fundamentalmente en Alemania y EEUU, y –como señala Ángela Aparisi– “supuso una nueva reorientación: permitió sentar las bases para superar las estrechas limitaciones del método positivista, del propio positivismo y de sus consecuencias en el campo de la moral y del derecho. En este sentido, podríamos destacar que, quizás una de las características de la filosofía actual es la atención prestada a la acción humana y a su carácter intencional. En este punto podríamos destacar las aportaciones de, entre otros autores, Elisabeth Anscombe, Alasdair MacIntyre, Marta Nussbaum, Germain Grisez, Joseph Boyle, John Finnis, Russell Hittinger, Ralph McInerny, Steven Long, Steven Jensen, Martin Rhonheimer o Henry Veatch. Así, por ejemplo, este último autor llevó a cabo una filosofía moral basada en la teoría de la acción de Aristóteles, posteriormente desarrollada por Tomás de Aquino” (Aparisi, 2017, p. 153-154).

que, durante el auge del paradigma positivista, la consideración del razonamiento moral y jurídico como ámbito propio de la razón práctica se encontró “hasta hace algunas décadas, oscurecida por la mentalidad moderna y su modelo predominante de ciencia. Tal mentalidad tendía a situar ambos razonamientos en el campo de la razón teórica, lo que impedía comprender adecuadamente la naturaleza, tanto del derecho como de la moral” (Aparisi, 2017, p. 151).

Esta corriente se propuso básicamente brindar un horizonte de recuperación de inteligibilidad suministrando herramientas hermenéuticas que estén en condiciones de orientar el razonamiento y la adjudicación judicial. Esto último implica la exigencia de que todo acto adjudicativo tiene que estar justificado. En ese orden de ideas, la actividad del adjudicador que impera una conducta en el acto de adjudicación tiene que dar razones de su decisión, es decir, debe argumentar.

En el seno del Movimiento de Rehabilitación de la razón práctica, rápidamente se bifurcó en dos vertientes bien definidas: (i) una de ellas enraizada en la tradición aristotélico-tomista, entre quienes se destacan Kalinowski, Ollero, Hervada, Massini Correa, entre otros, y la otra enmarcada en la tradición moderna kantiana, encabezada por Robert Alexy, Perelman, Toulmin, entre otros. La primera de estas vertientes aludidas propone una concepción en la que el acto adjudicativo se desenvuelva en una dinámica gobernada por criterios de racionalidad práctico-prudencial; mientras que la segunda incorpora una estructura compuesta de instancias de “justificación interna” o de razonamiento formalmente correcto y otra de “justificación externa” consistente en fundamentar premisas empleadas en la instancia de justificación interna (Alexy, 1989). Entre otras cosas, este cambio de paradigma supone reconocer las necesarias vinculaciones del derecho positivo con la moral, lo cual se evidencia fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos como marco de referencia último con el que se confronta cualquier sistema jurídico que se precie de regir en una democracia.

Tal como lo explica Silva Irarrazabal, “la universalidad del consenso alcanzado en torno a los derechos humanos pone de manifiesto,

en el fondo, el carácter básico de los principios que estaban en juego. Conforme a la tradición aristotélico-tomista, los primeros principios universales de la ley moral natural son evidentes en sí mismos y se corresponden con los bienes objeto de las inclinaciones básicas del ser humano” (Silva Irarrazabal, 2020). En efecto, la categoría “derechos humanos” es una categoría de naturaleza moral que penetra en la órbita de lo jurídico, mediante un dispositivo conocido como “principio”, y cuya formulación se lleva a cabo en elevados niveles de generalidad y abstracción. En el esquema propuesto por este paradigma, la determinación adquiere un rol protagónico, y comienza a cobrar fuerza la discusión en torno al órgano legitimado para realizarla. La llamada “cultura de los derechos” ha complejizado de tal modo las prácticas jurídicas que requiere elucidar qué órgano debe encargarse de determinar el contenido de los derechos fundamentales.

En torno a esta última cuestión, es posible identificar dos visiones: (i) Aquellos que –como Dworkin– entienden que la instancia última de definición del contenido de los principios –concretamente, de los principios de derecho fundamental– es la adjudicación judicial (Dworkin, 1995). (ii) Aquellos que consideran que es la agencia legislativa la que se encuentra en condiciones más propicias para determinar el contenido de principios iusfundamentales.

En la teoría jurídica del profesor Finnis la determinación es un proceso que se inicia en el nivel de la razonabilidad práctica –a partir de la captación originaria de bienes humanos básicos y de su inteligibilidad–, y que, transitando por el ámbito de la moral, arriba en la dimensión jurídica mediante una serie de especificaciones de principios y normas. En materia de derechos humanos, Finnis afirma que los mismos “constituyen un simple modo de esbozar los perfiles del bien común, de los diversos aspectos del bienestar individual en la comunidad” (Finnis, 2011, p. 214). Finnis emplea la categoría tomista de la *determinatio* para referirse al modo de recepción de los principios de derechos humanos en el derecho positivo. En el caso de principios de derechos humanos, el esquema finnisiano parece asignar la tarea de determinación exclusivamente al legislador. Quienes siguen a Finnis

en esta posición aducen a favor de la determinación legal una serie de ventajas, a saber: (i) que la misma es auto-iniciada y auto-dirigida (*self-starting and self-directing*), (ii) que cumple con los desideratas propios del *Rule of Law*, fundamentalmente en lo que respecta al valor jurídico de la certeza, y quizás la razón de mayor peso es que permite limitar la discrecionalidad judicial marcando un límite preciso dentro del cual debe desenvolverse el razonamiento del juez. No obstante, también se advierte el reconocimiento, dentro del proceso de determinación legislativa, de una serie de instancias en las cuales se va definiendo, a través de una “cadena de especificaciones” (Webber, Yowel, Ekins, Köpcke, Miller, Urbina, 2018, p. 74), el contenido de los derechos humanos, pero siempre dentro de la órbita legislativa.

Esto último es congruente con la tesis finnisiana de que el derecho proporciona razones para la acción de tipo excluyente, es decir, razones que interrumpen el flujo del razonamiento práctico, pero el carácter excluyente de estas razones no se explica a partir del contenido, sino a partir de la fuente autoritativa de la cual emanan, y esta misma regla se aplicaría al acto adjudicativo. En este orden de ideas, cualquier actividad del adjudicador cuya naturaleza exceda los límites de la mera aplicación o interpretación, implicaría que se ha interrumpido el razonamiento práctico judicial. Ahora bien, tanto Finnis como sus seguidores admiten no solo la naturaleza teleológica del derecho, además de enfatizar el rol decisivo de la prudencia como en el razonamiento práctico en general, lo que necesariamente incluye al razonamiento jurídico como instancia de concreción del razonamiento práctico (Finnis, 1998).

Resultados

1. ¿Qué es la *determinatio*?

A priori cabe afirmar que la concreción o materialización de principios de derecho fundamental requiere un auténtico proceso determinativo y dado que los enunciados iusfundamentales son enunciados de naturaleza moral, estamos en condiciones de afirmar que toda instancia determinativa en el ámbito jurídico es una instancia de determinación de la razón práctica que remite a dimensiones estructurales de la realidad.

En la tradición, fundamentalmente a través de la filosofía de Tomás Aquino, fue conocida la categoría filosófica denominada '*determinatio*' para referirse a los procesos de razonamiento práctico que se originan en los primeros principios de la razón práctica (de carácter universal, evidente, y no derivados), y que luego exigen una especificación racional no deductiva (Aparisi, 2017, p. 156). Hoy ya no puede colocarse en tela de juicio que la categoría 'derechos humanos' es una categoría de naturaleza moral, pero llamada a operar en sede jurídica.

2. La especificidad de la *determinatio tomista* en el esquema finnisiano

Como se expuso al inicio, la complejidad del entramado iusfundamental radica no solo en la extrema generalidad, abstracción y vaguedad de los enunciados que los consagran, sino también en su contenido moral, lo que se traduce en una necesaria exigencia de determinación que importa trasponer al ámbito del derecho positivo dichas formulaciones abstractas y traducirlas a acciones concretas.

Lo dicho implica un explícito reconocimiento de la necesidad de vinculación conceptual entre derecho y moral. En este marco, cabe recalcar la relevancia de la contribución finnisiana consistente en una teoría de la ley natural que enclava en la estructura del razonamiento

práctico. En efecto, la tesis central de la teoría de la ley natural propuesta por el profesor Finnis reside en la identificación y reconocimiento de campos objetivos sobre los cuales recaen las concepciones evaluativas del florecimiento humano: los bienes humanos básicos, cuyas características inherentes y definitorias son la evidencia, y no derivación de otros principios, que, en definitiva, es lo que hace posible predicar su objetividad.

Se advierte entonces que esta tesis sería el resultado de un proceso en el que interactúan dos aspectos: uno sustantivo, que hace referencia a los móviles implicados en los procesos propios del razonamiento humano; y otro metodológico, que supone fijar el posicionamiento desde el cual se abordarán tales procesos de razonamiento.

En este sentido, conviene tener presente que la propuesta finnisiana de teoría del derecho –tal como señala Massini Correas– “se encuentra enmarcada en el contexto de un sistema completo de filosofía práctica: la suya es una filosofía del derecho que supone una filosofía política y una ética en general” (Massini Correa 2017, p. XXXII). Por lo que resulta esperable que el sistema conceptual desarrollado por Finnis en el campo de la ética –en cuanto a punto de partida de su teoría de la razón práctica– se proyecte también sobre su filosofía política y jurídica.

De este modo, se evidencia la necesidad de enfatizar que el método idóneo para el logro de este objetivo es la adopción del punto de vista interno, o perspectiva del participante, como “perspectiva adecuada –adecuada a su objeto– para que la consideración del derecho sea la propia del agente de praxis, que reflexiona sobre el fin de cada institución jurídica y del derecho como un todo, y sobre los medios para alcanzarlos en la convivencia política” (Massini Correa, 2017, p. XXXVI). En línea con este axioma explica Finnis:

... a cuestiones paralelas un individuo consiente o grupo o grupos de oficiales responsables (un juez, por ejemplo) [que se preguntan] ‘¿Qué debo hacer?’, ‘¿Cómo debo decidir, promulgar, requerir, promover?’. (...) ¿La preocupación dominante es juzgar por uno mismo qué razones son buenas para adoptar o rechazar tipos específicos de opción? Las sociedades, y sus leyes e instituciones, deben ser, por lo tanto, comprendidas como las entendería un participante en las deliberaciones

sobre las elecciones que se deben hacer o no (...) Este punto de vista ‘interno’ es dominante, y los estándares y normas de conducta nunca están constituidos por los hechos de la convención, costumbre o consenso (ni por el hecho de que la persona que delibera lo acepte) (Finnis, 2011, p. 94)⁵.

El derecho se presenta, así, como una instancia de concreción del razonamiento práctico que transita por los niveles ético, político y jurídico. En esta inteligencia, toda práctica jurídica constituye –o debería constituir– el último peldaño de un proceso de determinación que se origina en el nivel más elemental de la razón práctica que identifica ciertos fines de las acciones humanas como bienes en tanto que condiciones necesarias e indispensables para la realización humana. Ciertamente, no es razonable negar que la categoría jurídica ‘derechos humanos’ responde a esa misma lógica. Así lo explica el profesor de Oxford cuando apunta que:

... la tradición tiene un claro entendimiento de que no se puede razonablemente afirmar la igualdad de los seres humanos, o la universalidad o fuerza vinculante de los derechos humanos, a menos que se reconozca que hay algo acerca de las personas que los distingue racionalmente de las criaturas subracionales, y que, previo a cualquier reconocimiento de ‘status’, es intrínseco a la realidad fáctica de todo ser humano, adulto o inmaduro, saludable o discapacitado (Finnis, 2011, p. 95).

5. Dado que el autor ha recopilado sus trabajos en los denominados *Collected Essays*, los cuales constan de V volúmenes en el mismo año (2011), se hace expresa aclaración de que el texto citado corresponde al trabajo titulado *A Grand Tour of Legal Theory*”, publicado en *Collected Essays IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press.

El fragmento citado es concluyente en torno a la premisa por la que lo específico de la naturaleza humana es la racionalidad, la cual se materializa en la identificación de fines del comportamiento que son intelectualmente aprehendidos como bienes y que tornan inteligibles las acciones humanas.

Los objetos de la acción humana inteligible –escribe Finnis– son los bienes humanos que proveen lo racional para los actos, tanto si los objetos son fines en sí mismos (bienes intrínsecos) o medios para algún fin ulterior. Por consiguiente, un adecuado entendimiento de la naturaleza humana es una resultante de un entendimiento previo de los bienes humanos básicos seleccionados y dirigidos por los primeros principios de la razón práctica (Finnis, 2017, pp 19-20).

En este orden de ideas, el derecho se presenta en el esquema finnisiano como un estándar racional de conducta. Así lo explicita el mismo Finnis cuando afirma que:

... “derecho” puede ser empleado para referirse a algún criterio de juicio correcto en cuestiones de práctica (conducta o acción), algún estándar para evaluar opciones de conducta humana como buena o mala, correcta o incorrecta, deseable o indeseable, decente o no. Así es como debe ser usada la palabra en el término ley natural. (...) La idea es que el reconocimiento de esos estándares en la deliberación de alguien es parte de lo que es ser razonable –en la medida en que es parte de la razonabilidad como reconocimiento de realidades básicas (Finnis, 2011, p. 91)⁶.

6. Este fragmento también corresponde al trabajo titulado “A Grand Tour of Legal Theory”, en CEJF IV, *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 91. “So (...) ‘law’ can be used to refer any criteria of right judgment in matters of practice (conduct, action) any standards for assessing options for human conduct as good or bad, right or wrong, desirable or undesirable, decent or unworthy. That is the word is used in the term natural law. The idea is that the acknowledging these standards in one’s deliberations is part of what it is to be reasonable -as much part of reasonableness as acknowledging basic natural realities (la traducción es propia).

Así, la fuente de normatividad de determinadas acciones y fines de la conducta humana radica precisamente en la intelección de bienes en la medida en que se avizora que los mismos constituyen dimensiones perfectivas de la naturaleza humana. En otros términos, el carácter de bien del objeto/fin de las conductas está determinado por el dato empírico por el cual, los mismos constituyen condiciones elementales de realización humana y de búsqueda común para cualquier agente, no obstante la multiplicidad de bienes humanos considerados en abstracto. A su turno, cabe aclarar que la categoría ‘realización humana integral’ empleada por el profesor Finnis no es una noción de naturaleza metafísica, sino un principio de acción que prescribe la irracionalidad –y consecuente inmoralidad– de elegir cursos de acción que impliquen o de cualquier forma supongan desconocer, impedir o avasallar la búsqueda que otros hagan de bienes análogos.

Esta premisa marca una pauta clara al cauce por el cual debe discurrir el proceso de razonabilidad práctica y conduce al siguiente paso en el proceso de especificación y determinación de la normatividad moral hacia la normatividad jurídica:

La segunda estrategia de especificación del principio maestro de la moral –escribe Finnis– es (...) no hacer el mal –elegir destruir, dañar, o impedir alguna instancia de bien humano básico– por el bien que puede venir. Este es el fundamento de los derechos humanos verdaderamente inviolables y es la columna vertebral de un sistema jurídico decente, ya que un sistema jurídico decente excluye incondicionalmente el asesinato o daño a una persona humana inocente como medio para cualquier fin público o privado (Finnis, 2011, pp.121-122).

Del texto citado permite vislumbrar una pauta hermenéutica clara para la tarea de determinar el contenido de principios de derecho fundamental. En esa lógica, toda doctrina de derechos humanos que contradiga esta regla moral deviene inevitablemente en irrazonable, en la

medida en que se torna incompatible con el principio de universalidad que caracteriza al discurso de los derechos humanos, y hace igualmente inviable cualquier aproximación a la noción de bien común considerado en términos de acceso a los bienes básicos de todos y cada uno.

