

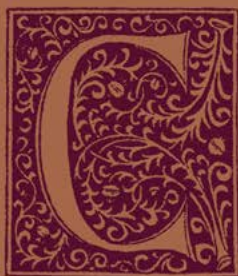
DERECHO Y
RAZÓN PRÁCTICA

*Homenaje a
Ernesto Garzón Valdés*

- TOMO 2 -

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 2 -



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

ERNESTO GARZÓN VALDÉS Y
LA RESPONSABILIDAD..... 223

Francisco J. Laporta

ERNESTO GARZÓN VALDÉS
SOBRE LA RAZONABILIDAD Y
LA “VÍA NEGATIVA” 233

Eduardo Rivera López

LAS TÉCNICAS DE LOS
VIEJOS MAESTROS:
ESTRATEGIAS PARA LA ÉTICA
Y RAZONABILIDAD EN EGV 247

Silvina Alvarez Medina

¿DAÑA QUIEN NO PRESTA
AUXILIO EN SITUACIONES
DE EMERGENCIA? GARZÓN
VALDÉS SOBRE LA
FUNDAMENTACIÓN DE LOS
DEBERES GENERALES POSITIVOS ... 257

Diego M. Papayannis

DERECHO, MORAL Y PUNTO
DE VISTA INTERNO.....283

Josep M. Vilajosana

1. LA TESIS DE ERNESTO GARZÓN
VALDÉS285
2. SOBRE LA VERSIÓN
GARZONIANADEL PUNTO DE
VISTA INTERNO289
3. UNA CONCEPCIÓN
CONVENCIONALISTA DEL
PUNTO DE VISTA INTERNO294
4. LA NORMATIVIDAD DE LA
REGLA DE RECONOCIMIENTO298

LA ESTABILIDAD DE LOS
SISTEMAS POLÍTICOS Y LA
VALIDEZ JURÍDICA ENTRE
OTROS LEGADOS DE ERNESTO
GARZÓN VALDÉS305

Sebastián Agüero

LEGITIMIDAD POLÍTICA Y
DERECHOS SOCIALES.....321

Ricardo García Manrique

1. LOS DERECHOS SOCIALES
ESTÁN DESTINADOS A
SUPERAR Y/O COMPENSAR
DESIGUALDADES
ACCIDENTALES ENTRE LAS
PERSONAS.....328
2. LOS DERECHOS SOCIALES SE
SATISFACEN MEDIANTE EL

CUMPLIMIENTO DE DEBERES POSITIVOS.....	332
3. LOS DERECHOS SOCIALES SE FUNDAMENTAN EN LA DIGNIDAD HUMANA	334
4. LOS DERECHOS SOCIALES PERTENECEN AL COTO VEDADO.....	341
5. LOS DERECHOS SOCIALES NO SE DISCUTEN DEMOCRÁTICAMENTE	346
6. LOS DERECHOS SOCIALES SE PUEDEN PROTEGER JURISDICCIONALMENTE.....	364
7. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES ES CONDICIÓN NECESARIA DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA.....	368
8. CONCLUSIÓN	370

ALGUNAS IDEAS SOBRE LA PUBLICIDAD Y LA TRANSPARENCIA EN LA OBRA DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS	373
---	-----

Isabel Lifante Vidal

SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA.....	389
--	-----

Daniel Mendonca

Tabla 1. Índice de Desarrollo Democrático, Fundación Konrad Adenauer (2016) ...	395
Tabla 2. Indicadores de gobernabilidad, Banco Mundial (2023).....	396

LIBROS PUBLICADOS POR LA	
FUNDACION.....	401
COORDINADORES.....	411

ERNESTO GARZÓN VALDÉS Y LA RESPONSABILIDAD

Francisco J. Laporta

Una de las invenciones más celebradas de William Shakespeare es la de mostrar abiertamente en escena la psicología interior de sus caracteres. Ante nosotros avanzan hacia el proscenio y parecen quitarse la máscara de su ‘personaje’ para ofrecernos en un soliloquio lo más íntimo de su persona. Para incrementar la verosimilitud del momento, Shakespeare recurre a veces a un lenguaje crudo, sin filtro social alguno. En la escena segunda del acto primero de *El Rey Lear*, el bastardo Edmund se queda solo, viene hacia nosotros y reflexiona en voz alta así:

“Esta es la magnífica estupidez del mundo, que, cuando estamos mal de fortuna – muy a menudo por los excesos de nuestra propia conducta – echamos la culpa de nuestros desastres al sol, la luna y las estrellas; como si fuéramos villanos por necesidad, necios por exigencias de los cielos; truhanes, ladrones y traidores por el influjo de las esferas; borrachos, embusteros y adúlteros por

obediencia forzosa a la influencia planetaria, y todo aquello en lo que obramos mal, por una imposición divina: una admirable evasión del putero, cargar su disposición de cabrón a la cuenta de los astros. Mi padre holgaba con mi madre bajo la cola del Dragón y fui a nacer bajo la Osa Mayor, de lo que se sigue que soy violento y lascivo. ¡Bah! Habría sido el que soy aunque la estrella más virginal del firmamento hubiera centelleado mientras me hacían bastardo” (*El Rey Lear*; Acto I, escena segunda. Mi traducción).

No es casualidad ni mero adorno el que Ernesto Garzón Valdés encabezara más de una vez sus reflexiones sobre la noción de responsabilidad con este soberbio texto de Shakespeare. Porque para Ernesto la inspiración portentosa de un artista, (de un poeta o de un pintor, por ejemplo) acertaba a veces a establecer con toda naturalidad los términos de una intrincada cuestión teórica y filosófica. Por eso frecuentaba tanto la literatura y la historia de las artes, con esa cultura tan ingente como discreta con la que viajaba de aquí para allá y nos regalaba siempre espontáneamente.

Su intención al llamarnos la atención sobre el parlamento del bastardo Edmund era, claro, advertirnos de las severas consecuencias que tiene para el discurso moral esa propensión tan

conocida a sacudirnos la responsabilidad endosándosela a algún agente o fenómeno causal extraño: en un tiempo fueron los astros o los dioses; ahora parecen haberse impuesto con fuerza los condicionamientos sociales o las enfermedades. La culpa es de la sociedad, del capitalismo, del patriarcado, etc., no de nuestro carácter. O de la enfermedad: hemos obrado mal, pero ello se debe a que estamos enfermos y en lugar de reproche lo que necesitamos es terapia. Es lo que podría llamarse “externalización” de la maldad, o “medicalización” de la culpa o, si quieren, más técnicamente, “naturalización de la responsabilidad moral”. El resultado, en todo caso, una suerte de evasión, porque si son los astros los que guían nuestra conducta ¿dónde queda nuestra libertad? ¿Qué sentido tiene el reproche o el mérito moral? Y su corolario obvio: ¿cómo podemos, entonces, hablar de responsabilidad, sentirnos responsables?

Ernesto emprende entonces una minuciosa exploración de los juicios condenatorios de imputación de responsabilidad y los va limpiando con detenimiento de todas aquellas adherencias que pudieran desactivar su sentido: la controversia sobre la naturaleza de las relaciones de causalidad, los problemas de la intencionalidad de la acción, la conducta colectiva como dilución de la culpa, la supuesta existencia de varios tipos de morales, la apelación al determinismo, el papel de la suerte y de la justicia en la viabilidad de la

imputación, etc. El resultado de su examen es que ante nosotros se van diluyendo todos aquellos pretextos y aparece con toda limpieza y sin asomo alguno de vía de escape, la fuerza de los enunciados de responsabilidad que nos atañen. Esta operación teórica es una constante de su pensamiento, hasta el punto de que me aventuraría a decir que uno de los ejes que también guía su reflexión y su enseñanza es precisamente este que llamaría “principio de responsabilidad moral”. No sé si sería un duodécimo principio que añadir a los once que ha formulado agudamente Manuel Atienza sobre su obra, o cabría considerarlo incluido implícitamente en ellos. Pero el resultado es que, al enfrentarnos desnudamente con la fuerza de esos enunciados, hemos aprendido muchas cosas sobre ellos, y también hemos aprendido lo fútiles que son las excusas de que nos valemos para eludirlos. O lo que es lo mismo, nos ha hecho enfrentarnos con nuestra propia conciencia. No tengo la menor duda de que en la reflexión moral de Ernesto Garzón resuena siempre el eco de aquel párrafo decisivo de la *Metafísica de las Costumbres* de Immanuel Kant:

“Todo hombre tiene conciencia moral y se siente observado, amenazado y sometido a respeto – respeto unido al temor – por un juez interior; y esa autoridad que vela en él por las leyes no es algo producido arbitrariamente por él mismo, sino inherente a su ser. Cuando pretende

huir de ella, le sigue como su sombra. Puede, sin duda, aturdirse y adormecerse con placeres y distracciones, más no puede evitar volver en sí y despertar de cuando en cuando tan pronto como percibe su terrible voz. Puede, incluso, en su extrema depravación, llegar a no prestarle atención, pero lo que no puede en ningún caso es *dejar de oírla*”

Acaso los términos en los que Kant expresa la fenomenología de la conciencia moral podrían hoy ser matizados un tanto, pero no su presuposición básica: que el ser humano tiene en su voluntad libre y en su razón el fundamento de su vida moral. Y eso me parece a mí que late también en la exposición que hace Ernesto de la idea de responsabilidad. Al presentárnosla en toda su desnudez, nos está impulsando también a no defraudarla, a no pretender *dejar de oírla*. En esto precisamente quería yo detenerme: con Ernesto Garzón Valdés, no sólo se aprendía *teoría de la responsabilidad*, cuestión compleja en sí misma tanto para el jurista como para el filósofo moral; de eso se aprendía mucho, desde luego, pero acaso más importante era que se aprendía también a *ser responsable*. Porque Ernesto no era un filósofo de aquellos que a orillas del Duero retrató Machado, filósofos que “nutridos de sopas de convento, contemplan impassibles el amplio firmamento”, filósofos que cuando

escuchan un rumor o un clamor, “no acudirán siquiera a preguntar ¿qué pasa?”. Ernesto era un filósofo que se preguntaban impenitentemente por lo que pasaba, no elegía nunca los temas inocentemente: se ocupaba de los que de uno u otro modo despertaban su profunda sensibilidad moral. Su riguroso análisis conceptual no era un simple juego académico. De un modo implícito, la presentación de los resultados de sus reflexiones morales llevaba también consigo inadvertidamente un estímulo para el comportamiento. Por decirlo lisa y llanamente: no solamente nos informaba, sino que nos hacía mejores personas. De algún modo fluido y natural muchos hemos heredado también de él nuevas formas de contemplar nuestra peripecia ética en el mundo que nos ha tocado vivir.

Recordemos si no, la tragedia de Kitty Genovese y nuestra discusión sobre los llamados “deberes positivos generales”, esto es, los deberes de hacer *erga omnes*. El asunto no es baladí, porque solo si se postula la fuerza de tales deberes cabe asumir plenamente la condición universal de los enunciados éticos que reconocen derechos humanos. De pronto surgió ante nosotros, ante un caso trágico, una dimensión de nuestra realidad moral en la que muchos no nos habíamos parado a pensar: el día 13 de marzo de 1964 Kitty Genovese fue violentada y muerta ante un edificio del barrio neoyorkino

