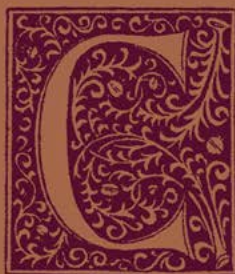


DERECHO Y
RAZÓN PRÁCTICA
*Homenaje a
Ernesto Garzón Valdés*

- TOMO 1 -

MANUEL ATIENZA Y
JORGE MALEM SEÑA
(COORDINADORES)



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

PRESIDENTE HONORÍFICO:

Ernesto Garzón Valdés

PRESIDENTE:

Pedro Cruz Villalón

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

DERECHO Y
RAZÓN PRÁCTICA

*Homenaje a
Ernesto Garzón Valdés*

- TOMO 1 -



DERECHO Y
RAZÓN PRÁCTICA
*Homenaje a
Ernesto Garzón Valdés*

MANUEL ATIENZA Y
JORGE MALEM SEÑA
(COORDINADORES)



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2025 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Manuel Atienza y Jorge Malem Seña

I.S.B.N.: 978-84-09-76441-9

Depósito legal: M-20014-2025

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN..... 15
Manuel Atienza y Jorge Malem Seña

IN MEMORIAMDE ERNESTO
GARZÓN..... 19
María Emilia Adán García

ERNESTO GARZÓN
VALDÉSALGUNOS APUNTES
VITALESE INTELECTUALES..... 25
Jorge F. Malem Seña

ERNESTO GARZÓN VALDÉS.
SOBRE LA GENEROSIDAD Y EL
DEBER DE SER AGRADECIDO..... 45
Manuel Atienza

UNA PROPUESTADE
APROXIMACIÓN A LA
FILOSOFÍA JURÍDICA DE
ERNESTO GARZÓN VALDÉS..... 57
Miguel Álvarez Ortega

1. INTRODUCCIÓN..... 57

2. FILIACIÓN FILOSÓFICA Y ETAPAS INTELECTUALES: DESMONTANDO LUGARES COMUNES.....	59
3. ACERCAMIENTO AL DERECHO EXISTENTE Y AL DERECHO IDEAL	68
4. LAS DINÁMICAS DEL PENSAMIENTO GARZONIANO Y LA UNIDAD DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA.....	81

EL COTO VEDADO EN EL SIGLO XXI .. 85

Martin D. Farrell

COTO VEDADO 101

Ricardo A. Guibourg

PASADO Y PRESENTE: LA NOCIÓN DE “COTO VEDADO” EN LA OBRA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS 107

Roberto Gargarella

I. EL “COTO VEDADO”	109
II. DEMOCRACIA Y DESCONFIANZA....	112
III. DERECHO Y DESACUERDOS.....	116
IV. LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO.....	120
V. ÚLTIMAS PALABRAS. AGRADECIMIENTO	127

EL RECHAZO AL “COTO VEDADO” COMO UNA CLARA SEÑAL DE INCOMPETENCIA BÁSICA.....	129
--	-----

Macario Alemany

LA VÍA NEGATIVA EN ERNESTO GARZÓN VALDÉS. UNA DEFENSA DEL OBJETIVISMO ÉTICO	155
---	-----

J.J. Moreso

1. INTRODUCCIÓN.....	155
2. LA IMAGEN DE LAS BOLAS DE BILLAR	158
3. LA VÍA NEGATIONIS EN LA TEOLOGÍA.....	160
4. LA VÍA NEGATIVA HACIA EL OBJETIVISMO ÉTICO	163
5. PARA CONCLUIR.....	168

NORBERTO BOBBIOY ERNESTO GARZÓN VALDÉS: EN TORNO A OBJETIVISMO ÉTICO	175
--	-----

Alfonso Ruiz Miguel

GLOSAS CRÍTICAS ELEMENTALES DE UN OBJETIVISTA CONTRA OTRO OBJETIVISTA	201
--	-----

Rodolfo Vigo

LIBROS PUBLICADOSPOR LA	
FUNDACION.....	223
COORDINADORES.....	233

PRESENTACIÓN

Manuel Atienza y Jorge Malem Seña

Durante los días 20 y 21 de noviembre de 2024, en Madrid, en la sede del Colegio de Registradores, se desarrollaron unas jornadas en homenaje a Ernesto Garzón Valdés, fallecido en la ciudad de Bonn el 20 de noviembre de 2023.

La razón y la oportunidad para llevar a cabo ese homenaje y en ese lugar a nadie puede resultar extraño. Ernesto Garzón tuvo la iniciativa de crear un ámbito de discusión amplio, plural y sosegado sobre cuestiones jurídicas, políticas y morales bajo el patrocinio de dicho Colegio de Registradores. Ese proyecto, que fue rápidamente acogido entre otros por Celestino Pardo y Antonio Pau, cristalizó en la Fundación del Coloquio Jurídico Europeo, que muy pronto mereció el reconocimiento unánime por los logros intelectuales y académicos de sus encuentros. Estos quedaron plasmados en la publicación de la Colección del Coloquio Jurídico Europeo, otra de las iniciativas de Ernesto. Nada de esta empresa hubiera sido posible sin el apoyo del Colegio

de Registradores de Madrid y de Isabel de la Iglesia, gerente de la Fundación del Coloquio Jurídico Europeo.

Ernesto Garzón fue el primer presidente de la Fundación. Fue nombrado luego Presidente Emérito con carácter vitalicio. Su esposa, Delia Frfr. von Mauchenheim RA-Kanzlei, siempre le acompañó en su cometido. Desgraciadamente, entre la realización de las jornadas antes mencionadas y la publicación de este libro, ocurrió su deceso. Nuestra evocación también es hacia ella.

En este libro se receptan las intervenciones acaecidas en aquellas jornadas. No se encontrará aquí un panegírico sobre la vida y la obra de Ernesto Garzón, eso le hubiera disgustado, sino contribuciones interpretativas o críticas a su vasto y rico pensamiento. Tampoco se hallará un análisis de toda la obra *garzoniana*, empresa que excedería con creces los objetivos de esta publicación que resume tan solo algunos de aquellos aspectos que los autores abordaron oportunamente en aquel homenaje.

Ernesto Garzón Valdés pensaba que la tarea intelectual era el fruto de una acción colectiva cuyos agentes participan con curiosidad, honestidad y rigor, como rememoró Pedro Cruz Villalón en el acto de clausura de las jornadas. Con este libro lleno de recuerdos, agradeci-

mientos, afectos y crítica académica hemos querido honrar la memoria de un ser humano ejemplar y al que tantos hemos podido considerar como un amigo y un maestro.

IN MEMORIAM DE ERNESTO GARZÓN

María Emilia Adán García
Decana del Colegio de Registradores
de España

El 23 de noviembre del 2005, echó a andar la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, gracias al impulso de tres personas, que también han resultado esenciales en su consolidación a lo largo de los años, ya casi dos décadas: Ernesto Garzón, Antonio Pau y Celestino Pardo.

Cristalizó, a través de la constitución de la Fundación, una voluntad compartida que hizo posible que el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, se comprometiera a dar soporte a un espacio de encuentro hasta entonces inexistente. Un nuevo ámbito en el que la reflexión jurídica y social se extendiera más allá tanto de los límites objetivos del derecho registral, como de los límites físicos del territorio español.

No se trataba, ni se trata, de un proyecto más de los muchos que promueve el Colegio de registradores, era y es una apuesta decidida

y valiente, en la que los registradores se involucraron con ilusión desde el primer momento.

La formulación de esta voluntad fundacional se recogió en la definición, que de su fin esencial, contiene sus estatutos, y que *es facilitar la aproximación personal de los juristas europeos, poner en común las inquietudes y las ideas de las diversas doctrinas jurídicas nacionales, y contribuir a la construcción de una Europa unida desde el campo del derecho.*

Un propósito, tristemente más actual de lo que desearíamos, en esta Europa necesitada de la palabra, y de la reafirmación de sus valores, en esa lucha incesante de mantener su identidad, ante la globalización sustentada en circunstancias económicas, que no siempre respetan a la persona.

Si esta fundación ha llegado hasta el día de hoy, lo ha sido por el compromiso primero, y por el legado después de un gran jurista, de Ernesto Garzón Valdés. Un intelectual, que sabía diferenciar a las personas de sus ideas, tratando a todos con respeto con independencia de sus ideas, y discutiendo después, con un agudo estilo crítico las ideas que de ellas emanaban. Un modelo de tolerancia, y rigor intelectual, alejado del sectarismo que desgraciadamente es hoy frecuente en algunos niveles de discusión intelectual.

Ernesto ha sido un ejemplo de coherencia intelectual. Su defensa de la libertad, y su actitud ante la intolerancia política de la dictadura argentina, le costó, en 1976, la expulsión del instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina) y del cuerpo diplomático argentino. Esta situación le abocó tristemente al exilio, tuvo que abandonar su patria, Argentina, rumbo primero a Madrid, y luego a Alemania: Mainz, y Bonn fueron sus ciudades de acogida. Las protestas de sus compañeros, no lo pudieron impedir, imagino el desgarró que esta situación le debió provocar en su ánimo y en el de sus colegas. La adversidad puso a prueba su tesón, un rasgo que le acompañó toda la vida, superándose ante las dificultades.

Fruto de su intensa labor intelectual, fueron sus trabajos de ética normativa. Desde la filosofía del Derecho, trató de unir ética y política, en un a veces, difícil ejercicio práctico. Fue para él una constante en su vida profesional, el tender puentes entre Hispanoamérica y Europa.

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo ha celebrado, bajo su presidencia, más de un centenar de seminarios. Se iniciaron con las ponencias de R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, y de L. FERRAJOLI, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, para evolucionar a un formato, que ha pervivido hasta la actualidad, en virtud del cual se propicia

un debate sobre un tema que para su exposición cuenta con un ponente, un contra ponente y un moderador. La última sesión de seminario, celebrada el 26 de octubre de 2023, versó sobre *La carta de derechos fundamentales de la UE como canon del recurso de amparo*, siendo el moderador, Pedro Cruz Villalón, actual presidente de la Fundación.

Los patronos de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y el CORPME, tenemos una deuda de gratitud con Ernesto Garzón que no extingue por su muerte, sino que trasciende y pasa a sus herederos.

En su primer acto con la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, tras tomar posesión del cargo, la Junta de Gobierno del CORPME quiso, rendirle homenaje haciéndole entrega de la medalla de la Fundación, el 8 de marzo de 2018.

Desgraciadamente, los últimos años de su vida, no pudo acudir presencialmente a los seminarios, debido al COVID y luego a la edad. Siempre mantuvo el interés y el contacto, pero su ausencia se notaba entre nosotros. En palabras del profesor de Lucas, era un imprescindible.

Falleció el 19 de noviembre de 2023.

Desde las páginas de este Libro Homenaje que edita la Fundación, reitero nuestro pésame,

el de los registradores de España, a sus seres queridos.

Los registradores, también nos sentimos herederos de su espíritu, y nos sentimos comprometidos en dar continuidad a su legado de entendimiento, pluralidad, y debate intelectual. Deseamos que esta Fundación siga siendo un lugar donde la palabra contribuya a la construcción de una Europa unida desde el campo del derecho; que el espíritu de la declaración de Schumann ilumine el debate; y que la dignidad de la persona sea el fin último de cualquier controversia.

Termino agradeciendo a los patronos de la Fundación su decidida y valiosa contribución a las tareas de la Fundación, y en especial a su gerente Isabel de la Iglesia, que coordina todas las actividades, sin ellos no hubiera sido posible construir este lugar de encuentro.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS
Algunos apuntes vitales
e intelectuales

Jorge F. Malem Seña

Ernesto Garzón Valdés nació en Córdoba, República Argentina, el 27 de febrero de 1927 y murió en Bonn, Alemania, el 20 de noviembre de 2023. Tuvo una vida larga y fructífera, en lo personal y en el ámbito profesional. Y se puede decir que fue razonablemente feliz, aunque los avatares que acompañaron su existencia pusieran a prueba su dicha en más de una ocasión.

Su biografía muestra que sus inclinaciones teóricas siempre fueron fieles a sus preocupaciones vitales y que éstas respondían a una concepción racional del mundo. No es difícil advertir la coherencia entre ambos aspectos. Fue, en ese sentido y en toda su plenitud, una persona coherente, sin dobleces. La correspondencia entre las posiciones teóricas que defendía y su comportamiento vital puede quedar evidenciada con el papel que asignaba a los filósofos y, por extensión, a sí mismo.

En sus propias palabras: “Quizás, la razón más importante para la elección de mis propuestas conceptuales fue un fuerte deseo de lograr una aproximación fecunda a cuestiones de mi ambiente político y social. Me cuesta entender actitudes filosóficas radicalmente distantes de la realidad que a uno le toca vivir. Creo que esto vale con tanta más razón cuando se trata de filosofías que, como las del derecho, la moral o la política, tienen una marcada vertiente práctico-social. Moraleja: el filósofo que no desee quedar encerrado en la blanca torre de tan mala fama tendrá que descender a la realidad de su vecino y <hacer una prosa> que éste comprenda y le ayude a orientarse en esa enigmática experiencia que llamamos vida. Y cuando no pueda hacerlo, lo mejor es callar. Así lo supieron Aristóteles, Gonzalo de Berceo y Wittgenstein”^[1].

Ernesto Garzón nació y fue criado en el seno de una familia profundamente católica, de provincias y de clase media emparentada con algunos acontecimientos relevantes de la vida política y universitaria de Argentina. No es casual, por ello, que su primer artículo publicado fuera sobre el movimiento de Reforma Universitaria gestada en la Universidad Nacio-

^[1] Ernesto Garzón Valdés, “Mi itinerario iusfilosófico”, *Jueces para la democracia*, N° 62, 2008, p. 53.

nal de Córdoba en 1918, que tuvo un impacto enorme en Iberoamérica y a su padre como uno de sus protagonistas^[2].

Como joven universitario se vio inmerso en el clima político de su país, aunque no como un militante activo. Su rechazo al peronismo entonces vigente y sus apetencias intelectuales explican su primera llegada a Madrid en 1950 y su relación con Xavier Zubiri, Manuel García Pelayo, José Luis Aranguren y Enrique Gómez Arboleya. Tal vez, quien más le influyera fuera Gómez Arboleya, por cuyo consejo viajó a Alemania a proseguir sus estudios predoctorales, entre otros, con Karl Engisch.

Gustaba recordar que aprendió el idioma de Goethe subido a los andamios de la construcción. Decía, supongo sin segundas intenciones, que se le daba bien apretar los tornillos en las alturas. Fue en esa etapa en Múnich dónde comenzó a admirar y amar a la cultura alemana que tanto llegó a conocer. Su tesis doctoral: *El derecho y la naturaleza de las cosas*^[3], no

[2] Ernesto Garzón Valdés, “Die Universitätsreform von Córdoba”, en: H. A. Steger (comp.), *Grundzüge des lateinamerikanischen Hochschulwesens*, Baden-Baden: Nomos, 1965. El catolicismo se fue alejando de la vida de Ernesto Garzón Valdés tanto por razones teóricas como prácticas.

[3] *El derecho y la naturaleza de las cosas*. Tomos I y II. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1968.

solo muestra su comprensión del pensamiento iusfilosófico alemán, especialmente de buena parte del siglo XX, sino también su declarada adscripción al positivismo jurídico, tanto por razones teóricas como políticas.

En efecto, en ese trabajo examinó las debilidades de una de las tantas corrientes del derecho natural, la que partía de la naturaleza de las cosas como agente legisferante, a la vez que le servía para exponer que el régimen nazi había sido avalado ideológicamente por iusnaturalistas como el jurista Hans Dietze, un ejemplo como tantos otros.

Esta última cuestión cobraba una inusitada importancia en Iberoamérica. Y no solo como una respuesta parcial a las afirmaciones del último Radbruch, sino también porque sus dictadores solían ser aplaudidos y hasta venerados por ser portadores de un supuesto manto protector de justicia divina que nada tenía que ver con la modesta idea positivista de las fuentes sociales del derecho, a la vez que se aprovechaban generosamente de ellas.

El regreso a su ciudad natal se debió tanto a razones familiares como económicas^[4]. Pronto

[4] En Madrid había dejado terminado el texto de lo que fuera su primer proyecto de tesis doctoral y que nunca defendió sobre *El concepto de nación en Francia en el siglo XIX*.

se transformó en un referente en la Facultad de Derecho de su Universidad Nacional. Curiosamente, allí, nunca ganó una cátedra, ya que las impugnaciones a los distintos concursos a los que opositaba se eternizaban hasta que se anulaban y, luego, volver a comenzar con el fallido procedimiento. Así, durante más de cuarenta años. Razones ideológicas y políticas estaban en la raíz de este entorpecedor comportamiento del sector más conservador de la Universidad Nacional de Córdoba.

Y no ejerció la profesión de abogado, nunca le atrajo, ni se sintió capacitado para las tareas que implica. Ingresó, pues, en 1958, en el Servicio Exterior de la Nación. Su segunda andadura en Alemania se debió a su nombramiento como Agregado Cultural en la embajada argentina en Bonn. Allí creó el Instituto de Cultura Argentina con una biblioteca de más de 15.000 volúmenes.

La preocupación por la difusión de la cultura argentina en el exterior siempre fue un eje de sus acciones como diplomático. Fundó 15 bibliotecas argentinas en el exterior del país y, como Director de Relaciones Culturales de la Cancillería, promovió 6 museos de arte contemporáneo argentino en capitales latinoamericanas. En 1970 creó la Comisión de Cooperación Científico-Tecnológica en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

y firmó convenios de cooperación científica con Brasil, Estados Unidos, Francia, República Federal de Alemania y Venezuela.

En 1973, fue designado Director de Política de la Cancillería por el gobierno constitucional del presidente Héctor Cámpora y tuvo a su cargo el reinicio de las relaciones diplomáticas entre Argentina y Cuba y el establecimiento de relaciones diplomáticas con Corea del Norte y la República Democrática Alemana. Cuando el presidente chileno Salvador Allende viajó a Buenos Aires con motivo de la asunción de Héctor Cámpora, Garzón fue su edecán civil. No le costó realizar estos cometidos, ni como diplomático de carrera, ni como persona comprometida con las libertades y la democracia.

No es de extrañar, entonces, que dedicara muchos trabajos al análisis y defensa de la democracia. No la consideraba como Carlos Nino un sucedáneo del discurso moral, pero sí como el sistema político que mejor garantiza el respeto por los derechos humanos y las libertades. Y nunca dejó de pensar que la igualdad era uno de los valores centrales, en lo moral y en lo político. De ahí que considerara que una cierta homogeneidad social es una de las precondiciones de la democracia.

En enero de 1974, es trasladado como Ministro Plenipotenciario a Bonn y dos meses

después es expulsado del Servicio Diplomático Argentino por resolución del ministro Alberto J. Vignes. Comienza su exilio, y tercera estancia, en la República Federal de Alemania. Vignes, un claro representante del autoritarismo de derechas del peronismo, era miembro conspicuo de la logia masónica Propaganda 2, cuyas ramificaciones en Europa y en América Latina no podían ocultar su claro designio delictivo. La locura represiva iniciada por estos grupos de extrema derecha alcanzó su máximo paroxismo con el golpe cívico-militar de marzo de 1976, que todos conocemos.

Días después de su expulsión de la Cancillería, buena parte de la intelectualidad argentina protestó vivamente y firmó un manifiesto publicado en el diario *La Nación* titulado *Prescindir de los mejores*. Entre sus firmantes figuraban Jorge Luis Borges, Ernesto Sábato, Victoria Ocampo, Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, Carlos Nino, entre otros.

En 1985, Ernesto Garzón Valdés es reintegrado al Servicio Exterior argentino, por el gobierno democrático, con el rango de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario. Y en 1987 pide el retiro del Servicio Diplomático Argentino por disconformidad con la política de derechos humanos del presidente Raúl Alfonsín. Pensaba que las medidas implementadas por Alfonsín respecto de los responsables de las

violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar carecían de la debida y necesaria contundencia política y moral.

Sus trabajos sobre los fundamentos y defensa de los derechos humanos son bien conocidos y no creo necesario, aquí, hacer una mención pormenorizada de ellos. Su innegable influencia kantiana tampoco merece ser subrayada.

La justificación y defensa de los derechos humanos no solo queda reflejada en estas acciones y en sus trabajos teóricos. Como una prueba más de que su obra y su vida transitaron tomados de la mano basta señalar que, en 1994, por ejemplo, fue designado Miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos de la Fundación Internacional Lelio Basso, en Roma.

El exilio en Alemania produjo un cambio radical en su vida. Se vio obligado a residir en un precario edificio colindante a una estación ferroviaria en Rolandseck, cerca de Bad Godesberg, cedido generosamente por un amigo alemán. Al paso de los trenes, cada pocos minutos, temblaba su mesa de trabajo y peligraba todo lo que allí había. Su infaltable taza de café, por razones prudenciales, siempre reposaba en el suelo. Los días de mayor frío se protegía con una especie de carpa de plástico que había construido dentro de la habitación y que calefaccionaba con una estufa primitiva y

nada eficiente. ¡Cuánta rabia sentía, sentíamos, al escuchar decir, por boca de algunos compatriotas, que había tenido un exilio dorado!

Las necesidades del exilio le obligaron a multiplicar su faceta como traductor. Vertió al idioma castellano más de treinta libros de filosofía del derecho, política y moral alemanes en once años. Y por motivos puramente crematísticos, supo traducir también para revistas como *La Granja*, entre otras. En más de una ocasión traté de responder a sus consultas sobre qué nombre español tenían determinados tipos de cerdos o de gallinas.

Su tarea de traductor había comenzado mucho antes, con la versión castellana de *¿Qué es la justicia?*, de Hans Kelsen. Y fue cofundador de la *Colección de Estudios Alemanes* en la Editorial Sur, editorial creada por Victoria Ocampo en 1933. Allí se dio a conocer a los lectores de lengua castellana autores de la Escuela de Frankfurt como Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas, Walter Benjamin, Herbert Marcuse o Max Horkheimer^[5]. La disponibilidad de estas lecturas no solo enriqueció al

[5] Para un estudio de la Escuela de Frankfurt en la Editorial Sur véase el documentado estudio de Luis Ignacio García, “La Escuela de Frankfurt en Sur Condiciones y derivaciones de un incidente editorial”, <https://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/19.-La-Escuela-de-Frankfurt-en-Sur.-Condiciones-y-derivaciones-de-un-incidente-editorial.pdf>

público argentino sino a todos los iberoamericanos, especialmente españoles, dado el régimen político imperante en aquellas décadas de 1960-1970. Que sus traducciones hayan superado el centenar de libros muestran su dedicación a esa tarea.

“El proyecto de la *Colección* consistía, según Garzón Valdés, en presentar al lector de lengua castellana autores alemanes hasta entonces desconocidos, sin establecer ninguna diferencia ideológica. Lo único que nos importaba -decía- era la calidad intelectual. Era obvio entonces que había que incluir a los autores de la Escuela de Frankfurt”^[6]. Una prueba más de que en la elección de sus traducciones, como en todas sus actividades, no se guiaba por prejuicios o sesgos ideológicos o de otro tipo.

El exilio en Alemania posibilitó, también, que Ernesto Garzón se dedicara en exclusiva a la enseñanza y la investigación. Primero como profesor contratado por cuatrimestre en la Universidad de Bonn, en su Facultad de derecho y luego lograra una plaza de Catedrático en el Instituto de Ciencias Políticas, en Maguncia. El paso de la filosofía del derecho a la filosofía política no le resultó difícil. En primer lugar, debido a que ambas disciplinas, tal vez

[6] Idem,

no afronten cuestiones tan diferentes como a menudo se suele pensar. Y, en segundo lugar, porque siempre mantuvo la misma forma de enfrentar los problemas teóricos.

Resulta sencillo advertir en sus trabajos una perspectiva de corte analítico. Y aunque hoy, paradójicamente, sea difícil establecer con claridad qué se entiende por filosofía o perspectiva analítica, quienes son sus practicantes tienen un cierto “aire de familia” que permite agruparlos más o menos discrecionalmente bajo ese rótulo^[7].

Asumiendo esta perspectiva, se nota su respeto por las reglas de la lógica, y por la filosofía del lenguaje, con ciertas deferencias hacia el conocimiento científico. Y siempre intentó realizar análisis conceptuales. Esto es, tejía madejas conceptuales compatibles con nuestro acervo cognoscitivo tratando de reducir la complejidad de ciertos conceptos a otros más simples, claros y operativos desde el punto de

[7] El propio Ernesto Garzón Valdés era consciente de la dificultad de definir la filosofía analítica, corriente a la que sin duda pertenece. En sus palabras: “Sé muy bien que no es fácil definir con precisión qué ha de entenderse por <filosofía analítica>. Georg Henrik von Wright hablaba ya a comienzos de la década de los noventa del siglo pasado de una <confusa heterogeneidad> y Richard Rorty había afirmado diez años antes: <No creo que exista ya algo identificable como ‘filosofía analítica’>, en “30 minutos de filosofía del derecho. Viejos y nuevos problemas”, *DOXA*, núm. 30, 2007, p. 230.

vista teórico. Y en la búsqueda del rigor era inasequible al desaliento. Esto no debe llevar a pensar que sus trabajos se centraban únicamente en los aspectos formales de los problemas analizados, por el contrario, nada amerita decir que sus obras resultan incompatibles con el examen de cuestiones materiales o sustantivas. No es de extrañar, pues, que siendo un pensador analítico haya dedicado buena parte de su obra a tratar cuestiones con profundas implicaciones políticas y morales.

Ernesto Garzón Valdés fue modificando su posición metaética a lo largo de su desarrollo intelectual. Si en sus comienzos se presentaba como un relativista prescriptivista que pensaba que los problemas morales eran pseudoproblemas teóricos, tal vez, puede ser definido luego como un objetivista moral que afronta genuinas preguntas éticas, ya que supone que es posible fundar racionalmente criterios de corrección moral. En esta segunda etapa, de fuertes convicciones kantianas, en él influyó, de un modo decisivo, la obra de John Rawls, como en la teoría del derecho lo había sido Herbert Hart.

De I. Kant asume la idea central de dignidad humana. La considera una propiedad adscriptiva positiva y distintiva del ser humano vivo. En ese sentido, sostener que se es un ser humano vivo y se carece de dignidad es una contradicción en los términos. Por esa razón, la defensa

de la propia dignidad, de la propia humanidad, es un deber moral^[8].

Su universalismo moral motiva que rechace de plano las tesis propugnadas por el multiculturalismo o que las fronteras, sean políticas o culturales, jueguen un papel discriminatorio legítimo frente a las exigencias de igualdad y solidaridad. Esto no lo vuelve insensible a situaciones de minorías desaventajadas, por razones étnicas, política-religiosas o culturales. Pero enmarca la reivindicación legítima de sus posibles derechos siempre en el contexto del respeto a lo que constituye el “coto vedado”.

No puedo detenerme en aspectos concretos de la obra garzoniana, ya lo harán los participantes de este libro. Que Ernesto Garzón haya escrito artículos sobre temas muy diversos y no una teoría general no se debió al azar, sino a una decisión deliberada. Según afirmó: “Nunca intenté formular grandes sistemas en el campo del derecho, la ética y la politología. Especialmente en el ámbito de la ética es peligroso pretender originalidad”^[9]. Pero esto no impi-

[8] Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?”, en Coppola, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*, Advocatus, Córdoba, 2006; o *Tolerancia, dignidad y democracia*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006.

[9] Ernesto Garzón Valdés, “Mi itinerario filosófico”, *Nexos*, Num. 369, septiembre 2008, p. 35.

de que pueda inferirse una concepción más o menos unificada y coherente de su obra. Esto lo sabe bien Manuel Atienza, quién formuló 10 principios, 26 reglas y 28 tesis solo sobre la teoría moral de Ernesto^[10].

La presentación de la labor de Ernesto Garzón Valdés quedaría inconclusa si nada se dijera de lo que significó como docente. Quienes hemos sido sus alumnos lo podemos atestiguar sin reserva alguna. Su disponibilidad, dedicación, seriedad y una enorme generosidad intelectual hacen que haya “garzonianos” tanto en América como en Europa.

Dotado de una gran capacidad pedagógica y de un fino sentido del humor, sus disertaciones eran siempre claras, precisas, plenas de sentido, sin concesiones a la verborrea inútil. Sin atisbo alguno de dogmatismo o autoritarismo, nunca dejó de responder a una pregunta, una inquietud o una observación. Mantuvo siempre un cierto escepticismo epistémico hacia sus propias posiciones, dispuesto a revisar sus tesis o someterlas a una tan sana como necesaria crítica. Hay que tomar en serio al otro, repetía una y otra vez, por respeto moral y por actitud teórica; recordando que la verdad de un

[10] Manuel Atienza, “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés” en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 22 y ss.

enunciado nunca depende de la persona que lo formula.

El respeto hacia los jóvenes fue una de sus señas de identidad. Muy generoso con su tiempo, estuvo dispuesto al diálogo incluso más allá de lo debido. Jamás tuvo un no por respuesta a la solicitud de lectura de un artículo, a la orientación de una tesis, al pedido de auxilio para una publicación. Y no dio para que los otros den, nunca pidió nada a cambio. En las relaciones universitarias, como en los demás ámbitos de su vida, no hizo cálculos de utilidad. Se comportaba de un modo no estratégico. Tal vez sea una de las razones de porqué sus alumnos se entregaron a su magisterio con la confianza del que tiene un interlocutor atento; con admiración primero, con sosiego después y, sobre todas las cosas, con afecto.

Si hasta casi resulta normal pensar que haya sido distinguido como Profesor Honoris Causa en 11 universidades americanas y europeas. Y que haya recibido numerosos galardones como la Medalla Goethe del Instituto Goethe; el Premio de Cooperación Científica Internacional Dr. Luis Federico Leloir o el Premio Konex de platino en el área de Teoría General y Filosofía del Derecho.

Y fue un auténtico maestro en la creación de redes humanas que, debido a su influjo,

terminaron casi siempre en nudos de amistad. Fue un gran forjador de empresas colectivas, consciente que el progreso intelectual no es el fruto de una tarea individual. El Seminario García Maynez en México, El Tampere Club de Finlandia o el Coloquio Jurídico Europeo de Madrid son muestras de este esfuerzo por aunar voluntades para lograr un objetivo común.

De hecho, siempre consideró a sus múltiples proyectos editoriales como una forma de tender puentes entre personas de distintas culturas o sensibilidades, de utilizarlos como una herramienta más para expandir un círculo virtuoso entre quienes casi necesariamente debían cooperar. El catálogo de la *Colección del Coloquio Jurídico Europeo* que supera ya los setenta libros y que se publica también en México de la mano de nuestro querido amigo Rodolfo Vázquez constituye una prueba fehaciente de lo afirmado.