La fuerza moral vinculante de esos principios surge cuando esa primera normatividad adquiere carácter general –“integral” (Finnis, 2011⁷)–, pero aun aquí nos encontramos situados en un nivel demasiado genérico que puede dificultar la traducción en reglas de conducta concretas. De modo tal que será necesario un nivel más en el proceso de especificación, y este proceso se desenvolverá en dos momentos: (i) por un lado, la identificación de aspectos estables de la realidad humana, y (ii) por otro lado, una selección racional de esos aspectos, consistente en una operación que Tomás de Aquino denominaba *determinatio*. En esta instancia del proceso es donde aparecen en escena las comunidades políticas como agentes encargados de generar una estructura fundacional de principios morales esenciales.

En tales comunidades, –apunta Finnis– el medio normal para tomar las determinaciones necesarias es la institución de la autoridad gubernamental actuando en primera instancia a través de la legislación y otras formas de elaboración de leyes, es decir, actuando como una fuente de hechos sociales de leyes positivas (postuladas) (Finnis, 2015).

Este último fragmento proporciona un indicio claro respecto al problema planteado en este trabajo en torno a la definición de los agentes encargados de trasponer premisas de tipo moral al ámbito jurídico, máxime cuando de lo que se trata es de determinar el contenido de principios de derecho fundamental. En efecto, no cabe duda de que Finnis asigna en este punto un rol preponderante a la agencia legislativa, sin perjuicio de ulteriores determinaciones que puedan tener lugar en el contexto de la adjudicación.

7. Esta cita corresponde al trabajo publicado en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, titulado “Natural Law Theories”, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>. Última revisión en 2015.

3. ¿Cabe para Finnis alguna instancia de determinación en sede judicial?

Sin perjuicio de la tesis central del profesor Finnis en favor de atribuir a la agencia legislativa la misión fundamental de determinar el contenido de derechos humanos, ello no equivale a afirmar sin más que no den instancias de especificación en la praxis adjudicativa. En efecto, y atendiendo a la naturaleza y características inherentes al acto adjudicativo que culminan resolviendo un conflicto de intereses y con el imperio de una conducta, no será posible negar que el proceso de determinación al menos requerirá adaptar la generalidad de los términos de la ley a las circunstancias del caso.

En uno de sus trabajos publicados en *Collected Essays I* titulado *Legal Reasoning as Practical Reason*, Finnis (2011, pp. 212-230) analiza el tipo de razonamiento que tiene lugar en la adjudicación, al que califica como instancia de concreción dentro del razonamiento práctico que se origina con la captación intelectual de los principios de la razón práctica generando razones para la acción que trascienden el plano individual cuando se identifican bienes comunes o bienes individuales de cuya participación es condición de realización para cualquier empresa colectiva, y en esa lógica el proceso avanza hacia las dimensiones éticas, políticas y jurídica para finalmente constituirse en explicación última del Estado y del derecho. La indagación sobre estos bienes-fines es lo que permite la comprensión de prácticas humanas individuales y colectivas, a condición de que las mismas discurren dentro del cauce de la racionalidad.

Con este propósito y a los fines de llevar adelante esta empresa, Finnis se propone definir una serie de condiciones elementales que debe cumplir el razonamiento jurídico para no devenir en irracional. No obstante, Finnis hace expresa salvedad de que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento técnico que, si bien se relaciona, no debe confundirse con el razonamiento moral. A tal efecto, especifica los fines que permiten identificar y distinguir uno y otro tipo de razonamiento:

Como todo razonamiento técnico, –explica Finnis– se ocupa de lograr un propósito particular, un estado de cosas definido que se puede alcanzar mediante disposiciones eficientes de los medios para lograr un fin. El fin particular aquí es la resolución de disputas (y otras acusaciones de mala conducta) mediante la provisión de una directiva suficientemente definida y específica para identificar a una parte como correcta (en lo correcto) y a la otra como incorrecta (no en lo correcto) (Finnis, 2011, 220).

Aun así, los componentes de esta técnica asegurada por valores que –como la certeza y la seguridad jurídica– son de naturaleza procesal, no pueden ignorar que todos ellos están al servicio de fines de una práctica, como señala Finnis, “está en sí misma al servicio de un bien más amplio que (...) no es reducible a una meta definida, sino que es más bien un bien indefinido que las personas pueden alcanzar, y sus comunidades pueden participar sin capturar ni agotar jamás: el bien de la armonía justa. Este bien es un bien moral en la medida en que es promovido y respetado como un aspecto del ideal de realización humana integral. Como bien moral, sus implicaciones están especificadas por todos los principios morales que podrían afectarlo” (Finnis, 2011, p. 220).

En otras palabras, en los fines que informan las prácticas sociales en general y las prácticas jurídicas en particular siempre se pueden identificar los bienes subyacentes que dirigen los procesos de razonamiento. El problema que sigue inmediatamente es el siguiente: poniendo en foco el desempeño de la judicatura, Finnis argumenta contra Dworkin que no hay forma de comprometerse con la búsqueda de la respuesta correcta sin a su turno comprometerse con algún criterio de evaluación de dicha respuesta, consideradas todas las alternativas posibles. De este modo, aporta algunos lineamientos que contribuyan a orientar las operaciones implicadas en el razonamiento jurídico que –como la interpretación– supone optar entre distintas alternativas será racional en alguno de estos tres sentidos posibles: (i) cuando

cumple con todos los requerimientos de la razonabilidad práctica y, por tanto, sea moralmente correcta; (ii) cuando la elección que está motivada racionalmente en el sentido de que su objeto ha sido moldeado por la inteligencia práctica y tiene un atractivo racional, incluso si en algún aspecto está motivada en última instancia por el sentimiento más que por la razón, sentimientos que hasta cierto punto han encadenado y la razón instrumentalizada, y por lo tanto es irrazonable e inmoral, aunque racional; y (ii) decisión y acción que es técnica (tecnológicamente) correcta, es decir, que es identificable según algún arte o técnica como la más efectiva para alcanzar el objetivo técnico relevante; típicamente, la decisión para la cual existe, dentro de esta técnica (por ejemplo, este juego) (Finnis, 2011, pp. 218-219).

En los casos en los que el razonamiento jurídico tiene que articular premisas que se desenvuelven en un nivel predominantemente moral más que jurídico, como es el caso de los procesos adjudicativos en los que se invocan y ventilan principios de derecho fundamental, Finnis entiende que las elecciones que deban realizarse en este contexto deben cumplir al menos con la siguiente condición: a saber: “uno de los principios de la moralidad, (...) excluye actuar contra una razón básica eligiendo destruir o dañar cualquier bien humano básico en cualquiera de sus instancias en cualquier persona humana. Porque estas ejemplificaciones no son más que aspectos de las personas humanas, presentes y futuras, y las personas humanas no pueden reducirse racionalmente a los factores conmensurables capturados por el razonamiento técnico” (Finnis, 2011, p. 225).

Conclusión

El presente trabajo nos ha permitido concluir a priori que, en el esquema teórico propuesto por Finnis, la *determinatio* como acto de concreción de los primeros principios de la razón práctica llamados a transponerse a la órbita jurídica a través de principios iusfundamentales, se encuentra predominantemente atribuido a la agencia legislativa.

En esa inteligencia, no sería atribución de la agencia judicial la materialización del contenido de derechos humanos, sin perjuicio de que, en los hechos, en no pocas ocasiones, los jueces deben realizar actos que suponen ciertos grados de especificación (como es el caso de la interpretación), que requieren la formulación de algún juicio evaluativo de naturaleza moral.

Aun así, entiende Finnis que el razonamiento jurídico (judicial) es un tipo de razonamiento técnico que no debe confundirse con el razonamiento moral. En este punto, Finnis critica aquellos enfoques que –como el de Dworkin– parecen confundir ambos tipos de razonamiento, suministrando criterios evaluativos a los jueces en tal sentido. Más aún, Finnis entiende que tales enfoques minimizan la necesidad de fuentes autoritativas, con lo cual, de alguna manera, se ve afectada la certeza y la seguridad jurídica.

Sin perjuicio de ello, Finnis señala un límite preciso que deben cumplir las fuentes autoritativas para no devenir en irracionales, y es que no contraríen los llamados derechos absolutos (absolutos morales).

Dichas fuentes –apunta Finnis–, en la medida en que sean claras y respeten los pocos derechos y deberes morales absolutos, deben ser respetadas como la única base razonable para el razonamiento y la decisión judiciales, en relación con esos innumerables asuntos que no involucran directamente esos derechos y deberes absolutos (2011, p. 230).

Bibliografía

- Finnis, J. (1998) *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press. Finnis, J. (2011), "A Grand Tour of Legal Theory", en *CEJF IV. Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 91-156.
- Finnis, J. (2011), *Reason and Action. Collected Essays I*, Oxford, Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011), *Human Rights and Common Good*, Collected Essays III, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Finnis, J. (2011), *Philosophy of Law, Collected Essays IV*, Oxford, Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011) "Natural Law Theories", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy of Law*, Fall 2011 Edition, Zalta Eduard N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/naturalo-lawtheories>.
- Finnis, J. (2011), "Aquinas, Moral, Political and Legal Philosophy", *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión, en <http://plato.stanford.edu/entries/naturalo-law-theories>.
- Finnis, J. (2015), "Grounding Human Rights in Natural Law", in *American Journal Of Jurisprudence*, Vol. 60, N° 2, 2015, pp. 199-225.
- Finnis, J. (2015): "Judicial Power: Past, Present and Future", Lecture at Gray's Inn Hall, 20 October, Oxford Legal Studies Research Paper No 2/2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2710880>.
- Finnis, J. (2017), "Aquinas and Natural Law Jurisprudence" en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Edited by George Duke and Robert P. George, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Bibliografía secundaria:

- AA.VV. (2013). *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Ed. by John Keown & Robert P. George, Oxford, Oxford University Press.
- Alexy, R. (1989), *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Trans. by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, pp. 221-284.
- Webber, P. Yowell, R. Ekins, M. Köpcke, B. W. Miller Y F. J. Urbina (2018), *Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation*, Cambridge University Press.
- De Rosa, E. (2016). Introducción a la teoría jurídica de John Finnis/ An Introduction to the Legal Theory of John Finnis. *República y Derecho*, 1(1), pp. 421-442.
- Dworkin, R. (1978): *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1981): “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, 56, Issues 2 and 3, pp. 469-518.
- Dworkin, R. (1995), *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.
- Massini Correas, Carlos I., “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural”, en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- Irarrazabal, S. (2020), “La jurisdicción de los derechos: el legislador y el juez a la luz el concepto clásico de *determinatio*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 2, pp. 331-357.
- Simón, F. (2016): “La interpretación de los derechos en perspectiva teórica y práctica”, en F. Rubio Llorente y otros, *La Constitución Política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 895-918.
- Simón, F. (2018): “Subsidiarity, Human Rights and Judicial Activism: The Role of Courts”, en M. Dybowski and R. García Pérez (eds.), *Globalization of Law. The Role of Human Rights* (Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi), pp. 89-112.

**LOS “CASOS DIFÍCILES” EN NEIL MACCORMICK:
CLAVES PARA DIFERENCIAR LA APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN E
INTEGRACIÓN EN EL DERECHO**

Directora

Mgtr. Cintia M. Bayardi Martínez

Investigadoras

Flavia Toledo, María Belén Rodrigo Cubillos

Contenido

I. Introducción	107
II. Metodología de la investigación	108
1. Revisión bibliográfica	108
2. Análisis de textos clásicos	109
3. Estudio de caso práctico	109
III. La teoría del derecho en Neil MacCormick	109
1. Teoría integradora de la argumentación	111
2. Teoría institucional de la argumentación	117
3. El concepto de “casos difíciles”	118
IV. La clasificación de casos difíciles de MacCormick aplicada a un caso concreto	122
1. El caso del autoconsumo de drogas	123
V. Diferenciación entre aplicación, interpretación e integración de la ley	128
1. Aplicación	128
2. Interpretación	130
3. Integración	131
Conclusiones	132
Bibliografía	134

I. Introducción

Durante las dos últimas décadas, los estudios sobre argumentación jurídica han experimentado un gran desarrollo, hasta el punto en que este campo constituye, sin duda, uno de los principales centros de interés de la actual teoría y filosofía del derecho. En cierto modo, la teoría de la argumentación jurídica viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico¹.

Entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas, las elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy, son las que han alcanzado una mayor difusión, sobre todo en lo relacionado al desarrollo de los casos difíciles en la argumentación jurídica².

En la presente investigación nos ocuparemos, respectiva y exclusivamente, de los aportes y contribuciones que MacCormick viene a traer sobre la teoría de la argumentación jurídica, dentro de lo que Manuel Atienza ha denominado la teoría estándar de la argumentación jurídica³.

1. Atienza M. (1991). *Las razones del derecho*. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 105.

2. Es dable destacar que el análisis del mencionado autor de ninguna manera será exhaustivo, de sus prolíferas obras sólo extraeremos lo necesario para entender el tema que nos convoca.

3. A comienzos de los años 90, Atienza escribió un libro dirigido a exponer críticamente las diversas concepciones de la argumentación jurídica del siglo xx “Atienza M. (1991). *Las razones del derecho*. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM”. Trazaba para ello una distinción, que ha sido ampliamente difundida, entre lo que llamaba “los precursores de la argumentación jurídica”, en los años 50: la lógica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman, la *working logic* de Toulmin; y lo que denominó como “la teoría estándar de la argumentación jurídica”: la que se desarrolla a partir de los años setenta y que tendría como principales representantes a MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenik y Wróblewski. El análisis de esa teoría estándar lo centró en las obras de MacCormick (el MacCormick de *Legal Theory and Legal Reasoning*) y de Alexy, a las que consideraba sustancialmente coincidentes.

Neil MacCormick, destacado teórico del derecho, ha aportado una perspectiva valiosa sobre cómo enfrentamos y resolvemos los “casos difíciles” en el ámbito jurídico. En su prolífera obra, MacCormick aborda la necesidad de diferenciar entre la aplicación, interpretación e integración del derecho para comprender y resolver casos que no encajan fácilmente en los marcos normativos preexistentes. Este artículo explora las claves ofrecidas por MacCormick para distinguir entre estos conceptos y analiza cómo su teoría puede aplicarse en la práctica jurídica. Se profundizará en la manera en que la diferenciación entre estos procesos afecta la resolución de casos difíciles y se evaluará su relevancia para la teoría y práctica del derecho contemporáneo.

II. Metodología de la investigación

La metodología que se empleó en la presente investigación fue de carácter eminentemente cualitativo, como corresponde a la problemática en estudio. Se empleó, principalmente, el método exegético en el análisis de las fuentes bibliográficas, y el método dialéctico en la argumentación y contrastación de la hipótesis.

En este sentido, en la presente tesis se dispuso la distribución de la investigación de la siguiente manera:

1. Revisión bibliográfica

Se realizó una revisión exhaustiva de la literatura sobre Neil MacCormick, con énfasis en sus teorías sobre la aplicación, interpretación e integración del derecho. Esto incluye sus obras principales como “Legal Reasoning and Legal Theory” y “Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning”, entre otras.

2. Análisis de textos clásicos

Se analizaron los textos fundamentales de MacCormick que tratan sobre los “casos difíciles”, enfocándose en sus definiciones y distinciones entre los conceptos claves de aplicación, interpretación e integración.

3. Estudio de caso práctico

Se examinó y desarrolló un caso práctico que ejemplifica los “casos difíciles” para aplicar las teorías de MacCormick y observar cómo las distinciones entre aplicación, interpretación e integración se manifiestan en la práctica judicial y académica.