de Queens. El agresor se demoró más de media hora entre los gritos desgarradores de Kitty que se oyeron en todo el vecindario. Al final le produjo la muerte. Nadie, sin embargo, hizo nada por evitarlo y al parecer ninguno de los vecinos se sintió moralmente preocupado. ¿Por qué?, se preguntaba Ernesto. Y entonces empezaba el examen de las posibles respuestas. Podrían haber pensado que sólo quien produce activamente un mal es causa de ese mal, no quien permanece inactivo. O que la distancia en el espacio o el tiempo debilita la fuerza de nuestros deberes morales hasta hacerlos desaparecer. O que los miembros de nuestra comunidad son el destinatario preferente de nuestras obligaciones éticas, y no los extraños (quizás Kitty gritaba en italiano). O que cuando no hemos causado el mal no nos es exigible sacrificio alguno para remediarlo, por trivial que sea. O que la probabilidad de que otros vayan a acudir en su auxilio nos exonera proporcionalmente de nuestra responsabilidad. Pues bien, todas esas respuestas posibles eran desactivadas minuciosamente por los argumentos de Ernesto. Para lo que quiero reconocer aquí como una deuda, sin embargo, lo importante no era eso: por rigurosos y serios que fueran sus argumentos, podían discutirse, y él mismo nos invitaba a hacerlo. Pero lo importante era que la pregunta ética quedaba ahí ya ante nosotros y nos interpelaba desde entonces inevitablemente. Éramos ya más conscientes, es decir, éramos ya mejores

personas. Esta es seguramente la deuda más impagable que tenemos con él. No bastaba con el horror piadoso ante el sufrimiento de los demás: debíamos hacer algo, por trivial que fuese. Porque nosotros éramos ya, desde entonces, los vecinos de Kitty Genovese.

Y el mismo diseño argumental puede identificarse en lo que respecta a las por él llamadas “calamidades”. La “calamidad” es una desgracia o desastre que resulta de acciones humanas intencionales. La “catástrofe”, en cambio, es la desgracia provocada por causas naturales que escapan al control humano. Para lo que aquí me interesa, las estrategias justificatorias de quienes han realizado acciones calamitosas se diversifican en varios argumentos que, otra vez, son desactivados por Ernesto: que la desgracia era inevitable, que no se actuó intencionadamente, que el fin que se perseguía justificaba el desastre, que se optó por el mal menor, o que lo sucedido era imprevisible. Una vez limpiados de justificaciones y excusas espurias, todos esos argumentos resultan inconcluyentes, y el resultado es como el anterior: podemos ser responsables de las calamidades frente a las que nuestra actitud moral no se interpone. “A cada cual le corresponde – escribe Ernesto en la página final de ese libro – elegir entre seguir la senda de la calamidad o buscar la salida de la dignidad moral”. Esa era siempre su lección más profunda.

Y fue la lección que practicó siempre. Por ejemplo, nunca dejó de dirigir desde ella su mirada crítica hacia su propio país. Para recordarle, con toda seriedad, que también era responsable de su historia y su peripecia. A un pueblo iluso, como resultan tantas veces los pueblos envenenados por los mensajes tóxicos de demagogos y caciques, también tenemos la responsabilidad de ir retirándole uno a uno los velos de la ilusión. Por estúpidas e increíbles que sean las aseveraciones y las consignas que vehiculan desde su mentalidad agitadora charlatanes y tiranos, siempre acaban por tener un eco entre la gente. En son de broma, Ernesto recordaba que los mandarines del peronismo llegaron a afirmar que la Argentina era la primera sociedad que iba a distribuir energía nuclear en bombonas de tamaño pequeño, mediano o grande, según las necesidades del usuario. No necesito recordar todos los esperpentos parecidos que se pueden oír casi todos los días en casi todos los países. También en el nuestro. Advertir desde una ética rigurosa y precisa de las distorsiones de la realidad que se proyectan sobre los pueblos es nuestra responsabilidad. Ernesto nos lo enseñó a nosotros, y a él le tocó decírselo a los argentinos. Jamás se permitió la debilidad de escaparse culpando a los demás: nunca le oí decir, por ejemplo, que los culpables fueron los descubridores españoles o los imperialistas yanquis. Todo lo contrario. Admiraba el arte y la cultura colonial y respetaba la sociedad liberal nortea-