Y siempre se interesó por el análisis del destino político de la República Argentina en particular y de América Latina en general. Su trabajo, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*^[11], es una interpretación de la historia argentina de

[11] Buenos Aires: Editorial Sudamericana, año 2000.

la última centuria destemplada, documentada y fundamentada.

Su pesimista visión sobre Iberoamérica estaba avalada, por ejemplo, por sus estudios sobre los dictadores y caudillos en Latinoamérica o sobre el papel económico y político de sus clases medias, entre otros^[12]. Pensaba, con razón, que no había ninguna posibilidad de progreso y democracia si se daba la espalda a la ciencia y a la técnica y en su lugar se adoptaban doctrinas oscurantistas que presagiaban un futuro mejor inalcanzable. Su desazón a la frase de Miguel de Unamuno, “que inventen ellos”, era manifiesta.

Y fue un viajero impenitente. Allí dónde iba le acompañaba un maletín heredado de piel de elefante, gastado de tanto uso y repleto de libros. Siempre cabe alguno más, decía golosamente, cuando se adentraba en alguna de las magníficas librerías barcelonesas donde ya era un cliente reconocido. Y como si de un juego de suma cero se tratara; a la vez que el maletín se hinchaba, su tarjeta de crédito se desinflaba. A los pocos días era capaz de describir exactamente los argumentos contenidos

[12] El pesimismo de Ernesto Garzón Valdés era un rasgo de su personalidad solo compensado con una gran capacidad para el trabajo, como me lo recordó Manuel Atienza.

en los centenares de páginas adquiridas. Era un lector voraz.

Su bagaje cultural, compatible con su apatencia lectora, parecía carecer de límites. No solo había estudiado historia del arte en la Universidad Libre de Bruselas y sociología en Lovaina, sino que siempre le acompañó la literatura, la música, la pintura o la arquitectura. Le proporcionaban las herramientas para llevar una existencia con una mayor dosis de dicha. Según sus propias palabras: “El gusto por el arte se convierte así en una especie de muleta de la felicidad. Estoy convencido que se camina más feliz si uno sabe utilizar esos bastones que se llaman Bach, Beethoven o Schubert...”^[13].

Quizás fuera Borges quién dijera que todos somos hijos de Roma. Tal vez tenga razón, salvando cierta exageración. Pero no tengo dudas de la certeza de Javier de Lucas al afirmar que Ernesto fue un filósofo sin fronteras^[14], acaso debido a que también fue un hombre de una vastísima cultura universal.

^[13] Ernesto Garzón Valdés, “¡Todavía aquí! Al llegar a los 80”, *NEXOS*, agosto 2007.

^[14] Javier de Lucas, “Un filósofo sin fronteras. Obituario de Ernesto Garzón Valdés (1927-2023)”, *Anuario de Filosofía del derecho*. Nueva época. Tomo XL, 2024, pp. 331 y ss.

A la muerte de Ernesto Garzón Valdés conviene recordar una de sus tantas enseñanzas, la que nos obliga a huir de la nostalgia que observa complaciente el pasado y también del olvido que tiende a borrar las experiencias desagradables. Entre la nostalgia y el olvido queda -dice- la aceptación sobria de lo vivido^[15]. He vivido en compañía intelectual y de amistad fraterna con Ernesto. Hizo que mi vida fuera mejor, más feliz, más digna de ser vivida.

[15] Ernesto Garzón Valdés, *El velo de la ilusión*. Ob. cit., p. 11.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS.
SOBRE LA GENEROSIDAD Y EL
DEBER DE SER AGRADECIDO^[16].

Manuel Atienza

Nadie ha sido tan generoso conmigo como Ernesto. Y esta es una frase que muchos (de los que están aquí o fuera de aquí) podrían pronunciar también con toda seguridad. No es la primera vez que participo en un homenaje a Ernesto y, por ello, no es tampoco la primera vez en la que me he referido, en público, a su generosidad. Los homenajes constituyen uno de los ejemplos más notorios de lo que en la tradición retórica se llamó el género epidíctico o demostrativo, o sea, el tipo de discurso (bien necesario, por cierto, tanto en la sociedad antigua como en la contemporánea) cuyo objeto -como ya estableció Aristóteles en su *Retórica*- es el elogio o la censura. Cuando se trata de elogiar, de elogiar a alguien, nos encontramos, obviamente, con el tema de las virtudes. Y, en fin, entre las diversas virtudes

[16] El texto está escrito con ocasión de un homenaje proyectado por el Consulado de Argentina en Bonn y que no llegó a celebrarse por la enfermedad de Ernesto.

que se pueden atribuir a Ernesto, yo creo que la más manifiesta es la generosidad. Ernesto es, ante todo, una persona generosa.

Aristóteles, al menos en la obra mencionada, no hace ninguna referencia a esa virtud, a la generosidad, pero sí a un rasgo, cabría decir, propio del que es generoso y que suscita en los demás una actitud, una pasión, consistente en ser agradecido. Me refiero al favor, que el Estagirita considera es “una ayuda al que la necesita, no a cambio de algo, ni con alguna finalidad para el que presta la ayuda, sino para el otro”.

Luego volveré a ello, al tema del agradecimiento, pero antes me van a permitir que les lea algunos párrafos de un texto que escribí, hace unos pocos años, con motivo de la medalla que le otorgó a Ernesto la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, una de las múltiples empresas intelectuales que impulsó (con gran éxito) y en la que le acompañamos algunos de los que aquí estamos. Si necesitara alguna justificación para ello, creo que podría servirme la socarrona frase de Eugenio Bulygin, uno de los grandes amigos de Ernesto (y de muchos de nosotros): “Hay que repetirse mucho para no contradecirse”.

“Cuando hace unos días -escribía entonces- me puse a pensar en el contenido de esta

carta [a aquel texto le di una forma epistolar], me vino a la cabeza el recuerdo de cuando te conocí, en el aeropuerto de Barajas, en septiembre de 1976. Yo había ido a buscarte con Elías Díaz. Apareciste –venías de Alemania- con una cartera –un portafolios- y una maleta y, después de saludarnos, me ofrecí a ayudarte con alguno de los dos bultos, pero tú te negaste a ello de manera enérgica y, por supuesto, con la cordialidad y elegancia que, uno diría, forma parte consustancial de tu persona. He contado muchas veces esta anécdota (alguna vez incluso me la habrás oído en un acto como éste), porque me parece que define muy bien uno de los rasgos más característicos de tu personalidad y que encaja con toda exactitud en lo que Ortega y Gasset llamaba hombre noble, en el sentido de esforzado o excelente, y que contraponía al hombre-masa, al hombre vulgar. He acudido a mi ejemplar de *La rebelión de las masas* para buscar una cita apropiada y no me ha costado encontrarla:

‘[E]l hombre selecto o excelente está constituido por una íntima necesidad de apelar de sí mismo a una norma más allá de él, superior a él, a cuyo servicio libremente se pone. Recuérdese que al comienzo distinguíamos al hombre excelente del hombre vulgar diciendo que aquél es el que se exige mucho a sí mismo, y éste, el que no se exige nada, sino que se contenta con lo que es y está encantado consigo. Contra lo que

suele creerse es la criatura de selección, y no la masa, quien vive en esencial servidumbre. No le sabe su vida si no la hace consistir en servicio a algo trascendente. Por eso no estima la necesidad de servir como una opresión. Cuando ésta, por azar, le falta, siente desasosiego e inventa nuevas normas más difíciles, más exigentes, que le opriman. Esto es la vida como disciplina –la vida noble-. La nobleza se define por la exigencia, por las obligaciones, no por los derechos. *Noblesse oblige*’.

Realmente es como si Ortega estuviera pensando en ti en el momento en que escribía esas líneas (más o menos, en el mismo año de tu nacimiento; hacia 1927). A través de todos estos años en los que he tenido ocasión de compartir tantas cosas contigo, he podido ver muchas veces repetida esa escena de la maleta: la negativa a recibir una ayuda en relación con algo que tú podías hacer por ti mismo y, en cambio, tu disposición a ayudar a los otros por pura generosidad o, para decirlo con las expresiones de Ortega, porque la vida noble te exigía eso: verte a ti mismo como titular de obligaciones hacia los demás, no de derechos; a ti, en fin, la vida no te ha sabido sin el servicio a una causa trascendente que en tu caso cabría llamar “la salvación intelectual de los jóvenes”. Hasta incorporaste a tu léxico personal ese lenguaje escatológico que a algunos nos hacía tanta gracia: “Fulano se ha salvado, ha

conseguido un puesto de profesor en...”; “hay que salvar a Zutano, ¡es un tipo tan inteligente!”. Y por lo que se refiere a otro de los rasgos que aparece en la caracterización de Ortega, el de una vida de disciplina. Recuerdo, en alguna de mis estancias en el apartamento de la Hohenzollernstrasse, en Bad-Godesberg, que la regla que te autoimpusiste de traducir al menos dos páginas al día no dejabas de cumplirla ni siquiera cuando llegabas de madrugada de alguno de tus extenuantes y frecuentes viajes; yo creo mucho –solías decir- en el trabajo de la hormiguita: poco a poco se puede conseguir mucho. Lema que te aplicaste, también de manera implacable, para trasladar tu biblioteca personal –de unos cuantos miles de volúmenes- a la casa de Delia: todavía te recuerdo todas las tardes saliendo del apartamento con un par de bolsas repletas de libros.”

Pero volvamos al tema del agradecimiento. Los favores pueden ser de muchos tipos y, por ello, también cabe hablar seguramente de diversos tipos de agradecimiento. Uno puede ser generoso a la hora de prestar una ayuda económica, de dar un buen consejo, de prestarse para ayudar en alguna tarea, de usar sus relaciones personales para favorecer a alguien, de evitar algún conflicto innecesario, de esforzarse porque el mérito ajeno sea debidamente reconocido, de contribuir al bienestar de los que uno tiene a su lado o de orientar el trabajo

intelectual hacia metas valiosas. La generosidad de Ernesto ha tenido todas esas dimensiones, pero ahora me gustaría centrarme en esta última que es la que podría considerarse como más característica de un maestro, aunque él haya sido tanto un maestro intelectual como un maestro de vida. Ernesto nos ha enseñado cómo vivir bien y, en particular, cómo hacer de la propia trayectoria intelectual, de su obra teórica, algo que pueda resultar valioso no sólo (o no tanto) para uno mismo sino también, sobre todo, para los demás.

Ernesto ha contribuido más que nadie, y a lo largo de muchas décadas, a comunicar a los filósofos del Derecho españoles con los europeos y los americanos. Y es obvio que la situación de, al menos, relativo esplendor de que hoy goza la filosofía del Derecho en países como España, Italia, México, Argentina... es en buena medida obra suya. No ha sido, sin embargo, un filósofo del Derecho a secas, sino que ha cultivado también tanto la filosofía moral como la política y se ha esforzado por trazar puentes entre esas tres dimensiones de la racionalidad práctica; en ese aspecto, su obra se asemeja a la de Nino. De la misma manera que guarda cierto parecido con Bobbio su estilo de pensamiento, de construcción teórica, que ha asumido preferentemente la forma del artículo. De su extensa producción habría muchas cosas que destacar pero, en mi opinión, la mayor aportación de

Ernesto ha consistido en poner el foco en los problemas de ética normativa y en defender el objetivismo moral y consiguientemente en criticar el relativismo y el escepticismo moral: al principio, bastante a contracorriente de la escuela de filosofía analítica en la que se había formado; luego, muchos le hemos acompañado en esa batalla intelectual. Hace ya muchos años (en 1993) traté de sistematizar el pensamiento de filosofía moral -y, en parte, también jurídica y política- de Ernesto (el Sistema EGV) en una serie de principios, reglas y tesis teóricas que venían a ofrecer una respuesta a los grandes problemas de la ética y que constituye, esencialmente, la guía de orientación del trabajo intelectual para quien se mueve en el campo de la filosofía práctica, a la que antes me refería. Voy a limitarme aquí a enunciar los que considero como principios básicos (11, porque a los 10 iniciales añadí luego el de dignidad humana) del pensamiento de Ernesto, que han sido ampliamente discutidos entre nosotros y que han tenido y siguen teniendo una gran influencia.

- 1) Principio de los deberes positivos generales: “Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación.”

- 2) Principio de la tolerancia: “Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico.”
- 3) Principio del paternalismo jurídico justificado: “Los órganos estatales deben tomar medidas que se impongan en contra de la voluntad de sus destinatarios, si estos están en una situación de incompetencia básica y las medidas están dirigidas objetivamente a evitarles un daño.”
- 4) Principio del coto vedado: “Las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad.”
- 5) Principio de legitimidad: “Debe procurarse que todos los seres humanos vivan en un sistema político que posea legitimidad.”
- 6) Principio de desobediencia civil: “Nadie tiene la obligación moral de obedecer normas jurídicas que pugnan contra su conciencia, cualquiera que sea el origen de esas normas.”
- 7) Principio de inviolabilidad de la ética: “Nadie está eximido de cumplir con sus obligaciones éticas.”

- 8) Principio del individualismo ético: “Nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que esa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo.”
- 9) Principio de inderogabilidad de la moral: “Nadie puede derogar los anteriores principios.”
- 10) Principio del carácter supremo de la moral: “No puede haber razones que se impongan a la moral.”
- 11) Principio de la dignidad humana: “Todos y sólo los seres humanos vivos deben ser tratados por los demás y también por ellos como fines en sí mismos.”

Y vuelvo de nuevo al tema del agradecimiento. En alguna medida se trata de una tendencia, un impulso, natural, que con alguna frecuencia siente el que ha sido objeto de un favor. Pero también de un deber, cuya naturaleza y justificación podría merecer alguna reflexión. Uno está agradecido a Ernesto, en lo personal y en lo profesional. Y además debe estarlo, esto es, haría mal si no mostrara agradecimiento. ¿Pero de qué tipo de deber se trata? Se me ocurren tres posibilidades que quizás no sean entre sí excluyentes. O, mejor dicho, no del todo.

La primera consistiría en verlo como un deber, digamos, de tipo estratégico, hobbesia-

no. En *El Leviathán*, el principio de gratitud constituye una de las leyes de naturaleza, que el filósofo inglés formula de esta forma: “Que un hombre que reciba beneficio de otro por mera gracia se esfuerce para que aquel que lo haya dado no tenga causa razonable para arrepentirse de su buena voluntad”. Y que justifica en estos términos: “pues nadie da más que con la intención de procurarse a sí mismo un bien, porque el dar es voluntario, y en todo acto voluntario el objeto es para todo hombre su propio bien. Por tanto, si los hombres ven que quedarán frustrados, no habrá comienzo de benevolencia o confianza ni, por consiguiente, ayuda mutua”.

Otra posibilidad sería configurarlo como un deber propiamente moral, si se quiere, un deber kantiano: hay que mostrar gratitud hacia aquellos de quienes recibimos beneficios sin pedirnos nada a cambio, porque eso es lo correcto, sin más. Y me parece que así es como el propio Ernesto lo ha entendido cuando ha estado en esa situación. Alguna vez he contado una anécdota que, en mi opinión, refleja esa actitud. Cuando en 1974 el peronismo autoritario y de derechas le expulsó del servicio diplomático (de la embajada de Bonn, en donde era agregado) y se quedó en Alemania literalmente en la calle, recibió en seguida un telegrama de Theodor Vieweg en el que el autor de *Tópica y Jurisprudencia*, que era a la sazón catedrático

en la Universidad de Maynz, con la que Ernesto colaboraba, le anunció que le enviaba su sueldo completo del mes “por razones de amistad”. Desde entonces ha tenido ese telegrama enmarcado y colgado en la pared, enfrente de su mesa de trabajo, pero no porque necesitara de esa ayuda visual para sentirse agradecido de por vida por ese gesto, sino porque eso ponía de manifiesto la posibilidad del comportamiento altruista. O sea, que no somos, o no somos del todo, maximizadores de utilidades, como suponía Hobbes.

Y la tercera posibilidad, que no excluye las otras dos, sino que en cierto modo las integra, sería ver el deber de gratitud que uno siente hacia quien ha sido -como antes decía- un maestro intelectual y un maestro de vida, como algo parecido a un deber institucional. Me refiero con ello a los deberes que se justifican por su conexión con lo que consideramos bienes internos o propios de una institución. Como, por ejemplo, el deber de los jueces de velar por el prestigio de la jurisdicción (porque no se puede aspirar a ser un buen juez en un sistema de justicia desacreditado) o el deber de los periodistas de decir la verdad e informar con objetividad (porque de otra manera desaparecería lo que normalmente entendemos por opinión pública). En relación con Ernesto, nuestro deber principal, me parece a mí, consiste en hacer lo posible para que se den las condicio-

nes que propicien la existencia de muchos -al menos de algunos- Ernestos en nuestras vidas académicas y personales. Simplemente porque nuestras existencias -o la de quienes vengan detrás de nosotros- serán así mejores: este sería el aspecto hobbesiano del deber. Pero sobre todo porque la generosidad es en sí misma un valor; y esta sería su dimensión kantiana.

Hace más de un siglo, Oscar Wilde escribió una famosa obra de teatro titulada “The importance of being Ernest”. Ya sé que la traducción al castellano, “La importancia de llamarse Ernesto”, es inexacta, pero me sirve muy bien para concluir mi intervención subrayando que lo importante no es llamarse Ernesto sino ser, comportarse como, Ernesto. ¡Esforcémos en ello!

UNA PROPUESTA DE APROXIMACIÓN A LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Miguel Álvarez Ortega
Universidad de Kioto,
Universidad de Sevilla

1. Introducción

Ernesto Garzón Valdés (1927-2023) es considerado uno de los filósofos del derecho contemporáneos de mayor proyección e influencia en el mundo de habla hispana. Su reciente fallecimiento provocó el sincero pésame en los cultivadores de la disciplina a ambos lados del atlántico. En mi caso, tuve la fortuna de conocer a Ernesto y su obra a principios de los 2000, cuando recién comenzaba mi doctorado. Deambulando por aquel entonces por los caminos de la diversidad cultural, la visita académica de Garzón Valdés a Sevilla despertó en mi maestro, A. E. Pérez Luño, la idea de centrar mi tesis doctoral en la obra del filósofo argentino. Tuve así la fortuna de dedicar mis años doctorales a trazar una semblanza crítica de la filosofía del derecho de Ernesto Garzón

Valdés, dando como fruto un libro monográfico^[17]. Aunque desde aquellos años no he vuelto a escribir sobre este tema – el objeto de la tesis doctoral es conocida fuente de ambivalencias para todo académico- la formación adquirida a través de la obra de Ernesto ha sido siempre sólido pilar desde el que he podido abordar con confianza variados problemas teóricos y su particular forma de escribir ha sido siempre mi modelo de redacción intelectual.

La obra de Garzón Valdés, como es sabido, se desarrolló principalmente en estudios monográficos singulares, muchos de los cuales introdujeron en el mundo hispano debates internacionales y merecieron la dedicación de tesis doctorales^[18]. Existen, pues, verdaderos espe-

[17] Álvarez Ortega, Miguel (2008): *La Filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Dykinson, Madrid

[18] Piénsese en: los debates sobre objetivismo jurídico con Javier de Lucas; los deberes positivos generales, con J. C. Bayón y F. Laporta; la tolerancia, con P. Navarro y P. Comanducci; o el paternalismo jurídico, con M. Atienza, V. Camps y P. Dieterlen; o las tesis doctorales sobre el soberano de Pérez Triviño y sobre el paternalismo jurídico de M. Alemany. De Lucas, J. (1989): “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa*, nº 6, pp. 187-199; Bayón, J. C. (1986): “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, en *Doxa*, nº 3, pp. 36-54; Laporta, F. J. (1986): “Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, en *Doxa*, nº 3, pp. 58-62; Navarro, P. (1993): “Reflexiones acerca del concepto de tolerancia”, en *Doxa*, nº 13, pp. 279-284; Comanducci, P. (2005): “Sobre el problema de la tolerancia”, en Vázquez, R. (comp.), *Tolerancia y plura-*

cialistas en los problemas teóricos planteados por Ernesto que están en mejor posición que yo para proporcionar pautas valorativas sobre los mismos. Quisiera, en cambio, aprovechar esta ocasión para visitar la obra iusfilosófica de Garzón Valdés en su conjunto, tratando de proporcionar pautas para su acercamiento. Para ello, abordaré, en primer término, el problema de la catalogación filosófica y la identificación y caracterización de las fases de su evolución intelectual (2). Seguidamente, trataré de reconstruir la visión garzoniana sobre el derecho existente y el derecho ideal (3). Finalmente, propondré una panorámica descriptiva sobre las dinámicas y movimientos de su obra que conducen a una consideración disciplinar integradora de la Filosofía del derecho (4).

2. Filiación filosófica y etapas intelectuales: desmontando lugares comunes

Tanto a la hora de caracterizar la raigambre intelectual de Garzón Valdés, como de identificar y explicar las principales etapas de pen-

lismo, Ediciones Coyoacán, México D. F., pp. 67-79; Atienza, M. (1988): “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa*, n° 5, pp. 203-213; Camps, V. (1988): “Paternalismo y bien común”, en *Doxa*, n° 5, pp. 195-202; Dieterlen, P. (1988): “Paternalismo y Estado del bienestar”, en *Doxa*, n° 5, pp. 175-194; Pérez Triviño, J.L. (1998): *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid; Alemany García, M. (2005): *El concepto y la justificación del paternalismo jurídico*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

samiento, existen claros lugares comunes que pueden condensarse en la siguiente fórmula: Garzón Valdés es un pensador analítico de la Escuela de Buenos Aires, cuya obra consta de una primera etapa dedicada a la teoría del derecho y una segunda etapa dedicada a la ética normativa, que se inicia y explica por la experiencia del exilio a mitad de los setenta. Son ambas asunciones que entiendo en buena medida imprecisas y que deben ser, por tanto, objeto de las debidas matizaciones críticas.

Con respecto a la pertenencia a la escuela analítica bonaerense, debe partirse de la base de que es una etiqueta cómoda pero engañosa. Aquello que en muchas ocasiones se ha dado a conocer como “Escuela de Buenos Aires”^[19] dista mucho de ser una “Escuela”, ni siquiera en el sentido laxo del término^[20]. Su punto común originario es la figura de Carlos Cossio, padre de la teoría egológica del derecho (1944) y fundador del Instituto de Filosofía del Derecho de Buenos Aires, y cuyos principales discípulos fueron nombres de la talla de Roberto

[19] Pérez Luño, A. E. (2005): “Aproximación a las trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho latinoamericanas”, en *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Palestra, Lima, p. 158.

[20] Sobre las acepciones del término “escuela”, con aplicación específica a los clásicos españoles del derecho natural, vid. Pérez Luño, A. E. (1995): *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, pp. 43-44.

Vernengo, Ambrosio Gioja y Genaro Carrió, de formación kelseniana los dos primeros y comparatista el último. Gioja sucedió a Cosío al frente del Instituto en 1955 y mantuvo siempre una gran dedicación a la docencia y a la promoción de los foros de discusión. Durante su etapa de dirección, las principales corrientes iusfilosóficas de la época tuvieron ocasión de ser conocidas de primera mano, gracias a la visita de sus más destacados representantes internacionales^[21]. Probablemente ésta sea una de las claves de la relevancia que adquiriría el grupo de pensadores que entraron en la escena académica bonaerense aquel entonces: Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Eduardo Rabossi, Carlos S. Nino, Ricardo Guibourg y Ernesto Garzón Valdés; cuya labor hallaría continuación entre discípulos como Ricardo Caracciolo, Martín Farell o Jorge Malem, por mencionar algunos. La simple enumeración de estas figuras puede dar una idea del alto grado de heterogeneidad temática y de orientación filosófica del conjunto. Las inquietudes lógico-formales de Alchourrón y Bulygin, reconocidos maestros deónticos, distan mucho de la ética constructivista de Carlos Nino o del liberalismo de Farell. Tratar de homogeneizar el cuadro mediante una alusión a la filosofía

[21] Así, García Maynez, Ulrich Klug, Alf Ross, Von Wright o Chaim Perelman, entre otros. Cfr. Roca, V. (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, CEPC, Madrid, p.47.

analítica resulta infructuoso. La recepción argentina de esta orientación filosófica no se produce hasta después de la publicación de *El concepto del derecho* de Hart (1961), gracias a los intereses de Alchourrón y, sobre todo, a la publicación por parte de Carrió de *Notas sobre derecho y lenguaje* (1965)^[22]. El conjunto de autores del grupo de Gioja llevaba ya cierto bagaje académico cuando la recepción tiene lugar. Y ésta, además, no se produce de manera uniforme. Con contadas excepciones, la analítica no pasó de ser una pauta de orientación metodológica, una apuesta por la claridad conceptual mediante el riguroso análisis del lenguaje y el rechazo del oscurantismo metafísico, asociado a doctrinas iusnaturalistas ontológicas vinculadas con el conservadurismo y, posteriormente, con el apoyo a la dictadura^[23].

Con respecto al segundo lugar común, como se ha indicado, es frecuente describir un desarrollo bi (o tri) fásico del pensamiento de Garzón como orientado hacia la ética tras el exilio. Así, en una primera semblanza debida a Rodolfo Vázquez, escrita con motivo de la publicación de la compilación sobre iusfiló-

[22] Garzón Valdés, E. (1998): “Algunos aspectos de la filosofía del derecho en la actualidad”, en *Cuadernos de filosofía*, n° 43, pp. 32-33.

[23] Malem Seña, J. (1987): “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, en *Doxa*, n° 4, p. 406.

sofos alemanes titulada *Derecho y Filosofía*, aparecida en 1988, la obra de Garzón parece responder claramente a tres etapas, que serían: 1ª. Etapa de formación: desde sus inicios hasta la publicación de *El derecho y la naturaleza de las cosas*. Fase de fuerte influencia kelseniana; 2ª. Etapa de transición: correspondiente a su estancia en Argentina. Dedicación a temas técnico-jurídicos en torno al problema de la validez normativa; 3ª. Etapa de “madurez”: comienza tras el exilio y está marcada por la recepción del pensamiento de John Rawls y el acercamiento a la “rehabilitación de la razón práctica” germana^[24].

Con ocasión de la aparición de la colección de estudios garzonianos del Centro de Estudios Constitucionales en 1993, Manuel Atienza escribió un breve estudio introductorio titulado “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, en el que defiende la existencia de dos etapas:

“La primera llega hasta mediados de los setenta y se caracteriza por su crítica al Derecho Natural – la versión alemana de posguerra de la naturaleza de la cosa-; por su recepción desde mediados de los sesenta, de la filosofía analítica- de lo que

[24] Vázquez, R. (1988): “Ernesto Garzón Valdés. Derecho y filosofía”, en *Estudios*, n 15, pp. 32-33

es buena prueba su análisis del concepto de validez normativa- y por su interés por los temas latinoamericanos. (...). La segunda etapa comienza con la experiencia del exilio y se caracteriza, sobre todo, por la atención prestada a los temas de ética normativa que han constituido verdaderamente el eje de su reflexión”^[25].

Entiende Atienza que este viraje temático no implica el abandono de la analítica, que se mantiene como presupuesto metodológico de sus estudios de razón práctica y cuya presencia prevé asimismo en lo que considera que habría de ser su tercera etapa intelectual a partir de los noventa: la filosofía moral^[26].

También opta por una clasificación básicamente bifásica, Javier de Lucas. En la *laudatio*, pronunciada con ocasión del otorgamiento a Garzón Valdés del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Valencia, de Lucas toma el exilio como claro punto de inflexión. Con anterioridad a tal experiencia, “sus preocupaciones se centran en la crítica al derecho natural, la recepción de la filosofía analítica en la filosofía

[25] Atienza, M. (1993): “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, en Garzón Valdés, E., *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 21.

[26] *Ibid.*, pp. 21-22.

jurídica y problemas en el ámbito latinoamericano”. Tras el exilio, en cambio, habría de volcarse en “cuestiones de ética normativa y de filosofía política (...) en el marco general de la justificación del Estado social de derecho desde una perspectiva liberal”^[27].

Personalmente, entiendo que las estrictas separaciones temporales no se corresponden fielmente con la trayectoria intelectual de Garzón. Si tomamos la referencia habitual el hito marcado a mitad de los setenta por el exilio, puede observarse que la dedicación temática, a uno y otro lado de la línea temporal, no se corresponde con la dicotomía estudios técnico-jurídicos / estudios de ética normativa. Los trabajos sobre validez e interpretación normativas datan principalmente de finales de los setenta^[28], los dedicados a Austin y a la limitabilidad jurídica del soberano se publican a principio de los años ochenta^[29] y la cuestión

[27] De Lucas, J. (2001): “*Laudatio Académica*”, en Garzón Valdés, E., *Filosofía, política, derecho: escritos seleccionados*, ed. a cargo de J. de Lucas, Servei de publicacions Universitat de València, Valencia, p. 21.

[28] Garzón Valdés, E. (1977): “Algunos modelos de validez normativa”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. III, nº 1, reimpresso como Cuaderno de Trabajo No. 21 del Instituto de Filosofía de Derecho de la Universidad de Maracaibo (Venezuela); Garzón Valdés, E. (1977): “Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suárez”, en *Dianoia*, nº 23, pp. 30-41.

[29] Garzón Valdés, E. (1981): “Acerca de las limitaciones legales del soberano”, en *Sistema*, nº 43-44, pp. 43-56; Garzón

trascendente de las relaciones entre derecho y moral, no aparece hasta 1990^[30]. A este respecto, tal vez sea útil tener presente que la inmensa mayoría de la producción científica es publicada con posterioridad a 1974. Por esas fechas, Garzón sólo había sacado a la luz algunos trabajos sobre el renacimiento del derecho natural en la Alemania de la posguerra^[31] y, señaladamente, su monografía en dos volúmenes sobre la *Natur der Sache* (1970)^[32]. Todo ello no implica que no puedan establecerse predomios temáticos por

Valdés, E. (1983): “Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación”, en *Sistema*, nº 57, pp. 31-50.

[30] Garzón Valdés, E. (1990): “Algo más acerca de la relación entre el derecho y la moral” en *Doxa*, nº 8, pp. 111-130

[31] Garzón Valdés, E. (1963): “El pensamiento jurídico de Hans Welzel”, en Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, tomo II, Porrúa, México, pp.922-926; Garzón Valdés, E. (1963): “El pensamiento jurídico de Gustav Radbruch. Introducción a Gustav Radbruch”, en Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Universidad de Córdoba, Córdoba, pp. 9-62; Garzón Valdés, E. (1963): “El pensamiento jurídico de Karl Engisch”, en Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, tomo II, Porrúa, México, pp. 935-938; Garzón Valdés, E. (1964): “La polis sin politeia”, en *Sur*, nº 286, pp. 30-41; Garzón Valdés, E. (1965): “Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein”, en *ARSP*, XLIV, pp. 299-320; Garzón Valdés, E. (1968): “Derecho natural e ideología”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 15-23.