III. La teoría del derecho en Neil MacCormick⁴

Neil MacCormick propone una teoría del derecho que distingue entre diferentes formas de razonamiento jurídico. Según él, la teoría del derecho debe abordar cómo se aplica la ley, cómo se interpreta y cómo se integra en contextos no previstos por las normas. Esta teoría es fundamental para entender cómo los jueces y abogados enfrentan los casos que no se ajustan fácilmente a los marcos normativos existentes.

4. Fue a la Universidad de Glasgow desde 1959 a 1963 y se graduó como M.A. con honores en filosofía y en literatura. Ganó entonces una beca para continuar sus estudios, entre 1963 y 1965, en el Balliol College, en la Universidad de Oxford, donde obtuvo su graduación en Derecho (B.A. en *Jurisprudence*). También fue miembro del Parlamento Europeo entre 1999 y 2004; de la Convención sobre el futuro de Europa y; del Partido Nacional Escocés. Finalmente, fue Profesor de la Universidad de Edimburgo durante 36 años, retirándose en 2008. Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, 479–489.

La obra de este autor se vio inicialmente influenciada por la obra de Hart⁵. No obstante esta fuerte influencia, y tratando de sintetizar en etapas el pensamiento de MacCormick, podemos afirmar que durante los años 1965-1981 fue un periodo en el que estuvo estrechamente vinculado a la obra de Hart, aunque con conexiones independientes que derivaban de otras influencias⁶. Las tesis fundamentales de la concepción de MacCormick se encuentran expuestas en su obra, *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978 (que es precisamente el mismo año en que se publica la obra fundamental de Alexy sobre la materia, *Theorie der juristischen Argumentation*). La mesa, está puesta.

De 1981 a 1995 fue un periodo de reconsideración de temas centrales y de firme distanciamiento de Hart, especialmente, del último Hart⁷. A partir de 1995, efectuó un balance global de su propio pen-

5. Donald Neil MacCormick (27 de mayo de 1941 – 5 de abril de 2009), fue un filósofo del derecho escocés. En Oxford, aprendió mucho de Derecho inglés y de Derecho romano, pero en particular recibió la influencia de H. Hart, entonces catedrático de “*Jurisprudence*”. Dos contribuciones que muestran este interés son «Voluntary Obligations and Normative Powers» (1972, XLVI, *Aristotelian Supplementary Volume*, pp. 59-78) y «Legal Obligation and the Imperative Fallacy», en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd Series [editado por A. W. B. SIMPSON, Oxford Clarendon Press, 1973, pp. 100-130].

6. La filosofía práctica entronca la tradición ilustrada escocesa (Hume, Smith), la analítica hartiana y la moral kantiana (ética discursiva con base en principios morales objetivos), para aplicarla a la teoría política y constitucional, y a su concepción hermenéutico-retórica del razonamiento jurídico (Bengoetxea, 2009).

7. “Después de la reciente publicación de la biografía de altos vuelos de Nicola Lacey, H. L. A. Hart: *The Nightmare and the Noble Dream* (2005), parece que mi libro sobre Hart es un balance ampliamente aceptado de la teoría jurídica hartiana. Sin embargo, tal vez bajo la influencia de Finnis, pero también en direcciones vinculadas con mi formación filosófica escocesa, hizo parecer a Hart más iusnaturalista de lo que él (Hart) deseaba, como una vez le dijo a William Twining. En su momento, el nuevo Prefacio a la segunda edición de *The Concept of Law* que se publicó póstumamente mostró cómo HART había fortalecido la línea positivista en su propio pensamiento. Esto iba contra las ideas que yo había sugerido como la línea más atractiva para desarrollar ciertas ideas principales en *The Concept of Law*. Así, la publicación de H. L. A. Hart marcó la línea divisoria de mi periodo fuertemente “hartiano” como jurista. Sin despreciar para nada la enorme influencia que su pensamiento y personalidad tuvo sobre mí, empecé desde entonces a desarrollar líneas de pensamiento que divergían

samiento⁸; las innovaciones fueron recogidas, ordenadas y centradas en el institucionalismo postpositivista desarrollado en *Institutions of Law*⁹ y que reforzó finalmente en su libro sobre *La razón práctica en el Derecho y la Moral*¹⁰.

1. Teoría integradora de la argumentación

MacCormick trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino, entre una teoría del derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón)¹¹.

El autor escocés comienza la investigación sobre el razonamiento jurídico a partir del análisis de casos reales resueltos por tribunales escoceses e ingleses. Al respecto, MacCormick señala que a veces las decisiones se justifican legalmente sobre la base de argumentaciones puramente deductivas, entendiendo por “argumento deductivo” a aquel en el que se demuestra que una proposición (la conclusión del argumento) está implicada en otra proposición o proposiciones (las premisas del argumento). Un argumento es válido si su forma es tal

cada vez más ampliamente del pensamiento de HART y desde luego de su último pensamiento”. Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, p. 484.

8. Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, p. 484.

9. MacCormick, Neil. *Institutions of law*, Oxford. Oxford 2007.

10. MacCormick, Neil. *La Razón Práctica en el Derecho y la Moral*. Palestra. 2021.

Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, 479–489.

11. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 280.

que sus premisas efectivamente tienen implícita la conclusión, siendo contradictorio afirmar las premisas y negar la conclusión a un mismo tiempo; ello sin importar, como es sabido en la lógica, el contenido de las premisas y las conclusiones¹².

La argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple para MacCormick, esencialmente, una función de justificación. Esta función justificatoria está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues solo se puede persuadir si los argumentos están justificados, esto es, en el caso de la argumentación jurídica, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes. Incluso quienes afirman que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión, estarían en realidad presuponiendo la idea de justificación; justificar una decisión jurídica quiere decir, pues, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran *la justicia de acuerdo con el derecho*. Dicho de otra manera, MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y sitúa su teoría de la argumentación jurídica precisamente en este segundo ámbito¹³.

En *Retórica y Estado de Derecho*¹⁴ expone que algunos argumentos (o razonamientos) son notablemente mejores que otros, aunque es posible que algunos jueces, incluso hasta los más altamente experimentados y capacitados, difieran a la hora de llegar a la conclusión correcta. De ser así, estas decisiones deberán aun seguir siendo tomadas con carácter definitivo, pero sin infalibilidad, por lo que se vuelve razonable el uso de métodos tales como la votación por mayoría, para resolver

12. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 40.

13. Platas Martínez A. (2007). MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory Law, State, and practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2007, 317 p. *Letras Jurídicas*, 16.

14. MacCormick N. (2005). *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico* (P. P. Grández Castro, Ed.; 2016th ed.). Palestra Editores.

una cuestión que tiene que decidirse en interés de la justicia y del buen orden¹⁵.

En consecuencia, en el desarrollo de los diversos planteamientos del autor, la cuestión central se encuentra en establecer no solamente una fórmula argumentativa al interior de la estructura jurídica – como ha sido la preocupación de las tendencias de los formalistas –, sino adicionalmente, encontrar la técnica a través de la cual sea posible integrar las formas argumentativas de la sociedad en general. Esta combinación en el planteamiento cumple una función de integración. La misma no solamente funciona para que las decisiones legales sean aceptadas, sino además para que tengan una cobertura de legalidad tan necesaria en los tiempos que corren con todos los procesos democráticos de participación de la sociedad en la vida institucional¹⁶.

Ahora bien, más allá de ello y de sus últimas consideraciones acerca de la “teoría institucional del derecho”, a fin de comprender la teoría de MacCormick, debemos comenzar por la exposición de sus primeras ideas sobre la materia¹⁷, que se ocupan de modo particular del rol que desempeña la razón como factor determinante en la aplicación del derecho, así como la influencia que aquella ha tenido en los sistemas jurídicos¹⁸.

15. Grajales, A. Arturo., & Negri, N. (2014). *Argumentación jurídica*. Astrea, p. 398 con cita 86 MacCormick, *Rethoric and the rule of law*, p. 2.

16. Platas Martínez A. (2007). MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory Law, State, and practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2007, 317 p. *Letras Jurídicas*, 16.

17. MacCormick N. (1978). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores.

18. Para profundizar este tema y de manera especial la crítica formulada por David Hume y su escepticismo respecto de los límites de la razón en las cuestiones vinculadas con el conocimiento práctico ver MacCormick N. (1978). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 32 y ss.

1.1. La justificación deductiva

En su obra prima, MacCormick pretendió demostrar que todos los aspectos de la justificación jurídica en todos los tipos de casos involucran necesariamente solo el tipo de argumento deductivo.

El autor explica que a veces hay argumentos de este tipo disponibles para justificar decisiones y que tal explicación permite comprender la importancia de la noción jurídica de carga de la prueba y otros elementos relacionados del Derecho.

Afirma MacCormick: “Quien niegue que el razonamiento estrictamente deductivo es un elemento genuino e importante de la justificación jurídica debe mostrar algún defecto en la explicación que se ha dado aquí, y debe mostrar que hay alguna teoría alternativa que puede dar cuenta igual de bien de las reglas sobre la carga de la prueba y cuestiones relacionadas del llamado Derecho adjetivo”¹⁹. No obstante esta fuerte afirmación, no se asevera en la mencionada obra que el razonamiento sea lo único involucrado en la justificación jurídica; es por esto que los capítulos III a VIII del *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho* son dedicados a mostrar qué presuposiciones implica y a qué límites está necesariamente sometida la utilización del razonamiento deductivo²⁰.

1.2. La justificación deductiva: presupuestos y límites

En el capítulo III de *Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, Neil MacCormick se pregunta: ¿cuáles son las presuposiciones que se hacen al tratar los argumentos deductivos como una justificación suficiente de decisiones jurídicas? Al examinar estas presuposiciones, se sitúa en posición de determinar los límites de la justificación deductiva y de este modo se plantea una de las principales preguntas de su

19. MacCormick N. (1978). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 86.

20. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores.

libro: ¿cómo pueden justificarse las decisiones cuando ningún argumento deductivo es suficiente para justificarlas?²¹

Entonces, la justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites. Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido, sin entrar en la naturaleza de dicho deber. Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces²².

Con respecto a esto, MacCormick postula que tanto positivistas como naturalistas plantean en común que los sistemas legales tienen criterios, basados en la aceptación de la sociedad en la que el sistema opera, que hacen a una regla válida en ese ordenamiento, a lo que el autor define como “tesis de validez”. Este postulado, aceptado generalmente entonces, es lo que se presupone que los jueces hacen cuando adoptan las justificaciones deductivas, al considerarlas suficientes, en las decisiones jurídicas²³.

Pero, además, la justificación deductiva tiene sus límites, en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas. O, dicho de otro modo, además de casos fáciles²⁴, a los jueces se les pueden presentar también casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles²⁵, según que se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica.

21. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 87.

22. Atienza M. (1991). *Las razones del derecho*. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.112.

23. MacCormick N. (2005). *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico* (P. P. Grández Castro, Ed.; 2016th ed.). Palestra Editores, p. 60.

24. En los casos fáciles, los jueces pueden justificar sus decisiones con argumentos de carácter estrictamente deductivo.

25. Casos límite en los que no está claro qué deben resolver los jueces y se presentan una multiplicidad de soluciones que pueden parecer razonables.

13. Retórica y Estado de Derecho

Si bien las ideas fundamentales de MacCormick están plasmadas en su *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*, de 1978²⁶, su teoría fue significativamente modificada, como él mismo reconoce, a lo largo de toda su vida. Las innovaciones fueron recogidas en *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*²⁷, donde abandona el positivismo hartiano y el escepticismo axiológico de Hume, a la par que muestra una evolución hacia bases compartidas con Ronald Dworkin, el que también presenta un cambio de su propia teoría de la interpretación y de su tesis de la única respuesta correcta²⁸. alguna de estas ideas ha sido profundizada y refinada en las últimas obras *Instituciones del derecho*²⁹ y *La razón práctica en el derecho y la moral*³⁰.

En el prólogo a la traducción castellana del libro *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Atienza señala que, si bien la teoría de MacCormick presenta ciertos cambios, tal como lo confiesa el mismo autor, lo cierto es que sus ideas bases ya estaban presentes en *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*.

MacCormick no acepta completamente la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin, pero sí la idea de Alexy de la pretensión de corrección y de que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general. Tanto para Alexy como para MacCormick, la tesis de la única respuesta correcta operaría como una idea regulativa, pero sin llegar al extremo de pensar que el razonamiento jurídico puede determinar el derecho. Además, el positivismo

26. MacCormick N. (1978). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores.

27. MacCormick N. (2005). *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico* (P. P. Grández Castro, Ed.; 2016th ed.). Palestra Editores.

28. Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, 479–489.

29. MacCormick N. (2007). *Instituciones del derecho* (Trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Ed.; 2011th ed.). Marcial Pons.

30. MacCormick N. (2009). *La razón práctica en el derecho y la moral* (Trad. José Ángel Gascón Salvador, Ed.; 2021st ed.). Palestra.

jurídico defendido anteriormente por MacCormick era de tipo incluyente, pues si bien aceptaba la separación entre el derecho y la moral, lo cierto es que su idea acerca de la regla de reconocimiento o reglas fundantes para identificar el derecho vigente asumía ciertas reglas morales. Y en cuanto al escepticismo o no cognoscitivism moral, era una cuestión bastante matizada en MacCormick, por cuanto reconocía expresamente la existencia de criterios de racionalidad práctica, algunos de inspiración kantiana, como el de universalidad, otros en la tradición de la ética cognoscitiva, del utilitarismo. También señala que el razonamiento jurídico era considerado, desde un comienzo, como –un caso especial altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral³¹.

2. Teoría institucional de la argumentación

El libro *Instituciones del derecho*³² es una exposición de la teoría institucional del derecho. Esta teoría pretende desarrollar una mejor comprensión del derecho que la que ofrecen otras teorías contemporáneas. Su punto de partida es una definición del derecho: el derecho es un orden normativo institucional. El mismo es un documento bien planteado desde la perspectiva contemporánea del institucionalismo, lo que significa desarrollar una serie de temas en torno no solamente a la ley como institución, tal como fueron acostumbrados muchos de los formalistas del siglo, sino de manera muy importante desde la perspectiva de la norma o regla al interior de las instituciones, de un mundo que requiere de mayores certezas en medio de los autoritarismos personales que tanto daño han causado a la interpretación de la norma y su aplicación consecuente³³.

31. Atienza, prólogo al libro de MacCormick N. (2005). *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico* (P. P. Grández Castro, Ed.; 2016th ed.). Palestra Editores, p. 8 a 13.

32. MacCormick, Neil. *Institutions of law*, Oxford. Oxford 2007.

33. Platas Martínez A. (2007). MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory Law, State, and practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2007, 317 p. *Letras Jurídicas*, 16.

El mismo MacCormick nos dice que esta obra fija las posiciones finales de su teoría general del derecho, emprendidas desde una perspectiva interpretativa-analítica y prestando la atención debida a los recientes avances de los estudios sociológicos. Desde el comienzo reconoce los méritos de la teoría de Hart. En este sentido nos dice que: “El aspecto en el que la obra de Hart resulta más iluminadora y perturbable se refiere a la necesidad de entender la conducta gobernada por reglas desde el punto de vista interno”³⁴.

Para MacCormick, entender las reglas es esencial a la hora de desarrollar una teoría clara y convincente de las normas; pero las reglas son solo un tipo de normas. El análisis del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es al final incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo. Una versión de una teoría de la norma básica es más satisfactoria que una teoría de una regla de reconocimiento para explicar la unidad de un sistema jurídico en el contexto de un Estado constitucional. Las instituciones jurídicas se conectan con la política y la economía y tienen carácter fundamental para el Estado y para la sociedad civil. El Derecho penal es una parte esencial de los fundamentos de la paz social y, por tanto, de la sociedad civil. Todo esto lo aleja bastante de la concepción hartiana del Derecho. El derecho y la moral son, de hecho, conceptualmente distintos, pero sigue siendo cierto que elementos mínimos de respeto por la justicia son esenciales para el reconocimiento de que un orden normativo tiene carácter jurídico”³⁵.