mericana. Sabía, como debemos saber todos, que los responsables están entre nosotros, que también somos nosotros. A veces se lo tomaba con un cierto humor pesimista: yo le he oído decir: “llevamos dos siglos de independencia y no hemos sido capaces de inventar ni una sopa soluble”. Por esa dignidad y esa lucidez, como tantas veces ha sucedido, también tuvo que pagar un precio: asumir el destino de los emigrados, de los exiliados y finalmente, de los transterrados. Cuando publicó *El velo de la ilusión*, ese libro mitad teórico, mitad autobiográfico al que estoy aludiendo, escribí yo algo parecido a esto: “Lo paradójico de esta dura vivencia es que aquellos que la sufren son precisamente quienes alertan con más rigor sobre el engaño y la descomposición de su país. Los otros, los sedicentes patriotas estridentes y postizos son los que fabrican, disimulan o ignoran estas mentiras, creyendo con ello que mantienen más alto el pabellón nacional”. Pero nada hay más deplorable para un pueblo que el que sus mejores ciudadanos hayan de ser enterrados lejos, de grado o por fuerza. Quisiera pensar que ese dolor con el que Ernesto viajó toda su vida, pudiera haber sido compensado en parte por la devoción y el afecto de tantos amigos como aquí estamos reunidos. Gracias, Jorge, gracias, Manuel, gracias, Isabel, y gracias a la Fundación Coloquio Jurídico Europeo por habernos dado la oportunidad de hacerlo constar.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS SOBRE LA RAZONABILIDAD Y LA “VÍA NEGATIVA”

Eduardo Rivera López

La generosidad de Ernesto ha sido impresionante. Su rigor intelectual también. Creo que la mejor manera de honrar su memoria es intentar imitarlo, hasta donde podamos, en ambas virtudes. Esto significa considerar sus argumentos con imparcialidad y con espíritu constructivo. En este breve trabajo, quisiera retomar un argumento que me parece central en el pensamiento de Ernesto (a partir de ahora, EGV), al menos en su pensamiento referido al problema de los fundamentos de la moralidad. Mi propósito es analizar ese argumento y explorar su potencial y sus limitaciones.

EGV tenía la convicción de que la teoría moral es más prometedora en su búsqueda de un fundamento objetivo si, en lugar de intentar encontrar criterios acerca de lo bueno, de lo razonable o del bienestar, comienza centrándose en criterios acerca de lo malo, de lo irrazonable, o del “malestar”. Tal estrategia tiene una ventaja evidente: hay mucho más acuerdo

sobre lo que es malo que sobre lo que es bueno. El sufrimiento, la muerte, el hambre, el daño físico, la privación, el confinamiento, son malos para casi todas las personas y, seguramente, serán considerados malos por cualquier persona razonable. Por el contrario, no podemos hacer una lista de cosas que sean buenas para toda persona razonable. Esta asimetría es notable y EGV demostró una enorme lucidez al haberla rescatado y explotado como posible basamento último de la justificación moral.

Veamos, en primer lugar, cómo puede construirse su argumento, a partir de esta idea fundamental. Lo hago tal como me resulta más claro y plausible, aun a riesgo de no ser completamente fiel a EGV (especialmente en su (1998)):

- 1) Existe un fuerte acuerdo acerca de lo que se ha llamado “mal radical” o “mal absoluto” (volveré sobre este concepto). La tortura, la miseria, las hambrunas, la enfermedad, el genocidio, son malos absolutamente.^[1] Este es el axioma del que parte la teoría.

[1] Como siempre ocurre, los aportes teóricos no son hechos sobre el vacío, sino que se inspiran en la obra de otros pensadores. EGV siempre fue escrupuloso es tales reconocimientos. En este caso, el énfasis en la “vía negativa” y la idea de que las nociones de lo malo deben ser el punto de partida de la fundamentación moral EGV la encuentra en autores como Partha Dasgupta (1993,