[32] Garzón Valdés, E. (1970): *Derecho y “naturaleza de las cosas”*. *Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, Universidad de Córdoba, Córdoba.

fases o que la experiencia del exilio (o el hecho de ubicarse en el Instituto de Ciencias Políticas de Maguncia) sea prescindible a la hora de entender los derroteros académicos de nuestro pensador.

La idea base que me gustaría exponer aquí es que resulta detectable un interés inicial predominante hacia cuestiones de Teoría del derecho, que irá dejando progresivamente paso a una atención preferente y al fin exclusiva hacia temas éticos. De esta forma, puede identificarse una etapa inicial que nos lleva hasta mitad de los años ochenta y que puede subdividirse en la consideración de panvisiones jurídicas y en un posterior vuelco hacia planteamientos problematistas singulares. Seguidamente, el ocaso de los años ochenta puede considerarse una suerte de etapa de transición o enlace, donde se registra el mayor grado de alternancia entre temas iusteóricos y éticos. El tratamiento y crítica de las teorías defensoras de la escisión de la moral y la política y el deslinde conceptual legitimación/ legitimidad / estabilidad; el estudio de la democracia y su necesaria vinculación con el respeto de los derechos fundamentales; el inicio de la elaboración de conceptos éticos clave con sus trabajos sobre los deberes positivos generales y el paternalismo jurídico, son las tres vías por las que penetra la filosofía moral. Desde los años noventa, se abandona la teoría jurídica definitivamente y puede defenderse la existencia de una etapa exclusiva de filosofía

moral dedicada a los presupuestos éticos del Estado social de derecho y a los problemas de razón práctica surgidos en su seno.

3. Acercamiento al derecho existente y al derecho ideal

Como es sabido, Ernesto Garzón Valdés no incluyó en sus planes intelectuales el desarrollo de macro-teorías sobre el ordenamiento jurídico o la justicia, dedicando sus esfuerzos científicos, en cambio, a resolver cuestiones y problemas singulares, muchos de ellos originados por puntos irresueltos en trabajos anteriores. Ello no implica, entiendo, que, tomando la debida distancia y perspectiva, y sin pretender sustituir o colmar una voluntad sistémica evitada por el autor, no pueda planearse la identificación de un acercamiento razonablemente completo al problema del derecho existente y al problema del derecho ideal.

a. El derecho existente

El problema del derecho existente es abordado en primera instancia en *El Derecho y la naturaleza de las cosas* (1970), dedicada a realizar una pormenorizada crítica de inspiración kelseniana al iusnaturalismo ontológico germano de primera mitad del siglo veinte, y cuyo valor resulta incuestionable. Elías Díaz se ha referido a ella como “la mejor obra existente

en castellano sobre el tema”^[33] y, ciertamente, la exhaustividad y precisión en la exposición de los autores tratados puede ser tan sólo comparable con la de Ralf Dreier^[34]. El desencanto intelectual provocado por el estudio de estos filósofos antiformalistas llevará a un giro temático orientado hacia problemas específicos de teoría del derecho en perspectiva analítica, dejándose a un lado la formulación o crítica de panvisiones jurídicas. Así, en el periodo comprendido entre finales de los setenta y principios de los noventa, y guiado por el aparato conceptual de H. Hart, la dedicación temática de Garzón Valdés puede sistematizarse en torno a las siguientes cuestiones: la validez e interpretación de las normas; el concepto y limitabilidad jurídica del soberano; la existencia y propiedades de los sistemas jurídico-políticos; y las relaciones entre el derecho y la moral.

Con respecto al primero de estos temas, Garzón lleva a cabo interesante sobre un autor en principio ajeno a sus preferencias intelectuales, el neoescolástico español Francisco Suárez, cuya posición sobre interpretación jurídica resume de la siguiente forma:

[33] Díaz, E. (1980): *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, p. 301, nota 92.

[34] Dreier, R. (1965): *Zum Begriff der “Natur der Sache”*, Walter de Gruyter und co., Berlin.

“La ley es una hipótesis de justicia y razonabilidad que el intérprete debe examinar y someter a prueba en cada caso particular; si éste falsea aquella hipótesis, habrá que modificarla. Para ello recurre a la *epiqueya*, que se guía no sólo por criterios de justicia abstracta, sino también de pragmática utilidad”^[35].

Esta reivindicación de Suárez parecería hallar un duro escollo en la fundamentación teológica sobre la que descansan sus reflexiones. Empero, si se tiene presente que el “fundamento de validez de un sistema de reglas de conducta, sean éstas morales o jurídicas, es postulado dogmáticamente”, no resulta tan problemático aceptar la estructura y cambiar el principio religioso-trascendental por uno de tipo ético o teleológico^[36]. Para Garzón, la principal aportación suarista en materia interpretativa se halla en la descripción de la dogmática como prescriptiva y correctora o creadora. No resulta difícil proseguir el ejercicio de proyección y cotejo iniciado por EGV, especialmente si se tienen presentes las diversas posiciones antiformalistas desarrolladas en sede interpre-

[35] Garzón Valdés, E. (1993): “Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suárez”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 127.

[36] *Ibid.*, 129.

tativa, que no harían sino afianzarse en los años subsiguientes al estudio que se comenta (1977).

Igualmente, Garzón Valdés realiza una sugestiva comparación de los modelos de validez desarrollados por Kelsen, F. Suárez, J. Austin, los pensadores de la *Natur der Sache*, H. Hart y Von Wright, generando un sintético y valioso instrumento de cotejo de destacados representantes de diversas escuelas de pensamiento jurídico^[37]. De su acercamiento se deduce que el planteamiento sobre la validez de una norma singular acaba, indefectiblemente, en un cuestionamiento sobre el fundamento de la última norma positiva del sistema, así como sobre la existencia del ordenamiento jurídico al que pertenece. En ambos, casos es necesario acudir a criterios extrasistémicos, considérense extranormativos, o no jurídico-formales. Para Garzón, el resultado fáctico de Hart parece inaceptable, y prefiere la apuesta lógica (pertenencia por definición) de Von Wright, aunque si la regla de reconocimiento, en el sentido de práctica institucional referida a las normas, es aceptada por Garzón como instrumento útil, a pesar de sus defectos, es porque permite circunscribir el problema de la validez a sistemas jurídicos existentes. En los siguientes traba-

[37] Garzón Valdés, E. (1977): “Algunos modelos de validez normativa”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. III, nº 1, pp. 41-68.

jos habrá de dedicarse a cuestiones abiertas e irresueltas precisamente en reivindicación del aparato conceptual hartiano.

En su aproximación a la limitabilidad jurídica del soberano, parte de señalar la ambigüedad que ha envuelto al propio término “soberano”, capaz de albergar, desde la perspectiva por la que se opte, dos nociones diversas. Existiría así un legislador originario, productor de una norma jurídica sin fundamento legal, es decir, de la que no es predicable su validez o invalidez y que Von Wright denomina soberana. Tal legislador opera en un momento prejurídico o fundante que impide hablar de limitaciones jurídicas. El término acuñado por Garzón Valdés para esta figura es Soberano0^[38]. Asimismo, puede aludirse al soberano como una instancia última de las disposiciones jurídicas de un ordenamiento estatal. En este caso sí entrarían en juego las limitaciones jurídicas a su facultad normativa. Estaríamos aquí frente al Soberano1 que, de acuerdo con Ross, se corresponde con el poder u órgano de reforma constitucional^[39]. La formulación garzoniana de soberano ha sido profundizada y desarrollada por J. L. Pérez Triviño, quien trata de resolver ciertas cuestiones

[38] Garzón Valdés, E. (1993): “Los límites jurídicos al soberano”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid p.197.

[39] *Ibid.*, pp. 197-198.

abiertas en la exposición vista y propone una clasificación más amplia de los modelos de soberanía conjugando las tesis del autor argentino con las debidas a Hebert Hart^[40].

El estudio sobre la autoridad y norma últimas del sistema invita al autor a ampliar aún más la perspectiva para preguntarse sobre las propiedades necesarias (existencia) y contingentes de los sistemas jurídico-políticos. Su conclusión es que hay dos elementos suficientes y necesarios para establecer la existencia de un determinado sistema: el punto de vista interno, que expresa la aceptación de la regla de reconocimiento por parte del sector dominante de la sociedad^[41], y que quienes adoptan tal punto de vista tengan el poder para imponer tal regla^[42]. El concepto de aceptación es aquí empleado por Garzón exclusivamente como sinónimo de “legitimación”, en el sentido descriptivo de creencia en la corrección, debiendo ser, pues, distinguida de la mera aquiescen-

[40] El autor hace expresa mención a la necesidad de dilucidar: 1. en qué S se situaría el soberano austiniiano, 2. qué sucede con el S0 al crearse el nuevo orden jurídico y 3. si resulta aplicable la paradoja de la soberanía parlamentaria a la noción de soberano0. Pérez Triviño, J.L. (1998): *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid, pp. 92, 86ss.

[41] La amplitud del grupo dependerá del tipo de organización política. Garzón Valdés, E. (1987): *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, CEC, Madrid, p. 17.

[42] *Ibid.*, p. 21.

cia, por hábito o apatía, o del seguimiento por razones prudenciales. De igual forma, es una noción diversa a la legitimidad, entendida en su sentido normativo o fuerte ^[43], y cuyo juicio:

“toma como criterio para su formulación la vigencia de normas éticas aceptables por todo aquel que esté dispuesto a admitir la autonomía personal de cada individuo y su igualdad básica con respecto al acceso y goce de aquellos bienes (...) sin los cuales no es posible la realización de ningún plan de vida”^[44].

La legitimidad, si bien obviamente deseable, no es requisito necesario para la existencia de un sistema, como tampoco lo será la estabilidad, objeto de atención con especial énfasis en el contexto latinoamericano. La estabilidad será entendida, en primer término, como “propiedad disposicional” en el sentido apuntado por Carnap y Ryle, es decir, se entiende que consigna una “cierta capacidad, tendencia o propensión”^[45]. Para Garzón, un ordenamiento

[43] Ibid., p. 7.

[44] Ibid., p. 45.

[45] Cfr. Carnap, R. (1975): *Meaning and Necessity: a Study in Semantics and Modal Logic*, Chicago University Press, Chicago, pp. 242-244 y Ryle, G. (1961): *The Concept of Mind*, Barnes and Noble, N.Y., pp. 116-118, referencias exactas tomadas de.

jurídico será estable si muestra una tendencia, durante un periodo significativo según sus coordenadas espacio-temporales, a ofrecer explicaciones eficaces de su núcleo axiológico-institucional, de forma que no se vea obligado a mutar por falta del respaldo público necesario o por ser incapaz de dar cauce adecuado a los casos “límites” (contradicciones, expectativas frustradas, nuevas problemáticas), y ordinarios, que se planteen en su aplicación.

Finalmente, el último escalón en la escalera de la teoría del derecho garzoniana, es el sempiterno problema de la relación entre el derecho y la moral^[46]. Resulta a este respecto sumamente interesante constatar cómo el autor comienza un viaje que parte de un formalismo kelseniano (crítica a la naturaleza de la cosa), transita por la apertura sociológica hartiana (concepto de soberano y propiedades de los sistemas jurídico-políticos) y llega, en última instancia a superarla mediante una defensa abierta de la tesis de la vinculación derecho-moral. Esta se defiende, al menos, en tres puntos concretos: el sostenimiento del ordenamiento por razones morales (o el punto de vista interno hartiano

Tamayo y Salmorán, R. (2004): “Jurisprudencia y formulación judicial del derecho”, en *Isonomía*, nº 21, p.194.

[46] Garzón Valdés, E. (1990): “Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral”, en *Doxa*, nº 8, pp. 111-130.

no deja de ser un determinado punto de vista moral, moral positiva, coincida o no una moral normativa en sentido kantiano), la interpretación jurídica como labor de corrección valorativa (el juez pretende que su decisión sólo es técnicamente plausible sino correcta en sentido fuerte) y la obediencia al derecho como cuestión decididamente ética (dado que la alternativa es asumir la obligatoriedad de la mera fuerza). El hecho de que partiendo de presupuestos y formación básicamente analíticos se llegue a una posición de necesaria apertura axiológica del ordenamiento, es aportación valiosa de los escritos de Garzón al ambiente post-positivista contemporáneo.

b. El derecho ideal

En lo que respecta a los trabajos sobre el derecho ideal, de nuevo el acercamiento problematista impide la clara identificación de un “sistema” como tal, aunque ciertamente hay trabajos de naturaleza más generalista o fundamental y otros trabajos orientados a resolver determinados problemas de ética normativa. El tratamiento más completo y acabado de los estudios éticos de Ernesto Garzón como conjunto es sin duda el debido a Manuel Atienza, quien delimita lo que él denomina un “sistema ético EGV”, compuesto de 10 principios, 26 reglas y 28 tesis. Más que un sistema, en sentido estricto, el propio Atienza reconoce que

su exposición recoge más bien una “respuesta a diez preguntas fundamentales de la ética,” (...) que “gira, en realidad, en torno a las nociones kantianas de universalidad, dignidad y autonomía”^[47].

Por mi parte, entiendo que tomando el conjunto de estudios dedicados a la democracia y los derechos básicos, tanto en su perspectiva fundamentadora (*dimensión estructural*) como en sus problemas de implementación (*dimensión funcional*), puede identificarse un *corpus* filosófico coherente orientado a dilucidar los requisitos de la legitimidad estatal o esbozar una teoría ética para el espacio público que no pretende, sea como fuere, erigirse en sustitutiva de un proyecto no emprendido el propio autor. Para Garzón Valdés, la pregunta por el fundamento moral de la democracia lleva a la definición de un ámbito innegociable, presupuesto y límite de la decisión de las mayorías, que viene a denominar “coto vedado, basado en un “objetivismo mínimo”^[48]. Así, este espacio se corresponde fundamentalmente con los derechos básicos, que vendrían construidos sobre tres elementos: uno estático-formal

[47] Atienza, M. (1993): “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, en Garzón Valdés, E. *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 32.

[48] Garzón Valdés, E. (1989): Algo más acerca del “coto vedado”, en *Doxa*, n.º 6 p. 210.

identificado con el sujeto moral kantiano, uno dinámico-material que recoge el sustrato antropológico de las necesidades y el rechazo o alejamiento del mal, y un tercero discursivo consistente en un procedimiento racional, signado principalmente por los requisitos de accesibilidad y universalidad^[49]. Entiendo que son tres, asimismo, las funciones que Garzón atribuye a los derechos en tanto habilitadores de la participación política ciudadana (función democrática), garantía pública de la autonomía de la persona (función del Estado de derecho) y promoción de su igualdad material mediante medidas redistributivas y asistenciales (función del Estado social)^[50]. Los dilemas que surgen en relación con su implantación, dinamismo y

[49] Garzón Valdés, E. (1989): “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 465; Garzón Valdés, E. (2004): “Prólogo”, en J. González Amuchastegui, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 28. Garzón Valdés, E. ((2006): “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en E. Bulygin (ed.), *El Positivismo jurídico*, Fontamara, México, p. 23, Garzón Valdés, E. (1993): “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, pp. 418-419; Garzón Valdés, E. (1993): “Representación y democracia”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 644.

[50] Para un análisis pormenorizado de este y otros acercamientos funcionales, cfr. Pérez Luño, A. E. (2006): “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, en *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 255-287. Vid. in extenso Álvarez Ortega, M. (2008): *La filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 325 ss.

vigencia son resueltos por Garzón proponiendo una imagen siempre creciente del “coto vedado”, cuya imposición no exige, en principio, de aceptación democrática expresa^[51].

En cuanto a los problemas de ética normativa, la variedad y originalidad de los trabajos del autor, le hacen merecedor a la consideración de ser uno de los más hábiles rehabilitadores de la razón práctica en sentido kantiano. Fiel a su formación analítica, Garzón presenta una fuerte tendencia a presentar los problemas éticos desde un punto de visto conceptual^[52]. Así, tras realizarse una descripción de las principales definiciones teóricas, se lleva a cabo un estudio crítico centrado fundamentalmente en su coherencia interna y sensibilidad histórica para concluirse con la propia propuesta. En términos generales, entiendo que el elemento conductor y clave explicativa de estos estudios, desde la diversidad cultural al trasplante de órganos, es la defensa de la autonomía personal

[51] Garzón Valdés, E. (1993): “Representación y democracia”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 645; Garzón Valdés, E. (1989): “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 459.

[52] La preferencia por los problemas conceptuales, es admitida por el autor. Garzón Valdés, E. (1993): “Introducción”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, p. 16. La relevancia de este tipo de acercamiento ha sido defendida por Sartori. Sartori, G. (1957): *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, p. 12.

en sentido kantiano^[53]. Ello puede observarse con claridad en el que probablemente sea el más emblemático de estos trabajos, el dedicado a la justificación ética del paternalismo jurídico^[54]. Para Garzón, puede entenderse como paternalista toda intervención coactiva para evitar que alguien se dañe a sí mismo, distinguiéndose, pues, de las medidas motivadas por asegurar un beneficio y los casos de perfeccionismo moral. Centrado el problema en la objeción liberal al paternalismo, como línea de principio, Garzón descarta los argumentos de contra de corte utilitarista, así como los basados en la autonomía y la igualdad, para defender la posibilidad justificatoria basada en un elemento fáctico (la persona intervenida es un incompetente básico) y uno normativo (el fin de la medida es evitar el daño asociado a la incompetencia)^[55]. Esta defensa del paternalismo no como contrario sino precisamente como garante de la autonomía de la persona contrasta con la expresa oposición de Kant a las intervenciones paternalistas, lo que no hace sino revelar cómo la impronta kantiana

[53] Vid. Álvarez Ortega, Miguel (2008): *La filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Dykinson, Madrid, cap. VI. “Problemas de razón práctica: zurück zu Kant?”

[54] Garzón Valdés, E. (1993): “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Derecho, ética, política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 361-362.

[55] *Ibid.* pp. 371 ss.

de Garzón es notable ejemplo de la potencialidad de unos principios que han adquirido tal autonomía teórica que permiten ser invocados incluso contra su autor^[56].

4. Las dinámicas del pensamiento garzoniano y la unidad de la filosofía jurídica

Finalmente, para concluir, entiendo que una perspectiva aún más amplia puede habilitar a la comprensión de la estructura profunda de la trayectoria intelectual de Garzón Valdés mediante un triple movimiento inter-áreas que conducen a una consideración integral de la filosofía del derecho: dinámica inter-cultural (a), dinámica temático-teoría (b) y dinámica inter-disciplinar (c).

a) *Dinámica inter-cultural*. Una de las innegables aportaciones garzonianas al panorama iusfilosófico contemporáneo es el haber actuado de nexo introductor de temáticas, problemas y direcciones doctrinales propios de determinadas áreas académico-culturales en destinos novedosos. Y no sólo en el sentido de haber propiciado el conocimiento de literatura ex-

[56] Es lo que Kersting, como repuesta a la necesidad de asunción de un Estado cosmopolita por coherencia teórica y a pesar de las vacilaciones de Kant, denomina “mit Kant gegen Kant zu argumentieren”. Kersting, W. (1993): *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt an Main, p. 76.

trajera mediante traducciones y colecciones editoriales o haber habilitado el debate internacional por medio de congresos, seminarios y encuentros de índole diversa. Sino que su propia producción científica ha permitido una rica apertura de los respectivos ámbitos universitarios. Así, *ad intra*, el tratamiento en el área hispanohablante del problema germano de la *Natur der Sache*, de la analítica de Hart o de los intentos anglosajones de rehabilitación de la razón práctica (especialmente en lo atinente al paternalismo jurídico y a la tolerancia) se debe en gran medida a la literatura científica garzoniana. Del mismo modo, *ad extra*, sus estudios sobre la realidad jurídico-política latinoamericana han resultado de gran utilidad para la comprensión de las complejidades de la proyección de la Teoría del derecho a Estados con democracias imperfectas por parte de la comunidad alemana y angloparlante.

b) *Dinámica temático-teórica*. Los movimientos garzonianos no se limitan a esta perspectiva tópica. Existe igualmente una interesantísima transición pausada y matizada desde determinadas posiciones teóricas hacia otras. Así, en Teoría del derecho, se comienza un viaje que parte de un formalismo kelseniano, transita por la apertura sociológica hartiana y llega a superarla en una defensa abierta de la tesis de la vinculación derecho-moral. Pero el viaje no se detiene aquí. El camino de profun-

dización en cuestiones y problemas éticos lleva a Garzón no sólo a un viraje de reorientación temática, sino al abandono del escepticismo kelseniano por mor de lo que él mismo ha calificado de “objetivismo mínimo”. El desarrollo de la teoría del “coto vedado” se muestra como una rica apuesta que parte de la dignidad del agente moral kantiano, presupuesto tan necesario como completable debido a su carácter formal. Resulta así reseñable cómo los diversos elementos de la construcción garzoniana (el sustrato material-antropológico, el elemento discursivo- racional o los dilemas sobre implantación o vigencia) vienen a aparecer por necesidades lógicas de los problemas abiertos y aquellos son recepcionados con independencia de su diversa filiación teórica en un notable ejercicio integrador.

Si se tienen presentes estos dos movimientos que nos llevan desde la separación a la vinculación del derecho con la moral, y desde el escepticismo ético a un moderado y complejo objetivismo en materia de legitimidad institucional, puede entonces identificarse una tercera dinámica, situada no ya al nivel de posiciones teóricas sino en el superior de las concepciones disciplinares.

c) *Dinámica inter-disciplinar*. Si se ha de identificar un elemento común en la obra de Garzón Valdés, creo que probablemente sea la

presencia del referente normativo que actúa como *continuum*: los problemas que preocupan y se estudian se refieren a las normas. Si el estudio de estos problemas no puede soslayar la indagación axiológica como elemento constitutivo (y no como mera elucubración paralela o externa) y a ello se le suma igualmente la improcedencia de omitir el dato sociológico o empírico tanto para la explicación y comprensión de los ordenamientos jurídicos, como para la elaboración de reflexiones ético-públicas no abstraídas de la experiencia, todo ello parecería abonar la idea de que, de forma paralela al movimiento temático-teórico, tiene lugar en Garzón Valdés un trasvase desde la sede técnico-jurídica de la Teoría del derecho a la filosófico-moral de la Teoría de la justicia o la Ética normativa. Pero lo que probablemente subraya a esta dinámica sea la profunda unidad e irreducibilidad del fenómeno jurídico- a pesar de su pluridimensionalidad- que resulta sólo entendible desde la consideración disciplinar contemporánea de la Filosofía del derecho como integradora del problema del derecho existente y el derecho ideal.

EL COTO VEDADO EN EL SIGLO XXI

Martin D. Farrell

En la filosofía moral, política y del derecho son incontables los aportes sustantivos que han surgido de la pluma de Ernesto Garzón Valdes y no pretendo enumerarlos aquí, puesto que mi propósito consiste en cambio en considerar un aporte, tal vez básicamente lingüístico, que ha logrado fama merecida: el concepto de *coto vedado*. La explicación acerca del contenido del concepto es importante, pero el nombre es decisivo, porque transmite el propósito del concepto con una claridad y precisión inigualables en la literatura filosófica.

Con la expresión *coto vedado* Garzón Valdés quiere transmitir la idea de que hay algunos temas básicos que están excluidos de la negociación parlamentaria, temas que comprenden a los bienes considerados como básicos para la realización de todo plan de vida. Respecto de estos bienes resulta indiferente la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad, lo cual justifica incluso una actitud paternalista respecto de aquellos de sus miembros que no

comprendan la importancia de los mencionados bienes básicos. Estos bienes básicos pueden ser considerados también como necesidades básicas, ejemplos de las cuales lo constituyen el comer y el poseer una vivienda para protegerse de las inclemencias del clima. Estas necesidades básicas son naturales, pero existen también necesidades básicas derivadas, tales como el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, mientras que las derivadas cambian a lo largo del tiempo y en las distintas sociedades.

El catálogo de derechos incluidos en el coto vedado es introducido por la asamblea constituyente y esos derechos, a su vez, permiten asegurar el funcionamiento cabal de la democracia representativa. Ejercen una función despolitizadora en relación a los deseos de la mayoría, puesto que si existe un coto vedado no todo puede ser objeto de la decisión mayoritaria, ni de los legisladores ni de los ciudadanos que los eligen. El coto vedado garantiza el ejercicio de la autonomía personal, sin intervención del Estado, y protege así el ámbito de la privacidad. Funciona como garantía del principio de no intervención en la vida privada de las personas, y asegura el ejercicio de la autonomía individual excluyendo de las decisiones mayoritarias el recorte del goce de

los derechos incluidos en el coto vedado. De no existir dicho coto, la democracia se convertiría en una versión –moralmente inaceptable- de la dictadura del mayor número. Es aquí que Garzón Valdés introduce la distinción entre el “principio de la mayoría”, que permite alentar la esperanza de la autodeterminación individual, y el peligroso “dominio de la mayoría”, no sometido en cambio a restricciones..

Comentando estas ideas de Garzón Valdés, Javier de Lucas recuerda que el coto excluye a un grupo de cuestiones que afectan a la representación y que quedan entonces afuera del alcance de disposición de los representantes, y se pregunta, con acierto, cuáles son los derechos que se han de incluir en él. En este sentido, no me parece que Garzón Valdés se proponga brindar una lista completa, puesto que él rechaza la idea de que esos derechos se hayan cristalizado, y defiende en cambio la posición de que ellos poseen una tendencia a la expansión, especialmente en el ámbito de las necesidades básicas derivadas, lo que torna probable que con el transcurso del tiempo haya que introducir nuevos elementos en la clase de los derechos del coto vedado .

Si el contenido del coto vedado tiende a la expansión, un modo de entenderlo es utilizar la terminología de las libertades negativas y positivas. El coto vedado comienza contenien-

do derechos negativos, que aseguran –precisamente- las libertades negativas, y agrega luego derechos positivos, los que se ocupan de las libertades positivas.

Las libertades negativas, para usar la caracterización de Isaiah Berlin, no requieren una intervención activa del Estado, sino una abstención de su parte. El Estado no interviene en el disfrute de la propiedad o en la actividad del comercio, sino que deja que los particulares se ocupen de ello. El Estado no puede intervenir en estos casos precisamente porque estaría invadiendo el coto vedado. Pero si entendemos a las libertades positivas –ahora no exactamente en el sentido de Berlin- como los recursos necesarios para el disfrute efectivo de las libertades negativas, entonces el Estado debe proporcionar esos recursos y su papel se convierte en activo. Para garantizar una vivienda digna el Estado debe intervenir activamente, no abstenerse de hacerlo, y para intervenir activamente debe penetrar en el coto vedado.

Si los derechos contenidos en el coto vedado tienen un carácter expansivo, históricamente comenzaron siendo derechos negativos, y sólo en un período posterior de la historia se incorporaron derechos positivos. La terminología de Garzón Valdés es más apta para la primera etapa que para la segunda, porque evoca, incluso gráficamente, la idea de un Estado impe-

dido de ingresar a un espacio. Respecto de las libertades positivas, en cambio, el Estado debe ingresar, para ayudar a obtener los recursos disponibles.

Creo que lo que quiso transmitir Garzón Valdés es la idea de la democracia liberal, con derechos individuales colocados por la Constitución fuera del alcance de la mayoría, derechos que comenzaron siendo negativos y se expandieron luego para incorporar a los derechos positivos. Pero voy a respetar su terminología y a considerar que el coto vedado comenzó con un contenido original de derechos negativos y agregó luego derechos positivos. En una palabra: el coto se agrandó, y tenía que agrandarse, dado el carácter expansivo de los derechos.

Esta es la idea que quiero examinar aquí desde la perspectiva de la historia política argentina. La historia política y constitucional de la República Argentina muestra en su comienzo el otorgamiento de derechos negativos. La primera Constitución de Argentina, dictada en 1853, contiene un coto vedado compuesto de derechos negativos, tales como el de propiedad, o el de comerciar y ejercer industrias, al par que incorporó garantías constitucionales liberales, como la irretroactividad de la ley penal y la inviolabilidad del domicilio, la libertad de culto y la libertad de prensa. Como correspon-

día a la fecha de su dictado, el coto vedado de la Constitución era un coto vedado de derechos negativos, era un coto vedado del siglo XIX.

La idea de los derechos liberales en el siglo XIX se concentraba en los derechos negativos, y un precedente notable era la Constitución francesa de 1793. Las críticas a los derechos negativos eran escasas, pero algunas tenían un gran peso, como las que formuló Karl Marx en 1843 en *La cuestión judía*, anticipando las observaciones de Isaiah Berlin en más de cien años. Ninguno de esos derechos negativos, sea la libertad, la igualdad, la propiedad o la seguridad, puso de relieve Marx, va más allá del hombre egoísta, más allá del hombre como miembro de la sociedad civil; el ciudadano es el siervo del hombre, y la esfera comunitaria se degrada a un nivel inferior al de la esfera individual.

Pero lo cierto es que los ciudadanos del siglo XIX estaban muy satisfechos con ese coto vedado de derechos negativos. En Argentina, sin duda, podían comparar ese coto con la ausencia total de derechos en la etapa previa a la Constitución. El país prosperó, la inmigración se acrecentó y el siglo XIX concluyó sin quejas acerca del contenido del coto vedado. Pero recordemos una de las advertencias de Garzón Valdés: los derechos del coto tienen un carácter expansivo y los ciudadanos del siglo XX querían más derechos.

En 1904 el Ministro del Interior Joaquín V. González presentó un proyecto de legislación del trabajo que contenía disposiciones que iban más allá de la ideología del coto vedado de la Constitución de 1853, y consideraba temas tales como los accidentes del trabajo, la duración de la jornada del trabajo, y sus condiciones de higiene y seguridad. El siglo era demasiado joven, la idea no encontró aceptación política y el Parlamento nunca la debatió. Pero en 1905 el legislador Alfredo Palacios –primer diputado socialista de América Latina- consiguió que se aprobara la ley de descanso dominical. El coto parecía irse expandiendo.