3. El concepto de “casos difíciles”

Los “casos difíciles” son aquellos en los que la aplicación de normas jurídicas no es clara debido a ambigüedades, lagunas legales o conflictos entre normas. MacCormick sostiene que estos casos requieren un razonamiento especial que va más allá de la simple aplicación de la norma.

34. Atienza M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa*, 29, 479–489, p. 482.

35. Ídem.

En relación con los argumentos y su función a partir de la consistencia, MacCormick considera que media un mandato judicial fundamental: los argumentos no deben controvertir las reglas de derecho establecidas y vinculantes, pues, de lo contrario, la tesis de la validez carecería de sentido. Más allá de todo argumento consecuencialista o de principios, una ley no debe controvertirse, sino interpretarse. La norma propuesta debe ser consistente con una regla establecida, de acuerdo con la interpretación que se le dé a esta última³⁶.

En los casos fáciles, la justificación de las decisiones puede alcanzarse por una mera deducción de una regla establecida. En los difíciles, como hay problemas de interpretación, clasificación o relevancia, se debe recurrir a la justificación de segundo orden y la deducción³⁷.

Ahora bien, no es fácil trazar una línea para distinguir los casos fáciles de los difíciles. Eso es una cuestión variable. MacCormick señala que un caso será fácil, si: a) no hay dudas sobre la interpretación de la norma jurídica, o sobre la clasificación de los hechos; b) nadie pensó en discutir un punto que en verdad es discutible; o c) si ese argumento se planteó, y ya fue rechazado³⁸.

3.1. Casos difíciles: problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación

En cuanto a los casos difíciles, MacCormick efectúa una división cuatripartita de los mismos, según que se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica.

36. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 248.

37. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 249.

38. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 252 y ss.

Los *problemas de relevancia* se dan cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso. Es una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma aplicable al caso. El ejemplo que pone MacCormick para ilustrar este supuesto es el caso Donoghue contra Stevenson ([1932] AC 562), en el que se discutía si existe o no responsabilidad por parte de un fabricante de una bebida que, por estar en mal estado, ocasiona daños en la salud del consumidor. Aunque no existía precedente vinculante (pero sí precedentes análogos) cuando se decidió el caso, la mayoría de la Cámara de los Lores entendió que había una regla del *common law* que obligaba al fabricante a indemnizar cuando este no hubiese tenido un cuidado razonable (doctrina del *reasonable care*) en el proceso de fabricación³⁹.

Existe un *problema de interpretación* cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura. Así, la Race Relations Act de 1968 prohíbe la discriminación en el Reino Unido sobre la base de color, raza, origen nacional o étnico, pero surgen dudas a propósito de si la prohibición cubre también un supuesto en que una autoridad local establece que solo los nacionales británicos tienen derecho a obtener una vivienda protegida. Es decir, la norma en cuestión podría interpretarse en el sentido de entender que discriminar por razón de origen nacional (incluyendo la nacionalidad actual) es ilegal, o bien en el sentido de que discriminar por razón de origen nacional (pero sin incluir la nacionalidad actual) es ilegal; esta última es precisamente la interpretación aceptada por la mayoría de la Cámara de Lores en el caso Ealing Borough Council contra Race Relations Board (1972 AC 342)⁴⁰.

Los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor. Cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha

39. MacCormick N. (1987). Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 269.

40. Atienza M. (1991). Las razones del derecho. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 112-113.

tenido lugar. Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. Así, si se acepta que el testigo es honesto, su memoria confiable, que la habitación del acusado y la víctima eran contiguas y que en ambas aparecieron manchas de sangre; que la cabeza y brazos de la víctima aparecieron en un paquete en el sótano del acusado; que el acusado y otra mujer tenían llave de la habitación de la víctima; de todo ello puede inferirse que el acusado mató a la víctima. Lo que nos lleva a afirmar esta última proposición no es una prueba de su verdad (pues este tipo de prueba, esto es, que una proposición se corresponda con determinados hechos, solo cabe en relación con enunciados particulares que se refieran al presente), sino un test de coherencia, el hecho de que todas las piezas de la historia parecen ajustar bien (y que no se ha vulnerado ninguna regla procesal de valoración de la prueba)⁴¹.

Finalmente, los *problemas de calificación* o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma. Así, en el caso MacLennan contra MacLennan ([1958] S. C. 105), el señor MacLennan plantea una acción de divorcio sobre la base de que su esposa ha cometido adulterio, ya que ha dado a luz un hijo después de haber transcurrido once meses sin tener relaciones sexuales con él. La esposa admitió esto último, pero negó que se tratara de un supuesto adulterio (como también lo hizo el juez del caso), pues el hijo había sido concebido utilizando técnicas de inseminación artificial⁴².

MacCormick afirma que lo que hace que un caso sea claro en el Derecho es que puede demostrarse que los hechos son, si se consideran ciertos, casos inequívocos de una regla establecida. Pero las reglas

41. Atienza M. (1991). Las razones del derecho. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 113-114.

42. Atienza M. (1991). Las razones del derecho. (2017th ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 115.

establecidas son susceptibles de varias interpretaciones que dependen de las presiones de los argumentos consecuencialistas y los argumentos de principios. Para estar convencido de antemano de que uno tiene un caso claro, uno tiene que estar seguro de que está cubierto por una regla y, de hecho, por la interpretación de la regla que esté mejor justificada por argumentos consecuencialistas y argumentos de principios, cuya aplicación no ofenderá las concepciones judiciales de la justicia y del sentido común del Derecho⁴³.

IV. La clasificación de casos difíciles de MacCormik aplicada a un caso concreto

La clasificación anterior permite incluir en uno u otro rubro la cuestión, o las cuestiones que se han identificado como cruciales para la argumentación. Pero debe quedar claro que el punto a debatir es una cosa, y la clase o categoría a la que pertenece, otra. Por lo demás, es perfectamente posible y usual, como ya se ha señalado, que el punto controvertido sea complejo y suscite una pluralidad de cuestiones, pertenecientes a diversas categorías, y combinadas entre sí de muy distintas formas.

Pero identificar el punto (o los puntos) de la controversia tiene una importancia fundamental para entender la argumentación y para argumentar⁴⁴.

43. MacCormick N. (1987). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. (P. P. Grández Castro, Ed.; 2018th ed.). Palestra Editores, p. 281.

44. Atienza, Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta, p. 439.

1. El caso del autoconsumo de drogas

En el caso del autoconsumo de drogas⁴⁵, el problema o la cuestión radica en los significativos argumentos jurídicos, pero también políticos y filosóficos que existen alrededor de la penalización o despenalización del consumo de drogas y cuál es el papel que dichos argumentos juegan en la toma de decisión.

En mayo de 1994, la Corte Constitucional colombiana declaró nulos varios artículos de la Ley 30 de 1986 que tipificaba como delito el autoconsumo de estupefacientes⁴⁶. La sanción (que podría llegar hasta el arresto de 1 año y multa de hasta un salario mínimo mensual o bien consistir en internamiento en establecimientos psiquiátricos o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación) se imponía a quien lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma cocaína, marihuana o cualquier otra cosa que produzca dependencia en cantidad considerada como dosis de uso personal.

La mencionada decisión, cuya relevancia es manifiesta, resultó enormemente polémica para muchos sectores de la opinión pública colombiana, incluyendo aquí a una importante porción de la comunidad jurídica. Para muchos de ellos, el fallo resultó inaceptable. Ello explica seguramente que el Gobierno de la época reacciona contra la sentencia, anunciando la convocatoria de un referéndum con el objeto de modificar los artículos de la Constitución esgrimidos por la Corte para sustentar su fallo, lo que finalmente no tuvo lugar. O porque dentro del propio Tribunal la minoría de magistrados discrepantes, cuatro de los nueve que integraban la Corte suscribieran un salvamento de voto a la sentencia en términos particularmente duros⁴⁷.

Ahora bien, el interés de la sentencia para la teoría de la

45. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-491-2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

46. Ídem.

47. Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (1998th ed.). Universidad Externado de Colombia.

argumentación jurídica radica en que la misma parece suscitar un doble problema. El primero, de carácter interno, concierne a la corrección o no de la argumentación en cuanto a tal (tanto la opinión mayoritaria como la disidente), y esta argumentación depende principalmente de la cuestión o problema sobre el que se hace foco; y el segundo, de carácter externo, es el de los límites de la argumentación jurídica. En el primer caso, se trata de evaluar el estado de la cuestión y con ello la fuerza de los distintos argumentos y en el segundo, de determinar qué vale como un argumento jurídico, dónde termina la argumentación jurídica y empieza la de carácter moral y/o político.

1.1. La argumentación de la Corte

La sentencia se basa en una estructura argumentativa que parte del cuestionamiento sobre cómo interpretar el artículo 49 de la Constitución colombiana, el cual establece que *“toda persona tiene la responsabilidad de cuidar su salud y la de la comunidad”*. La pregunta que se plantea la Corte es cómo se debe interpretar esta disposición y, por ende, los artículos de la ley que en principio podrían implicar un deber hacia uno mismo, lo que podría llevar a sobrepasar las fronteras que el derecho ontológicamente establece. En este contexto, se argumenta que se debería hablar de responsabilidades morales hacia uno mismo, en lugar de deberes legales.

Según el Tribunal, existen 3 posibilidades hermenéuticas: 1) considerar que se está tomando en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto puede afectar; 2) entender que las normas obedecen a un paternalismo que la Corte considera injustificado: el Estado colombiano “se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena”; 3) interpretar que se trata de “un mero deseo del constituyente, llamado producir efectos psicológicos que se consideran plausibles pero sin connotaciones normativas y en modo alguno generador de un deber jurídico genérico susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal”⁴⁸.

48. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

Ahora bien, puesto que las dos primeras posibilidades son, en opinión del tribunal, inaceptables, solo queda como única interpretación plausible la tercera. Y esa interpretación, unida fundamentalmente al artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho “al libre desarrollo de la personalidad”, es lo que lleva la Corte a considerar inconstitucionales los artículos de la ley de 1986 que tipifican como delito el consumo de drogas⁴⁹.

1.2. *La argumentación disidente*

La argumentación de los magistrados que suscribieron el salvamento de voto a la sentencia tiene una estructura menos compleja que la anterior. Quizás como una manera de mostrar la radicalidad de su disidencia, no tratan de seguir la línea o líneas argumentativas del fallo para señalar en dónde se sitúa su discrepancia, sino que construyen otra fundamentación, tanto desde el punto de vista material como formal.

En forma resumida pero fidedigna, los argumentos disidentes son: 1) el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, no existen ni pueden existir derechos ni libertades absolutos, puesto que todo derecho o libertad está limitado por los derechos y libertades de los demás, como lo señala con toda claridad el propio artículo 16; 2) la drogadicción atenta contra la dignidad humana; 3) el consumo de droga es un acto privado, pero no puede considerarse indiferente, indiferente son aquellos actos que tienen muy poco de bondad o maldad y, en consecuencia, están permitidos; 4) las normas declaradas inexequibles tienen sólidos fundamentos constitucionales, los mismos se encuentran no solo en el preámbulo de la carta política, sino también, por ejemplo, en el concepto de Estado social de Derecho, con el que la Constitución define a Colombia en su artículo primero;

49. Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (1998th ed.). Universidad Externado de Colombia, p. 75-76.

5) la penalización. La tenencia de estupefacientes para consumo personal se justifica además por las funestas consecuencias que la permisividad ha producido en países como España, Inglaterra y Holanda. La autoridad de autores como Carlos Nino, quien muestra que, si el hábito de consumir droga es considerado desvalido y reprochable por la opinión moral prevaleciente en el medio social, no es solo por los daños individuales y sociales que genera, sino también porque se juzga la drogadicción independientemente de sus efectos nocivos. Como un hábito degradante que manifiesta un carácter oral defectuoso; 6) es “una paradoja inexplicable y una contradicción protuberante” autorizar el consumo de la dosis personal y, por otro lado, mantener la penalización del narcotráfico. “Carece de toda lógica que la ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio, sancione a quien se lo suministre”.

1.3. La argumentación correcta

Según el profesor y filósofo Manuel Atienza⁵⁰ los argumentos del voto mayoritario y del voto disidente distinguen dos niveles de profundidad en los que se desarrolla la argumentación. El primero vendría a coincidir con lo que los propios magistrados denominan “razones de orden público”. El segundo se mueve en el nivel de la interpretación filosófica de la Constitución, defendida en el salvamento de voto.

Lo que Atienza trata de demostrar⁵¹ es que si se prescinde de este segundo nivel de la argumentación, las razones de los magistrados discrepantes, a su criterio, resultan ser verdaderamente débiles y existe una mejor argumentación para la sentencia en cuestión.

50. Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (1998th ed.). Universidad Externado de Colombia.

51. Ídem.

1.4. Los límites de la argumentación jurídica

En los puntos anteriores se ha tratado de demostrar que las argumentaciones dirigidas contra la fundamentación de la sentencia varían de acuerdo a cuál sea el estado de la cuestión, o el problema identificado como relevante o crucial. Es decir, el problema que convertiría a este caso en uno *difícil*.

Ahora bien, el “*estado de la cuestión*” no es el único elemento que condiciona o modifica la argumentación. Atienza considera que el órgano del cual emana esta sentencia u otras similares también condiciona o limita a la argumentación.

En el presente análisis que hace el nombrado⁵² sobre la sentencia y sus disidencias, afirma que hay un extremo de la fundamentación del tribunal que le parece cuestionable. Se refiere al estilo de la sentencia, pero no en cuanto a que la misma hace un amplio uso de argumentos morales, sino en cuanto a que, en lugar de esforzarse por utilizar aquellos argumentos que pudieran suscitar el mayor grado posible de consenso, parece empeñarse justamente en todo lo contrario. En mostrar con la mayor nitidez y radicalidad posible las discrepancias existentes en el seno del tribunal⁵³.

El error, diría Atienza, consiste en no haber advertido que el texto de una sentencia, aunque sea de un Tribunal Constitucional, no pertenece al mismo género que un artículo doctrinal. Y que contribuir a mantener el mayor grado de consenso posible en torno a una Constitución que, como la colombiana, contiene en forma razonablemente suficiente los principios del Estado de Derecho y de la democracia, constituye un verdadero deber constitucional. Ese deber, en su opinión, habría sido incumplido si existía una oportunidad, una fundamentación para ese fallo que hubiese significado un menor grado de fractura de la comunidad jurídica y de la opinión pública en general. En definitiva, el discurso justificativo jurídico no puede quedar aislado

52. Ídem.

53. Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (1998th ed.). Universidad Externado de Colombia, p. 28.

respecto al moral y político, pero los jueces, especialmente los magistrados constitucionales, ocupan un papel institucional que impone en su discurso, en cuanto tales jueces, ciertos límites que se concretan en la obligación de contribuir a preservar la práctica constitucional cuando esta es, en términos generales, valiosa⁵⁴.

V. Diferenciación entre aplicación, interpretación e integración de la ley

1. Aplicación

La aplicación de la ley se refiere al proceso mediante el cual una norma general se ajusta a un caso específico. MacCormick argumenta que este proceso puede ser problemático cuando la norma no encaja claramente en el hecho concreto.

Esta tarea no es simplemente una cuestión de verificar si la norma se aplica literalmente al caso y asignar automáticamente la consecuencia prevista. Más bien, los jueces deben llevar a cabo una serie de acciones que les permitan tomar la decisión más justa y adecuada para la situación específica. Esta tarea puede volverse más compleja dependiendo de varios factores.