- 2) Las normas que promueven lo que es absolutamente malo son absolutamente irrazonables (EGV, siguiendo a G. H. von Wright, llama a esto también “perversión irrazonable”). Aquí es importante enfatizar que el argumento va *del* acuerdo casi universal sobre lo que es absolutamente malo al concepto de irrazonabilidad. Las normas que permiten o promueven la tortura, la indigencia, la guerra, etc., son absolutamente irrazonables *porque* la tortura, la indigencia, la guerra, etc., son absolutamente malas (y no al revés).
- 3) Ahora pasamos de la irrazonabilidad de una norma a la ilicitud o incorrección de seguir dicha norma: una acción es incorrecta porque sigue una norma irrazonable.
- 4) Una vez fijado el criterio de la incorrección, podemos utilizarlo para establecer lo que es bueno, razonable y permisible, a modo de contraste: “una regla o máxima de conducta será considerada como razonable mientras no se demuestre su irrazonabilidad (absoluta o *prima facie*) en un caso concreto de aplicación” (1998, p. 164). Las acciones moralmente per-

p. 8) y Brian Barry (1995, p. 188), en este último caso para la idea de que, mientras que existe un acuerdo generalizado respecto de qué es un daño o algo malo, existe una gran diversidad de concepciones acerca de lo bueno.

misibles son aquellas que no son incorrectas.

Llamemos a este argumento “Argumento Negativo”. Como sugerí, el Argumento Negativo posee, a primera vista, un enorme atractivo. Una vez que nos hemos puesto de acuerdo sobre lo que es *realmente* malo (y esto parece una tarea fácil), el resto parece seguirse de forma bastante natural: promover lo que es realmente malo no es razonable; seguir reglas no razonables es incorrecto; y seguir aquellas reglas que no son irrazonables (porque no promueven lo que es malo) es permisible. Dadas las atrocidades perpetradas por el ser humano a través de la historia (y especialmente en el siglo XX), este criterio parece suficiente, o al menos bastante fructífero. El Holocausto y otros genocidios, las hambrunas, las guerras, son malos sin ninguna duda, y una concepción del bien que incluya normas de conducta que promuevan estos horrores es absolutamente irrazonable.

Antes de evaluar el alcance de este argumento, es interesante observar el hecho de que el análisis del mal, en sus diversas manifestaciones, resultó un tema recurrente en la última etapa de la producción filosófica de EGV. En (2004), EGV analiza cinco “calamidades”: las intervenciones humanitarias armadas, el relativismo cultural, el terrorismo de estado, el terrorismo no institucional y la corrupción. Más

adelante, en (2008), analizó el caso paradigmático de mal absoluto: el Holocausto. Estos escritos tardíos pueden ayudarnos a refinar el Argumento Negativo, porque allí EGV realiza algunas clasificaciones importantes. Menciono dos de ellas. La primera se refiere al concepto de “mal radical”. EGV la utiliza varias veces en (1998) para referirse al mal absoluto. Como se sabe, la expresión proviene de Kant, quien se refiere, estrictamente, al mal intrínsecamente arraigado en la naturaleza humana (véase la cita de Kant en (2008), p. 566). En cambio, la idea de EGV no se refiere exactamente a esto, sino a estados de cosas absolutamente malos, como la miseria, el hambre, la enfermedad, la muerte, el sufrimiento extremo, etc. Por otro lado, en (2004) EGV distingue, dentro de estos males absolutos, entre calamidades y catástrofes. Las calamidades son aquellos males provocados intencionalmente por el ser humano: el genocidio, la tortura, el hambre intencionada (como en el caso de la hambruna ucraniana durante el régimen de Stalin), el terrorismo, el terrorismo de Estado, son ejemplos de este concepto. De acuerdo con esta clasificación, entonces, una hambruna que ha sido consecuencia de una catástrofe natural inevitable no es un caso de mal radical o absoluto. Es una catástrofe, no una calamidad.