De toda forma, la concesión masiva de derechos positivos debió esperar hasta 1944/1945, cuando el gobierno en el cual Juan Perón era Ministro de Trabajo los otorgó sin retaceos, siendo tal vez el más significativo el derecho al sueldo anual complementario, concedido a fines de 1945. Por su parte, la Unión Cívica Radical, uno de los partidos políticos mayoritarios, se comprometió con una ideología favorable a los derechos positivos en la denominada Declaración de Avellaneda, del 4 de abril de 1945, adoptada en 1948 como plataforma del partido. Allí se mencionaban el derecho a la alimentación, la vivienda, el vestido, la salud y la cultura, entre otros, suplementado los derechos negativos del coto vedado de la Constitución de 1853. Otra vez la extensión del coto vedado parecía concretarse.

Pero en los dos últimos ejemplos que he proporcionado debe ponerse énfasis en la palabra *parecía*. Porque entre los derechos negativos del coto vedado y los nuevos derechos positivos de la década del 40 del siglo XX existía una importante asimetría: los derechos negativos del siglo XIX tenían rango constitucional, mientras que los derechos positivos del siglo XX tenían solamente rango legal. Esa asimetría iba a desaparecer con la reforma constitucional de 1949.

La reforma constitucional de ese año otorgó jerarquía constitucional al derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, a la salud física y al esparcimiento, entre otros, al par de consagrar la función social de la propiedad. Los convencionales de la Unión Cívica Radical se retiraron de la Asamblea Constituyente, por dos razones: 1) que la necesidad de la reforma había sido declarada por una mayoría insuficiente en el Congreso Nacional, ya que lo fue por los dos tercios de los miembros presentes, y no de los miembros totales, y 2) que el verdadero propósito de la reforma se centraba en la reelección presidencial. Pero los radicales no objetaron la inclusión de los derechos sociales en la Constitución, derechos que aparecían expresamente –como hemos visto – en la Carta de Avellaneda de 1945.

Incorporados los derechos positivos a la Constitución desapareció la asimetría a la que

antes se refiriera: ahora los derechos negativos y los positivos tenía una protección del mismo rango, la protección constitucional: el coto vedado realmente se había expandido. Es difícil pensar que la Constitución de 1949 sobrevivió a la revolución de 1955, pero su derogación formal recién se produjo el 27 de abril de 1956, cuando el gobierno revolucionario restableció la vigencia de la Constitución de 1853.

Y aquí volvió a aparecer la asimetría, entonces, porque nuevamente los derechos negativos tenía protección constitucional, pero los derechos positivos tenían únicamente protección legal. Ahora el coto vedado se había reducido. El gobierno advirtió entonces que enfrentaba dos problemas: 1) la validez legal del instrumento que había derogado la Constitución de 1949, y 2) la pérdida de protección constitucional para los derechos sociales, circunstancia que el peronismo no dejaba de recordar, y para resolver ambos problemas, el gobierno convocó en el año 1957 a una Convención Constituyente. Las razones de la convocatoria – como dije - fueron básicamente dos: 1) el gobierno dudaba de que sus poderes de facto le permitieran derogar una Constitución, y 2) la desprotección de los derechos sociales que eso trajo como consecuencia era una mancha difícil de borrar. El primer problema parecía un caso de timidez tardía: un grupo de oficiales lleva a cabo una revolución exitosa, controla el país sin disturbios, y quiere

derogar una constitución que se identifica con el gobierno que derrocó. Tienen el poder y la espada, como los tuvieron el general Urquiza en 1852 y el general Mitre en 1862, por lo que una rápida lectura de Carl Schmitt les habría advertido de que ellos eran soberanos, y podían proceder como lo desearan. El segundo problema, en cambio, sólo lo podía resolver una Asamblea Constituyente.

La Convención Constituyente de 1957 se reunió bajo malos auspicios, con el peronismo proscrito y el radicalismo dividido en dos facciones. El voto en blanco fue mayoritario, seguido por los votos de los dos radicalismos. La facción radical minoritaria se retiró de las deliberaciones, invocando la ilegalidad de la convocatoria, y los convencionales que permanecieron en sus lugares lo hicieron con un quorum muy estricto. Hubo 123 votos en favor de la legitimidad de la reforma y 82 en contra, con lo cual el primer problema quedaba resuelto.

Pero para el radicalismo quedaba pendiente el segundo problema. El partido no podía permitir que se lo acusara de haber cercenado derechos sociales, de haber reducido el coto vedado, después de su adhesión a la Carta de Avellaneda de 1945. Los conservadores, en cambio, de acuerdo a su ideología, no querían incorporar derechos positivos a la Constitución.

La cuestión del quorum se complicó todavía más cuando abandonó la convención un grupo de radicales de la provincia de Córdoba, no por cuestionar los derechos sociales sino por creer que un gobierno de facto no debía reformar la Constitución.

El grupo conservador, de alrededor de quince convencionales, era el dueño del quorum, y hay que reconocer que cumplieron con el deber de concretar las preferencias de la mayoría, aunque disponían de un derecho cercano al veto: retirarse y dejar a la asamblea sin quorum. Sin embargo, y aún votando en contra, los conservadores permitieron –manteniendo el quorum– la incorporación al texto constitucional de los derechos positivos consagrados en el artículo 14 bis, que complementa la protección de los derechos negativos concedida por el artículo 14, a los que me referí anteriormente. Ahora el coto vedado se había expandido nuevamente, y la protección de los derechos negativos y positivos volvía a ser simétrica.

El artículo 14 bis, en efecto, concedió los derechos a condiciones dignas de trabajo, a la jornada limitada de labor, al descanso y vacaciones pagadas, al salario mínimo, vital y móvil, a la participación de los obreros en la ganancia de las empresas, con colaboración en su dirección, y a la protección contra el despido arbitrario, entre otros. El regreso de la simetría

implicó que ahora los derechos negativos y positivos estaban igualmente protegidos, que el coto vedado se había ampliado de nuevo: el coto vedado del siglo XIX, como sugería Garzón Valdés, había resultado expansivo. ¿Cómo sigue ahora la historia?

Durante el siglo XX hubo una nueva reforma constitucional, en el año 1994, y en este caso se incorporaron referencias a la igualdad de oportunidad en relación a las mujeres, lo cual constituye una nueva ampliación del coto vedado mediante ideas del feminismo liberal. El artículo 37 concedió la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos, la cual “se garantizará mediante acciones positivas”, y el artículo 75 incluyó entre las facultades del Congreso la de promover medidas de acción positiva en relación a las mujeres, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. Con esta raíz feminista, entonces, se incorporaron nuevos derechos positivos al coto.

Hasta este momento, la historia argentina responde sin duda al modelo sugerido por Garzón Valdés. Arranca con un liberalismo de derechos negativos en el siglo XIX (1853), amplía el coto vedado en el siglo XX (1957) con un liberalismo de derechos positivos, y vuelve a ampliarlo en el mismo siglo (1994) con derechos positivos sugeridos por el femi-

nismo liberal. La situación no varía en las dos primeras décadas del siglo XXI, pero en los últimos años ha comenzado a complicarse.

Hasta los primeros años del siglo XXI el movimiento libertario era una excentricidad en la Argentina, pero en el año 2021 dos libertarios de Buenos Aires fueron elegidos diputados nacionales, y –para sorpresa de todos- uno de ellos fue elegido presidente en el año 2023. Es difícil clasificar a un político en términos académicos, pero voy a intentar una aproximación a ello. El presidente se define a sí mismo como anarco libertario, y elogia la teoría de Rothbard, pero si quisiera realmente llevar esas tesis a la realidad debería destruir el Estado que preside, violando entonces su juramento constitucional. Otras veces se define como anarco capitalista, pero esta definición enfrenta los mismos problemas que la anterior. Voy a aceptar, entonces, la más atenuada de sus definiciones, que es la de libertario, a secas, y a tratar de predecir las consecuencias de esta ideología en nuestro marco constitucional, siguiendo las líneas de Nozick, que elabora la defensa del libertarismo proporcionando los mejores argumentos.

El presidente ha manifestado su admiración por el Estado mínimo, ha criticado la educación pública y la salud pública, e incluso se ha mostrado indiferente respecto de las jubilacio-

nes públicas. Entonces, ¿cómo puede cumplir las exigencias constitucionales en términos de derechos positivos? Simplemente, no hay derechos positivos en el libertarismo. Para garantizar la participación de los obreros en la dirección de las empresas, por ejemplo, el gobierno debe actuar, pero un libertario no puede proceder de esa forma, y menos aún puede llevar a cabo las acciones positivas que exige la Constitución de 1994 en términos de igualdad de oportunidades para las mujeres.

Es arriesgado formular profecías acerca de un gobierno que lleva muy poco tiempo en el cargo, pero parece que enfrentáramos dos opciones: 1) el gobierno incumple sus deberes constitucionales, y 2) reforma la Constitución. Si se adopta la alternativa 1) los derechos positivos desaparecen *de facto* y si se adopta la alternativa 2) los derechos positivos desaparecen *de iure*. En los dos casos, con más claridad en la alternativa 2), el coto vedado se reduce, rompiendo la tradición expansionista. Esta situación es –por cierto– perplejante: en el siglo XIX la Argentina tuvo un coto vedado que se ajustaba al siglo XIX, y en el siglo XX tuvo un coto vedado que se ajustaba al siglo XX, pero en el siglo XXI volvería a tener un coto vedado propio del siglo XIX. Extraña situación que no aparece prevista en la teoría de Garzón Valdés, que consideraba irreversibles a los derechos que integraban el coto vedado.

Por supuesto que en política siempre existe una opción 3), y el presidente puede elegir no actuar de acuerdo con su propia ideología y cumplir con sus deberes constitucionales. Sin continuar con la ampliación de los derechos del coto vedado –obviamente- pero al menos sin desmantelarlo y conducirlo de regreso al siglo XIX. Es muy pronto para decirlo.

COTO VEDADO

Ricardo A. Guibourg

Universidad de Buenos Aires

Durante muchos siglos, el pasatiempo preferido de los poderosos era la caza. Pero todos los cazadores iban tras los mismos animales, por lo que los señores se aseguraban un predio o coto privado, donde sólo ellos podían cazar. Ese coto estaba prohibido para cualquier otra persona, bajo amenaza de penas muy graves.

Ernesto Garzón Valdés aplicó esa metáfora al derecho, acuñando una expresión que se hizo célebre: el coto vedado. Ella afirma que hay un campo de las conductas donde ningún *cazador*, empezando por el estado, puede aventurarse para ejercer su poder.

La idea es seductora: implica que cualquier sistema jurídico, aun el más democrático, tiene prohibido entrar donde los ciudadanos, comparados con presas potenciales, tienen derecho a gozar de sus libertades. Pero el prurito analítico, habituado a poner todo en duda, incita a formular algunos interrogantes. Sigamos, para esto, el hilo de la metáfora de nuestro admirado Ernesto.

Ante todo, cuando hay un coto vedado es porque alguien lo veda: en la práctica histórica, el dueño del predio, o el rey del territorio. Si el propio rey (o gobierno electo que sea) es quien tiene vedado el acceso, ¿quién se lo impide? ¿Dios? Habría que investigar revelaciones. ¿La Constitución? Ella puede cambiarse, y de hecho se cambia a menudo en contra de las previsiones de Garzón Valdés. ¿El pueblo? No es raro que el pueblo, indignado o ansioso por otros motivos, vote en la práctica por limitar sus propias libertades. ¿La conciencia de la humanidad? Nadie ha hecho una encuesta mundial sobre el tema; y, si se hiciera, quién sabe si el resultado sería como lo deseamos. Una respuesta bastante habitual remite a presuntas circunstancias de hecho: la naturaleza del hombre, la naturaleza del mundo, la evidencia de la verdad moral. Pero estas alternativas carecen de un método apropiado para conocer su contenido, y hasta es difícil reconstruir su definición en términos objetivamente operativos.

Aún hay otra pregunta en el aire. ¿Qué es lo que se veda en ese coto? En la práctica histórica, lo prohibido era matar los animales que el señor quería cazar: venados, ciervos, zorros, conejos. No creo que ningún campesino fuera castigado por matar un mosquito, una cucaracha o aun una rata. Entonces ¿cuáles son las libertades que ningún sistema jurídico puede coartar, por orden de la autoridad por la que nos

hemos preguntado antes? ¿La de reunirse? ¿La de votar? ¿La de interrumpir el embarazo no deseado? ¿La de poseer y portar armas, como dice la segunda enmienda de la constitución de los Estados Unidos? ¿La de acceder a alimentación, salud y educación? ¿La de no ser torturado? Podríamos extender la lista a muchas otras preguntas semejante, y para cada una encontraríamos acaso alguna controversia o, al menos, alguna excepción o alguna restricción razonable.

En efecto, ¿mantendríamos la garantía de no ser detenido sin orden judicial durante el estado de sitio, declarado frente a una emergencia extrema? ¿Encarecería un musulmán fundamentalista el derecho de las mujeres a andar en público con el pelo (¡y hasta las pantorrillas!) a la vista de cualquiera? ¿Concederíamos el derecho de voto a menores de diez años? La garantía de libertad ¿alcanzaría a los autores de delitos graves? ¿Implicaría nuestra versión de la igualdad que todos los ciudadanos deben tener exactamente el mismo ingreso? ¿O que, en los exámenes escolares, todos los alumnos deben ser aprobados con la misma calificación? Es claro que nuestra conciencia tiene respuesta para todo eso: el fundamentalista es un fanático equivocado, y los derechos deben aplicarse y administrarse dentro de parámetros razonables. Pero he aquí la pregunta del millón: ¿qué quiere decir “razonable”, en este contexto, y cómo

habremos de medir la razonabilidad o comparar distintos principios para mejor “ponderarlos”?

Lo dicho nos arroja a otra pregunta más específica: ¿en qué consiste, pues, el coto vedado? Una respuesta escéptica sería decir que, simplemente, no queremos que ningún estado, organización ni persona, se entrometa en ciertos asuntos en los que nosotros mismos detestaríamos que ellos se entrometieran. Si fuéramos epistemológicamente tan crueles en nuestra definición (y, ciertamente, me parece difícil evitar esa crueldad), ¿invalidaría eso el grito humanístico de Ernesto? Creo que no: tal vez sólo tendríamos que reubicarlo en la estantería de nuestras conciencias.

En efecto, la mente humana, no sólo la de los juristas sino también la de otros congéneres menos prevenidos, abriga infinidad de deseos y criterios valorativos, algunos de ellos adquiridos tempranamente, alimentados por la cultura en la que vivimos y confirmados, acaso, por nuestras propias reacciones frente a las más diversas vicisitudes de nuestra vida individual. Tales deseos y criterios no se aparecen en nuestra conciencia como decisiones o tendencias personales y contingentes, aunque poderosas, sino revestidos de una fuerza ontológica y de una verdad indiscutible.

Así es como nuestra mente se abroquela en un núcleo valorativo que no nos atrevemos a

declinar. Todo está bien, dice nuestra conciencia; pero hay cosas con las que no se juega, valores que no pueden contrariarse, opiniones evidentemente erradas, que no deben admitirse ni tolerarse. En suma, un coto vedado que las personas de bien deberíamos defender con igual o mayor denuedo que la aplicada por los antiguos señores para impedir la caza de los venados que les pertenecían. De manera semejante, hay libertades que nos pertenecen, y no permitiremos que nos las arrebaten.

Lo que acabo de decir conmueve mi corazón como el de cualquier demócrata liberal incluido nuestro amigo Ernesto Garzón. Los sentimientos, las valoraciones y los objetivos políticos no se ponen en duda, enraizados como están en las tradiciones de nuestra sociedad, en las bases de la cultura en la que fuimos formados y en las reacciones de nuestras conciencias frente a estímulos, perjuicios y decepciones que hemos vivido durante la existencia de cada uno. No podemos, ni nos hace falta, invocar para sostenerlos una verdad trascendente ni el apoyo en una realidad axiológica indemostrable; porque nuestros enemigos, aquellos que quieren cazar en nuestro coto (y tan a menudo logran hacerlo) tampoco gozan de aquella ventaja, aunque de tanto en tanto la invoquen abusivamente. El coto vedado de Ernesto representa precisamente aquello que más deseamos conservar o alcanzar, el meollo de lo que entendemos como

las condiciones básicas para la convivencia civilizada. Justamente por eso, el coto de cada uno es algo diferente del del vecino, y apenas logramos dirimir nuestras diferencias mediante el feliz, pero imperfecto, recurso a los métodos democráticos, para alcanzar un denominador común de cambiantes contornos. Pero el grito de justicia y razón implícito en el concepto de Ernesto perdurará en nosotros como un acicate para sostener nuestros más caros ideales.

PASADO Y PRESENTE: LA NOCIÓN DE “COTO VEDADO” EN LA OBRA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Roberto Gargarella^[57]

Agradezco la oportunidad de participar en este (nuevo) homenaje al querido Ernesto Garzón Valdés. Tuve la suerte de conocer a Ernesto cuando yo trabajaba en la Argentina con Carlos Nino y él era el “embajador” de todo el grupo (“el grupo Nino”) en Europa: la referencia obligada, la persona que nos facilitaba apoyo para todas nuestras iniciativas académicas; el gran filósofo político que teníamos lejos; el que iba a recibirnos primero, si iniciábamos alguna gira académica por Europa; quien nos ofrecía el mapa preciso de los temas que abordábamos y quien nos aconsejaba con

[57] Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Sociólogo por la Universidad de Buenos Aires. Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Es *Master of Laws* (LL.M.) y Doctor en Jurisprudencia J.S.D.), ambos por la University of Chicago Law School. Estudios postdoctorales en el Balliol College de Oxford. Catedrático de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

quién hablar, a quién visitar, dónde publicar, con quién publicar -información crucial para los que vivíamos (así lo sentíamos entonces) en los márgenes del mundo-. Su decisión, comprometida, gratuita, generosa, desprendida de colaborar en el crecimiento académico de los que recién empezábamos seguirá representando siempre -para muchos de nosotros- un gran ejemplo, que espero sepamos honrar.

La invitación recibida propone que tomemos algún(os) punto(s) de la vasta obra de Ernesto Garzón para -en ocasión del homenaje- continuar la conversación con el admirado colega. Obviamente, se plantea una dificultad en la elección, porque son muchas las cuestiones que uno querría escoger para seguir discutiendo. Uno puede pensar, entonces, en los muchos textos que supieron entusiasmarlo o enojarlo en su momento: textos referidos a la tolerancia, a las “sucias manos” sobre Mozart, a las relaciones entre derecho y moral, al (¡incomprendido o maltratado!) multiculturalismo, al paternalismo, al intervencionismo y los deberes positivos del Estado, o simplemente a la política argentina, de la que nunca se alejó, aun sintiéndose lejos e indebidamente distanciado^[58].

[58] Un panorama bastante completo de su trabajo, en la monumental obra *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

Sin embargo, confieso que la selección del tema no me resultó finalmente difícil: me propongo escribir sobre el *coto vedado*, idea que Ernesto, entre otros, echó a rodar, y que resulta un buen *aleph* desde donde mirar, reconocer y entender toda su bibliografía. Se trata de un tema que -por lo dicho- toca muchos temas caros a mi propio interés académico: la tensión democracia-derechos, el papel de los jueces, el objetivismo moral, el elitismo epistémico, las concepciones de la democracia, el control de constitucionalidad. Son muchas las cuestiones que piden ser tratadas, en relación al tema, y en este brevísimo espacio sólo podré mencionar (apenas con algún detalle) unas pocas de entre ellas.

I. El “coto vedado”

Ernesto Garzón ha definido la noción de “coto vedado” de modos parcialmente distintos, en distintos contextos. En “Consenso, racionalidad y legitimidad” relacionó dicha idea con los “derechos derivados del principio de igualdad básica y de la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales”^[59]. En términos más generales, Garzón Valdés se refirió también al “coto vedado” como aquel que determina las “condiciones para ser un

[59] GARZÓN VALDÉS (1995), 469.

buen ciudadano moral” (“la génesis de la moralidad ciudadana -agrega Garzón- proviene de este coto vedado y no al revés”)[60]. Conforme a este entendimiento más general, el “coto vedado” refiere a todas las exigencias derivadas del “respeto a la dignidad humana” y nos refiere a deberes estatales destinados a garantizar que todos los ciudadanos puedan vivir una vida “decente”. En sentido similar, Garzón se ha referido a los derechos incluidos dentro del “coto vedado” como “aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos”; es decir los necesarios para la realización de cualquier plan de vida, bienes básicos que no duda en asociar con la idea de “necesidades básicas... naturales o derivadas”[61].

En otros textos sobre el “coto vedado”; Ernesto Garzón vincula al concepto, más directamente, con el derecho constitucional y lo define como “aquel ámbito constitucional que incluye principios y valores cuyo respeto y/o implementación permite asegurar un funcionamiento cabal de la democracia representativa”[62]. Nos

[60] Ver su trabajo “Dignidad, derechos humanos y democracia; en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia>.

[61] “Algo más acerca del coto vedado”; *Doxa* (1989), p. 209.

[62] “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”; *Derechos y*

dice que el mismo está llamado a cumplir una “doble función”. Por un lado, establece restricciones constitucionales al ejercicio de la decisión mayoritaria, cumpliendo entonces, una tarea “despolitizadora” frente a los excesos mayoritarios^[63]. Por otro lado, garantiza el “principio de no intervención” del Estado en la vida privada de las personas -resulta así protectorio de la autonomía de las personas en el ámbito de la moral personal-. En este mismo sentido, llegó a asociar al «coto vedado» con los catálogos de derechos existentes en «prácticamente todas las Constituciones democráticas» o los derechos humanos “incluidos en las declaraciones de las Naciones Unidas y aprobados por todos los Estados del mundo”^[64].

No es mi intención la de criticar a Ernesto Garzón por los cambios o vaivenes que ha ido sufriendo la noción de “coto vedado”; en distintos contextos, pero sí sugerir que tales movimientos reafirman algunas dudas y problemas que podemos asociar con el concepto. En lo que sigue, y conforme a lo anunciado, voy a detenerme brevemente en la mención y brevísimo examen de algunas de tales dificultades.

libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 12 (2003), pp. 57-58.

[63] *Ibid.*, p. 57.

[64] “Algo más...”; pp. 209-210.

II. Democracia y desconfianza

La idea de democracia que aparece como contracara de la noción de “coto vedado” resulta problemática. Las referencias resultan claras y algo obvias: los espíritus de la “tiranía de la mayoría”; la “enfermedad republicana” de las que hablaba Tocqueville vienen enseguida a la mente -convocados por Ernesto Garzón^[65]-. Lo que tenemos aquí -agregaría- es una lectura basada en la “desconfianza” hacia la mayoría que, si bien recorrió buena parte de la historia constitucional, resurgió con la mayor de las fuerzas luego de la Segunda Guerra Mundial, en particular, a partir de la pesadilla que representarían las formas extremas del autoritarismo nazi y fascista. De allí que resultara bastante común, entre los juristas liberales y progresistas del mundo -en particular los europeos- la idea de “blindar” a los sistemas políticos, constitucionalmente, frente a los peligros -ahora conocidos de cerca- de las violaciones masivas de derechos.

No resulta azarosa en absoluto, entonces, la aparición de nociones como las del “coto vedado”; defendidas por Garzón Valdés, que vino a acompañar otras ideas similares, como las del “territorio inviolable;” de la que hablara

[65] Ibid., p. 57.

Norberto Bobbio o la que presentara también Luigi Ferrajoli en torno a “la esfera de lo indecidible”^[66]. Esto, es decir, no es casual que “tres gigantes” del liberalismo jurídico en Europa, más o menos en la misma época, presentaran y defendieran una herramienta teórica similar, destinada a reforzar las protecciones constitucionales sobre los (años atrás arrasados) derechos humanos de las personas. Se trata, en definitiva, de un movimiento común, promovido por autores situados dentro del mismo *paradigma constitucional*.

Hay algo, entonces, “generacional” en torno a conceptos como el del “coto vedado”; que en todo caso nos ayuda a entender la trayectoria de una idea. En todo caso, no pretendo fundar mi crítica al “coto vedado” (y similares) en dicha cuestión generacional o en una mera cuestión de tiempo (“ellos tenían unas preocupaciones, nosotros otras”). Sin embargo, el reconocimiento de ese paradigma resulta explicativamente importante y nos ayuda a entender algo más difícil de justificar, que es el modo en que “ellos” (los juristas de su tiempo) pensaron a la democracia y desconfiaron de ella.

[66] Ver, por ejemplo, FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008 o BOBBIO Norberto. “La regla de mayoría: límites y aporías”; en M. Bovero ed., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, pp.478-479.

El problema reside entonces no en un uso “viejo” del concepto de democracia, sino en un uso equivocado del término, que sólo puede entenderse mejor asociado a un momento (de terror) determinado. Porque: en qué sentido es que podemos hablar de “democracia” para referirnos a regímenes -el nazismo, el fascismo- en donde no había libertad de expresión, los partidos políticos estaban prohibidos o limitados, los opositores eran perseguidos y/o muertos, la prensa no era libre o era censurada. ¿Realmente alguien puede pensar que algo de todo aquello nos hablaba de democracia? Sólo se puede pensar de ese modo, si es que uno apela a una noción demasiado extraña o radicalmente inapropiada de democracia, asociando a la misma con “muchas gente en la calle” o “un líder hablando y decidiendo ante una masa movilizada”.

Entiendo que el concepto de democracia es “esencialmente controvertido” y admito también que participo de una visión que asocia a la democracia con una noción muy robusta del término, una “concepción deliberativa” o “epistémica” de la democracia, como la llamara Carlos Nino. Pero considero que, sin necesidad de suscribir, en este momento, ninguna noción robusta del concepto de democracia, y reconociendo el carácter “esencialmente controvertido” del término, todos estamos en condiciones de rechazar, a esta altura, las lec-

turas tan restrictivas o empobrecedoras de la democracia, como la que aparece asociada a la idea del “coto vedado”.

En síntesis, mi primera objeción frente al concepto de “coto vedado” se vincula con la concepción de democracia que asume, que nos remite a una idea de democracia que a los ojos de hoy resulta inconcebible; que se encuentra vinculada históricamente con un momento de terror político (terror por el que difícilmente puede responsabilizarse a la democracia, en cualquier versión que se use del concepto), y que se encuentra asociada también a presupuestos empíricos por completo incomprobados (sino directamente refutados por la práctica): “si abrimos a la discusión mayoritaria tales cuestiones, terminamos en excesos, abusos, violaciones masivas de derechos, o directamente en el genocidio”. Sólo visiones de ese tipo extremas tornan comprensibles enfoques sobre el “coto vedado” o la “esfera de lo indecidible” como los que Garzón Valdés o Ferrajoli nos legaron. Si, en cambio, más sensata y simplemente asumimos que “todo sistema institucional genera riesgos en la protección de derechos”; ello nos lleva a pensar en sistemas de controles cruzados, pero no en distinciones radicales entre “democracia” y “derechos” en donde los segundos pretenden ocupar todo el espacio importante que puede, razonablemente, querer ocupar el primero (la discusión sobre

las principales cuestiones de interés compartido, etc.).

III. Derecho y desacuerdos

El segundo punto que quisiera señalar es el relacionado con la idea de derechos y el modo de definir los derechos que son protegidos; el modo de seleccionarlos, el modo de incorporarlos a un catálogo constitucional, etc. Me refiero a cuestiones a partir de las cuales, por ejemplo, Javier de Lucas, en su momento, interrogara al querido Ernesto: es a él -de hecho- a quien está dirigida la respuesta que escribiera Garzón Valdés en el texto “Algo más acerca del coto vedado”.

La respuesta de Ernesto a Javier de Lucas es tan amigable como severa. Le dice entonces que si su pregunta tiene que ver con la cuestión acerca de cómo se conocen los derechos fundamentales, la respuesta puede ser muy sencilla. Le responde Garzón que “si el término conocer significa tan sólo enterarse de su existencia universalmente aceptada, una vía sumamente fácil es recurrir al catálogo de derechos humanos” incluidos en buena parte de las Constituciones y tratados de derechos humanos del mundo. En cambio, si la pregunta de Javier de Lucas refiere a la fundamentación o justificación de esos derechos, entonces -concluye Garzón- nos encontramos frente a

“un problema de ética normativa que puede ser solucionado sin necesidad de recurrir a fundamentaciones metafísicas o teológicas”; y le sugiere entonces leer los textos escritos por James Fishkin o Mario Bunge, entre otros, acerca del “objetivismo ético»^[67].

La respuesta de Ernesto Garzón, según entiendo, resulta insatisfactoria, más allá de su ironía. La cuestión es -y éste es el punto al que se refería Javier de Lucas, según entiendo- que lamentablemente disentimos sobre la cuestión de los derechos básicos, disentimos en términos muy profundos. Como sostuviera Jeremy Waldron -cita tan reiterada y obvia, como inevitable, en estos casos-, tenemos desacuerdos profundos y razonables sobre los derechos, propios de las sociedades plurales en las que vivimos, que están marcadas por el “hecho del desacuerdo” (una noción, por cierto, parasitaria de la noción rawlsiana sobre el *overlapping consensus*)^[68].

La existencia de tales radicales desacuerdos explica, y para tomar un famoso ejemplo, que Thomas Jefferson dudara a la hora de incluir dentro de la histórica *Declaración de la in-*

[67] “Algo más...”; pp. 209-210.

[68] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

dependencia a la idea de “propiedad” o, en cambio, la de “felicidad” (la que finalmente quedó), junto con los enunciados derechos de “vida” y “libertad”. Retomo esta anécdota (tal vez fantásica, pero en todo caso reveladora, también en su permanencia) porque deja en claro de qué modo, aun en el momento fundacional del constitucionalismo moderno, uno de los pensadores más lúcidos en la materia, como lo fuera Thomas Jefferson, inscripto en el paradigma lockeano que hablaba del carácter claro y “autoevidente” de los derechos, enfrentó dudas cruciales acerca de cuáles eran esos “derechos autoevidentes”; reconocibles por todos: luego de decir “vida” y “libertad” no quedaba en claro cómo seguía la lista. Lo que se proclamaba autoevidente no llegó a ocupar ni medio renglón de lo escrito.

Ernesto podrá decirnos, nuevamente: “vieji-
to, si no sabe de qué hablamos, vaya y lea los
catálogos de derechos que se usan en casi todas
las Constituciones del mundo”. Pero lo cierto
es que esa vasta lectura no basta. El problema
importante es que, aun si nos conformáramos
con lo ya escrito, toda la cuestión interesan-
te recién comienza allí. La pregunta crucial
es: ¿cómo vamos a interpretar todo lo que allí
-en nuestra Constitución, en la Declaración de
los derechos del hombre, o donde sea- está
escrito? Las ideas de “vida”; “libertad;” “to-
lerancia religiosa” nos dicen muy poco: ¿qué

significa la protección de la “vida” en el caso del aborto, frente a la eutanasia, frente a la legítima defensa? ¿Cómo se protege la libertad de expresión en los miles de casos que ella nos plantea (publicidad comercial engañosa, discurso de odio, infamias, ofensas al honor, pornografía, campañas políticas, etc.)? Es que respetar la libertad de expresión requiere la no-censura y así la máxima inacción estatal, como pidió históricamente el liberalismo; o la regulación estatal estricta, destinada a asegurar un “debate público robusto” como nos piden los defensores de formas de democracia más robusta e inclusivas^[69].