En primer lugar, puede suceder que exista una norma clara que aborde directamente el caso en cuestión, lo que simplifica el proceso de aplicación de la ley. Sin embargo, en otros casos, la norma puede ser ambigua o insuficiente, lo que genera confusiones o deja dudas sobre su aplicación al caso específico. También puede ocurrir que no exista una norma legal que aborde la situación en absoluto.

54. Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación* (1998th ed.). Universidad Externado de Colombia, p. 29.

En cualquiera de estas situaciones, los jueces deben realizar análisis lógicos y valorativos complejos para llegar a una decisión. Estos desafíos pueden intensificarse desde casos simples hasta aquellos que requieren una profundización considerable por parte del tribunal, así como en situaciones en las que hay un vacío legal que debe ser abordado.

Lo que hemos llamado repetidamente el “caso concreto” se fundamenta en los hechos que han provocado el conflicto legal. Cuando estos hechos se presentan ante el juez para su resolución, la primera tarea que debe realizar es verificar su existencia, lo que se conoce procesalmente como la prueba, utilizando los medios probatorios recopilados normalmente a petición de las partes involucradas. Después de esta etapa, el juez debe evaluar la evidencia presentada para determinar si los hechos realmente ocurrieron y, en caso afirmativo, cuáles fueron las circunstancias que los rodearon.

Una vez completada esta actividad, el juez debe proceder a analizar intelectualmente los hechos, interpretándolos desde una perspectiva legal para poder aplicar la solución prevista en la normativa jurídica. Este proceso implica una interacción constante entre los hechos y la normativa hasta lograr la adecuada subordinación normativa en todo el proceso de aplicación.

Como indica Luis Recasens Siches, “existe una relación recíproca, simultánea e inseparable entre la constatación de los hechos, incluida su calificación legal, y la identificación o determinación de la norma aplicable”⁵⁵. No se puede seleccionar la norma aplicable sin haber calificado legalmente previamente los hechos, y esta calificación no puede hacerse sino en consonancia con el marco proporcionado por el texto legal.

La calificación implica identificar una serie de elementos o características relevantes de los hechos que conforman el caso, a partir de los cuales el juez puede determinar el tipo de hecho, acto o relación

55. Aguilera, P. C. (2015). Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica.

jurídica en cuestión. Por ejemplo, en una demanda por incumplimiento contractual, el juez debe identificar a las partes involucradas, establecer los derechos y obligaciones pactados, identificar los incumplimientos, definir el objeto de la relación contractual, precisar las obligaciones asumidas por las partes, entre otros detalles. Esta calificación se realiza según las descripciones contenidas en las normas que regulan dichos contratos, de modo que, si el juez concluye que la relación constituye un contrato de comodato, será porque los elementos constatados en el proceso coinciden con los estipulados en la normativa para dicho contrato.

En resumen, la tarea primordial del juez es determinar los hechos y la normativa aplicable, buscando una norma cuyo enunciado genérico encuadre los hechos específicos previamente calificados, otorgando así un sentido concreto a la normativa legal general.

2. Interpretación

Interpretar una norma jurídica consiste en establecer su verdadero sentido y alcance: establecer su sentido; esto se explica porque una norma jurídica significa algo, o si se quiere, tiene una “finalidad”, es decir, un sentido. Alcance: quiere decir la extensión de esta finalidad o sentido, porque con dos leyes o dos proyectos puede perseguirse una misma o análoga finalidad, aunque con distinto alcance.

La interpretación es una etapa esencial en la aplicación de la norma jurídica, ya que busca determinar si el caso concreto se encuentra efectivamente contemplado en el enunciado de la norma. Esta tarea es necesaria incluso cuando la norma es clara y precisa, no solo en el caso de un texto ambiguo, impreciso u oscuro. Incluso si el texto es claro, determinar su aplicación al caso particular implica un ejercicio interpretativo.

La importancia de la interpretación en el ámbito jurídico es innegable en la actualidad, dada la complejidad y la posibilidad de ambigüedad que pueden presentar las normas legales. Estas ambigüedades pueden surgir debido a expresiones confusas, contradicciones entre

el espíritu de la ley y su texto escrito, o incluso entre diferentes disposiciones dentro de un mismo cuerpo legal o sistema jurídico.

3. Integración

Puede ocurrir que la actividad del juez fracase en las operaciones indicadas precedentemente por el obstáculo que supone no encontrar la norma legal a la que pueda subsumir el caso a resolver, situación en la que debe acudir a la integración.

Así, denominamos al conjunto de procedimientos que debe realizar el juez en ciertas ocasiones de carencia de una norma adecuada para la regulación del caso concreto, situación que habitualmente se caracteriza como vacío legal.

Esta actividad se pone en práctica cuando las primeras operaciones de determinación fáctica y normativa arrojan un resultado negativo, es decir, cuando el hecho no puede subsumirse en los géneros normativos del sistema. Estamos en presencia del clásico problema, también designado como el de las «lagunas de la ley», cuestión que demanda del magistrado la tarea de la integración.

El ordenamiento jurídico, en el art. 2 del CCyC, brinda al órgano judicial los mecanismos para solucionar las situaciones de ausencia de regulación. Estos son: la analogía, los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos.

“Artículo 2° CCyC.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”⁵⁶.

La integración, entonces, es el proceso mediante el cual se completa o se ajusta el sistema normativo para abordar situaciones que no

56. Código civil y comercial de la Nación. Ley 26.994. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>

están específicamente reguladas por las normas existentes. En estos casos, se busca desarrollar nuevas reglas o principios para llenar los vacíos existentes en el derecho.

Conclusiones

La investigación confirma que la diferenciación entre aplicación, interpretación e integración es crucial para resolver casos difíciles de manera coherente. Cada uno de estos procesos cumple una función distinta y complementaria en la solución de problemas jurídicos complejos.

El enfoque de MacCormick ofrece herramientas valiosas para los juristas al enfrentar casos difíciles. La clara distinción entre aplicación, interpretación e integración ayuda a los jueces y abogados a abordar problemas jurídicos complejos de manera más sistemática y a fundamentar sus decisiones de manera más sólida. En este sentido podemos concluir que la sistematización de casos fáciles y difíciles en MacCormick, junto a sus herramientas a la hora de resolver los mismos, nos permite integrar la clasificación inicial de casos en los que se debe aplicar, interpretar o integrar el derecho.

En los casos fáciles, los jueces u operadores del derecho claramente aplicarán el derecho de manera exclusivamente lógica, es decir, subsumirán el hecho en la norma y los justificarán con las pruebas recabadas. Sin embargo, en los casos difíciles, la solución no será tan lógica ni simple, y para llegar a la misma se deberá atravesar el camino de la interpretación y/o el de la integración. Y es aquí donde conocer todas las estrategias de MacCormick para identificar y resolver un caso difícil se hace crucial.

La teoría de Neil MacCormick sobre los “casos difíciles” ofrece una perspectiva profunda sobre cómo diferenciar y aplicar los conceptos

de aplicación, interpretación e integración en el derecho. Su enfoque permite una mejor comprensión de los procesos que los jueces y abogados utilizan para resolver casos complejos y no previstos por las normas existentes. La diferenciación clara entre estos procesos no solo facilita una resolución más coherente de los casos difíciles, sino que también contribuye a una teoría del derecho más robusta y aplicable. La adopción de estas claves teóricas puede mejorar la práctica jurídica y fortalecer la justicia en la resolución de problemas legales complejos.

Bibliografía

- Alexy, R. (2002). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford University Press.
- Atienza, Manuel. 1990. «Dossier: Huelga de hambre de los “GRAPO”, Derecho y Ética».
- . 1991. *Las razones del derecho*. 2017.a ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- . 1997a. *Derecho y Argumentación*. 1998.a ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- . 2006. *El Derecho como argumentación*. Editado por Planeta S.A. 2012.a ed. Barcelona: Ariel Derecho.
- . 2006. «Entrevista a Neil MacCormick». *Doxa* 29 (noviembre): 479-89. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.27>.
- . 2010. *El sentido del Derecho*. 6o ed. Barcelona: Ariel Derecho.
- . 2013. *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.
- . 2015. «Robert Alexy y el “giro argumentativo” en la teoría del derecho contemporánea». <https://dfddip.ua.es/es/documentos/robert-alexey-y-el-giro-argumentativo.pdf>.
- . 2017. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Aguilera, P. C. (2015). Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Editorial Debate.
- Dworkin, R. (1984). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88(4), 1057-1109.
- Grajales, Amós y Nicolás Negri. 2014. *Argumentación jurídica*. Astrea.
- . 2018. *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*. Marcial Pons.

- Kramer, M. H. (2004). *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge University Press.
- Huscroft, G. R. (2010). *Interpreting Law: A Primer on How to Read Statutes and the Constitution*. Thomson Reuters Canada.
- MacCormick, Neil. 1978. *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. Editado por P.P Grández Castro. 2018.a ed. Lima: Palestra Editores.
- . 2005. *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*. Editado por P.P Grández Castro. 2016.a ed. Palestra Editores.
- . 2007. *Instituciones del derecho*. Editado por Trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne. 2011.aed. Madrid: Marcial Pons.
- . 2009. *La razón práctica en el derecho y la moral*. Editado por Trad. José Angel Gascón Salvador. 2021.a ed. Lima: Palestra.
- . 2010. «Argumentación e interpretación en el Derecho». *Doxa* 23.
- . 2018. *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. Editado por Pedro P. Grande Castro. Lima: Palestra.
- Platas Martínez, Arnaldo. 2007. «MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory Law, State, and practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2007, 317 p.» *Letras Jurídicas* 16: 208-15.
- Sunstein, C. R. (2005). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford University Press.
- Sartor, G. (2010). The Three Functions of Legal Interpretation. *Ratio Juris*, 23(3), 305329.
- Tamanaha, B. Z. (2006). *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Cambridge University Press.

**DEMOCRACIA, RECURSOS JURÍDICOS
Y LIDERAZGO PROVINCIAL 1983 - 1991**

Director

Ab. Leandro Luis García

Investigadores

Andrés Masi, Martín Soria, María Virginia Pérez

Alumnos becarios

Valeria Danisa García, Agustina Fajardo

Contenido

I. Introducción	139
II. Fundamentos teóricos para el estudio del liderazgo provincial	140
III. El gobernador de la democracia recuperada: Santiago Felipe Llaver (1983-1987)	142
1. Un debate necesario.	
Llaver y la reforma constitucional de Mendoza	142
2. El estatuto docente como estrategia jurídica	147
3. Una estrategia jurídica indirecta. La defensa de los recursos naturales de Mendoza	149
4. Maximizar las estrategias jurídicas para reconstruir Mendoza. Llaver y el terremoto de 1985	153
IV. La alternancia en el poder provincial. La gobernación de José Octavio Bordón (1987-1991)	157
1. Bordón y su plan de un gobierno para todos los mendocinos	157
2. Una estrategia que se reitera. Entre enmiendas y la necesidad de una reforma integral a la Constitución provincial	160
3. La descentralización de responsabilidades como estrategia clave para el LP de Bordón	162
Conclusiones finales	166
Referencias bibliográficas	168

I. Introducción

El liderazgo ejercido desde el Poder Ejecutivo provincial constituye una dimensión de estudio trascendente en el ámbito de las Ciencias Sociales, situación reflejada en la producción bibliográfica existente. No obstante, la relación liderazgo-estrategias jurídicas ha sido abordada de forma insuficiente. Las perspectivas académicas se han focalizado en la disponibilidad de recursos de los gobernadores para el ejercicio del poder, pero no han aportado dimensiones analíticas innovadoras que aborden el impacto de las estrategias jurídicas en la construcción, consolidación y debilitamiento de sus liderazgos ejecutivos provinciales.

Los esfuerzos académicos se han concentrado en torno a las problemáticas políticas y socioeconómicas atravesadas durante los mandatos provinciales del periodo de referencia y sus relaciones con los actores partidarios, pero no han aportado marcos explicativos suficientes que exploren las estrategias jurídicas para la construcción y consolidación de sus liderazgos.

Esta investigación aborda la modalidad en que las estrategias jurídicas configuraron un recurso de poder (RP) para la construcción de liderazgo en el contexto de la historia reciente de la provincia de Mendoza. Las particularidades de los liderazgos provinciales han sido insuficientemente trabajadas, no obstante sus impactos en las fases siguientes del desarrollo democrático. Los esfuerzos investigativos se han concentrado en torno a las problemáticas políticas y económico-sociales atravesadas por los gobernadores provinciales y sus relaciones con los actores partidarios, pero no han aportado marcos explicativos que exploren los recursos para la construcción y consolidación de sus liderazgos. Este trabajo de investigación aborda las estrategias jurídicas promovidas por los gobernadores Santiago Felipe Llaver, 1983-1987, y José Octavio Bordón, 1987-1991, perspectiva que permite un abordaje innovador de sus mandatos: el marco

político-institucional y sus condiciones y habilidades políticas. En definitiva, la investigación pretende demostrar que las estrategias jurídicas constituyeron un RP, deviniendo un mecanismo relevante en el fortalecimiento/deterioro de sus liderazgos provinciales.

II. Fundamentos teóricos para el estudio del liderazgo provincial

Esta investigación abordará la problemática de los liderazgos sobre el marco teórico diseñado por Ollier (2008), perspectiva que permite un abordaje innovador del objeto de estudio desde diferentes ángulos: el marco político-institucional, las habilidades para conducirse en ese ámbito y los recursos a su alcance, orientados a la construcción y consolidación de su liderazgo.

Ollier define al LP como “la actividad que entraña la forma de gobernar de un presidente, la cual implica los vínculos que un jefe de Estado entabla con los partidos, con los otros poderes del Estado y con la sociedad entendida de modo amplio” (Ollier, 2008). La perspectiva focaliza en los recursos objetivos y subjetivos que un presidente posee (o no) o es capaz de generar (o no). Los recursos objetivos se despliegan en el marco político-institucional en el cual se encuentran: el partido o coalición de gobierno, las diversas instituciones y dimensiones donde se expresa y los actores e instituciones sobre los que posee algún control (sindicatos, fuerzas armadas, gobernadores, etc.). Los recursos subjetivos se definen a partir del uso de los recursos objetivos y de su capacidad para generar nuevos. Los recursos presidenciales, en tanto se desenvuelven en un contexto socioeconómico caracterizado por ciertos problemas que debe resolver, se encuentran impactados positiva o negativamente por el mismo. Ese contexto se denomina “factor externo a la dinámica política” (Ollier, 2008).

En esta investigación se ajustará la distinción teórica de Ollier, proponiendo en su lugar el concepto de Recursos de Poder (RP). La lógica de esta decisión analítica se justifica a partir de interpretar que la tipología de recursos puede dificultar la comprensión a causa de que muchos de los recursos que un presidente obtiene sobre sus propias habilidades como gobernante (subjetivos) pueden devenir en objetivos (Fraschini, 2013). En igual dirección ajustará dicha lógica teórica para el caso de los Poderes Ejecutivos de los Estados subnacionales.

En esa dirección, los RP serán clasificados en: a) institucionales, definidos a partir del control que el gobernador ejerza sobre: 1) la Legislatura y los intendentes; 2) el Poder Judicial; 3) actores centrales como las Fuerzas de seguridad, y d) la conducción política de un partido; b) sociales, asociados al control del gobernador sobre actores sociales (empresarios, sindicatos, movimientos sociales, estudiantiles o de grupos paramilitares); c) financieros, que aluden al control que el gobernador ostenta sobre beneficios económicos provenientes de diferentes organizaciones, empresas del Estado, ayuda externa u otra modalidad de financiamiento, y que puede utilizar para sus planes políticos; d) de estrategia política, definidos teniendo en cuenta: 1) la habilidad del líder para crear nuevos escenarios institucionales; 2) la capacidad de imaginar herramientas en orden a resolver problemas de gobierno; 3) la creación de RP para fortalecer su liderazgo o su posición institucional. En este contexto, adquieren relevancia las estrategias jurídicas (acciones legales, impulso de normas, firma de decretos, etc.) promovidas por los Jefes de Estado subnacionales; 4) la generación de maniobras políticas para mantenerse en el gobierno; 5) la utilización de canales de comunicación que los gobernadores exhiban como espacios de relación directa con la ciudadanía o que posean algún control sobre los mismos que eviten la crítica a la acción gubernamental, y 6) las cualidades del líder, valoradas por la población y medidas en estudios de opinión, y e) el apoyo popular/ciudadano, analizado desde tres ejes: 1) el respaldo electoral en los distintos comicios; 2) la movilización política de sus bases de apoyo, y 3) la popularidad presidencial medida en estudios de opinión.

III. El gobernador de la democracia recuperada: Santiago Felipe Llaver (1983-1987)

1. Un debate necesario.

Llaver y la reforma constitucional de Mendoza

El 30 de octubre de 1983 se realizaron las elecciones nacionales y provinciales que marcaron el reinicio de la normalidad institucional en el país, que se extiende hasta nuestros días. El triunfo de la fórmula del radicalismo, conformada por Raúl Alfonsín y Víctor Martínez en el orden nacional, se repitió en la provincia al imponerse el binomio del mismo partido conformado por Santiago Felipe Llaver y José Genoud¹. Es a partir del retorno democrático que se instaló en la agenda política la necesidad de la reforma constitucional en Mendoza.

En su discurso ante la Asamblea Legislativa, el gobernador dijo:

El Gobierno tiene el propósito, y a ese efecto enviará en pocos días más el respectivo proyecto, de producir la reforma del Artículo 120 de la Constitución Provincial, con el objeto de consagrar la elección directa de los cargos de Gobernador y Vice de la Provincia y de los Intendentes Municipales. Esta reforma se impulsará mediante el procedimiento establecido en el Artículo 223 de la Constitución Provincial y tiene por objeto asegurar el cumplimiento irrestricto de la voluntad ciudadana a través de la elección directa de estos².

1. Los radicales lograron imponerse en la provincia por una ajustada diferencia sobre el justicialismo y por un abultado margen sobre los demócratas. Los resultados respecto a electores para los cargos de gobernador y vice arrojaron 300.140 votos para el radicalismo, 229.673 para el justicialismo y 83.044 para los demócratas. Fuente: Dirección Nacional Electoral.

2. Discurso del Gobernador Llaver en el marco de la apertura de las sesiones ordinarias de la Legislatura provincial de 1984.

En el transcurso del año 1985, y bajo la gobernación de Llaver, por medio de la sanción de la ley 5047, se efectuó la modificación del artículo 120 en cuanto a la forma de elección de gobernador y vice, estableciendo la elección directa, dejando sin efecto la elección indirecta establecida por la Constitución de 1916, tomando la siguiente redacción:

El gobernador y vicegobernador serán elegidos simultánea y directamente por el pueblo de la provincia, cuyo territorio a ese efecto formará un distrito único, mediante una fórmula que presentarán los partidos políticos habilitados, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Electoral Provincial. Se proclamará electa la fórmula de candidatos que obtuviere simple mayoría de los votos emitidos.

De acuerdo con el procedimiento establecido para las enmiendas, bastaba, para formalizarse tal modificación, el referéndum ratificatorio. Este fue realizado el 3 de noviembre de 1985 durante el desarrollo de la elección a legisladores nacionales y provinciales. Los votantes que sufragaron sobre la enmienda constitucional fueron 665.007, de un padrón total de 778.980 electores, siendo el resultado 500.225 votos afirmativos y 50.111 por la negativa. Esta enmienda fue importante y destacable en cuanto a la recuperación de retomar la elección directa para gobernador y vicegobernador.

Sin embargo, y coincidiendo con Carlos Egües (2008), creemos que ella demostró grandes falencias en el campo jurídico institucional por las complicaciones que se produjeron mediante este sistema de reforma de un solo artículo, que dejó subsistentes los artículos que continuaban al modificado artículo 120. El caso emblemático es el que representa el texto del artículo 121, que expresamente determina que “la elección de electores (para gobernador y vicegobernador) se efectuará en fecha y forma que determine la ley electoral...”. Así, este artículo y los seis siguientes se encuentran en una situación de

inaplicabilidad absoluta, significando diferentes planteos de la situación ante la Corte provincial que ha entendido que dichos preceptos constitucionales han “decaído” y perdido eficacia (Egües, 2008). Sin dudas, este hecho fundamenta aún más el planteo de revisión de nuestro texto constitucional en miras a actualizarlo, para que no se dé esta situación de encontrar en su cuerpo mandatos y normas que, si bien poseen existencia formal, no son aplicables de ninguna manera en la realidad jurídica actual de la provincia (Cano, 2017).

En igual sentido, mediante la sanción de la ley 5197, la Legislatura provincial impulsó la reforma constitucional. Por medio del referéndum celebrado en las elecciones del 6 de septiembre de 1987, alcanzando los votos afirmativos el 45,74% de los empadronados.

Hemos comenzado a sentar las bases de una reforma del Estado con una clara actitud ética, con firmeza ante la corrupción y con la discusión acerca de las leyes necesarias para que esas actitudes se institucionalicen. Queremos finalizar este proceso con la reforma de la Constitución Provincial en el año entrante. Es importante aclarar que este Gobierno considera válida la consulta popular manifestada el 6 de setiembre de 1987 en pro de la reforma constitucional. No obstante, quienes discrepen con nuestra posición podrán articular la defensa de su opinión en la instancia que corresponda. En este sentido, el Poder Ejecutivo de la Provincia tiene la intención de convocar a elecciones de Convencionales Constituyentes en la misma fecha que el Poder Ejecutivo Nacional fije para la elección de Presidente y Vice de la Nación. Esta decisión tiene la expresa finalidad de economizar esfuerzos y recursos, además del firme e inmediato compromiso de iniciar hoy mismo la tarea de información y esclarecimiento sobre la significación de la futura reforma constitucional. En tal sentido, el Gobierno convocará a las fuerzas políticas, sociales, intelectuales

y culturales a sumarse a tan importante programa y a la búsqueda de un consenso básico sobre las características y contenidos de la misma³.

La cifra promovió un intenso debate constitucional en torno a la interpretación del término electores del artículo 221 de la Constitución provincial.

Declarada por la Legislatura la necesidad de la reforma total o parcial de la Constitución, se someterá al pueblo para que, en la próxima elección de diputados, se vote en todas las secciones electorales en pro o en contra de la convocatoria de una Convención Constituyente. Si la mayoría de los electores de la provincia votase afirmativamente, el Poder Ejecutivo convocará a una Convención que se compondrá de tantos miembros cuantos sean los que componen la Legislatura. Los convencionales serán elegidos de la misma forma que los diputados.

La Suprema Corte mendocina, a través del voto de la ministra Aída Kemelmajer de Carlucci, concluyó que en el caso no se alcanzaron las mayorías establecidas en el artículo precedente, en tanto no votaron por la afirmativa más de la mitad de los empadronados, dado que la Suprema Corte se pronunció por asignarle el alcance de empadronados, requiriendo en consecuencia el pronunciamiento positivo de la mitad más uno de aquellos para tener por aprobada la ley, quedando inconcluso el proceso de reforma (Egües, 2008). En este sentido:

No puede dudarse de que Mendoza tiene una Constitución de las llamadas “rígidas” o “semipétreas”. En efecto, su reforma exige un procedimiento distinto al de la sanción de las leyes ordinarias. Si la reforma es de un solo artículo, basta una ley dictada con una mayoría especial; si es total, se requiere de una convención

3. Discurso del gobernador Bordón en el marco del inicio de sesiones ordinarias de la Legislatura de Mendoza de 1988.

constituyente, pero en ambos casos, el electorado debe ser escuchado y debe manifestarse mayoritariamente en forma afirmativa por el cambio. Por eso, dice Sagüés que la Constitución mendocina de 1916 es obviamente poco amiga de que la cambien (...) nada hay de injusto en que el sistema constitucional mendocino exija mayorías sobre el número total de electores, pues su finalidad no es premiar a los que no asisten, sino impulsar a los partidos políticos y a las autoridades constituidas a generar corrientes de opinión⁴.

En relación y con motivo de la celebración del centenario de la reforma constitucional de la provincia, la Dra. Kemelmajer dijo:

Ciertamente una relectura de aquella sentencia en estos días va a mostrar que el espíritu que anima a esta iniciativa, es precisamente la que nosotros hemos expresado en aquella sentencia, porque nosotros rescatamos sobre la importancia de la participación de la ciudadanía que toda reforma constitucional debe tener y como la reforma no podía venir impuesta desde arriba sin una previa democracia participativa para que todos nos pusiéramos de acuerdo sobre los temas que debían ser discutidos (...) parece premonitorio que la última frase de aquella sentencia dijese precisamente que llegará un día en que la sociedad mendocina democráticamente dirá que hacer con esta sabia constitución y que aspectos deben ser modificados⁵.

4. 4 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. Fecha: 04/05/1989. Partes: Unión del Centro Democrático y otro v. Provincia de Mendoza. Publicado: JA 1989-III-241.

5. Disponible en <https://www.youtube.com/@LegislaturaTVMendoza>

A pesar de la sentencia adversa a las pretensiones reformistas, el LP de Llaver se vio fortalecido al aglutinar a todas las fuerzas políticas mendocinas tras la necesidad de una reforma constitucional, impulsando un debate innovador, necesario y actualizado para la provincia de ese entonces. De igual forma, logró capitalizar el voto ciudadano al impulsar la elección directa de las máximas autoridades provinciales.

2. El estatuto docente como estrategia jurídica

Los estatutos docentes constituyen regulaciones del trabajo de enseñar que comprenden, entre otras cuestiones, concepciones de la docencia, su ubicación en una red de relaciones de poder y garantías de derechos, algunos de ellos como respuesta a posibles o efectivas arbitrariedades del poder político. La importancia del estudio de estas leyes radica en considerarlas, en los términos de Guillermo Pérez Crespo (2002), “herramientas tanto de dominación como de resistencia”. Este autor entiende que el espacio de lo legal es, al igual que otros espacios, un lugar de lucha de los trabajadores. En este sentido, las regulaciones estudiadas, al constituirse en “herramientas jurídicas de lucha en el conflicto de clases”, representan los acuerdos entre distintos sectores sociales, así como la posibilidad de alterar las relaciones sociales existentes. Entendidos así, los estatutos docentes son leyes que, lejos de ser normas técnicas y neutrales, cristalizan un momento determinado de las relaciones entre los trabajadores de la educación y ciertos sectores sociales hegemónicos.

En su discurso ante la Asamblea Legislativa, el gobernador dijo:

El Ministerio de Cultura y Educación inició su gestión de Gobierno en diciembre de 1983, reafirmando los principios de la enseñanza pública, gratuita, obligatoria y asistencial. La Constitución y el Estatuto del Docente enmarcaron desde el comienzo su accionar orientado hacia un proceso de democratización de la enseñanza... El día 13 de febrero de 1984 tuvo entrada en la H. Cámara de

Diputados el Proyecto del Poder Ejecutivo que propicia la reimplantación del Estatuto del Docente. Dicha iniciativa ya cuenta con media sanción legislativa y asegurará al docente el retorno pleno a la legalidad⁶.

Desde los primeros momentos, la educación en Mendoza fue concebida como herramienta fundamental para la consolidación de la democracia. El gobierno escolar, encabezado por Hugo Duch, dispuso la reincorporación de los docentes cesanteados por el gobierno de facto y consideró un acto de justicia reparar los daños morales causados en cada caso particular. Se realizaron concursos para titularizar a profesores y maestros y poner punto final a designaciones irregulares de docentes de todas las categorías.

El perfeccionamiento docente tuvo dos ejes principales: a) el conocimiento real de la política educativa y de la filosofía que la sustenta y b) el principio de autoperfeccionamiento permanente que debe guiar las acciones del profesional. Estas medidas culminaron con la aprobación del Decreto 313/85 que reglamentó el Estatuto del Docente en la Provincia (Muscará, 2018).

En ese contexto, teniendo en cuenta que buena parte de las relaciones entre trabajadores de la educación y los ministerios respectivos se encontraban reguladas por la ley N° 14.473, el liderazgo de Llaver impulsó la sanción de la ley 4934 y su decreto reglamentario 313/85 que sostenía:

Art. 1. - La presente ley determina los deberes y derechos del personal docente, que se desempeña como tal, en todo el territorio de la provincia, ya sea en establecimientos educacionales del estado provincial, municipal y privados adscriptos. Art. 2. - Se considera docente, a los efectos

6. Discurso del Gobernador Llaver en el marco de la apertura de las sesiones ordinarias de la Legislatura provincial de 1984.

de esta ley, a quien imparta, dirija, fiscalice u oriente la educación general y la enseñanza sistematizada en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el artículo 1o y posea el requerido, así como a quien colabore directamente en esa función, con sujeción a las normas pedagógicas que dicte el gobierno escolar, o realice tareas de apoyo escolar en establecimientos oficiales que tengan a su cuidado menores en edad escolar.

El impulso a dicha normativa encolumnó al sector docente detrás del liderazgo de Llaver, atento a que consagró legislativamente un sentido y militado reclamo de los trabajadores de la educación al poseer una herramienta para la discusión de las condiciones de trabajo, en paridad de condiciones con la patronal, “evidenciando una apropiada lectura interpretativa sobre las demandas, necesidades y reivindicaciones históricas docentes que se plasman en dicho instrumento legal” (Imen, 2000: 5).

3. Una estrategia jurídica indirecta. La defensa de los recursos naturales de Mendoza

Durante la gestión de Llaver, el gobierno provincial, además de reclamar una mayor descentralización fiscal a través del pedido de una nueva distribución por coparticipación, buscó generar un cambio en la relación de poder intergubernamental por medio de la adquisición de “derechos y recursos” con el objeto de “ejercer nuestra soberanía territorial” y “poder forjar nuestro desarrollo económico e industrial”. Para ello propulsó una campaña de defensa del federalismo, entendido como “un medio eficaz, casi único e intransferible en la posibilidad de sacar al país de sus falencias originales”. La bandera levantada en esa ocasión para justificar esta demanda fue la “defensa de la autonomía provincial” (Mellado, 2012).

Uno de los actos de mayor repercusión nacional fue el intento de la toma pacífica del complejo hidroeléctrico Los Nihules, en San Rafael,

el 13 de septiembre de 1987, por parte de las autoridades provinciales, determinación política que encontraba sustento en estrategias jurídicas indirectas, a saber, la firma del convenio entre la Nación y la provincia de Mendoza aprobado por ley N° 1427, sancionada el 21 de julio de 1941. En el convenio de referencia quedan establecidas las condiciones para recuperar las obras por parte del gobierno de Mendoza, además de la interpretación de los artículos 5 y 41 de la ley 15336, basada en la teoría de la fuente, entendida esta como el tramo del río efectivamente aprovechado para la generación de electricidad, básicamente el ocupado por el embalse (Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, 06/07/2015)⁷. La central dependía de la Nación y la provincia la reclamaba para sí (el sistema pasó a propiedad provincial en 1993 para ser privatizado). Llaver depuso su intentona –que no fue bien vista por su vicegobernador José Genoud ni por las autoridades nacionales de ese momento– al interferirle el paso a la Gendarmería Nacional⁸.