En definitiva, la cuestión es: ¿cómo sabemos cuáles son las exigencias que nos impone la protección del “coto vedado”? El punto resulta especialmente sensible frente al trabajo de Ernesto Garzón Valdés, y es aquí donde las “oscilaciones” en su definición del concepto resultan más preocupante. Como señalara ya, no me interesa apuntar a sus “inconsistencias temporales” en la defensa del concepto. Lo que quiero decir, primero, es que sus oscilaciones estuvieron muy marcadas por las preocupaciones (y modas) académicas propias de cada época en la que escribió sobre el tema. Así,

[69] Ver, por ejemplo, FISS, Owen. *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

en un momento el concepto apareció ligado a los catálogos de derechos humanos, pero más tarde a la noción rawlsiana de “desigualdades respecto de las cuales uno no es responsable”; y luego a la idea de “necesidades básicas”; y también a las ideas de “vida decente” o “vida digna”. Segundo, tales cambios simplemente confirman nuestras sospechas iniciales: lamentablemente, sobre los asuntos fundamentales disintimos, aunque (y porque) nos interesan muchísimo esos asuntos y queremos actuar del mejor modo en relación con ellos.

IV. La justicia frente al gobierno

El último punto en el que me concentro tiene que ver con la cuestión constitucional, referida al órgano destinado a dar protección a todo aquello que incorporamos dentro de la (amplísima y variable) esfera del “coto vedado”. Luigi Ferrajoli se especializó en la respuesta sobre este último punto, y entiendo que su postura (íntimamente vinculada con la que diera Ernesto Garzón) resulta particularmente vulnerable, como he tratado de demostrar en otros lados^[70].

[70] Particularmente en “Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli”; incluida en mi libro *Castigar al prójimo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, pp. 59-81, en donde examino la noción ferrajoliana de la “esfera de lo indecible” de un modo muy paralelo al modo en que lo hago en este texto con el concepto de “coto vedado”.

El hecho es que la intervención del Poder Judicial, o de otros órganos estrictamente no-mayoritarios -más bien, y enfáticamente, órganos contra-mayoritarios-, en estos asuntos resulta especialmente preocupante. La pregunta que aparece entonces es: ¿por qué es que se justificaría que un órgano contra-mayoritario tenga la “última palabra” (en sentido estricto o figurado) en estos asuntos constitucionales?

En uno de los trabajos más importantes e influyentes que ha escrito en la materia, Ernesto Garzón defiende el papel de la institución judicial en su carácter “contramayoritario”; de modos como el siguiente. Cito a Garzón:

Si se acepta la definición del ámbito de lo político aquí propuesta y la necesidad de separar el ámbito judicial del político, creo que pierde fuerza el argumento que reprocha al poder judicial supremo su carácter antimayoritario. La función de los jueces supremos no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad. Pero como los jueces tienen que ser designados por el poder político, parece aconsejable, a fin de reducir el peligro de la politización de los tribunales y pro-

mover la autonomía judicial, adoptar las siguientes medidas.^[71]

Es decir, vemos aquí la tradicional (tradicional dentro del paradigma de los juristas europeos de posguerra) separación entre la esfera de lo político y la esfera de los derechos y vemos una reivindicación de la tarea de los jueces como tarea concentrada en cuestiones en apariencia ajenas, por alguna razón, a “la voluntad popular”; y vemos también una abierta defensa de la mayor especialización/profesionalización y el mayor aislamiento social de los jueces.

Según entiendo, la defensa del papel de esos órganos contra-mayoritarios -típicamente, la defensa del rol del Poder Judicial, tal como lo conocemos- resulta muy polémica, luego de más de doscientos años de reflexión sobre el tema. Las respuestas que ofrecen Garzón o Ferrajoli pueden considerarse obvias y sensatas, si es que partimos de supuestos que apuntáramos equivocados, acerca del vínculo entre mayorías e irracionalidad política. Supuestos de ese tipo son los que, tempranamente, defendiera James Madison en sus famosos textos en *Federalist Papers*, sobre los riesgos

^[71] “El papel del poder judicial en la transición a la democracia; *Isonomía*, n. 18 (abril 2003), p. 29.

impuestos por las facciones y la inevitable conexión entre asambleas colectivas e irracionalidad (“In all very numerous assemblies, of whatever characters composed, passion never fails to wrest the scepter from reason”; *Federalist Papers*, 55). Esa “inevitabilidad” en la que pensaba Madison, aterrado por el lugar de las “facciones” en la vida política, es similar a la “inevitabilidad” en la violación masiva de derechos, en la que pensaron los juristas europeos de posguerra.

El hecho es que, cuando descartamos el argumento anterior por la lectura impropia de la democracia en la que está basada y la falta de fundamento empírico que la sostiene, sólo nos quedan dudas acerca de las razones para excluir a la reflexión mayoritaria de todo aquello vinculado con el mundo de los derechos. Por qué es que nosotros, ciudadanos comunes dentro de una sociedad de iguales, no vamos a tener el mismo derecho de participar justamente de la discusión de todo aquello que más nos importa (temas relacionados con el aborto, la eutanasia, el consumo de drogas, las políticas penales, la pornografía, el derecho a la vivienda)? ¿Por qué es que nuestra intervención debe quedar limitada a los temas que menos nos importan? ¿Qué autoridad tienen los demás (los jueces, típicamente) que nosotros no tenemos, para decidir en última instancia sobre lo que nos importa? ¿En qué razones se funda?

Si la respuesta es: “ocurre que las mayorías siempre se equivocan”; entonces (asumiendo lo inasumible, esto es, que sabemos cuándo es que “no” se equivocan y cuál es el error o el remedio para cuando lo hacen) mejor reemplacemos a la democracia por aristocracia y terminemos con la idea de una sociedad de iguales. Si la idea es que “las mayorías muchas veces se equivocan”; no queda claro por qué es que esa misma crítica no se aplica sobre los jueces (que han tomado decenas de decisiones reconociendo la esclavitud, criminalizando la homosexualidad, avalando la discriminación racial, etc.). Si la idea es que “las mayorías se equivocan más que los jueces”; entonces corresponderá decir, junto con el propio Ronald Dworkin, que dicha afirmación exige, más que una declamación, un análisis empírico sobre qué arreglo institucional maximiza la protección de los derechos de las minorías^[72]. Ello, más allá delo que parece bastante claro, yes que los pocos trabajos empíricos en la materia que tenemos con nosotros muestran que -con *settings* institucionales mínimamente apropiados- los representantes del pueblo (en jurados populares, audiencias públicas, etc.) tienden a tomar decisiones más moderadas que excesi-

[72] Ver, por ejemplo, DWORKIN, Ronald. “Toe moralreading of the Constitution”; en *Freedom’s Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

vas, y normalmente más parsimoniosas que las de los propios jueces profesionales^[73].

La idea de que las cuestiones de “derechos” deben resultar por completo ajenas a la esfera de la “democracia, resulta hoy difícil de sostener, en cualquier nivel, cuando no resulta directamente inconcebible o ininteligible, al contrastarla con nuestra práctica. Hoy a todos nos resulta obvio, por ejemplo, que el Congreso está plenamente autorizado para discutir sobre una “ley de medios”; o sobre las políticas penales, o sobre la regulación del uso de sustancias tóxicas. Y cuando lo hace -para definir no los márgenes, sino los principios y contenidos concretos de, por ejemplo, una Ley de Medios-, lo que hace “la democracia” (a través del Congreso) es ingresar directa y sensatamente en la esfera de los “derechos”. Más todavía, si vamos a discutir una “Ley de Medios”; la participación ciudadana en audiencias públicas (judicial y políticamente organizadas, como ocurriera en la Argentina) no sólo no parece un problema, sino más bien un objetivo importante y necesario (en la Argentina, muchos -y aun la Corte Suprema- destacamos tal participación

[73] Así, en experimentos de “democracia deliberativa” sobre cuestiones penales, como los que organizara James Fishkin; o conforme a las cifras que tenemos -mismo en la Argentina, desde donde escribo- acerca del funcionamiento incipiente de los juicios por jurados.

directa como uno de los aspectos más interesantes de una Ley de Medios aquí aprobada y, en todo caso, por otras razones controvertida). Quiero decir: hay mucho de legado absurdo e incomprensible en las reflexiones teóricas que todavía encontramos en torno a la relación democracia-derechos.

¿Quiere decir todo lo anterior que no necesitamos controles, que la democracia va a decidir siempre del mejor modo, que todo está abierto para la decisión mayoritaria (*up far grabs*, en la expresión de Waldron) sin límite alguno? Nada de todo eso. Todos (individuos, funcionarios públicos, grupos, instituciones) estamos sujetos a cometer errores e inconsistencias. Necesitamos siempre mecanismos de revisión y control, porque siempre puede haber puntos de vista no considerados, o mal considerados, informaciones no tenidas en cuenta, problemas no previstos de antemano. Puede ocurrir, también, que tengamos razones democráticas para limitar la acción de la misma (como lo podría hacer John Stuart Mill) a las cuestiones que Nino llamaba “de moral pública”; en donde podemos encontrarnos con daños sobre terceros (para Nino, la democracia carece de “potencia epistémica” para resultar provechosa en temas vinculados con la moral personal). Ocurre, además, que hemos empezado a desarrollar “remedios jurídicos” nuevos (de tipo “dialógico”), que al menos habilitan un modo de relación diferente

entre las distintas ramas de poder (y de todas y cada una de ellas con la ciudadanía), capaces de acomodar mejor nuestras preocupaciones democráticas y constitucionales^[74]. En definitiva, la noción de “coto vedado” convoca a protecciones contra-mayoritarias que, tal como las conocemos, resultan difíciles de justificar.

V. *Últimas palabras. Agradecimiento*

Para terminar, sostendría que la noción que presentara en su momento Ernesto Garzón Valdés acerca del “coto vedado” merece una reflexión crítica detenida. La idea del “coto vedado” fue y sigue siendo influyente en América Latina y Europa y sigue generando interés por el modo en que nos interpela acerca de cuestiones de primera relevancia pública, temas relacionados con la democracia, con los derechos, con el control constitucional, entre tantos otros. Sin embargo, se basa en supuestos difíciles de sostener y requiere de un ejercicio justificativo que aparece incompleto o ausente.

Agradezco entonces a Ernesto Garzón por alentarnos a pensar, en éste y tantos otros temas. Y le agradezco, sobre todo, por todo lo que nos ha dado, ayudándonos a pensar y a

^[74] Ver, por ejemplo, GARGARELLA, R. (comp.). *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, Buenos Aires: 2014.

crecer como personas. El tema del “coto vedado”; como dijera, resulta un buen *aleph* en la obra de Ernesto: nos obliga a pensar sobre cuestiones públicas fundamentales y también nos permite ver al amigo en su mejor versión, un Ernesto Garzón comprometido políticamente, honesto, polemista, controvertido.

EL RECHAZO AL “COTO VEDADO” COMO UNA CLARA SEÑAL DE INCOMPETENCIA BÁSICA

Macario Alemany
Universidad de Alicante

1. El tema de esta exposición será la justificación de un coto vedado a la decisión democrática mayoritaria que propone Ernesto Garzón Valdés (en adelante, EGV), de acuerdo con la cual el rechazo a la garantía de los bienes incluidos en el coto es una clara señal de “incompetencia básica”. Habré de basarme para ello principalmente en sus ensayos: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” (1987), “Representación y democracia” (1989), “Consenso, racionalidad y legitimidad” (1990), “Ética, economía y criterios de legitimidad” (1992), “La alternativa del disenso. La propuesta de Javier Muguerza” (1993), y “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías” (2000). Como es bien sabido, EGV defiende la existencia de un “coto vedado” a la decisión mayoritaria como clave de legitimidad de la democracia representativa. Sostendré, en primer lugar, que nuestro autor

justifica la necesidad de este “coto vedado” como un caso de “paternalismo justificado” y, en segundo lugar, que esta vía de justificación es más plausible cuanto menos amplitud tenga el coto vedado y, a la inversa.

2. Como ha señalado Manuel Atienza, la filosofía política de EGV se integra en un todo con su filosofía jurídica y moral (1993: 22). Pero esta última, la filosofía moral, tiene cierta prioridad sobre las otras, porque nuestro autor defiende la unidad del razonamiento práctico y el carácter último de las razones morales. En particular, para entender bien la idea de “coto vedado”, hay que tener presente el fuerte el individualismo metodológico kantiano de EGV.

Para EGV, en primer lugar, no hay más sujeto moral que el individuo, como individual es la moral crítica. Ningún grupo es sujeto moral en tanto que grupo, ya sea que se le atribuya una identidad cultural, por ejemplo, como minoría étnica, una identidad social, como la clase de trabajadores, una identidad de género, como a las mujeres, o una identidad política, como *de-mos* constitutivo de la sociedad. De los grupos solo puede emerger una moral social que, en tanto que *factum*, siempre es contrastable con la moral crítica individual. Dicho brevemente, cualquier intento de otorgar relevancia moral al consenso fáctico es, para nuestro autor, un intento de disolver la moral crítica en la moral

social. Esto no significa atribuirle, en la línea de Muguerza, un valor especial al disenso, puesto que este también es un *factum*, como el consenso (Garzón Valdés, 1993).

Junto a este individualismo ontológico, EGV asume un individualismo metodológico (representando un tipo de posición liberal que ha sido objeto de críticas precisamente por exceso de individualismo; Laporta, 1989: 124-125). El método de razonamiento moral es centralmente individual. Los individuos pueden, y deben, hacer el esfuerzo de responder a la pregunta “qué debo hacer moralmente” adoptando un punto de vista imparcial entre sus intereses y los de los demás. El acuerdo es posible porque la moral es racional y hay una objetividad en los juicios, una verdad moral, si se quiere, que es accesible al individuo. Por ello, para EGV, no supone un cambio relevante el imaginar la reflexión moral como un diálogo idealizado entre varios sujetos. En relación a la teoría de Rawls, por ejemplo, EGV se pregunta, siguiendo a Hare, si esa situación hipotética “no añade nada substancialmente al recurso clásico del observador imparcial” (1990: 462).

Por otro lado, si pasamos de la autonomía moral a la autonomía como capacidad, EGV tiene muy presente que la condición de los individuos es precaria: su autonomía real es gradual y relativa a diversas tareas; el individuo

-sostiene EGV- no siempre es el mejor juez de sus propios intereses, y menos lo son los colectivos, en los que a los problemas de racionalidad individual se añaden los problemas de agregación de preferencias. Este contraste entre un ideal de razonamiento moral individual crítico, esclarecido, bien fundamentado, y una realidad en la que se razona mal o se adhieren principios equivocados, le lleva a nuestro autor a justificar el recurso a la noción de consenso (o consentimiento) hipotético (1989: 157). En este sentido, EGV es un autor realista, en cierta medida pesimista, que sostendrá siempre posiciones razonables o de sentido común: “las normas morales son concebidas justamente para reglar una parte de la realidad, es decir, el comportamiento humano y, por tanto, no pueden prescindir de los datos reales, ya que todo deber ser o hacer implica poder ser o hacer” (1990: 464).

3. La legitimidad de los sistemas políticos equivale a su mayor o menor coincidencia con la estructura normativa correcta según una moral esclarecida. De acuerdo con nuestro autor, dicha estructura sería la que garantiza el “respeto de ciertos derechos básicos de libertad e igualdad individuales o, más exactamente, el ejercicio de la autonomía personal en condiciones de igualdad dentro del marco de un Estado social de Derecho” (2000: 9). Se trata de un estado de cosas en el que se “asegura

la homogeneidad social básica” o satisfacción de los denominados bienes primarios o necesidades básicas. Junto a esto, el sistema debe arbitrar reglas de decisión mayoritaria sobre la satisfacción de necesidades secundarias. En conclusión:

“Un sistema político S -propone EGV- posee legitimidad si y solo si asegura la homogeneidad social básica y las reglas que regulan la satisfacción de los intereses secundarios de sus miembros cuentan con la aceptación de sus destinatarios, expresada a través de un procedimiento democrático pluralista” (1989a: 469).

La base de legitimidad de un sistema puede ampliarse con independencia del consenso fáctico o hipotético de los ciudadanos, de modo que, por ejemplo, el despotismo ilustrado del siglo XVIII, “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, sería más legítimo que el absolutismo del siglo XVII. El valor de cualquier sistema político es instrumental, también el de la democracia, la cual no puede ser equiparada sin más al valor de la autonomía: mientras que a nivel individual la autonomía, en sentido kantiano, es condición necesaria del comportamiento moral, a nivel político no ocurre lo mismo. Tampoco es aceptable, para nuestro autor, una concepción puramente procedimental de la democracia: los esquemas de justicia procedi-

mental pura son, a su juicio, adecuados solo en circunstancias o bien irrelevantes desde el punto de vista de la justicia o bien demasiado complejas, donde no cabe una respuesta del todo satisfactoria (generalmente, decisiones trágicas desde el punto de vista moral) (EGV, 2000: 19).

El núcleo de la idea de democracia es la adopción de sistemas de toma de decisiones colectivas de acuerdo con el principio de la mayoría; en la forma moderna, a través de la elección de representantes que, a su vez, deciden por mayoría en instituciones parlamentarias. De nuevo hay que insistir en que este sistema, para EGV, tiene un valor instrumental en relación con la justicia del sistema político: si las decisiones obtenidas a través de este procedimiento contribuyen o no a promover el fin perseguido es una cuestión de hecho, contingente.

Nuestro autor descarta que otras formas de democracia, distintas a la democracia representativa, sean viables tal y como son las sociedades contemporáneas, donde se impone la división del trabajo. Podemos inferir que las numerosas propuestas que se hacen contra este modelo parlamentario, en nombre de la democracia (por ejemplo, en la órbita del populismo), violarían el principio de realidad, siendo solo idóneas en relación con comunidades políticas imaginadas; se trata de utopías

en el sentido peyorativo. En segundo lugar, el parlamentarismo “es el mejor candidato -dice EGV- a una justificación ética cuando no se reduce a la aplicación de un procedimiento sino que incluye el ingrediente normativo del respeto a la libertad y la igualdad” (1989: 648).

¿Cómo ha de estructurarse esa democracia representativa para que cumpla con su función? Esto es, ¿qué concreta forma de toma de decisiones deberá adoptar? ¿Cómo se incluye ese elemento normativo del respeto a la libertad y la igualdad? Por medio de la instauración de un coto vedado a la decisión mayoritaria, ya sea de los representantes o de los representados. Respecto de los bienes primarios, esto es, bienes que son considerados como “básicos para la realización de cualquier plan de vida” (2000: 21) no cabe la negociación, ni es necesario el consenso, siendo indiferente la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad:

“Por lo que respecta a la vigencia efectiva de los derechos en el ‘coto vedado’ de los bienes básicos, es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad. Aquí está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos

es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, *quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puedes ser incluido en la categoría de incompetente básico*” (1989: 157; igualmente, 2000: 22; el resaltado es mío).

En consecuencia, con respecto a la vigencia de los bienes básicos, no rige el principio de no dictadura, tal y como lo formulara Kenneth J. Arrow, porque quien la defiende, frente a una opinión mayoritaria, estaría “éticamente autorizado a imponer su posición, en contra de aquella” (1989: 157). Dentro del coto vedado quedan todos los derechos humanos, convertidos en derechos fundamentales, incluidos los derechos de segunda y tercera generación, que serían expresión de la tendencia a la expansión de la ética, ya sea por factores de tipo cognitivo, que lleva a inferir nuevos derechos de los anteriores, ya sea por factores de tipo material, como la “disposición de recursos económicos, técnicos o culturales que pueden requerir correr los límites del coto vedado (1989a: 645; 2000: 22). Se trataría del “núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social” (1989a: 649). Núcleo intangible también a nivel constitucional, para

el cual “vale la prohibición de reforma (...) y la adopción de medidas tendientes a su plena vigencia” (ibídem).

4. La justificación paternalista del coto vedado es criticable, a mi juicio, por su manejo de la noción de “incompetencia básica” en relación con el consenso o acuerdo mayoritario democráticos. Uno de los elementos fundamentales de esta noción de “incompetencia” o “incapacidad”, en su construcción liberal, es que la misma debe poder ser determinada para un sujeto X con relativa independencia del contenido de la voluntad de X . Dicho de otro modo, que las decisiones de X sean, contrastadas con un patrón de corrección, equivocadas no es ni condición necesaria ni suficiente para determinar que X es incompetente (Alemany, 2006; 403 y ss). No es necesaria, porque cabe adoptar decisiones que son juzgadas correctas, pero que sean el resultado de una manipulación o adoctrinamiento y, por tanto, en absoluto expresivas del ejercicio de autonomía. Y no son suficientes porque entonces la propia noción de “incompetencia básica” deviene irrelevante, un artificio que desvía la atención del único punto que se toma en cuenta: que la decisión adoptada contradice un patrón de corrección. Pensemos, por ejemplo, en un paciente que rechaza un tratamiento que necesita para vivir, el médico juzga que dicha decisión es equivocada y razona del siguiente modo: “como el paciente

X rechaza un tratamiento vital, *X*, por esta sola razón, es incompetente; dado que es incompetente; cabe imponerle paternalistamente el tratamiento”. En esta frase “es incompetente” puede ser traducido simplemente por “se equivoca”. No se trataría aquí de ese paternalismo que Hart proponía distinguir cuidadosamente del moralismo, sino precisamente de eso: moralismo (Hart, 1963: 31).

El paternalismo liberal requiere, para poder ser conciliado con el respeto por la autonomía, de una noción de incompetencia que aluda a un déficit en la formación de deseos y creencias. Esta es la línea seguida por los autores que han defendido un paternalismo liberal, tales como Hart (1963), Gerald Dworkin (1971), Nino (1989) y el propio EGV (1988). Efectivamente, cuando nuestro autor enfrenta el problema del paternalismo, considerando que este solo puede ser justificado, entre otras condiciones, cuando el sujeto tratado paternalistamente está en una situación de incompetencia básica, lo define exclusivamente a partir de estos factores de déficit: ignorancia de elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar; fuerza de voluntad reducida, facultades mentales reducidas, temporal o permanentemente; presencia de compulsión; o “cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo

disponer fácilmente de ellos” (Garzón Valdés, 1987: 372). El primero alude a una ignorancia que afecta al objeto mismo de lo querido o sobre lo que se decide: por ejemplo, quien toma un fármaco que produce efectos adversos que desconoce y que, de conocerlos, no tomaría. Mientras que el último, la incoherencia, parte de lo que la gente piensa que es un bien para ellos mismos, no de una concepción objetiva de bien que se les presupone. Entremedio, junto a la coerción, encontramos otros factores que podrían ser considerados patológicos en diversos grados.

Conviene recordar la afirmación de EGV sobre por qué los miembros de la comunidad que no comprenden la relevancia de los bienes básicos pueden ser incluidos en la categoría de incompetente básico: “la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos *es una clara señal* de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida (1989: 645; el resaltado es mío). Debemos preguntarnos por la naturaleza de esta “clara señal” a la que alude EGV, si se trata de una cuestión empírica, que vendría a sostener que es muy probable que quien no acepte el coto vedado esté afectado por algún déficit de racionalidad, o se trata de una cuestión lógica o conceptual. En principio, como se acaba de señalar, para que el argumento no

devenga circular, una mera cuestión de palabras de acuerdo con la cual “incompetente básico” es traducible por “no aceptar el coto vedado”, hay que entenderlo como una cuestión de prueba, de hechos, de donde se sigue que si dicha no aceptación es una “clara señal”, ello permitirá concluir que es *altamente probable* que estemos ante un supuesto de incompetencia básica, pero *no es necesario*.

Pensemos, por ejemplo, en un adulto que rechaza una transfusión de sangre que necesita para seguir con vida, siendo el caso que desea seguir con vida; no quiere morir. Esa “no aceptación de la transfusión” será tomada como una *clara señal* de irracionalidad, dado que la misma es un medio necesario para seguir con vida. De aquí se sigue, como mínimo, que el paciente puede ser considerado “incompetente básico” o, como máximo, que es muy probablemente un incompetente básico. ¿Pero lo es necesariamente? Supongamos que, al preguntarle sus razones para el rechazo, alega que su religión afirma el dogma de la pureza de la sangre como condición para una vida eterna de felicidad después de la muerte. Imaginemos que incluso reconoce tener algunas dudas sobre la verdad de este dogma, pero *pascalianamente* prefiere apostar por el premio de una vida eterna en el más allá frente al acortamiento de la vida terrenal; o que afirma que, a pesar de todas las dudas, el principio de integridad le exige

arrostrar la muerte antes que incumplir una norma en razón de que en esas circunstancias le conviene más hacerlo, que su pertenencia a la comunidad religiosa le ha procurado una vida feliz y que no sería justo en relación con la misma abandonarla, etc. ¿Seguiremos concluyendo, después de esta conversación, que es un incompetente básico? Yo diría que no.

En la justificación del paternalismo liberal, la función de la noción de “incompetencia básica” es distinguir entre aquellas personas cuyas decisiones auto-referentes deben ser respetadas, de aquellas cuyas decisiones auto-referentes pueden no ser respetadas por su propio bien. La incompetencia lo es siempre por referencia a una tarea determinada y, cuando aludimos al carácter básico, la ponemos en relación con aquellas tareas que, en un contexto determinado, son indispensables para que una persona pueda conducir su propia vida con cierta independencia. Siempre se trata de una capacidad mínima necesaria en relación con una tarea básica: por ejemplo, la capacidad mínima necesaria para tomar una decisión racional sobre un tratamiento médico. El estándar de capacidad aplicable debe ser razonable, esto es, debe dejar a la mayoría de los adultos, con respecto a esas tareas básicas, del lado de la competencia .

Por otro lado, el término “racionalidad” puede entenderse en dos sentidos, como ra-

cionalidad instrumental o como racionalidad sustantiva o de fines. En el primer sentido, la “ignorancia de relaciones causales elementales” sería un factor de irracionalidad instrumental y es el caso de quien rechaza la transfusión de sangre ignorando que supone la muerte, o de quien no entiende los riesgos para la vida o la salud de ciertos hábitos. La racionalidad sustantiva alude a los fines mismos que es racional perseguir, a ciertos valores últimos que no se puede no querer o a una forma racional de jerarquizar los valores. Esta idea es problemática en el contexto de la determinación de las condiciones de un paternalismo justificado, en el marco de una filosofía política liberal, porque parece contradecir el presupuesto de que no se trata de evaluar la corrección de las decisiones mismas, sino el que sean suficientemente voluntarias. Sin embargo, es muy difícil prescindir totalmente de ella, lo cual se muestra en que suele marcar un límite al anti-paternalismo, por más radical que sea: piénsese, en la defensa de Mill de la invalidez de los contratos de servidumbre voluntaria. Se trata de una idea de racionalidad sustantiva mínima que descansa, en gran medida, en la coherencia o consistencia lógica o, al contrario, de una irracionalidad en la medida en que presupone una incoherencia o inconsistencia lógica. Un ejemplo de la aceptación de esta mínima racionalidad sustantiva sería la posición de Kelsen sobre la democracia y a la autoridad de Kelsen

recurre precisamente EGV para introducir su propuesta del coto vedado.

EGV propone hace una lectura de la posición kelseniana que “le resta mucho de su radical relativismo” (1989: 640). En este sentido, nuestro autor afirma lo siguiente:

“Kelsen defiende la concepción de la democracia formal, pero cabe preguntarse hasta qué punto es puramente formal una democracia que sustenta el respeto de los derechos básicos o humanos como garantía de la existencia de la minoría. Como se ha visto, esta garantía está lógicamente vinculada con el principio de la mayoría que, a se vez, es el que permite la mayor aproximación posible al ideal de la libertad entendida como obediencia a las leyes que cada cual estaría dispuesto a imponerse. Desde este punto de vista, el principio de la mayoría no indica un procedimiento vacío que legitimaría el sistema político, cualesquiera que fuesen los resultados que con él puedan obtenerse” (ibídem).

Como advierte EGV, el razonamiento kelseniano “está dirigido precisamente en contra de la identificación del principio de la mayoría con el dominio de la mayoría” (2000: 21), de donde concluye que también para Kelsen exis-

tiría un coto vedado ya que el “principio de la mayoría requiere de la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana” (ibídem).

Ahora bien, la pretensión de EGV no es simplemente mostrar que incluso para Kelsen existiría un “coto vedado” a la decisión mayoritaria, sino que dicho “coto vedado” vendría a tener aproximadamente el mismo contenido que él defiende. Recuérdese que el coto vedado garzoniano es denso, amplio y con tendencia a la expansión, que en él se incluyen todos los principios fundamentales de un liberalismo igualitario, dicho en términos más próximos a la cultura política europea, de la socialdemocracia. Y téngase en cuenta también que esta concepción liberal igualitaria no solo hace suya un conjunto de valores, sino también una jerarquía de valores.

Habrá quienes piensen que esta interpretación de Kelsen no cabe, o quienes piensen que si cabe es forzada. Así, Javier de Lucas, criticando a EGV en este punto señala:

“Parece incuestionable cuál sea la posición de Kelsen respecto a la necesidad de respetar los derechos de la minoría en relación con el juego democrático (y significativamente el derecho a hacerse oír) para que haya respeto al principio

de la mayoría, pero eso parece estar un tanto lejos de la afirmación de los derechos fundamentales individuales como coto vedado a la discusión y por ende a la producción normativa” (1989: 199).