En este sentido:

Fue una decisión de Felipe que la apoyaron pocos... fue un hito político al establecer en Mendoza la posibilidad de recuperar ese capital y plantear que no importaba la amistad (con el presidente Alfonsín), la ideología ni ser del mismo partido (oficialista) cuando están los intereses

7. Al sur de nuestra provincia, nos encontramos con el embalse “El Nihuil”, un lago artificial formado sobre el río Atuel para el regadío, generación, venta y comercialización de electricidad del sistema hidroeléctrico Los Nihuales. Sus 9600 hectáreas lo posicionan como el embalse más grande de la provincia de Mendoza. Este complejo hidroeléctrico está formado por un conjunto de presas en cascada sobre el río Atuel y se compone de un embalse (El Nihuil), un embalse compensador (el Valle Grande) y dos presas intermedias (Aisol y Tierras Blancas). Cuenta con una capacidad instalada de 265 MW, que representa el 0,6% de Argentina. Diario Memo, 11/05/22.

8. Diario La Nación, 15/07/22. En este marco, Llaver emprendió la tarea de recuperar administrativamente las fuentes de energía hidroeléctrica a través de la adquisición de los complejos Nihuil I, II y III, Agua del Toro, los Reyunos, la Central Térmica Luján de Cuyo I y II, y Cruz de Piedra a la empresa de Agua y Energía de la Nación.

de la provincia... Lo venía estudiando, el gobierno nacional no cedía, planteaba el pedido desde lo legal, jurídico y hasta científicamente y ante la persistente negativa dijo: “Tomemos los Nihuiles, son nuestros”. Fuimos, llegamos, no pudimos ingresar porque estaba Gendarmería, se hizo el acta de que la provincia tomaba la posesión y que la fuerza de seguridad lo impedía. Hasta se hizo presente el juez federal de San Rafael. Fue un hecho histórico...”⁹. Recuerdo que, camino a los Nihuiles, el coche de gobernación fue escoltado por una caravana de Energía Mendoza. Mi padre iba leyendo el diario Los Andes y recibe una llamada a través de la red presidencial que tenía montado el Fairlane de la gobernación y era directamente de la Presidencia de la Nación. Del otro lado se escucha la voz del Secretario de Energía de la Nación, Roberto Lapeña, donde lo intima a que desista de ese acto de insurrección que estaba por cometer, que era un delito... por orden del Presidente Alfonsín. En la puerta de la central hidroeléctrica había gendarmes y una barrera que impedía el paso del vehículo y de la caravana. El juez federal le dice: “Doctor Llaver, no le puedo permitir que concrete este acto”. Y si bien no se pudo concretar en ese momento la toma efectiva de los Nihuiles, fue una presión muy grande para el gobierno de su amigo (Alfonsín). Mi padre valoró mucho más el interés de los mendocinos¹⁰.

Es que la tradición política de los radicales mendocinos es muy especial. Son muy celosos de su autonomía.

9. Roberto Suárez, exsubsecretario de Comunicación Social durante la gobernación de Llaver, en entrevista a Mdz, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=heJRIujDPm8&t=689s>

10. Entrevista a Daniel Llaver. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ckJ8rNsXLZs>

Cuando no están de acuerdo con las políticas nacionales, no tienen problema en plantearlo y defenderlo con toda su energía y sus convicciones (...). Como radical de una provincia con fuerte tradición federal, Llaver señalaba ya una década antes de llegar al poder el problema de los recursos energéticos y la defensa de los derechos de la provincia¹¹.

Mediante la transferencia de las centrales hidroeléctricas ubicadas en el departamento de San Rafael, Llaver buscaba alcanzar dos objetivos considerados primordiales para su gestión: la reactivación económica y la defensa del federalismo. El reclamo por la administración de los Nihuiles generó un conflicto de intereses entre la empresa estatal y la gobernación, quienes buscaron disputarse a la opinión pública. Meses más tarde, Llaver junto con el diputado nacional Raúl Baglini presentaron en el Congreso de la Nación un proyecto de ley para la transferencia definitiva del complejo, que vería su resolución años más tarde durante la administración de Rodolfo Gabrielli. Así, en el periodo que recorre las primeras etapas de la democracia, la transferencia de responsabilidades y recursos parece estar dominada por las pujas entre nación y provincias (Mellado, 2012).

En este sentido, el LP de Llaver se vio fortalecido en el orden interno, especialmente con la ciudadanía del sur mendocino que avaló su determinación política. No obstante, a nivel intrapartidario sufrió un debilitamiento al confrontar con el presidente Raúl Alfonsín, quien disponía para la época de altos índices de popularidad, y con el resto de las tendencias internas del radicalismo, al no contar con apoyo sobre el reclamo de la titularidad de los recursos naturales provinciales. No obstante, la lectura interpretativa de Llaver anticipó el reconocimiento por parte de los convencionales constituyentes de 1994 al reconocer

11. Raúl Ricardo Alfonsín en "Homenaje a Santiago Felipe Llaver" (2001), disponible en <http://www.historiaydoctrinadelaucr.com/2015/06/raul-alfonsin-santiago-felipe-llaver.html>

el dominio originario de los recursos naturales a las provincias.

4. Maximizar las estrategias jurídicas para reconstruir Mendoza. Llaver y el terremoto de 1985

En la tranquila madrugada del [sábado 26 de enero de 1985](#), la apacible Mendoza fue testigo de un evento que rompió con su rutina: un [terremoto](#) que, en apenas nueve segundos, dejó una marca imborrable en la memoria colectiva de la provincia. Este sismo, con una intensidad de 7 grados en la escala Mercalli modificada y 6.3 de magnitud en la escala de Richter, tuvo su epicentro en la “falla de Barrancas”, en Maipú. Las vibraciones fueron tan intensas que las agujas de los sísmógrafos se quebraron. Al amanecer, la magnitud del desastre se hizo evidente: seis personas perdieron la vida y cerca de 250 resultaron heridas. Más de 12.000 viviendas, en su mayoría construcciones de adobe, yacían esparcidas en el suelo¹². La situación era de tal gravedad que el gobierno provincial tomó medidas de inmediato, declarando el estado de emergencia, asistiendo a los más necesitados, creando un comité de emergencia con Marcelino Iglesias¹³ al frente, suspendiendo la Fiesta Nacional de la Vendimia y, luego, gestionando fondos con el gobierno nacional conducido por Raúl Alfonsín (en ese momento de gira por la India). El vicepresidente Víctor Martínez llegó a los pocos días a la provincia y recorrió la zona de Villa Marini, una de las más afectadas, y comprometió toda la ayuda necesaria desde el gobierno nacional. En relación, Iglesias manifestó:

Si hay algo para destacar durante esa emergencia fue, en general, el comportamiento de la gente que fue muy solidaria, se ayudó a cuidar los bienes afectados,

12. Disponible en: www.losandes.com.ar, 26/01/2024.

13. Marcelino Iglesias fue subsecretario de Promoción Social y Vivienda, ministro de Bienestar Social, senador provincial y diputado provincial e intendente de Guaymallén (2015-2019).

no se reportaron saqueos y se trabajó codo a codo entre particulares, gobiernos municipales, provincial y nacional. Fue un ejemplo de superación de la crisis y, por ello y por medidas de fondo tomadas rápidamente, se pudo avanzar en un plan de viviendas que fue único en la historia no solo de Mendoza, sino del país¹⁴.

Ante la catástrofe natural, el gobernador, en su discurso de apertura de sesiones ordinarias, dijo:

Simultáneamente con el cubrimiento de la emergencia, a través de la comisión respectiva que fue creada al efecto, se comenzaron a adoptar las medidas necesarias para atender los requerimientos sustanciales derivados de la pérdida de la vivienda, y en este sentido, tras largas y arduas gestiones, se logró que por medio del Banco Central de la República Argentina se otorgaran descuentos a los bancos de Mendoza y Previsión, que, conjuntamente con las medidas adoptadas por el Banco Hipotecario Nacional, permitieron emprender planes de reconstrucción que están en plena marcha. Del mismo modo, YPF otorgó anticipos de regalías para ser descontadas a la provincia en veinte cuotas mensuales, cuyo comienzo de reintegro lo fijó originalmente a partir del mes de julio del corriente año, pero que estamos gestionando se verifique a partir del mes de enero de 1986 (...). Todo ello sin perjuicio de la construcción de viviendas que responden al plan ordinario a cargo del Instituto Provincial de la Vivienda.

14. Disponible en: www.jornadaonline.com, 26/01/2024.

En relación:

Le debían plata de la Secretaría de Energía, logra la transferencia de esos fondos e impulsa un plan de 40.000 viviendas convocando a empresas constructoras¹⁵.

Entre los aportes del FO.NA.VI más los propios del I.P.V. pudimos entregar un barrio a los 8 meses del terremoto¹⁶.

Godoy Cruz, el departamento más afectado, junto con Guaymallén y Las Heras, se sumieron en el desconcierto. El hospital El Carmen, erigido en 1900, se vio especialmente golpeado. En este sentido, Llaver dijo:

La situación conflictiva de O.S.E.P.¹⁷ se ha agravado a causa de la destrucción del Hospital El Carmen por el sismo, por cuyo motivo, en materia de prestación de servicios de internación, se ha recurrido a otros nosocomios y se centralizará la prestación de todos los demás servicios mediante la locación de un edificio céntrico en el que, además de atender en un solo lugar todas las actividades administrativas, también se instalarán los Consultorios Externos. Se ha dispuesto también la inmediata regularización de la entidad, a cuyo efecto están dados los pasos necesarios para la integración del Directorio, para hacer cesar la intervención, cuyo trámite era imposible cumplir hasta tanto se produjera la normalización de las entidades gremiales; esto ya ha ocurrido.

15. Roberto Suárez, exsubsecretario de Comunicación Social durante la gobernación de Llaver, en entrevista a Mdz, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=heJRlujDPm8&t=689s>

16. Juan Carlos Jaliff, exdirector del Instituto Provincial de la Vivienda durante la gestión de Llaver, en entrevista a Mdz. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=heJRlujDPm8&t=689s>

17. Obra social de empleados públicos de Mendoza.

La educación, cultura y trabajo docente fue materia prioritaria en la gestión de la reconstrucción de Mendoza luego del terremoto.

Un capítulo especial merece el desarrollo de la actividad en el ámbito del Ministerio de Cultura y Educación, cuyo rasgo más destacado lo representa la reforma y aplicación integral del Estatuto del Docente, merced a la sanción del Cuerpo Legal respectivo por parte de ambas Cámaras Legislativas y su ejecución integral por el órgano de aplicación. En este aspecto se titularizó a todos los docentes y recientemente comenzó el proceso de regularización del ámbito directivo secundario (...). Se concluirá con la tarea de reparación y dignificación docente en el reconocimiento cabal de su personalidad integral, faltando solo completar sus derechos patrimoniales, a cuyo efecto será prioritaria la preocupación de nuestro Gobierno.

El terremoto de 1985 “fue una horrible desgracia que dejó muertos y heridos y a miles sin casa, pero fue una experiencia humana inolvidable donde prevaleció la solidaridad entre los vecinos”¹⁸, obligó a una reordenación de recursos económicos y humanos no solo desde el gobierno provincial, sino municipal y nacional para reorganizar al gran Mendoza derruido.

18. Disponible en www.memo.com.ar, 26/01/2022.

IV. La alternancia en el poder provincial. La gobernación de José Octavio Bordón (1987-1991)

1. Bordón y su plan de un gobierno para todos los mendocinos

A Llaver, quien obtuvo un fuerte apoyo de la ciudadanía en las urnas, lo sucedió el peronista José Octavio Bordón, que inició de esta manera, detrás de él, una trilogía de gobernantes justicialistas. El 11 de diciembre de 1987 asumió la Gobernación de la provincia junto a su vicegobernador, Arturo Lafalla, al haber resultado ganador en las elecciones generales imponiéndose a la fórmula radical encabezada por Raúl Baglini y Hugo Lanci.

Experimentado investigador social, Bordón construyó un equipo primero y luego, una serie de propuestas cuando se impulsó hacia la gobernación, que se conoció como el *Libro verde*. El Instituto de Economía y Organización (Insteco) le dio sustento y, si bien no pudo cumplirlo en su totalidad, representó un esfuerzo inédito. El Insteco era tributario de la fuerte experiencia que ligaba a Bordón con los Comandos Tecnológicos Peronistas (CTP) en la década del 70, dirigidos a nivel nacional por Julián Licastro¹⁹. De acuerdo con la visión de Roberto Omar Cuevas, quien fue subsecretario de Industria y Comercio Exterior durante el gobierno del “Pilo” y ministro de Economía durante el gobierno de Gabrielli,

... el *Libro verde* plasmaba una visión de desarrollo y de cambio que cautivó a los sectores independientes, escasamente afines a votar por el peronismo... más allá de sus críticas, significó un esfuerzo de un montón de gente no solamente de la gente de economía sino de educación,

19. Disponible en <https://www.memo.com.ar/runrunes/lirbo-vivo-de-marchi/>

salud de tratar de imaginarse hacia donde iba Mendoza y bajo qué modelo había que hacerlo (...) Nosotros estábamos convencidos que los cambios que queríamos hacer nos iban a trascender, entonces imaginábamos hacia donde queríamos ir...²⁰

En el libro verde se esbozan las primeras propuestas de descentralización política. Para el justicialismo, la idea de descentralizar implicaba un continuo flujo de ida y vuelta entre el centro y los espacios políticos periféricos: la búsqueda de la descentralización de la conducción del Estado a la vez que la concertación en las políticas públicas. El argumento que justificaba esta política del peronismo renovador se encontraba en la aplicación del federalismo a escala provincial, federalismo que contribuiría a cambiar las relaciones interpoderes, lo que implicaba esta perspectiva una crítica amplia al autoritarismo. La descentralización aparecía en el ideario de Bordón y su equipo como la herramienta que permitía el fortalecimiento de la democracia, dando la imagen de un partido *aggiornado* a las nuevas condiciones del juego político (Mellado, 2012).

En su discurso ante la Asamblea Legislativa de 1988 dijo:

Quisimos acercarnos a la comunidad mendocina con un mensaje nuevo y abierto a la esperanza. Ese es el programa que estamos decididos a cumplir, el cual está escrito sin ambigüedades. Hemos de aceptar las críticas cuando los papeles de algún funcionario tapen los objetivos del *Libro verde*, pero no vamos a cambiar en él. El marco global de nuestra concepción ha promovido siempre la concertación como herramienta prioritaria.

20. Disponible en <https://www.mdzol.com/politica/2019/4/2/nadie-nacio-de-un-repollo-apellidos-nexos-de-los-politicos-de-mendoza-22711.html>

Y en el último discurso ante la Honorable Asamblea Legislativa de 1991, lo reivindicó después de admitir que no había logrado cumplir con todas las promesas:

Llegamos a gobernar con una propuesta integral de acción que se popularizó bajo el nombre de Libro verde. Casi toda la gente que hoy tiene responsabilidades directivas en el Estado, imaginó en él la Mendoza que nos proponíamos empezar a construir en los próximos 4 años. Ese esfuerzo intelectual fue y sigue siendo para nosotros la guía que le dio coherencia y continuidad a un programa, a nuestro estilo de conducir los destinos de la provincia. No todo lo allí expresado pudo ser cumplido. A veces porque la crisis nacional destruyó nuestros instrumentos, otras, porque simplemente no fuimos capaces de realizarlo. Pero también, gracias a esta propuesta, tuvimos una concepción integral de la provincia, no un rompecabezas para armar luego de asumir la función pública (...) pero no vamos a cambiar porque sí de proyecto, porque no hemos mentido y porque creemos en él. La falta de habilidad o de firmeza en la ejecución de algunas políticas solo podrá superarse con la autocrítica a tiempo o con la crítica positiva (...). Mi gobierno comenzó tratando de llevar a cabo las tareas que el momento concreto le encomendaba. Fue por eso que en el año de 1987 dije que esta nueva cultura política, donde deben ser respetados los aciertos del anterior gobierno democrático, debía comprender que la democracia que hasta ayer se preocupó más por el pasado que podía volver, hoy debe comenzar a preocuparse por el futuro que tiene que venir.

El *Libro verde* de Bordón significó un plan integral de gobierno para la provincia que, en términos de su LP, lo consolidó, más allá de que

por coyunturas nacionales, internacionales y/o locales algunas de sus iniciativas no pudieron desarrollarse. Significó una visión de la Mendoza de ese presente y su futuro deseado.

2. Una estrategia que se reitera. Entre enmiendas y la necesidad de una reforma integral a la Constitución provincial

En su discurso del 1º de mayo de 1989 ante la Honorable Asamblea Legislativa, Bordón dijo:

Ante la crisis -profunda, innegable- que sacude a nuestra sociedad, poco valen las mutuas transferencias de responsabilidades, la búsqueda de causas lejanas y las culpabilidades parciales. Hoy la gente espera de nosotros algo mucho más importante, que seamos capaces de unir los cambios institucionales con políticas de crecimiento, de trabajo y de distribución. Políticas capaces de forzar la credibilidad y la convivencia dentro del sistema democrático al que no estamos dispuestos a renunciar (...) Creo que hoy tenemos en Mendoza la oportunidad de revertir la esperanza, la falta de fe, el egoísmo. Muy pronto esta alta tarea de discusión se enriquecerá con la formación del Poder Constituyente que afrontará la sentida reforma de la Carta Magna, sujeta esta a la resolución de la Corte Suprema de Justicia. Porque, ahora o después, hay que actualizar la Constitución, ajustándola a lo que exigen los nuevos tiempos. Mendoza necesita que lo imaginado, lo que supo forjar, y todo lo que ha hecho al cambio de los años y lo que hoy siente necesario para ganar el futuro, tenga la jerarquía legal, el respaldo adecuado. La reforma es la herramienta de la transformación de la provincia. La reforma no es la llave mágica que va a resolver nuestros problemas. Es el soporte y el marco adecuado, que darán la tranquilidad,

la seguridad, la serenidad necesaria para avanzar más rápidos y confiados (...) Hemos coincidido de un modo casi unánime en el cumplimiento del mandato histórico de reformar la Carta Magna, trabajando todos los partidos y sectores sociales en el Consejo para la Reforma Constitucional.

Ante el frustrado intento reformador de 1987, en un paso más, tendiente a restablecer el sistema de elección directa que sustituyera la reforma de 1965, el 21 de diciembre de 1989 la Legislatura sancionó la ley 5499 por la que se dispuso la reforma del artículo 198 de la Constitución, sustituyéndolo por el siguiente:

Los intendentes serán elegidos directamente por el pueblo de los respectivos municipios por simple mayoría de los votos válidamente emitidos, pudiendo ser reelectos.

Siguiendo con el proceso de reforma por enmienda, el artículo 2 de la ley expresa:

El Poder Ejecutivo convocará al Pueblo de Mendoza para que en la próxima elección de Diputados a celebrarse en la Provincia se pronuncie a favor o en contra de forma sancionada por el artículo anterior, en un todo de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 223 de la Constitución Provincial.

El 22 de agosto de 1990, por ley 5557, la Legislatura declaró la necesidad de la reforma del artículo 1 de la Constitución. Su redacción propuesta establecía:

La Provincia de Mendoza es parte integrante e inseparable de la Nación Argentina y la Constitución Nacional es su

Ley Suprema. Su autonomía es de la esencia de su gobierno y lo organiza bajo la forma republicana representativa, manteniendo en su integridad todos los poderes no conferidos por la Constitución Federal al Gobierno de la Nación. Sus yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, como así también toda otra fuente natural de energía sólida, líquida o gaseosa, situada en subsuelo y suelo, pertenecen al patrimonio exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado Provincial. Su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras. La Provincia podrá acordar con otras y con el Gobierno Nacional sistemas regionales o federales de explotación.

El plebiscito ratificatorio, conforme al artículo 223 de la Constitución, se realizó conjuntamente para aprobar ambas leyes de reforma el 8 de diciembre de 1991. Los votos ratificatorios alcanzaron el 77,95% del total de los empadronados (Egües, 2008).

Si bien el impulso de reformas por enmiendas a la Constitución provincial respaldado por el voto afirmativo de los empadronados significó una consolidación del LP de Bordón, el intento frustrado de una reforma integral no implicó un debilitamiento, sino que consolidó su liderazgo y, por sobre todo, la salud e institucionalidad democrática mendocina al remarcar e insistir con una propuesta de su antecesor, entendiendo que la provincia debía darse este debate que cimentara las bases de la Mendoza tan distinta a la de 1916.

3. La descentralización de responsabilidades como estrategia clave para el LP de Bordón

La descentralización de responsabilidades de la provincia hacia los municipios encuentra un puntapié inicial en la campaña electoral de 1987. En esa oportunidad, el diputado nacional José Octavio Bordón se enfrentó a Raúl Baglini, joven diputado radical que había ganado el

apoyo de Alfonsín y cierta notoriedad pública a través de sus intervenciones en el Congreso nacional (Mellado, 2012).

En el *Libro verde* propuesto por Bordón quedaron definidas las primeras estrategias de descentralización política. En perspectiva del justicialismo, la idea de descentralizar se encontraba asociada a un continuo flujo de ida y vuelta entre el centro y los espacios políticos periféricos: la búsqueda de la “descentralización de la conducción del Estado” a la vez que la “concertación en las políticas públicas”. El argumento que justificaba esta política del peronismo renovador se encontraba en la aplicación del federalismo a escala provincial, federalismo que contribuiría a cambiar las relaciones interpoderes, lo que implicaba desde esta perspectiva una crítica amplia al autoritarismo. La descentralización emergía como un instrumento que permitía el fortalecimiento de la democracia, dando la imagen de un partido aggiornado a las nuevas condiciones del juego político. El énfasis colocado en el programa de gobierno puso en evidencia que la estrategia estaría colocada en privilegiar “la recuperación del municipio como unidad política central”. El proceso incluía “la transferencia político-decisional, funcional y operativa”, es decir, el traspaso de responsabilidades y recursos que, a través de la construcción del “federalismo interior”, dotaría al municipio de una nueva autonomía. La propuesta justicialista no implicaba “una nueva concentración en la estructura tradicional”, sino que involucraba la activación y puesta en valor de una serie de actores de la vida política local en la conducción municipal. Las comunas que integran las distintas jurisdicciones municipales, las organizaciones civiles y las empresas y las sociedades del Estado constituirían piezas claves de este proceso. El proyecto descentralizador contemplaba cambios en el “centro” a través del aumento de la “capacidad operativa de la administración” provincial. La flexibilización de “los actuales criterios de organización departamental a favor de estructuras organizativas ‘por programas’”, y la promoción de “un gradual redimensionamiento adecuado a exigencias de efectividad, dinamismo y eficiencia” aparecían como los ejes claves del proceso en la instancia provincial. Estas premisas se combinaban con una fuerte dosis de planificación

sectorial que daría como resultado la concertación de políticas públicas. A pesar de que esta propuesta se justificaba en relación con la democracia y la desburocratización del Estado, también se encontraban presentes los argumentos técnicos y políticos en favor de los intereses fiscales de esta propuesta. La situación presupuestaria que atravesaba Mendoza hacía atractiva la necesidad de reducir el tamaño de la burocracia provincial y las cargas que pesaban sobre el Estado. Una vez más, la conducción centralizada que había logrado adquirir el sector naranja liderado por Bordón dentro del partido justicialista le permitía impulsar cambios innovadores que repercutían en la estructura del partido y de esta manera aceitar las maquinarias electorales para lograr triunfos contundentes. Al mismo tiempo, la descentralización acentuaba la dimensión territorial de la política, aspecto que Bordón se había esmerado en desarrollar a través de su campaña electoral. Finalmente, la descentralización aparecía como un proceso compatible con los cambios que se operaban a nivel mundial en torno a la concepción y función del Estado (Mellado, 2012).

En ese marco, fue sancionada la Ley provincial 5379/88 que establecía:

Artículo N° 1 - Fijase, a partir del 1 de enero de 1988, las participaciones de las municipalidades de la provincia en los recursos de jurisdicción nacional y provincial efectivamente percibidos por la provincia, según el siguiente detalle: a) régimen transitorio de distribución de recursos fiscales entre nación y provincias (ley 23.548): Catorce por ciento (14%). b) impuesto sobre los ingresos brutos: catorce por ciento (14%); c) impuesto de sellos: catorce por ciento (14%); d) impuesto inmobiliario: catorce por ciento (14%); e) impuesto a los automotores: setenta por ciento (70%); f) regalías petrolíferas, uraníferas y gasíferas, así como lo percibido como resultado de juicios pendientes con la nación, o leyes especiales que incrementen estos conceptos: doce por ciento (12%); g) todo otro recurso impositivo que

se cree en el futuro, de origen nacional o provincial, no previsto en los incisos anteriores se participara de acuerdo a lo previsto en el art. 2 Incisos a) y b) apartado 1 en: catorce por ciento (14%), siempre y cuando el recurso no tenga afectación específica; *h) regalías hidroeléctricas: doce por ciento (12%)²¹.

Los intendentes comenzaron a gozar de mayores recursos disponibles para la administración gracias a la nueva ley de Participación Municipal. En 1988 Bordón envió esta ley a la Legislatura, que tenía como objeto descentralizar tanto los fondos coparticipables provenientes de la Nación como los recursos propios de la provincia. Esta medida favorecía en principio a los municipios, a causa de que este nivel estatal había tenido tradicionalmente facultades tributarias

21. La Constitución de Mendoza se remonta a 1916. En ella se establece el régimen municipal basado en el sistema departamental. En materia de recursos establece que “las municipalidades tendrán las rentas que determine la Ley Orgánica y en ningún caso podrán dictar ordenanzas creando impuestos ni contribuciones de ninguna clase, salvo respecto de los servicios municipales que prestan”. Con posterioridad al dictado de la Constitución, se sanciona la Ley Orgánica de Municipalidades, que es parcialmente modificada en 1920 por el dictado de la Ley 769. Dicha ley no sufre modificaciones hasta 1934, en que se dicta la Ley 1079. Este nuevo ordenamiento legal regula las facultades, competencias y recursos municipales, así como los variados aspectos del funcionamiento de la institución. La ley a lo largo del tiempo ha sufrido numerosas modificaciones que, junto a reformas parciales, pero de trascendencia en el texto constitucional, han contribuido a generar dudas respecto de la vigencia y aplicabilidad de muchas de sus normas. La primera normativa orgánica sobre coparticipación municipal de impuestos en la provincia es la Ley 3590 de 1969, que establece en su artículo 22 el régimen de coparticipación primaria; el mismo es apenas modificado en 1975 por el Decreto-Ley 1268, que perduró hasta 1988. El régimen de transferencias de recursos provinciales a los municipios de Mendoza actual está establecido por la ley 6.396 y modificatorias, ley sancionada en el año 1996, cuya validez se mantiene por la sanción de sucesivas prórrogas en cada una de las leyes anuales de presupuesto de la provincia. Esta ley modificó la distribución secundaria establecida en la Ley original N.º 5379 del año 1988, por pujas entre aquellas comunas más ineficientes donde los indicadores no rendían los fondos que necesitaban para funcionar, resultando perjudicada principalmente la Ciudad de Mendoza.

reducidas y dependía en gran medida de los fondos discrecionales aportados por el gobierno provincial para financiar sus gastos. La “proximidad” del municipio para resolver problemas fue el argumento sostenido por el gobierno para la descentralización de recursos.

Conclusiones finales

Esta investigación abordó la modalidad en que las estrategias jurídicas configuraron un Recurso de Poder (RP) para la construcción de LP en el contexto de la transición democrática en la provincia de Mendoza (1983-1991). En este sentido, la tarea investigativa se abocó a las estrategias jurídicas promovidas por Santiago Felipe Llaver y José Octavio Bordón en el ejercicio del poder ejecutivo provincial, perspectiva que proporcionó un abordaje innovador de sus gobernaciones: el marco político-institucional y sus condiciones y habilidades políticas. En definitiva, la investigación intentó demostrar que las estrategias jurídicas constituyeron un RP clave en el ejercicio de sus gobernaciones, deviniendo un mecanismo relevante en el fortalecimiento de su capacidad político-institucional.

De dicha línea investigativa, este trabajo arriba a las siguientes conclusiones:

a) La relevancia de las estrategias jurídicas como recursos para la construcción de liderazgo provincial y poder político, al posicionarse de manera transversal al resto de los RP. La transversalidad de referencia constituyó un mecanismo globalizante horizontal, al recorrer e interrelacionar la multiplicidad de RP para la construcción de poder de los gobernadores, deviniendo clave en el fortalecimiento político-institucional de sus liderazgos.

b) En definitiva, puede afirmarse que las estrategias jurídicas aplicadas por Llaver y Bordón en orden a construir poder político

dispusieron de éxito político, atento a que los distintos recursos aplicados surtieron las consecuencias políticas esperadas. En el caso de Llaver, tanto el estatuto del docente, la instalación del debate sobre el federalismo y la titularidad de los recursos naturales provinciales a partir de la toma fracasada de los Nihuiles, junto a la política de vivienda luego del terremoto, devinieron clave para fortalecer su liderazgo. En el caso de Bordón, tanto el impulso de enmiendas parciales en el orden constitucional como la descentralización de recursos municipales significaron una consolidación de su LP, constituyendo los ejes del armado de su proyección nacional como referente del partido justicialista. En esa dirección, puede afirmarse que los poderes provinciales formales resultaron recursos suficientes para el ejercicio de su LP, sumado a sus poderes informales, que cobraron significativa igual relevancia para sus liderazgos.

Referencias bibliográficas

Cano, Adriana (2017). *Reforma Constitucional de Mendoza. Referéndum para su procedencia: ¿Requisito célebre o cerrojo legal?* Córdoba: Universidad Empresarial Siglo XXI.

Egües, Carlos (2008). *Historia Constitucional de Mendoza. Los procesos de reforma*. Mendoza: Ediunc.

[Fraschini, Mariano](#) (2013). *Los liderazgos presidenciales de Hugo Chávez y Álvaro Uribe: ¿Dos caras de un mismo modelo de ejercicio del poder?* Tesis para optar por el doctorado en Ciencias Políticas. Buenos Aires: UNSAM

Imen, Pablo (2000). Regulación del trabajo docente. Un debate debido, en: Revista La Docente, Buenos Aires, año 2, N° 5, Publicación de la Caja Complementaria de Prevención para la Actividad Docente, noviembre 2000.

Mellado, María Virginia (2012). Descentralización y reconfiguración de un espacio local. Algunas aristas de la territorialidad de la política en democracia. Mendoza, 1983-1999. INCIHUSA - CONICET UNCuyo. PolHis. Año 5. Número 9. Primer semestre de 2012. 437 páginas. ISSN 1853-7723, pp. 9-24

Muscará, Francisco (2018). *Educación y política en democracia. Mendoza (1984-2015)*. Mendoza: EDIFYL

Ollier, M.M. (2008). La institucionalización democrática en el callejón. La inestabilidad presidencial en el cono sur (1992-2003). En: América Latina Hoy, vol. 49, agosto de 2008, pp. 73-103. En: redalyc.uaemex.mx/pdf/308/30804905.pdf

Pérez Crespo, Guillermo (2002). Las herramientas legales en la lucha sindical, en: Ciffarelli, V.; Martínez, O.; Pérez Crespo, G. y otros. *De eso no se habla. Organización y lucha en el lugar de trabajo*. Buenos Aires: Cuadernos del TEL.