De cualquier modo, el problema aquí no es sobre la interpretación correcta de la teoría de la democracia de Kelsen. El problema es, a mi juicio, que solo si partimos de una noción mínima del coto vedado, aquella a la que se alude cuando nos referimos a una garantía de derechos *lógicamente* vinculada con el principio de la mayoría, entonces cabría *dar por supuesta* la incompetencia básica de quienes no aceptan dicho coto vedado, por contradecir a la racionalidad sustantiva mínima (incompetencia básica que fundaría una incompetencia normativa para alienar, por ejemplo, el derecho al sufragio); mientras que si se aplica la concepción amplia del coto vedado de EGV, la incompetencia básica de quienes no lo aceptan no puede darse por supuesta y su mayor o menor probabilidad dependerá de la medida en que los valores y bienes incluidos en el coto sean asumidos como fines por las eventuales mayorías parlamentarias. Mi crítica es análoga a la que el propio EGV dirige contra la posición de Burke sobre “qué relación debe existir entre representantes y representados”, a favor de dotar de la máxima libertad al representante con respecto a las opiniones de los represen-

tados, que no a sus intereses, los cuales solo el primero está en condiciones de descubrir:

“Esta posición -dice EGV- tiene a su favor una innegable dosis de realismo por lo que respecta a la relación entre los deseos de personas deficientemente informadas, tal como es el caso en las complejas sociedades modernas, y la satisfacción cabal de sus necesidades. Deja abierta, sin embargo, la puerta a un paternalismo legislativo injustificable que, so pretexto de conocer siempre mejor los intereses de la gente que los propios afectados, puede fácilmente degenerar en una permanente intervención en los planes de vida individuales, con lo que se lesionaría la autonomía de la persona” (1989a: 643).

En conclusión, la defensa del coto vedado como un caso de paternalismo justificado, me parece problemática en el marco de una concepción liberal. Al menos, como nos la presenta EGV, en razón de que quien no asume el valor de los bienes primarios es por esa sola razón un incompetente básico. Ello no niega que un punto fuerte de la argumentación de EGV es que tanto los individuos como las mayorías pueden equivocarse sobre cuáles son sus intereses. Pero es esencial para la justificación del paternalismo que sea conceptualmente posible

la distinción entre una decisión equivocada y una decisión que es consecuencia de factores que, de forma relevante, limitan la autonomía de los individuos. Como el asunto no es fácil, el paternalismo liberal está en una situación inestable entre dos polos de atracción. En un extremo, el antipaternalismo estricto, las decisiones aparecen como totalmente opacas a su proceso de formación: por ejemplo, este el caso de los principios de la reforma, procesal y civil, que recientemente se ha hecho en España en materia de derechos de las personas con discapacidad, en relación con discapacidades severas intelectuales y mentales (Alemany, 2021). En el otro extremo, las decisiones aparecen como totalmente transparentes a sus razones y/o procesos mentales de formación, de modo que por sí mismas nunca merecen respeto. Esta es la razón por la que algunos autores liberales han buscado en la oscura noción de un “derecho a equivocarse” (un *right to wrong*) la piedra angular de un esquema de paternalismo justificado.

Si mi crítica está bien planteada y es aceptable depende, en gran medida, de la interpretación que he hecho del “coto vedado” garzoniano como amplio y denso. Manuel Atienza, en el debate suscitado en la presentación de este apartado en el homenaje del que trae causa, discrepó sobre que EGV justificara el “coto vedado” a partir de la noción de incompetencia

básica y en que el coto vedado de EGV fuera tan amplio y denso como yo lo he descrito. De lo primero, no albergó duda alguna de que mi interpretación de las tesis de EGV es correcta y debo mantener mi juicio. Con respecto a lo segundo, creo estar en lo correcto, honestamente, pero admito que el asunto no es tan claro. En favor de Atienza, se podría argumentar que precisamente el que EGV recurra a la teoría de la democracia de Kelsen (que generalmente se toma como un autor “minimalista” en cuanto a lo vedado a la decisión mayoritaria) apunta en esa dirección y también el recurso a la vía negativa, defendido por EGV, para una fundamentación objetiva y universalista de los juicios morales (que sugiere un núcleo mínimo de principios morales objetivos) En mi favor, creo, la literalidad de algunos de los párrafos citados anteriormente y otros que cabría añadir. Dos apuntes más sobre estos problemas antes de finalizar.

EGV siempre fue un autor atento a la historia, una rareza en la comunidad iusfilosófica. No solo tiene muy presente a autores que han sido indebidamente olvidados por el paso del tiempo u orillados por la actual hegemonía de la literatura académica anglosajona, sino también a las vicisitudes históricas, concretas, peculiares, en las que se encarnan ideas como “democracia” o “constitución” de las democracias, las constituciones, las dictaduras,

etc., particularmente, en Latinoamérica. En este sentido, es interesante advertir que EGV señala como modelo de institucionalización del coto vedado a la *Ley Fundamental de Bonn*. Recordemos que se trató de un proceso constituyente decidido y tutelado por unas fuerzas militares de ocupación, que en los *Documentos de Francfort* exigían una garantía, o protección efectiva, de los derechos y libertades individuales contenidos en la futura Constitución, teniendo muy presente que la Constitución de Weimar ni había protegido especialmente la reforma constitucional en materia de derechos y libertades, ni otorgado competencias a la *Staatsgerichtshof* “para revisar la constitucionalidad de las leyes por la vía de un control abstracto o concreto de las normas” (Polakiewicz: 35), por lo que se la consideraba en parte “responsable” de facilitar el régimen nazi; una constitución, la de 1949, que no llegó a ser objeto de referéndum popular alguno y que, de hecho, la población de una parte de la actual Alemania no ha participado ni en su elaboración, ni en su aprobación, directa o indirecta, razón por la cual no se la llamó constitución sino “ley fundamental”. En definitiva, se trata de un proceso histórico para el que la categoría de “paternalismo”, entendido como un ejercicio de poder benevolente de un agente paternalista sobre un sujeto que muestra un déficit de racionalidad (Alemany, 2005: 273), parece particularmente adecuada. En definitiva, vengo

a sostener que si para algunas prácticas constitucionales cabe la interpretación paternalista (donde intervienen dos partes), como sería el caso alemán, para otras encajaría mejor hablar de mecanismos de precompromiso (donde, en cierto sentido, interviene una sola parte), que reflejan acuerdos muy amplios que se dan en el proceso constituyente sobre conceptos que pueden ser interpretados a través de diferentes concepciones de los mismos (Moreso, 2009: 140), o entender que es una forma clara de auto-paternalismo (donde, de nuevo, interviene una sola que lleva a cabo un acto explícito y deliberado de auto-limitación), como según Elster sería el caso del Parlamento Constituyente húngaro en 1989-90, (Alemany, 2005: 275; Elster, 113).

Por último, considero que de mi crítica no se sigue necesariamente que en el coto vedado solo quepan algunos pocos derechos liberales, o que, como ha sostenido Atria, entre otros, no tengan cabida derechos sociales (Atria, 2016), tan solo se sigue que no todo el ámbito del coto vedado pensado por EGV puede apoyarse en la noción de incompetencia básica. Y tampoco se sigue de mi crítica una devaluación de la naturaleza del homenaje a Ernesto; muy al contrario, al releerlo, al recordar su participación en seminarios y congresos, los buenos y añorados encuentros, todo el apoyo que nos brindaba a los jóvenes, al recordar, como

lo describiera Malem, al “hombre elegante” (Malem, 2024), pensé simplemente en discutir una vez más con él, como se ha de hacer con aquellos grandes autores que ya forman parte de la historia, sabiendo que no he alcanzado a imaginar su réplica, inteligente y sincera, que habría dado al traste con mis argumentos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M. (2005). “El concepto y la justificación del paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 265-303.

ALEMANY, M. (2006). *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid.

ALEMANY, M. (2015). “Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, pp. 3-39.

ALEMANY, M. (2021). “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, En: Munar Bernat, Pedro A. (dir.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la Política*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21-44

- ATIENZA, M. (1993). “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés, en Garzón Valdés”, E. (1993). *Derecho, moral y política*, Ed. CEC, Madrid, pp. 21-32.
- ATRIA, F. (2016). *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2005). *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.
- DE LUCAS, J. (1989). “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 6, pp. 187-199.
- DWORKIN, G. (1971). “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (Ed.). *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing Co., Belmont.
- ELSTER, J. (1997). *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, FCE, México.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1987). “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, moral y política*, Ed. CEC, Madrid, pp. 361-378.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1989a). “Representación y democracia”, en Garzón Valdés,

E. (1993). *Derecho, moral y política*, Ed. CEC, Madrid, pp. 631-650.

GARZÓN VALDÉS, (1989b). Algo más acerca del “coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 6, pp. 209-213.

GARZÓN VALDÉS, E. (1990). “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, moral y política*, CEC, Madrid, pp. 455-472.

GARZÓN VALDÉS, E. (1993a). *Derecho, moral y política*, CEC, Madrid.

GARZÓN VALDÉS, E. (1992). “Ética, economía y criterios de legitimidad”, en Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, moral y política*, CEC, Madrid, pp. 491-508.

GARZÓN VALDÉS, E. (1993b). “La alternativa del disenso. La propuesta de Javier Muguerza”, en Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, moral y política*, CEC, Madrid, pp. 473-489.

VALDÉS, E. (2000). “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Isonomía*, 12, abril, pp. 7-34.

HART, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press.

- LAPORTA, F. (1989). “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 6, pp. 121-141.
- MALEM, J. (2024). “Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, pp. 13-18.
- MORESO, J.J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid.
- NINO, C.S. (1989). *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona.
- POLAKIEWICZ, J. (1993). “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 81, julio-septiembre, pp. 23-45.

LA VÍA NEGATIVA EN
ERNESTO GARZÓN VALDÉS.
UNA DEFENSA DEL
OBJETIVISMO ÉTICO

J.J. Moreso^[75]

*Verius per remotionem
et negationem de ipso loquimur.*
Nicolás de Cusa (1440/1967)
De docta ignorantia, I.26, p. 292.

1. Introducción

Ahora que ya Ernesto no está entre nosotros, algo a lo que no acabamos de acostumbrarnos, quiero comenzar diciendo que, sin su presencia, la filosofía del derecho en lengua española de estas últimas décadas no es inteligible. Detrás de casi todas las iniciativas estaba él, con su asombrosa inteligencia y con su inmensa generosidad. Yo, si no recuerdo mal, lo vi por primera vez, cuando todavía era un estudiante

[75] Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; BIAP (Barcelona Institute of Analytic Philosophy), María de Maeztu Unit of Excellence. email: josejuan.moreso@upf.edu. <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>

de Derecho a comienzos de los años 80 del siglo pasado, en la Universidad Autónoma de Barcelona, en donde impartió una conferencia, invitado por Jorge Malem, con el título *Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación*.^[76] Desde entonces mi trayectoria académica no es comprensible sin su aliento y magisterio continuado. Creo que lo mismo pueden decir todos los que ahora participamos en este homenaje póstumo.

Entre los muchos rasgos que podrían destacarse de su presencia entre nosotros, quiero destacar aquí su compromiso con el objetivismo ético. Cuando Ernesto, en las últimas décadas del siglo pasado, visitaba algunas de las universidades españolas con asiduidad, el clima general de nuestra filosofía del derecho estaba caracterizado por una asunción del positivismo jurídico, vinculado con la asunción de algún tipo de escepticismo en ética, que implicaba el relativismo moral. Más o menos difusamente, creíamos que dicha posición era la más compatible con el pluralismo al que toda sociedad democrática se halla comprometida. Tal vez porque, demasiado a menudo, las doctrinas iusnaturalistas en nuestras sociedades tenían un sabor a rancio, al servicio de las diversas dictaduras que nos han gobernado. Ernesto,

[76] Garzón Valdés (1983).

sin embargo, nunca compartió esa posición en ética y trató de persuadirnos de que estábamos equivocados. Si contemplo el panorama actual, puede decirse que, con algunas excepciones recalcitrantes, su posición ha resultado vencedora. También, entre los filósofos españoles de nuestro ámbito cultural, Carlos Santiago Nino pensaba así, pero Ernesto vivía en Europa y nuestra relación con él fue mucho más asidua. Además, muy lamentablemente, Nino murió demasiado joven. Entre los que nos influían a favor del escepticismo y del relativismo, estaba el legado de Hans Kelsen, también Alf Ross. Y, aunque hay razones para no ser tan contundente en estos casos, también H.L.A. Hart y Norberto Bobbio se alineaban en estas filas. Y en dichas filas figuraba, por ejemplo, Eugenio Bulygin o figuran todavía Riccardo Guastini o, con algunos matices, Luigi Ferrajoli, por ejemplo.

Sea como fuere, por esta razón voy a rescatar el modo, en mi opinión original y fecundo, en el cual Ernesto vindicó el objetivismo ético: se trata de lo que denominó la *vía negativa*.^[77] Procederé del siguiente modo: en la sección segunda, trataré de presentar brevemente la imagen del mundo que no concede ningún lugar a los valores éticos. En la sección tercera,

^[77] No soy original en ello, porque en otro homenaje a Ernesto, al cumplir 80 años, en la Universidad de Alicante, lo tomé como el núcleo de su intervención Silvina Álvarez (2007).

exploraré sucintamente la relación entre la vía negativa garzoniana y la vía negativa en teología, la teología *apofática*, y las relaciones entre ellas. En la sección cuarta, intentaré mostrar las razones que llevan a Garzón a preferir la vía negativa como modo de acceso a los valores morales. En la sección quinta, concluiré.

2. La imagen de las bolas de billar

Es sabido que David Hume (1748/1975), en la sección IV de su conocido ensayo sobre el entendimiento humano, ilustra sus ideas sobre la causalidad con la imagen del juego del billar, y la explicación del movimiento de las bolas al ser golpeadas por otras bolas. Tomo la idea para recordar que, en esta sección, Hume sostiene la idea de que todo el conocimiento humano es conocimiento de las *relaciones entre las ideas* o conocimiento experimental de las *cuestiones de hecho*.

Las relaciones entre ideas delimitan nuestros problemas *conceptuales*. Podemos decirlo del modo tan elegante en el cual lo dijo Frank P. Ramsey (1929/1990, 2): ‘La lógica se resuelve en tautologías, las matemáticas en identidades, la filosofía en definiciones; todo trivial pero todo forma parte del trabajo vital de aclarar y organizar nuestro pensamiento’.

Las cuestiones de hecho se refieren a asuntos empíricos, que no pueden ser conocidos *a*

priori, sino únicamente a través de la experiencia. Es aquí en donde introduce la imagen de las bolas de billar para, precisamente, poner en discusión la noción de casualidad tal como había sido entendida, como descubriendo leyes universales y necesarias en la naturaleza.

No pretendo, es obvio, decir nada aquí sobre la controvertida cuestión de las relaciones de causa y efecto entre los fenómenos naturales. Pero la imagen de las bolas de billar es muy apta para presentar un retrato del mundo como un lugar *desencantado*, en donde no hay espacio para los valores. Para decirlo con una frase famosa del propio filósofo (1739-1740/1978, II.3.416): ‘Si una pasión no está fundada en falsos supuestos, ni elige medios insuficientes para cumplir su fin, el entendimiento no puede ni justificarla ni condenarla. No es contrario a la razón el preferir la destrucción del mundo entero a tener un rasguño en mi dedo’.

Esta era, de modo muy esquemático, la concepción del mundo de muchos de nosotros hace ya demasiadas décadas, y sigue siendo la concepción de algunos, pienso que una minoría, de las personas dedicadas a la filosofía del derecho en nuestro ámbito.

A ello se añadía la asunción por parte de muchos de que la falta de objetividad de la moral, la naturaleza relativa de los criterios

de evaluación moral, se avenía mejor con la tolerancia que define las sociedades liberales. Como lo dice un autor que acepta la visión desencantada del mundo, Simon Blackburn (2001, 19), después de reconocer que ‘el relativismo tiene mala prensa para la mayoría de los filósofos morales’, afirma ‘hay una parte realmente atractiva del relativismo, que se asocia con la tolerancia de las diferentes formas de vida’.

Sin embargo, es el mismo Blackburn (2001, 129-130) el que nos recuerda que el propio Hume (1751/1975, IX.1. 272) afirmaba que cuando alguien usa el lenguaje de la moral espera que su audiencia esté de acuerdo con él y ‘debe, por lo tanto, apartarse de su situación particular y privada, y debe elegir un punto de vista común a él con los demás’.

Me parece que es la búsqueda de este punto de vista común lo que lleva a Ernesto Garzón a esta vía negativa. Sin embargo, antes de mostrar este punto, tal vez merece la pena analizar otras interpretaciones de la vía negativa a partir del ámbito en el que nace que es la de la teología negativa.

3. La vía negationis en la teología

Hay una larga tradición en la teología y las tradiciones religiosas de concebir a Dios no mediante predicados positivos sino solo me-

dian­te predica­dos negati­vos. Podemos acer­car­nos a cono­cer lo que no es, pero no lo que es. Como lo dijo Agustín de Hipona (418/2014, 117.5, 232): ‘si enim comprehendis, non est Deus’. Es una tradición con raíces en la filosofía de Platón que se asienta con el neoplatonismo, pasa a los padres de la Iglesia en el cristianismo, en el que tiene como grandes representantes al Pseudo-Dionisio Areopagita, al maestro Eckhart y a Nicolás de Cusa, algunos desean incluir a Tomás de Aquino en la lista; también tiene presencia en otras tradiciones religiosas como la judía (de Filón de Alejandría a Maimónides) o la musulmana (con el cordobés Ibn Gabirol).^[78]

Y las ideas contenidas en esta manera negativa de concebir a Dios han tenido siempre alguna relevancia en la historia del pensamiento. Y la tienen también contemporáneamente, en la filosofía analítica (Putnam 1997) y en la filosofía continental (Derrida 1987).

En esta tradición hay varias maneras, a menudo entrecruzadas, de comprender su propósito. Distinguiré las tres siguientes: un enfoque *conceptual*, conforme al cual es por razones conceptuales que no podemos

^[78] Véase, por ejemplo, Braine (1998), Hewit (2020). Para una visión *apofática* del Aquinate, Turner (2013).

conocer a Dios, ni conocer sus predicados, nos queda únicamente acercarnos a él a través de lo que sabemos que no es. Un enfoque *místico*, con arreglo al cual Dios es *inefable*, trasciende todo aquello que conocemos y, frente a él, se impone el silencio. Por último, tenemos algo como un enfoque *epistémico*, tal vez mejor llamarle *heurístico*, que nos dice cómo mejor acercarnos a un ámbito, por donde comenzar para avanzar de la manera más conveniente.

El enfoque conceptual, obviamente, ha sido el más discutido. Plantea muchos problemas,^[79] puesto que todo lo que podamos afirmar de Dios, aun si son negaciones de atribuciones de determinados predicados, ya desmienten la afirmación de que no podemos decir nada acerca de él. Para decir, por ejemplo, que Dios es inefable, debemos decir algo y, en este sentido, que es inefable hemos podido decirlo, hemos expresado algo acerca de él, cuando partíamos de la idea de que todo acerca de él era inexpressable.

Tal vez por ello, algunos han adoptado la vía mística, lo único que podemos hacer es guardar silencio. No debemos decir nada de él, tal vez

[79] Un análisis detallado desde un punto de vista lógico en Urbanczyk (2018).

no debemos ni siquiera nombrarlo como quería la tradición religiosa del judaísmo.^[80]

Sin embargo, queda otra vía consistente en concebir la vía negativa únicamente como el inicio de nuestro camino, como el modo más prometedor de acercarnos al conocimiento divino.

He presentado estas tres maneras de comprender la vía negativa porque tienen traducción, según creo, a la cuestión de la objetividad de la moral.

4. *La vía negativa hacia el objetivismo ético*

Trazando una analogía con la teología apofática, tal vez también podrían presentarse tres modos de enfocar la aplicación de la vía negativa al objetivismo ético.

El primer modo sería un enfoque conceptual. Algo que puede, acaso, representar la defensa de Karl Popper (1945/2011, 602-603 nota 2) del *utilitarismo negativo*. Popper sostiene que no hay simetría entre el sufrimiento y la felicidad ni entre el dolor y el placer y que, con arreglo a esta asimetría, ‘en lugar de la mayor felicidad para el mayor número, habría que

[80] La literatura sobre la teología apofática ha mostrado recientemente interés en esta vía, por ejemplo a través de la obra de San Juan de la Cruz. Vd., por ejemplo, Howells (2023).

pedir, más modestamente, la menor cantidad de sufrimiento posible'. Añade una analogía con su concepción del método científico puesto que con arreglo a ella: 'es útil formular la tarea del método científico como la eliminación de las teorías falsas [...] más que la obtención de las verdades establecidas'.

Se trata de un cambio conceptual. Y, como sucedía en el caso de la teología negativa, tiene que enfrentarse con objeciones conceptuales relevantes.^[81] Poco después de la publicación del importante libro de Popper sobre la sociedad abierta, R.N. Smart (1958, 542) elaboró esta poderosa objeción contra la idea de Popper:

Supongamos que un gobernante controla un arma capaz de destruir la raza humana de modo instantáneo e indoloro. Ahora bien, es empíricamente cierto que habría algún sufrimiento de algunas personas vivas cualquiera que fuese el día en que se propusiera la destrucción. En consecuencia, el uso del arma está vinculado con la disminución del sufrimiento, y este sería el deber del gobernante basado en el utilitarismo negativo.

^[81] Garzón (2005, 27 y nota 36) es consciente de estas dificultades cuando presenta las ideas de Popper al respecto.

Una conclusión muy implausible, como bien puede apreciarse. Contamos con una literatura considerable sobre todo ello, pero no es fácil superar esta objeción o algunas en su vecindad.^[82]

Hay, sin embargo, también alguna versión *mística* de la ética. Basta recordar cómo se refiere a ella Ludwig Wittgenstein hacia el final del *Tractatus*. Así (Wittgenstein 1921/1974) en 6.42: ‘Por lo tanto, tampoco puede haber proposiciones de ética’, en 6.421: ‘Es claro que la ética no puede expresarse en palabras. La ética es trascendental. (La ética y la estética son una y la misma cosa)’ y en 6.423. ‘De la voluntad como sujeto de los atributos éticos es imposible hablar’. Una posición que Wittgenstein (1965, 12) mantuvo en la única conferencia que dio en su vida, el año 1929:

La ética, en la medida en que surge del deseo de decir algo sobre el sentido último de la vida, sobre lo absolutamente bueno, lo absolutamente valioso, no puede ser una ciencia. Lo que dice la ética no añade nada, en ningún sentido, a nuestro conocimiento. Pero se trata de un rastro de una tendencia de la mente humana que personalmente no puedo sino res-

[82] Arrhenius, Bykvist (1995) distinguen hasta 16 tipos de utilitarismo negativo.

petar profundamente y que por nada del mundo ridiculizaría.

Como bien puede apreciarse, esta posición de Wittgenstein sobre la ética no está fundada en el desprecio, sino en el respeto, un respeto que conduce, sin embargo, al silencio.

Ninguna de estas dos concepciones, sin embargo, son las que, en mi opinión, condujeron a Ernesto Garzón a la vía negativa. Creo que las razones de Garzón Valdés eran razones *heurísticas*. Cita con aprecio (Garzón Valdés 2005, 26) la posición de Partha Dasgupta (1993) en un libro dedicado a estudiar el bienestar en condiciones poco favorables, en condiciones de miseria. Y aquí Dasgupta (1993, 8) afirmaba acerca de su contribución lo siguiente:^[83]

Este libro es una indagación sobre la idea del bienestar de las personas y, de este modo, en la noción más amplia de *bienestar social*. Argüiré que, al evaluar las políticas públicas, debemos mostrar

[83] Recuerdo que dedicamos al libro de Dasgupta uno de los seminarios que regularmente impartía en el Universidad Pompeu Fabra, dirigido a los profesores y doctorandos de filosofía del derecho. Una cosa que también aprendí de Ernesto es que la filosofía política no solo ha de preocuparse de las cuestiones de la legitimidad y el fundamento de la democracia, sino también de las cuestiones de la justicia distributiva. Él tuvo estas cuestiones siempre muy presentes.

cómo ellas protegen o promueven algún objeto tal como éste. Pero el concepto es elusivo, y es difícil identificarlo adecuadamente. Por ello mi estrategia será explorar una noción más descarnada, la noción de *miseria* ('destitution'). Mi idea es que al estudiar una forma extrema de malestar podremos obtener una comprensión del bienestar mismo. En nuestro estudio, no solo indagaremos en aquello en lo que consiste la miseria, sino que intentaremos comprender cómo es *ser* un miserable.

Es decir, no eran razones conceptuales las que llevaban a Dasgupta a la vía negativa, sino que eran un modo de obtener, al final del camino, una noción más clara de bienestar.

Garzón Valdés (2005, 27-28) se refiere también a Simon Blackburn (2001, 93-94), que claramente presenta su estrategia como una estrategia heurística:

Otra aproximación posible al problema de la vida buena consiste en plantearnos qué es lo que debemos evitar. Para empezar, resulta mucho más fácil ponerse de acuerdo sobre esta lista. No queremos estar bajo el dominio de otras personas, ni vernos despojados de todo poder, ni que nos falten oportunidades o capacida-

des, ni ser ignorantes. Queremos evitar el dolor, la enfermedad, la miseria, el fracaso, el desdén, la compasión, la falta de respeto, la dependencia, la depresión y la melancolía. Siempre ha sido más fácil decir en qué consiste el infierno que en qué consiste el cielo.

5. *Para concluir*

Termino con una conjetura. Creo que Ernesto Garzón Valdés era muy consciente de las controvertidas cuestiones que se dirimen en el debate metaético actual, cuestiones metafísicas, epistémicas, de filosofía del lenguaje, de teoría de la acción, etc. Era muy consciente, también, de que las discrepancias son también relevantes entre las diversas éticas normativas: consecuencialistas, deontológicas y fundadas en las virtudes. Y por ello pensaba que la vía negativa es suficiente para fundar un objetivismo ético mínimo, suficiente para apuntalar nuestras vidas en las sociedades democráticas contemporáneas.^[84]

Por otro lado, autores que respetaba profundamente, en especial Georg Henrik von Wright, fueron toda su vida algún tipo de *expresivistas*

[84] Algo semejante, pienso, opina Atienza (2017).

en metaética.^[85] Por ello, pensaba en un modo de hacer que el diálogo los incluyera también a ellos. Y hallaba buenas razones para hacerlo. Razones que seguían el rastro de la vía negativa. Así (Garzón Valdés 2005, 25):

La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pue de lo absolutamente irrazonable, es decir, de estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga o, dicho con otras palabras, cuya aceptación sería una ‘perversión irracional’.

Y la expresión ‘irrational perversion’ era de von Wright (1993, 247), que sostenía la irracionalidad extrema de, por ejemplo, procurar la extinción de la especie humana.^[86]

[85] Véase, por ejemplo, la contundente defensa del expresivismo ético en von Wright (2000).

[86] Una forma de razonar que es cercano al de otro expresivista, ya citado, Simon Blackburn (2001, 134). ‘Entonces, ¿hay tal cosa como conocimiento moral? ¿Hay progreso moral? Estas cuestiones no son contestadas por la ciencia, la religión, la metafísica o la lógica. Son contestadas desde nuestra propia perspectiva moral. Entonces, afortunadamente, hay un sin número de cosas poco pretenciosas que sabemos con perfecta certidumbre. La felicidad es preferible a la miseria, y la dignidad es mejor que la humillación. Es malo que la gente sufra, y peor si una cultura gira la cabeza a su sufrimiento. La muerte es peor que la vida, el intento de hallar un punto de vista común es mejor que el desdén manipulador hacia ello’.

Tal vez podemos decirlo con una afirmación de Rawls (2000, 245), escrita cuando reconstruye la moral kantiana, ‘decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta’.

Y más que razonable es recordar de nuevo la inteligencia suma, la elegancia espiritual y la fraterna afectuosidad que Ernesto Garzón desplegaba siempre y que se nos contagiaba. Sin él, nuestras vidas son algo peores, aunque nos queda el consuelo de su recuerdo y de su imperecedero legado intelectual.

REFERENCIAS

AGUSTÍN DE HIPONA (418/2014). Sermo 117. En F. Dolbeau. Le Sermon 117 d’Augustin sur l’ineffabilité de Dieu. Édition critique. *Revue bénédictine* 124: 213-253.

ÁLVAREZ, Silvina (2007). Razonabilidad, corrección moral y coto vedado. *Doxa*, 30: 39-43.

ARRHENIUS, Gustaf; BYKVIST, Krister (1995). Future Generations and Interpersonal Compensations Moral Aspects of Energy Use. *Uppsala Prints and Preprints in Philosophy*. 21. [CiteSeerX 10.1.1.227.8371](https://doi.org/10.1.1.227.8371)

ATIENZA, Manuel (2017). Objetivismo moral y Derecho. En R. Ortega García (coord.), *Problemas constitucionales contemporáneos*, México: Fontamara, 11-39.

BLACKBURN, Simon (2001). *Being Good: A Short Introduction to Ethics*. Oxford: Oxford University Press.

BRAINE, David (1998). Negative theology. doi:10.4324/9780415249126-K053-1. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Taylor and Francis, 14/11/24, 18:45. Negative theology - Routledge Encyclopedia of Philosophy. <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/negative-theology/v-1# 1/2> <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/negative-theology/v-1>. Copyright © 1998-2024 Routledge.

DE CUSA, Nicolás (1440/1967). De docta ignorantia. En *Philophisch-Theologische Schriften, vol I*. Wien: Herder.

DERRIDA, Jacques (1987). Comment ne pas parler. Dénégations. En J. Derrida, *Psyché. Invention de l'autre*. T. 2, Paris: Galilée, 535-596.

DASGUPTA, Partha (1993). *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford: Oxford University Press.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1983). Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 57: 31-50.

--- (1998a). Razonabilidad y corrección moral. *Claves de razón práctica*, 88: 18-26.

--- (1998b). Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral. *Doxa*, 21 (2): 145-166.

--- (2005). Las cinco trampas del relativismo axiológico. *Programa de Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Chile*. Santiago de Chile: Doctorado en Derecho, 5-34.

HEWIT, Simon (2020). *Negative Theology and Philosophical Analysis*. London: Palgrave.

HOWELLS, Edward William (2023). Negative Theology and Desire in Spiritual Transformation According to John of the Cross. *Religions* 14 (6). <https://doi.org/10.3390/rel14010006>

HUME, David (1739-1740/1978). *A Treatise of Human Nature*. L.A. Selby-Bigge ed., P. H. Nidditch rev. Oxford: Oxford University Press.

--- (1748/1975). *An Enquiry Concerning Human Understanding*. En D. Hume, *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*. L.A. Selby-Bigge ed., P. H. Nidditch rev. Oxford: Oxford University Press.

--- (1751/1975). *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. En D. Hume, *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*. L.A. Selby-Bigge ed., P. H. Nidditch rev. Oxford: Oxford University Press. POPPER, Karl (1945/2011). *The Open Society and Its Enemies*. London: Routledge & Kegan Paul.

PUTNAM, Hilary (1997). On Negative Theology. *Faith and Philosophy: Journal of the Society of Christian Philosophers*, 14 (4): 407-422.

RAMSEY, Frank P. (1929/1990). Philosophy. En F.P. Ramsey, *Philosophical Papers*. D.H. Mellor ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 1-7.

RAWLS, John (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

TURNER, Denys (2013). *Thomas Aquinas. A Portrait*. New Haven: Yale University Press.

URBANCZYK, Piotr (2018). The Logical Challenge of Negative Theology. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 54(67): 149-174.

Von WRIGHT, Georg Henrik (1993). Science, Reason, and Value. En G.H. von Wright, *The Tree of Knowledge and other Essays*. Leiden: E. J. Brill, 229-248.

--- (2000). Valuations – or How to Say the Unsayable. *Ratio Juris*. 13: 347-357. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00160>

WITTGENSTEIN, Ludwig (1921/1974). *Tractatus Logico-Philosophicus*. D. F. Pears, B.F. McGuinness, trad. London: Routledge & Kegan Paul.

--- (1965). A Lecture on Ethics. *The Philosophical Review*. 74 (1): 3–12.

NORBERTO BOBBIO
Y ERNESTO GARZÓN VALDÉS:
EN TORNO AL
OBJETIVISMO ÉTICO

Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

Ernesto Garzón Valdés, junto a Elías Díaz y Norberto Bobbio, ha sido uno de los tres maestros que han inspirado a una comunidad de filósofos del Derecho latinoamericanos, españoles e italianos caracterizada por relaciones de afecto y amistad que van mucho más allá de la mera academia y de las que él ha sido un estímulo y un actor esencial. Ernesto ha sido también uno de mis buenos maestros y hoy, muy especialmente en esta Fundación, donde tantas veces hemos coincidido con él, le echamos mucho en falta.

Para este homenaje en recuerdo suyo, que veo también como el pago de una deuda de gratitud por su generosidad, me ha parecido de interés hacer un breve parangón entre su obra y la de Norberto Bobbio, distantes en una generación (18 años separan sus fechas de nacimien-

to: 1927 y 1909) pero con profundas afinidades entre sí. Tras una sumaria descripción de esas afinidades, matizadas por algunas diferencias, me centraré en la que tal vez sea la diferencia más llamativa entre ellos: el relativismo ético de Bobbio frente al objetivismo de Garzón, una alternativa que también nos divide a algunos de los seguidores de ambos maestros. Aunque quizá es una división menos importante de lo que aparenta, que será al fin y al cabo la conclusión de esta reflexión.

Hay, en efecto, grandes afinidades entre Bobbio y Garzón. En el plano temático, ambos dedicaron su reflexión filosófica al Derecho, la ética y la política con un desempeño similar en muchos de los temas tratados: en teoría del Derecho, los estudios sobre la validez normativa, la crítica a la idea del Derecho natural, la correlativa defensa de una aproximación iuspositivista y un entronque común con las construcciones de Kelsen y Hart (algo bien reflejado en su traducción de varios artículos de Bobbio sobre el positivismo jurídico, aunque más tarde Ernesto revisaría el rasgo de la separación entre Derecho y moral); y en teoría de la justicia o filosofía política, la afirmación de la democracia y sus libertades fundamentales y la común reflexión sobre la tolerancia, la legitimidad, la relación entre ética y política, la guerra, la estabilidad política (a la que Bobbio dedicó

su último curso, recientemente publicado^[87]) o, en fin, el futuro de la democracia (sobre lo que Ernesto escribió un texto a partir de las reflexiones bobbianas^[88]). Y todo ello, trufado siempre por un marcado interés por la historia del pensamiento jurídicopolítico.

Junto a las afinidades temáticas están las metodológicas. Ante todo, una parecida vocación por el análisis conceptual, originariamente fundada en la filosofía analítica, con el afán común por la claridad y la distinción al que se añade un curioso gusto por el *ars combinatoria* y por las distinciones iluminadoras, de las que puedo recordar aquí la tripartición bobbiana del método, la teoría y la ideología positivista y, como preferencia personal, la disección por Garzón de las ocho formas de ignorancia en el discurso de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Valencia^[89]. Junto a ello, o mejor por ello, no resulta casual que los dos maestros prefirieran escribir más bien artículos que libros (de los cuales buena parte son compilaciones de artículos), algo que Ernesto explicó muy bien en el “Prólogo” a *Derecho, ética y política*, su recopilación más voluminosa, por

[87] Bobbio 2021.

[88] Garzón Valdés 2005.

[89] Garzón Valdés 1999.

su interés por los esquemas conceptuales, en los que una vez formulada lo que llamaba la “parrilla” la adición de datos le parecía algo aburrido^[90].

No se puede pretender que afinidades como las anteriores sean perfectas ni completas: en el plano temático las insistencias no dejan de ser diferentes, según el mayor o menor peso sistemático dedicado a la historia o, dicho a modo de ejemplo, la especial atención prestada a temas distintos, como las limitaciones del soberano, el paternalismo o el multiculturalismo por parte de Ernesto o como la conceptualización de la libertad y los debates sobre el socialismo por parte de Bobbio (por lo demás, hay puntos de diferencia solo aparente, como la respectiva preocupación por la situación política argentina o italiana, en los que es muy fácil ver un claro paralelismo). Tampoco la afinidad metodológica se debe llevar al extremo, especialmente en el estilo, pues ni veo a Bobbio hablando de “tolerancia boba”^[91] o titulado un artículo “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”^[92],

[90] Cf. Garzón Valdés 1993b: 16.

[91] Garzón Valdés 1997 (en 2000: 235).

[92] Garzón justificó su recurso a este tipo de expresiones literarias, entre las que también figura el conocido préstamo del “coto vedado” de la obra de Juan Goytisolo, porque “alivia el espíritu”(2008: 53).

ni a Garzón escribiendo textos tan personales como la *Autobiografía* o el *De senectute* de Bobbio, como lo prueba el que en *El velo de la ilusión* Ernesto se objetiva en el *alter ego* de Félix Ahumada en la primera parte, mientras la segunda (que da título al libro) es en realidad un amplio ensayo teórico sobre las ilusiones en torno a la historia argentina.

Sin embargo, más allá de diferencias como las anteriores, aquí quiero centrarme en un desacuerdo aparentemente básico e importante: mientras Bobbio fue siempre un defensor de una metaética relativista, o no cognoscitivista, inicialmente por influencia del historicismo, más tarde confirmada por sus lecturas de Weber, Kelsen y la filosofía analítica^[93], en cambio, Garzón, que mantuvo esa misma posición durante algunos años por influencia de Kelsen y de A. J. Ayer, en algún momento pasó a adoptar, en sus propias palabras, “una actitud de moderado objetivismo” siguiendo “el proceso de rehabilitación de la razón práctica iniciado en el último tercio [...del siglo XX] por autores como John Rawls y Jürgen Habermas”^[94].

[93] Para un mayor desarrollo, remito a Ruiz Miguel 1983: §§ 23-25 y 27; y a Greppi 1998: cap. I.

[94] Garzón Valdés 1993b: 10.

Aunque Ernesto se ha interesado más por cuestiones de ética normativa que de metaética, en su bibliografía no deja de haber algunos escritos primordialmente dedicados al tema^[95], a los que se deben añadir las no escasas ni menores reflexiones de ese carácter que aportó como fundamentación del núcleo de su posición éticopolítica sustantiva, marcada por la exploración de una “vía negativa” en busca de “alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable”^[96]. El resultado de esa búsqueda es la idea del coto vedado a las mayorías, constituido por un conjunto de derechos básicos destinados a garantizar la evitación del daño a todo ser humano como justificación no solo de deberes negativos de no dañar, sino también de ciertos deberes positivos que justifican un modelo de protección estatal de los derechos sociales, es decir, el Estado social de Derecho^[97]. Dicho también muy sintéticamen-

[95] Vid. Garzón Valdés 1998b y 2003.

[96] Garzón Valdés 2003: 181. De este mismo tema se ha ocupado en su rica e iluminadora contribución en este mismo Homenaje José Juan Moreso, “La vía negativa en Ernesto Garzón Valdés. Una defensa del objetivismo ético”, en este mismo volumen, pp. ---.

[97] Cf., entre otros muchos escritos, Garzón Valdés 1989 y 2003: 173-189.

Los deberes positivos propios del Estado social deben diferenciarse de los deberes positivos generales a los que se refirió Garzón en una importante polémica con Juan Carlos Bayón y Francisco J. Laporta (vid. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, 1984), relativos al hambre y a las necesidades más básicas en el

te, la fundamentación metaética del anterior núcleo de la teoría de la justicia de Garzón se basa en un conjunto de presupuestos de inspiración kantiana como los cuatro siguientes^[98]: ante todo, la presuposición del libre albedrío humano como condición de la existencia de la moral y de su lenguaje mismo ^[99]; en segundo lugar, la distinción entre ser y deber ser por la que, aun aceptando cierta analogía entre los criterios de validación científicos y los morales, resulta rechazable la confusión y la deducibilidad entre hechos y valores y con ello la validez del mero consenso fáctico; en tercer lugar, los criterios de imparcialidad y universalizabilidad como exigencias de racionalidad y de comprensibilidad para todos en la argumentación moral (lo que llama “razones puente”), para rechazar, creo que con razón, el procedimentalismo habermasiano por su circularidad y, en mi criterio con menos razón,

mundo. A diferencia de estos últimos deberes, los primeros son especiales (por la relación de ciudadanía) y perfectos (gracias a la institucionalización estatal) y en la medida en que vayan más allá de cubrir las necesidades básicas suponen acciones de beneficiar que parecen desbordar la noción de daño. Baste apuntar un tema como este para caer en la cuenta de la simplificación en la que, en este punto como en otros, incurre mi texto.

[98] Coincido así con Manuel Atienza en que la “proximidad a Kant” es el “rasgo más característico de la filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés” (1993: 32).

[99] Sobre ello, vid. la contribución a este Homenaje de Francisco J. Laporta, “La responsabilidad en Ernesto Garzón Valdés”, pp. ----.

el consentimiento hipotético rawlsiano como dramatización inútil; y, en fin, en último lugar, la idea de razonabilidad como filtro apto para concretar y aplicar los principios a situaciones diferentes^[100].

Garzón calificó en una ocasión su propia posición metaética como “moderado objetivismo”^[101], una expresión que puede entenderse al menos en dos sentidos diferentes. El primero, al que se refería expresamente en su autocalificación, se refiere al perímetro del contenido defendido como moral, como objetivismo limitado a la afirmación del mínimo básico del coto vedado destinado a la evitación del daño. El segundo, que es el que aquí me interesa más, versa sobre el carácter y alcance de la idea de objetividad como no dogmática, dubitativa y abierta al diálogo, de modo que la pretensión de objetividad no se propone nunca como pretensión de infalibilidad. Garzón también utilizó la expresión en este segundo sentido al menos en una ocasión, al defender el noveno de sus diez mandamientos para la vida universitaria, “[no] Relativizar los valores hasta el punto de que, al final, solo quede el solipsismo”:

[100] Vid. sobre todo ello Garzón Valdés 1998b: 416-422; para una síntesis de la misma argumentación, cf. también Álvarez 2007; Álvarez Ortega 2008: § 4.1.2; así como las observaciones críticas de Sauca 2007: 187-188.

[101] Garzón Valdés 1993b: 10.

Un asunto es rechazar el absolutismo ético y otro creer que la única alternativa que queda es la de un relativismo radical. Existe, además, la posibilidad de un moderado objetivismo, el de la validez *prima facie* de principios tales como el que exige el respeto de la dignidad humana y de la autonomía de todo individuo como sujeto moral.^[102]

De cómo Ernesto ha defendido esta segunda suerte de objetivismo moderado dan buena cuenta las tres primeras observaciones de las diez que componen su delicioso discurso de agradecimiento por el doctorado *honoris causa* de la Universidad de Alicante^[103]. En su primera observación dice que durante décadas siguió el consejo de Xavier Zubiri de abstenerse de publicar nada que no fuera realmente original hasta que cayó en la cuenta de que esa abstención le privaba “de la posibilidad de apreciar la dimensión de mis errores y el alcance de algún eventual acierto”. La segunda apela a la modestia intelectual de cultivar la razón evitando “la tentación del despotismo de una supuesta voluntad creadora”, una apelación que se solapa con el sexto de los “Diez mandamientos para la vida universitaria” antes citados: *No cultivar el dogmatismo*, que afirma

[102] Garzón Valdés 1998a: 55.

[103] Garzón Valdés 2008: 52-53.

que nada, salvo la lógica, “debe ser formulado con pretensión de verdad absoluta”^[104]. Y, en fin, la tercera observación defiende el método de las “clarificaciones conceptuales” con el fin de “provocar, quizás, discusiones razonables” cuya “pretensión de aceptabilidad es algo precaria” pero valiosas por la búsqueda de una aceptación que “implica compartir razones”.

En obediencia de las anteriores cautelas antidogmáticas, por ejemplo, Garzón concluía su artículo “Derecho y moral” calificando sus argumentos como “una ilustración parcial del tema y una invitación a seguir discutiendo, rechazando algunos y perfeccionando otros”^[105]. En fin, como ha escrito Jorge Malem, que le conoció muy bien, Ernesto siempre estuvo dispuesto a rectificar reconociendo sus equívocos, haciendo “una llamada a un diálogo intelectual amplio, honesto y leal”^[106].

¿Está este objetivismo moderado tan distante como parece de un relativismo como el de

[104] Garzón Valdés 1998a: 53.

[105] Garzón Valdés 1996: 421.

[106] Malem 2017: 5; cf. también, en términos muy similares, Malem 2024: 14, donde añade sobre Garzón Valdés: “siempre dispuesto a escuchar y repensar sus posiciones. Nunca se le oyó decir que estaba en posesión de la verdad; si acaso sostenía únicamente que sus afirmaciones eran plausibles, o incluso verdaderas, provisionalmente, o hasta que se demostrara lo contrario”.

Bobbio, que fue defendido por él mismo como algo perfectamente compatible con unos contenidos éticos muy similares a los de Garzón? Paolo Comanducci, que también comparte esos contenidos y un relativismo similar al de Bobbio, concluyó su contribución al homenaje por el 80 aniversario de Ernesto con una reflexión metaética de la que tomo pie para desarrollar el tema central de mi intervención. Comanducci —quizá exagerando un poco al decir que “Ernesto está claramente siempre interesado por cuestiones de ética normativa, pero casi nunca se interesa por la cuestión metaética de la fundamentación de la moral”— dudaba allí de si Garzón era un racionalista volteriano o kantiano o, por el contrario, un “emotivista sin saberlo”. Esta última hipótesis, presentada medio en serio y medio en broma y como “probablemente descabellada”, pretendía concluir que no hay prácticamente ninguna [...] diferencia entre un racionalista ilustrado que *ve* lo que es justo, y lo defiende con pasión, y un emotivista ilustrado que *elige* lo que en su opinión es justo, y lo defiende con pasión^[107].

Estoy de acuerdo en que tal diferencia es *casi* insustancial, porque ambos, aun desde posiciones diferentes, terminan por acercarse a un espacio común: mientras un objetivista

[107] Comanducci 2007: 93.

moderado como Garzón mantiene su posición ética como objetivamente correcta bajo la cautela de que podría no ser correcta, un relativista como Bobbio no cree que haya criterios de corrección válidos o seguros pero aun así mantiene una similar posición ética como correcta. Con todo, quiero explicar lo que puede sonar a reticencia en el *casi*: personalmente, habiendo hecho un camino similar al de Ernesto —y en buena parte por su influjo— desde el relativismo bobbiano a un objetivismo moderado, sigo defendiendo esta última posición porque la formulación relativista me parece, cuando menos, pragmáticamente incoherente, si no también teóricamente contradictoria. De ahí que una de las diez paradojas con las que ya en 1994 intenté caracterizar el pensamiento de Bobbio fuera la de “relativista creyente” (donde “creyente” se tomaba no en un sentido estrictamente religioso pero sí kantiano)^[108], que fue la única paradoja en la que Bobbio no se reconoció, dando la siguiente razón:

El hecho de ser relativista no excluye el creer en la propia verdad, aunque el relativista siempre se abstendrá de imponer la suya por respeto a la verdad ajena^[109].

[108] Cf. Ruiz Miguel 1994: § 8.

[109] Bobbio 1994: 317.

Sin embargo, una respuesta como la anterior, válida seguramente en el ámbito de la libertad de expresión, no puede servir en el ámbito de la libertad de acción^[110], pues un defensor de la democracia liberal no puede dejar de justificar el rechazo y la reacción contra la intolerancia de los sistemas no democráticos. El propio Bobbio, en una entrevista diez años antes había justificado así el haber debatido con los comunistas pero no con la derecha no democrática:

No he tenido nunca un interés igual en discutir con los representantes de la extrema derecha. Los fascistas no habían sido nuestros interlocutores sino nuestros enemigos. Los fascistas no debían ser convencidos, sino derrotados, para que se pudiese reconstruir una democracia viva y resistente.^[111]

A mí me parece evidente que mantener convicciones democráticas con tal firmeza y con tales consecuencias no es compatible con afirmar que tales convicciones, al igual que las opuestas, dependen en último término de una

[110] El *locus* clásico de esta distinción se encuentra en las primeras páginas del capítulo 2 de *On Liberty*, de John Stuart Mill, donde también se enuncia nítidamente la diferencia entre pretensión de objetividad y pretensión de infalibilidad.

[111] Atienza y Ruiz Manero 1985: 239.

elección personal ni correcta ni incorrecta, por la sencilla razón de que tal posición metaética vacía y contradice la pretensión de justificación de la ética universalista e igualitaria que se sustenta^[112].

Vuelvo a la tesis de Comanducci de que no hay “prácticamente ninguna [...] diferencia” entre el objetivismo y el relativismo moderados e ilustrados para precisar que mi apostilla de que tal diferencia es *casi* insustancial también podría entenderse, sin reticencia alguna, como corroboración de que al fin y al cabo estamos ante una cuestión de acento y que *en la práctica* no es importante. Al fin y al cabo, entre aquellas dos posiciones hay bastante más cercanía de la que hubo entre los redactores de la Declaración Universal del 48, que según el célebre comentario de Jacques Maritain estuvieron de acuerdo con tal de que no les preguntaran por qué^[113]. Pero para evitar equívocos, quiero destacar las dos limitaciones de esta aceptación de la tesis de Comanducci: ante todo, que se refiere solo al debate entre obje-

[112] Aunque de manera muy escueta y condensada, esa es la argumentación esencial que he desarrollado en varios escritos en polémica con el similar no cognoscitivismo de Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen y Paolo Comanducci: vid. Ruiz Miguel 2011a: 37-85; 2011b: § 2; y 2022; también me ocupé del mismo tema en Ruiz Miguel 2015: 39-71.

[113] Maritain 1949: 20.

tivistas y relativistas moderados que, además, son universalistas e igualitaristas en su ética normativa; y además, que se contrae a la práctica y deja en paz la teoría, sin pretender afirmar en absoluto que las reflexiones y discusiones sobre metaética carezcan de interés y relevancia como una importante cuestión filosófica.

La fundamentación de la afirmación de la falta de importancia práctica de la disputa me temo que trae el agua a mi molino del objetivismo moderado. Considerado el asunto en general —es decir, más allá de las éticas universalistas—, ética y metaética son dominios heterogéneos en el doble sentido, seguramente trivial, de que desde metaéticas diferentes se pueden mantener criterios éticos concurrentes y de que metaéticas coincidentes pueden coexistir con posiciones éticas en conflicto: por ejemplificarlo con unos pocos brochazos, así como la democracia liberal se ha defendido tanto desde presupuestos relativistas como objetivistas o el racismo ha sido avalado sea por cristianos fundamentalistas sea por relativistas nietzscheanos, la teología católica, nunca relativista, ha podido servir según los momentos y las tendencias para condenar toda ideología moderna, aceptar la democracia liberal o defender la teología de la liberación.

Frente a la anterior tesis de la heterogeneidad, y para centrarme solo en las posiciones univer-

salistas, es recurrente al menos desde Kelsen la pretensión de que la metaética relativista es la mejor fundamentación lógica de los principios morales que sustentan la democracia liberal^[114]. Sin embargo, se trata de un claro *non sequitur*: la ontología presupuesta por una epistemología no cognoscitivista, al igual que la constatación descriptiva de la variabilidad de los valores, puede servir todo lo más como premisa auxiliar de una fundamentación moral cuya premisa mayor no puede ser más que un juicio normativo o valorativo asumido como correcto, objetiva y no relativamente. Y así como sería innecesario, por redundante, apoyar tal juicio en una metaética objetivista, la pretensión kelseniana de deducirlo del relativismo no solo está de más sino que es incoherente y autorrefutatoria.

Por insistir en la escasa importancia del debate metaético ante las discrepancias sobre

[114] Cf. Kelsen 1953: 41, donde afirma que “[e]l principio moral que subyace o que puede deducirse de una teoría relativista de los valores es el de la tolerancia” (la traducción inglesa de 1957, y sobre esta la castellana, empobrecen notablemente este punto respecto del original alemán, sobre lo que remito a Ruiz Miguel 2011a: nota 44).

Sobre la recurrencia de este argumento viene aquí al caso citar el comentario de José María Sauca en el homenaje a Garzón Valdés de 2007, en el que apoyándose en Kelsen critica la tesis de Garzón de que “la democracia no presupone el relativismo moral”, aunque me queda la duda de si tal crítica es coherente con su afirmación previa de que “el relativismo moral no implica necesariamente el valor moral de la tolerancia salvo contradicción en los términos” (vid. Sauca 2007: 188 y 187, respect.).

ética sustantiva —supongamos, sobre el alcance de los deberes positivos generales o de tales o cuales derechos individuales o sociales frente a los de decisión democrática—, no soy capaz de ver la pertinencia ni el peso real (y no meramente retórico) de ningún argumento o acotación de carácter metaético, sea relativista u objetivista, tanto a favor de la posición sustantiva propia como en contra de la opuesta. Así, a quien argumentara que su criterio es preferible porque mantiene una metaética objetivista cabría responderle que tal defensa es innecesaria por redundante —ya que se debe dar por supuesta—, de igual modo que a quien pretendiera fundarlo en su relativismo se le podría replicar su incoherencia por mantener simultánea aunque implícitamente la corrección de su criterio sustantivo. En la dirección contraria, aunque no veo cómo un argumento sustantivo podría ser criticado por presuponer una metaética objetivista, la objeción de que tal tipo de argumento no puede ser sostenido como correcto desde una posición relativista resultaría irrelevante en términos sustantivos porque sería más bien una forma de interrumpir o abandonar la conversación.

Se ha dicho con razón que nuestra confianza en muchas e importantes profesiones —jueces, médicos, profesores, científicos, periodistas, etc.— depende de que asumimos que su práctica es objetiva, en el sentido de que no la

consideramos caracterizada o esencialmente contaminada por la parcialidad, los prejuicios, los sesgos o los sentimientos o intereses particulares^[115]. Creo que nuestros debates sobre ética normativa se sustentan en esa misma suposición, que es común a objetivistas y relativistas moderados, según la cual las posiciones que mantenemos, por distintas que sean, no están fundadas o guiadas por tales interferencias personales, es decir, asumen la pretensión de objetividad característica del punto de vista ordinario en ética. Y es la suposición y la asunción común de tal pretensión la que precluye que nuestros debates sustantivos sean estorbados o interrumpidos por nuestras convicciones metaéticas, que si somos objetivistas damos por supuestas implícitamente en las afirmaciones de todos los participantes, incluidos los relativistas, y que si somos relativistas debemos suspender para no mostrarnos incoherentes o salirnos de la conversación. La discusión metaética es ahí irrelevante, pues debe quedar solo para debates específicos sobre tal materia, debates a mantener con argumentos específicos y apropiados a ella, aunque siempre con similar pretensión de objetividad. Solo me resta añadir que, seamos objetivistas o relativistas, si nuestra pretensión de objetividad es —como debe ser, dada nuestra falibilidad— meramente

[115] Villa-Rosas y Fabra-Zamora 2022: 2 y 7-8.

presuntiva y no se identifica con una absolutista, fundamentalista o fanática presunción de infalibilidad, es decir, si, como Norberto Bobbio o Ernesto Garzón Valdés, somos moderados en esa materia, deberemos estar dispuestos a seguir debatiendo sobre todo ello.

Bibliografía citada

Álvarez, Silvina (2007): “Razonabilidad, corrección moral y coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 39-43.

Álvarez Ortega, Miguel (2008): *La Filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Dykinson etc.

Atienza, Manuel (1993): “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, Introducción a Garzón Valdés 1993a, pp. 21-32.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1985): “8 preguntas a Norberto Bobbio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, pp. 233-246.

Bobbio, Norberto (1994): “Epílogo para españoles”, en Llamas 1994, pp. 311-318; en versión italiana, como “Risposta ai critici”, en *De senectute e altri scritti autobiografici*, Turín, Einaudi, pp. 143-154 (trad. cast.

de E. Benítez, *De senectute y otros escritos biográficos*, Madrid, Taurus, 1997, pp. 179-191).

--- (2021): *Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica*, «Prefazione» de M. Bovero, Roma, Donzelli Editore (lecciones del curso 1978-79, eds. por L. Coragliotto, L. Merlo Pich y E. Bellando).

Comanducci, Paolo (2007): “La irrelevancia moral de la diversidad cultural”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 89-94.

Garzón Valdés, Ernesto (1989): “Representación y democracia”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, pp. 143-163 (también en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEPyC, 1993, pp. 631-650).

--- (1993a): *Derecho, ética y política*, Madrid, CEPyC.

--- (1993b): “Prólogo” a Garzón Valdés 1993a, pp. 9-17.

--- (1996): “Derecho y moral”, en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta etc., 1996, pp. 397-424.

- 1997): “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, *Claves de Razón Práctica*, 74, julio-agosto, pp. 10-23; también, por donde se cita, en Garzón 2000, pp. 199-240 (reproducido igualmente, como “La pretendida relevancia moral de la diversidad cultural”, en *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 93-135).

- (1998a): “Diez mandamientos para la vida universitaria”, *Isonomía*, 9, pp. 49-57.

- (1998b): “Reasonableness as a Criterion of Moral Correctness”, en G. Meggle (ed.), *Actions, Normas, Values. Discussions with George Henrik von Wright*, Berlín, de Gruyter, pp. 245-254; también, por donde aquí se cita, como “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, en Garzón Valdés 2000, pp. 241-269.

- (1999): “Algunas reflexiones sobre la ignorancia”, *Isonomía*, n. 11, oct., pp. 129-148.

- (2000): *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México etc., Paidós.

- (2003): “Una advertencia benévola acerca de cinco trampas tendidas por malvados relativistas y que hay que evitar si se quiere justificar la validez universal de los

derechos humanos. Una modesta propuesta de su fundamentación”, en E. Diciotti y V. Veluzzi, *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Turín, G. Giappichelli, pp. 165-189.

--- (2005): “El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos. Algunas propuestas de Norberto Bobbio”, en L. Córdova y P. Salazar (eds.), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*, México, Siglo XXI, pp. 102-128.

--- (2008) “Mi itinerario iusfilosófico”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, 62, julio, pp. 52-56 (también, como “Moralejas de una vida intelectual”, *Nexos* [México], 369, sept. 2008).

Greppi, Andrea (1998): *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons.

Kelsen, Hans (1953): *Was ist Gerechtigkeit*, Viena, F. Deuticke; en versión en inglés, como “What is Justice?”, en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1957 (hay trad. cast. de A. Calsamiglia de este último, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982).

Llamas, Ángel (ed.) (1994): *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado.

Malem, Jorge (2017): “Presentación. Ernesto Garzón Valdés. Derecho, ética y política”, *Revista de la Facultad* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba), VIII(2), pp. 1-22.

--- (2024): “Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, pp. 13-18.

Maritain, Jacques (1949): “Introduction” a Varios, *Human Rights. Comments and Interpretations. A Symposium*, Unesco; se cita por la trad. cast., *Los derechos del hombre*, 2ª ed., Barcelona, Laia, 1973, pp. 19-34.

Ruiz Miguel, Alfonso (1983): *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, CEPyC.

--- (1994): “Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión”, en Llamas 1994, pp. 53-75; también en *Política, historia y Derecho en Norberto Bobbio*, México, Fontamara, 1994, pp. 169-198; 2ª ed., 2000, pp. 167-196.

- (2011a): *Democracia y relativismo*, México, Fontamara.
- (2011b): “Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, §2 (también en L. Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012).
- (2015): “Dworkin y el limbo de la metaética”, en José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, CEPyC, pp. 39-71.
- (2022): “Emotivismo, objetivismo y moderación” (contribución al homenaje a Paolo Comanducci, Génova, 28 de octubre de 2022, pendiente de publicación impresa, que puede verse en versión dactilografiada en https://www.academia.edu/125599175/Emotivismo_objetivismo_y_moderaci%C3%B3n).

Saucá, José María (2007): “Comentario a «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural» de Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 187-188.

Villa-Rosas, Gonzalo y Fabra-Zamora, Jorge Luis (2022): “Introduction: The meanings of ‘objectivity’”, en G. Villa-Rosas y J. L. Fabra-Zamora, *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing.

GLOSAS CRÍTICAS ELEMENTALES DE UN OBJETIVISTA CONTRA OTRO OBJETIVISTA

Rodolfo Vigo

1. Propósito y justificación: cuando recibí el primer correo en el que el colega Jorge Malem me invitaba a escribir un artículo que se publicaría en un libro a editarse en homenaje de Ernesto Garzón Valdés, no dudé en aceptar de inmediato esa invitación. Es cierto que no fui amigo del homenajeado, y que tuve esporádicos contactos académicos con el mismo. Entre ellos me viene a mi frágil memoria específicamente dos: en cuanto al primero, recuerdo con imprecisión una invitación que me formuló Garzón a concurrir a un encuentro dialógico de filósofos del derecho que se llevaría a cabo en su casa durante algunos días (me parece que entre los que concurrirían me mencionó a Robert Alexy); y el segundo, a través de Rodolfo Vazquez recibí la invitación –avalada por Garzón Valdés– para publicar un libro sobre “El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J.Finnis)” en la Editorial mexicana Fontamara en la colección que ambos dirigían, propuesta que

se concretó en tiempo y forma. Sí me consta los numerosos testimonios de profesores que tuvieron amistad con Garzón que acreditan su generosidad, capacidad de dialogo racional y calidad humana; más allá de ello, pienso que está fuera de discusión la calidad y reconocimiento de la obra filosófica de Garzón, al margen que se compartan o no la orientación de la misma.

Mi propósito inicial acerca del artículo con el que participaría en la aludida obra de homenaje, era escribir algo que aspirara a subrayar la estatura teórica de Garzón, pero una agenda que se me complicó más de lo previsto, a lo que se me sumó un problema de salud, me impidió lograr aquel objetivo originario. Ello generó la alternativa de no cumplir lo prometido, o enviar algunas modestas notas cuyo único valor fuera testimoniar que consideraba justo el homenaje proyectado. Con muchas dudas opté por esta última alternativa, o sea estar presente con algún irrelevante trabajo que de todas maneras implique mi presencia en el acto de homenaje.

2. “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”: Este es el título de un pequeño librito que publicó la Universidad Nacional del Litoral, en el que reproduce la conferencia brindada por Garzón Valdés en oportunidad de recibir el Doctorado Honoris Causa que le confirió dicha casa de

estudios en el año 2001. Será ese escrito el que procuraré glosar, aunque reiterando mis disculpas por la elementalidad de lo que sigue.

Dejo claro ab initio que mi orientación iusfilosófica se apoya en Aristóteles y Aquino, aunque en esta oportunidad mi soporte será especialmente la obra de John Finnis, o sea el representante más importante de la llamada “nueva Escuela anglosajona del derecho natural”. De ese modo mis comentarios se inscriben en una perspectiva de defensa de la razón práctica de manera que es posible obtener respuestas cognoscibles y objetivas a preguntas morales, éticas o axiológicas. Esa opción en favor de rechazar posturas escépticas en ese terreno es compartida por Garzón, aunque con fundamentos diferentes a los que yo recurriré, y de ahí mi interés polémico. En lo que sigue me ajustare a cada una de las cinco “confusiones” estudiadas en la obra mencionada, y asumo que no parece un método apropiado criticar a un autor –especialmente prolífico- por lo que sostuvo en un solo trabajo, pero al respecto vuelvo a mi justificativo consignado arriba.

2.1. La confusión entre tolerancia y relativismo moral: el error consiste en rechazar la posibilidad de formular juicios morales sobre las morales sociales o individuales invocando criterios propios de una moral universal, pues lo único que cabe es tolerar a aquellas

sin juzgarlas. En opinión de Garzón no cabe asumir una tolerancia “indiscriminada”, “boba” e “insensata”, pues la “sensata” aduce buenas razones que justifican aquella intolerancia. Por supuesto que esa moral universal proporciona “un mínimo de objetividad”, no tiene como único respaldo ciertas creencia propia de una cultura determinada y remite a “una actitud de imparcialidad, es decir, de la consideración de los intereses de los demás en tanto seres autónomos, capaces de formular planes de vida respetables en la medida en que no violen el principio de daño sostenido por John Stuart Mill”. Aquella tolerancia irracional no conjuga con los derechos humanos, ni con la democracia, pues dichas instituciones carecen de razones justificatorias que puedan imponerse frente a otras propuestas que se les opongan. Específicamente en materia de derechos humanos refuerza su argumentación Garzón invocando de Hugo Grotius el derecho de autodefensa y la prohibición de dañar arbitraria o innecesariamente a otro. Asimismo, la tolerancia indiscriminada implica una cierta falacia naturalista en tanto toda moral que se practica, por este solo hecho corresponde tolerarla sin reprocharle nada.

2.1'. Compartimos la opinión que no se puede tolerar la abstención de juzgar racionalmente las morales que se practican en las distintas sociedades humanas, y respaldamos la

existencia de una moral crítica o justificada que habilita a esa crítica racional. Aquella postura, como lo destaca Garzón, termina defendiendo una cierta falacia naturalista en tanto lo que se da en la realidad social coincide con la prescripción de que debe darse.

Sin embargo, estimamos antropológicamente débil y marcadamente individualista invocar como respaldo “el principio de daño de Stuart Mill” y los dos principios grocianos consignados. Es cierto que en la confusión siguiente aparecerá otro límite para lo intolerable, que coincide con los derechos humanos y el respeto de los intereses humanos primarios vinculados a las necesidades. Pero de todas maneras circunscribiré mi crítica a esta primera confusión en los términos consignados.

Nuestra glosa crítica remite a una visión antropológica completa, realista y raigal. En sintonía con Cicerón recordemos que si pretendemos aprehender un concepto del derecho debemos partir de la naturaleza humana, y ésta reconoce que el hombre es un animal social y político, lo que conlleva identificarlo igualmente como un animal jurídico. En esos inevitables conflictos jurídicos sobre lo que es de cada uno, el ser humano —como lo revela la experiencia universal y es señalado por Finnis— capta y es atraído por ciertos “bienes humanos básicos” que operan como principios de cualquier es-

fuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o comportamientos que beneficien a sus destinatarios. Esos fines básicos de la existencia humana son para Finnis pre-morales en tanto la atracción humana sobre ellos aparece mucho antes que el hombre cuente con un ejercicio pleno de la razón y la libertad, de manera que el mero querer de esos bienes no garantiza que sean buscados como puede llegar a pretenderlos el ser humano maduro. En “Natural Law and Natural Rights” Finnis identifica siete “basic values” (vida, conocimiento, amistad, juego, razonabilidad práctica, experiencia estética y religiosidad) que reconoce la razón práctica en el plano sustancial o material, aunque ellos son igualmente fundamentales e inconmensurables, no habiendo jerarquía entre los mismos, y “así cada uno de nosotros puede razonablemente elegir, tratar uno o algunos de ellos como el de mayor importancia en su vida”^[116]. La libertad humana y en definitiva la moral con la que me conduciré en la vida coincide en esa definición del plan de vida, aunque el “floreCIMIENTO humano” (human flourishing) acude complementariamente a nueve exigencias de una razonabilidad práctica metodológica (“basic requirements of practical reasonableness”)

[116] FINNIS J. “Ley Natural y Derechos Naturales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 142

(en algún sentido razón práctica procedimental). En ese florecimiento están comprometido todos y cada uno de los bienes básicos, pero ellos nunca se realizan plenamente y operan como un límite dado que corresponde rechazar racionalmente todo acto que de suyo daña o impide la realización o participación en un bien básico, y reclaman computar en nuestros planes de vida las exigencias del bien común político.

Los derechos humanos a tenor de las Declaraciones internacionales excluyen interpretaciones meramente iuspositivistas en tanto se reconocen (no se crean), para todo el género humano y se declaran inalienables. De este modo podemos entenderlos como aquello que le pertenece a todo miembro de la especie humana (personalismo ontológico) y, por ende un derecho que se establezca violentando esa juridicidad dada, cabe calificarlo de injusto. Siguiendo con las explicaciones finnisianas, un derecho que pretenda estar al servicio de la humanidad debe proteger los “bienes humanos básicos”, agregando que “el moderno lenguaje de los derechos...expresa las exigencias de la justicia”^[117] y ellos (los derechos humanos) aportan una “expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”^[118].

[117] *Ibíd.* p.291

[118] *Ibíd.* p.243

Seguir de manera literal que al derecho solo le cabe prohibir los actos que hacen daños a terceros como lo indica Garzón, implica rechazar todo tipo de paternalismo ético y dejar sin fundamento una enorme cantidad de normas jurídicas positivas que están prescriptas en los sistemas jurídicos nacionales y cuyo contenido esta asumido y justificado desde una moral racional. Por otro lado, las referencias autorales aducidas por Garzón nos parecen cargadas fuertemente de un individualismo difícilmente compatibles con exigencias fundadas en el bien común. Volveremos más adelante a esta cuestión.

2.2. La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral: Acude Garzón a ejemplos proporcionados de prácticas humanas diversas que le parece evidente que no pueden asociarse a “enriquecimiento moral” (la circuncisión femenina, la quema de viudas, sacrificios humanos y selección de los padres de los maridos de sus hijas). La diversidad cultural no tiene por sí misma ninguna connotación moral positiva. La legitimidad de una moral está vinculada a que se respeten y garanticen los “intereses primarios” de aquellos que la practican, es decir, “aquellos que están vinculados con sus necesidades primarias básicas”. Esta exigencia implica la prohibición de violar los derechos fundamentales, y deja a salvo que morales legítimas satisfagan intereses secunda-

rios, aunque éstos requieran procedimientos que conlleven negociación dado que remiten a subjetividades personales.

2.2'. Nos parece evidente que identificar en el terreno moral diversidad con enriquecimiento es un error. Una vez más el recurso a la moral justificada racionalmente es la que establecerá los límites a esas morales sociales e individuales y permitirá descalificar a las que violentan gravemente los bienes humanos básicos. También respaldamos el ámbito de democracias deliberativas que auspicien diálogos racionales en donde al menos se respetan las cuatro exigencias enseñadas por Habermas (inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad), aunque desde nuestra perspectiva corresponde anexarle otras exigencias y fundamento que remiten a una metafísica realista. Yendo nuevamente a una metafísica de lo humano, en cada individuo de esa especie se confirma la presencia de aquello que le hace ser eso y no otra cosa, aunque junto a ese señalamiento de lo esencial corresponde advertir características de orden accidental de enorme variaciones. Pero esa naturaleza no solo nos permite deslindar lo humano de lo que no lo es, sino también que ella contiene inclinaciones y operaciones que traducen el ser propio de todo hombre.

2.3. La confusión entre identidad personal e identidad social: éste error supone una exal-

tación de la comunidad en orden a su relevancia moral para el desarrollo de la vida humana individual, sin embargo afirma Garzón que “el Estado de Bienestar no es una mera reformulación de una solidaridad supuestamente dada en las comunidades pequeñas, sino que esta basado en la imposición coactiva, a través de la vía fiscal... Son las instituciones las que confieren derechos sociales inmunes a los sentimientos de simpatía o antipatía de los miembros mejor situados en la sociedad”. Por otro lado, en las pequeñas comunidades no siempre se constata una “vida armónica”, y ellas pueden derivar en comportamientos discriminatorios con el objetivo de defender “una supuesta autenticidad personal” identificada con la “identidad social”.

2.3' Sin perjuicio que compartamos el corazón de esta tercera confusión, tenemos la impresión que el discurso de Garzon traduce una confianza exagerada en el derecho. El marco de la cultura que anima a una sociedad no solo requiere que la autoridad la tenga en cuenta, especialmente cuando promulga el derecho (Aquino señala que la ley debe ser “posible, conforme con la naturaleza, apropiada a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, claramente expresada...”^[119], y hace prevalecer el derecho

[119] TOMAS DE AQUINO “Suma Teológica”, I-II, c.95, a.3

consuetudinario a las órdenes del monarca^[120]), sino que ese ethos puede contribuir o dificultar la eficacia de lo que prescribe la ley. La amistad o concordia política sabemos desde la Grecia antigua el valor que puede tener para el derecho, y la ausencia de ella en muchas sociedades actuales acredita esa verdad con mucha contundencia. Confiar en la “potestas” y marginar la “auctoritas” del gobernante habla de un cierto juridicismo y el riesgo de darle la espalda a una experiencia humana amplia y consolidada. Fue la Europa del XIX y del Estado de Derecho Legal la que rompe los puentes entre el derecho y la moral y política, pero el common law mantuvo las conexiones de esas dimensiones de la vida social.

2.4. La confusión entre unidad cultural y unidad institucional: aquí estamos frente a las propuestas que defienden sin cortapisas un pluralismo jurídico o derechos alternativos frente a derechos nacionales. Explica Garzón que es un falso dilema postular que sin autonomía jurídica total se termina defendiendo la opresión del régimen jurídico nacional, En tanto existen alternativas institucionales en donde lo nacional brinda acogida y protección a instituciones ancladas en culturas minoritarias. Por supuesto que el límite para esa receptividad es el res-

[120] TOMÁS DE AQUINO “Suma Teológica”, I-II,c.97,a.3

peto de los derechos humanos, advirtiéndolo al profesor homenajeado que aquellos derechos alternativos en ocasiones promueven la violación de ese “coto vedado” prohibiendo salir de la comunidad o prohibiendo su reingreso. Ese límite innegociable genera cierta uniformidad jurídica, pero ese “es el precio que hay que pagar si se quiere contar con un régimen de igualdad ciudadana dentro del marco de un Estado. El civismo prima en este caso sobre el pluralismo”.

2.4'. Otra coincidencia, aunque no cabe promocionar el derecho nacional poniendo como único límite al pluralismo jurídico el respeto a los derechos humanos. Entre otros beneficios insistamos con la eficacia o el cumplimiento voluntario de lo establecido en la ley, a lo que puede agregarse cierto y eventual enriquecimiento cultural jurídico generado por el multiculturalismo. La historia enseña que los imperialismos culturales son frecuentemente impulsados por parte de los Estados poderosos. A la hora de marcar sociedades decentes o desarrolladas es habitual caer en etnocentrismos discriminatorios. La conclusión genérica en favor del civismo por sobre el pluralismo, no la compartimos.

2.5. La confusión entre sujetos jurídicos y sujetos morales: sin perjuicio que las normas jurídicas pueden “crear entes colectivos como

portadores de derechos”, la pregunta que se formula Garzón es “si un ente colectivo puede ser portador de derechos morales”, y si la respuesta que se escoge es la afirmativa se estará admitiendo “la existencia de entes no individuales portadores de intereses moralmente relevantes, distintos de los interés morales de los individuos que integran un grupo o una colectividad”. Esta respuesta para Garzón es insostenible y confunde derechos jurídicos con derechos morales, pues éstos últimos solo pueden corresponder a individuos, y la historia enseña que por la vía de afirmar la existencia de derechos morales de una colectividad se han cometido graves violaciones a los derechos humanos en nombre de la primacía de bienes colectivos o comunes. La existencia derechos humanos colectivos por un lado, y por el otro derechos humanos individuales, conlleva la pregunta por la prioridad en caso de conflicto, y si la respuesta es conferir superioridad a los colectivos sobre los individuales, el daño a los derechos es evidente, y si se escoge la otra alternativa la conclusión es que nada se ha ganado creando a los derechos colectivos.

2.5'. El recurso de conceptos analógicos y la prevención de no incurrir en falacia de falsa generalización, puede brindar otra mirada a esa quinta confusión. Por supuesto que agentes morales en sentido estricto son los seres humanos en tanto ellos cuentan con razón y

libertad; pues la materia prioritaria de la moral son los actos propiamente humanos, o sea los realizados con la intervención de esas facultades estrictamente humanas. De todas maneras, a tenor que el concepto central de la moral es el bien, ahí donde aparezca una expresión del mismo cabe hablar de moral. Por empezar podemos hablar de moral individual y moral social, y esta distinción se apoya en que cada ser humano cuenta con una naturaleza que requiere de bienes que alcanzamos por medio de nuestro propio esfuerzo (el estado de mi salud requiere centralmente de lo que yo haga o deje de hacer en el terreno de la alimentación, el descanso, etc.) y de bienes que logramos junto a otros (un buen medio ambiente es esfuerzo compartidos).

El planteo de Garzón que el recurso a los derechos humanos colectivos desemboca en el conflicto con los individuales, nos parece que esa advertencia no puede dejar de lado la alternativa de la armonía y de la consiguiente felicidad provista por esos diferentes bienes. Aún cuando aceptemos conflictos eventuales en aquel terreno no podemos ignorar los provechosos acuerdos que beneficiarán el buen vivir en sociedad, y en este punto van las siguientes notas que amplían nuestro punto de vista:

i) uno de los bienes humanos básicos de Finnis es la “amistad”, el que implica la po-

sibilidad de generar otros espacios que nos proporcionan bienes que de otra manera no podríamos lograr o lo lograríamos deficitariamente. Aquí cabe la presencia del derecho generando y facilitando la creación racional de personas jurídicas colectivas a la que *mutatis mutandi* se le atribuyen derechos y deberes, (por ejemplo el caso de una sociedad anónima o un pueblo que pretende conservar su lengua) posibilitando la provisión de bienes;

ii) la sociedad política es la unión de seres humanos para perfeccionarse en comunidad y no simplemente para estar juntos, y se llama bien común en tanto el fin afecta y beneficia a todos, y porque para procurarlo se requiere el aporte organizado y coordinado de todos. En términos metafísicos la realidad de la sociedad no es sustancial, sino accidental, "el todo está en las partes y no existe fuera de ellas"^[121], pues, la unidad que implica la sociedad es unidad de composición o de orden. En definitiva, el fin de la comunidad política, de su autoridad y del derecho es generar, conservar y promover ese bien común, que es orden justo, y en consecuencia pacífico, fundado en la naturaleza humana y en sus exigencias a la que procura satisfacer con una plenitud, ordenada, dinámica

[121] TOMAS DE AQUINO "In 4 Physic.", I,4

y participada proporcionalmente, de bienes de distinta naturaleza;

iii) en una perspectiva individualista no hay más bienes que los individuales, en otra colectivista el bien se reduce a los colectivos, pero en la clásica mirada que suscribimos interesa advertir que el bien común “No está ni puede estar, fuera del hombre, de la persona humana, sino en él”^[122]. El bien individual puede existir sin el bien común, pero sin éste no se puede lograr su florecimiento. Insistamos en los distintos tipos de bienes (exteriores, corporales y espirituales), aunque cierta suficiencia de los bienes exteriores o materiales (vivienda, comida, vestimenta, etc.) es “condición necesaria” para que el hombre ponga empeño en los otros bienes. Sin perjuicio que Finnis en la caracterización de bien común lo asocia al “interés público” y al “bienestar general”, brinda una definición en los siguientes términos: “conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o nega-

[122] Cfr. mi libro “Las causas del derecho”, Prólogo de Georges Kalinowski. Abeledo Perrot, 1983, especialmente el tratamiento de la “causa fin”.

tivamente) en una comunidad”^[123]. Hablando de bienes comunes apelemos a un distinción propuesta por Juan A. Casaubón^[124]: 1. bienes comunes participables, que pueden ser disfrutados por cualquier número de personas sin que los mismos se dividan o aminoren (belleza del medio ambiente, orden público, etc.); 2. bienes comunes colectivos que por ser materiales, el disfrute de algunos puede afectar al de otros (hospitales, teatros públicos, etc); y 3. bienes distribuibles: que se dividen y distribuyen conforme a justicia distributiva entre sujetos y grupos, supliendo necesidades al respecto (alimentos, subsidios, etc.);

iv) desgranando una definición del derecho proporcionada por Alan Gewirth^[125], encontramos los siguientes elementos: 1) el sujeto titular del derecho que puede ser un sujeto individual o un sujeto colectivo; 2) el objeto o materia en la que consiste el derecho; 3) el sujeto obligado de cumplir con el objeto del derecho, privado o público; 4) la base justificatoria o fundamento del derecho que puede pro-

[123] FINNIS John “Ley Natural y Derecho Natural”, ob.cit., p.184

[124] CASAUBÓN Juan A. “Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica”. *Ethos*, 2/3, Buenos Aires, 1974/75

[125] GEWIRTH Alan “Are there any absolute rights”, en J. WALDRON (comp.) “Theories of Rights”, Oxford, Oxford University Press, 1984

porcionarlo una norma jurídica o un principio jurídico. Agreguemos a esas cuatro notas dos más: 5) el fin procurado en el reconocimiento o concesión del derecho, en donde directa o indirectamente se hace presente el bien común; 6) el medio previsto con el que se pretende garantizar el cumplimiento del derecho o las consecuencias que acarrearía su incumplimiento. Y cabe anexarle una precisión importante en relación al cuarto elemento: ese “suyo” en el que consiste el derecho de alguien, que los otros deben respetar o restituir esa “cosa debida” (Aquino precisa: “los juristas... llaman derecho a lo mismo que Aristóteles ha denominado justo”^[126]), pues en esos “suyos” de cada uno cabe distinguir aquellos derechos cuyo título consiste en pertenecer a la especie, y otros derechos cuyo fundamento y justificación esta en normas dictadas por la autoridad o acordadas por los particulares. De ese modo se puede hablar de lo justo “natural” y lo justo “positivo”, aunque no cabe entenderlo a esos espacios como ámbitos que la razón práctica identifica fácilmente donde empieza y termina cada uno, de todas maneras hay alguna juridicidad necesaria e indisponible (los bienes humanos básicos) que si el derecho que se pone no los respeta ni protege, no puede pretender

[126] TOMAS DE AQUINO “Comentario al Libro V de la Etica a Nicómaco”, Lección 12

validez jurídica entendida como justificación racional; y

v) asumiendo en clave de la filosofía jurídica clásica que las deudas sociales quedan comprendidas en la justicia, cabe distinguir aquellas que pueden juridizarse de las que no pueden ser prescriptas jurídicamente, y esto último en razón de que su cumplimiento no es viable hacerlo por medio de la coerción (por ejemplo la deuda de agradecimiento) o resulta imposible saldar completamente la deuda (por ejemplo la que se mantienen para con los padres de quienes hemos recibido la vida). Es obvio que el cumplimiento voluntario de las deudas de justicia no juridizables aporta al buen vivir de la sociedad.

3. El trabajo de Garzón precedente glosado no se introduce en la relevante cuestión de la razón práctica (sustancial y procedimental), aunque está presente cierta confianza en que pueda recurrirse a ella en orden a que nos permita conocer respuestas morales verdaderas. En este punto nos gustaría dejar constancia que en la visión aristotélica-tomista^[127] que suscribimos la definición de verdad por correspondencia solo se asocia a juicios proporcionados

[127] Cf. ALFONSO GARCÍA MARQUÉS-JOQUIN GARCIA HUIDOBRO (editores) "Razón y Praxis", EDEVAL, Valparaiso, 1994

por la razón teórica, mientras que en la verdad de los juicios de razón práctica no hay posibilidad de aquella definición dado que aún no tenemos la realidad, pues queremos que nuestro comportamiento sea el correcto o verdadero y ello se traduzca en un comportamiento bueno o justo. Obrar bien es obrar conforme a la razón, y el principio del que parte esa razón que se ocupa de guiar la conducta es que el bien es lo que los seres humanos apetecen y deben procurarlo, rechazando las opciones que se apartan del mismo. Desde ese primer principio de la razón práctica, ella puede derivar reglas que van ganando en concreción y perdiendo generalidad, hasta llegar al plano de lo circunstanciado donde aumenta la posibilidad de error en el conocimiento verdadero. En esa dimensión creadora que le toca a cada ser humano en su tarea de dirigir su vida están los bienes humanos básicos que se constituyen en “absolutos morales”^[128] y son el contenido de los llamados derechos humanos en sentido estricto. Recordemos que según Finnis no hay jerarquía entre ellos, y que hay distintos modos de dirigir la vida en orden al florecimiento humano. En esa sintonía, la opinión finnisiana en el terreno jurídico se traduce en el rechazo de la tesis dwokiniana de la única

[128] Cfr. FINNIS John “Moral Absolutes”, CUA Press, Washington DC, 1991

respuesta correcta^[129]. Adherimos a una visión del derecho en donde lejos del paralelismo, se entremezclan la juridicidad natural y la juridicidad, de ahí también la prevención finnisiana sobre el adjetivo natural y su preferencia por remitirse a la razón.

[129] Cfr.FINNIS John “Natural Law and Legal Reasoning”, Notre Dame Law School.1990

LIBROS PUBLICADOS POR LA FUNDACION

1. R. ALEXY. *Derechos sociales y ponderación*. 2ª reimp.
2. L. FERRAJOLI. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2ª reimp.
3. A. RUIZ MIGUEL, R. NAVARRO-VALLS. *Laicismo y Constitución*. 2ª reimp.
4. P. COSTA, B. ALÁEZ CORRAL. *Nacionalidad y ciudadanía*.
5. V. FERRERES, J.A. XIOL. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2ª reimp.
6. M. TARUFFO, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. CANDAU PÉREZ. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª reimp.
7. R. ROMBOLI, M. CARRILLO. *Los consejos de garantía estatutaria*.
8. P. SALAZAR UGARTE, J. AGUILÓ REGLA, M. A. PRESNO LINERA. *Garantismo espurio*.

9. E. BULYGIN, M. ATIENZA, J. C BAYÓN. *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho.*
10. F. LUCAS MURILLO, J. L. PIÑAR MAÑAS. *El derecho a la autodeterminación informativa.*
11. F. J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO, M.A. RODILLA. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas.*
12. I. SHAPIRO, P. DE LORA, C. TOMAS-VALIENTE. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto.*
13. J.F. MALEM SEÑA, F.J. EZQUIAGA, P. ANDRÉS IBÁÑEZ. *El error judicial. La formación de los jueces.*
14. C. REDONDO, J. M^a SAUCA, P. ANDRÉS IBÁÑEZ. *Estado de Derecho y decisiones judiciales.*
15. S. HUSTER, A. PAU, M. ROCA. *Estado y cultura.*
16. P.COMANDUCCI, D. GONZÁLEZ LAGIER, M.A. AHUMADA. *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo.*

17. E. BARROS BOURIE, M^a P. GARCÍA RUBIO, A.M. MORALES MORENO. *Derecho de daños.*
18. A. AARNIO, M. ATIENZA, F.J. LAPORTA. *Bases teóricas de la interpretación jurídica.*
19. A. SQUELLA, N. LÓPEZ CALERA. *Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento?*
20. S. HUSTER, E. GARZÓN VALDÉS, F. MOLINA. *Terrorismo y Derechos Fundamentales.*
21. M.T. SOLER ROCH, J. M. TEJERIZO LÓPEZ, F. SERRANO ANTÓN. *Los defensores del contribuyente.*
22. R. VÁZQUEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. M^a VILAJOSANA RUBIO. *Democracia, religión y Constitución.*
23. C. VENTURINI, M. FUENTESECA DEGENEFFE. *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad.*
24. E.ROCA TRÍAS, V. GUILARTE GUTIÉRREZ. *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles.*

25. J.J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS, J. FERRER BELTRÁN. *Los desacuerdos en el Derecho.*
26. J. DELGADO ECHEVERRÍA, J. RAMS ALBESA. Retos de la dogmática civil española.
27. A. PACE, P. ANDRÉS IBÁÑEZ. *Inmunidad del poder en Italia.*
28. C. PEÑA, H. OMAR SELEME, F. VALLESPÍN. *Estudios sobre Rawls.*
29. M. BAURMANN, J. L. MARTÍ, P. de LORA. *Los desafíos de la democracia.*
30. A.-F. FRANCO, C. ÁLVAREZ ALONSO. *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz.*
31. J. A. XIOL, F. J. BASTIDA. *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*
32. A. OLLERO, J. A. GARCÍA AMADO, C. HERMIDA DEL LLANO. *Derecho y moral: una relación desnaturalizada.*
33. E. GARZÓN VALDÉS [et al.]. *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente.*

34. C. ROGEL VIDE, E. SERRRANO GÓMEZ. *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI.*
35. M. CARRILLO, R. ROMBOLI. *La reforma del recurso de amparo.*
36. P. SCHIERA, B. CLAVERO. *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política.*
37. J. ESTEVE, J. TEJADA. *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes.*
38. J. M. NAREDO, C. TAIBO. *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: Causas, efectos y perspectivas de la crisis.*
39. M. STOLLEIS, A. PAULUS, I. GUTIÉRREZ. *El Derecho constitucional de la globalización.*
40. J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, S. MUÑOZ MACHADO. *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013.)*
41. Ph. FRUMER, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ. *La renunciabilidad de los*

derechos fundamentales y las libertades públicas.

42. A.-E. PÉREZ LUÑO, F. de CARRERAS, T. LIMBERGER, R. GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE. *Construcción Europea y Teledemocracia.*
43. P. GROSSI, A. LÓPEZ Y LÓPEZ. *Propiedad: otras perspectivas.*
44. C. PINELLI, M. PRESNO. *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política.*
45. B. ALÁEZ, J. J. RUIZ. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos.*
46. G. COHEN, E. FARNÓS AMORÓS. *Derecho y tecnologías reproductivas.*
47. P. RUIZ-TAGLE, J.L MARTÍ. *La concepción republicana de la propiedad.*
48. F. RUBIO LLORENTE, P. NAVARRO, J. TORNO MÁS, J.J. SOLOZABAL, F. DE CARRERAS, F. CAAMAÑO. *Una propuesta de federalización.*
49. T. TORRES, M.P. GARCÍA RUBIO. *Libertad de testar.*

50. R. MOURA RAMOS y A. RODRÍGUEZ BENOT. *Evolución reciente del Derecho Internacional Privado de familia en los estados miembros de la Unión Europea.*
51. M. VAQUER CABALLERÍA; J. PONCE SOLÉ y R. ARNAIZ RAMOS. *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda.*
52. C. SCHMID, B. ARRUÑADA. *Las transacciones transfronterizas inmobiliarias en Europa.*
53. M^a E. COBAS, Y. ROSABAL ROBAINA y M^a L MARTINEZ VELENCOSO. *La apertura y transformación del régimen jurídico de la propiedad en Cuba.*
54. B. HESS y M. REQUEJO ISIDRO. *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones.*
55. R. ALONSO GARCÍA. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA. *El sistema europeo de fuentes.*
56. C. DE AMUNÁTEGUI Y M. MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas.* 2020

57. R. ALONSO GARCÍA. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA. *El sistema europeo de fuentes*. 2022
58. C. PALAO TABAODA. P. SALVADOR CODERCH. *Fraude a la ley y simulación en derecho civil y derecho tributario*. 2022
59. M. GASCÓN ABELLÁN. P. ANDRÉS IBÁÑEZ. D. GONZÁLEZ LAGIER. *La prueba de los hechos*. 2023.
60. ÁNGEL LÓPEZ. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG. *Norma y juez en la aplicación del derecho*. 2023.
61. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. MANUEL ARAGÓN REYES. *Motorización o incontinencia legislativa. Producción, normas, análisis económico de los efectos que produce esta situación*. 2023.
62. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA. IVANA FRASQUET MIGUEL. *1823. Fin del Trienio Liberal y primera experiencia constitucional española bihemisférica*. 2023.
63. ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ. JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO. *La*

vecindad civil y la aplicación del derecho foral a los extranjeros. 2023.

64. JUAN ANTONIO XIOL. XAVIER ARZOZ. *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE como canon del recurso de amparo. 2025*
65. JOSEPH H.H. WEILER. PEDRO CRUZ VILLALÓN. *El Tribunal de Justicia UE sobre el pañuelo islámico en el lugar de trabajo. 2025*
66. DIEGO VIGIL DE QUIÑONES. JAVIER GOMA LANZÓN. *Carisma y Derecho ¿Tensión irresoluble? 2025*

COORDINADORES

Manuel Atienza es catedrático de Filosofía del Derecho -emérito- de la Universidad de Alicante. Ha publicado, entre otros trabajos: *Curso de argumentación jurídica* (2013); *Filosofía del derecho y transformación social* (2017); y *Sobre la dignidad humana* (2022).

Jorge F. Malem Seña es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona -jubilado-. Ha publicado, entre otros trabajos: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002; *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008; *Pobreza, corrupción, (in) seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.