¿Cuán lejos nos puede llevar el Argumento Negativo? Antes de intentar responder esta

pregunta, permítaseme considerar dos posibles objeciones al argumento e indicar brevemente las respuestas que EGV ofreció o las que, en mi opinión, se podrían ofrecer. La primera es de carácter metaético: que el Argumento Negativo parece cometer una falacia naturalista, al pasar del plano descriptivo (acerca de lo que es la desnutrición, la muerte, la tortura, por ejemplo) al normativo (acerca de lo que moralmente malo, irrazonable y, finalmente, incorrecto).^[2] Al respecto, EGV ha dado al menos dos respuestas. Una puede encontrarse en su trabajo sobre necesidades básicas (1990). Allí EGV, con ocasión de comentar la teoría de Mario Bunge sobre las necesidades básicas, defiende la idea de que la noción de necesidad (como diferente a la de deseo) puede obrar de puente entre lo fáctico y lo normativo. La otra respuesta, compatible con la primera, aparece en (1998), en lo que EGV, siguiendo aquí a Dasgupta, llama “tesis del solapamiento parcial de los juicios morales y los juicios empíricos” (p. 149). La idea es que, en conceptos tales como “desnutrición”, “enfermedad”, “miseria”, el contenido descriptivo y evaluativo están imbricados. No es posible separarlos. El concepto de miseria, por ejemplo, ya contiene una evaluación negativa. Con esta referencia a sus posibles respuestas no pretendo, desde ya,

^[2] Véase una versión de esta objeción en Álvarez 2007, p. 42.

agotar esta posible discusión, sino únicamente indicar que él vio el problema y sugirió posibles modos de superarlo.

La segunda objeción es que es imposible concebir una idea acerca de lo malo o del daño sin que, explícita o implícitamente, no presupongamos una idea de lo bueno o de lo valioso. Necesitamos una concepción del bien para explicar por qué la enfermedad, la muerte o la indigencia son malos. Si esto es así, toda la idea detrás del Argumento Negativo se desmorona. Este argumento sólo sería un ardid retórico basado en la reacción emotiva que nos producen fenómenos terribles como las hambrunas o las guerras. Sin embargo, creo que la apuesta de EGV es, precisamente, la de explotar la asimetría entre el acuerdo unánime (o *quasi* unánime) que despierta el mal absoluto y el total desacuerdo que existe respecto de lo que es bueno absolutamente. Como señala EGV, toda teoría (empírica o normativa) parte de ciertos supuestos o axiomas (1998, p. 146). No hay nada argumentativamente objetable en partir de aquellos supuestos que nadie razonablemente podría rechazar. En cambio, es característico y conocido el hecho de la enorme heterogeneidad de nuestras concepciones acerca de lo bueno.

Mi propósito es, entonces, tomar la idea básica de EGV y su Argumento Negativo, y

testear su alcance, ver cuánto podemos extraer de él, hasta dónde nos permite llegar.

La plausibilidad del Argumento Negativo depende, en una medida importante de cuán excepcional sea la mal absoluto, es decir, aquello que es malo e injustificable en toda circunstancia provocarlo, y no solamente “prima facie”. El Holocausto es, sin dudas, el ejemplo paradigmático, y no es casual que este haya sido el foco de uno de sus últimos trabajos. Una hambruna provocada intencionalmente o, al menos, a sabiendas, como la mencionada hambruna en Ucrania durante el régimen estalinista, parece ser otro ejemplo claro de maldad absoluta. Estos dos ejemplos pueden obviamente extenderse a otros casos de genocidio o de hambruna. El terrorismo (sea estatal o no estatal) podría ser otro caso de maldad condenable absolutamente. Sería patentemente irrazonable defender o justificar la provocación de un genocidio, de una hambruna o de una matanza intencional de personas inocentes con fines políticos.

Llegados a este punto, la pregunta es cuánto más podemos avanzar. Un posible candidato a ser considerado un mal absoluto es la guerra. De hecho, EGV incluye entre las “calamidades” la intervención humanitaria armada (IHA), es decir, la guerra librada con el objetivo (real o retórico) de evitar una ca-

tástrofe humanitaria o un genocidio (2004, pp. 33-92). Sin embargo, del minucioso análisis que el propio EGV realiza sobre el tema no surge claramente que la IHA sea un mal en sentido absoluto. El argumento de EGV no es pacifista por razones de principio. Por el contrario, EGV defiende la existencia de derechos humanos universales, así como la idea de que la soberanía de los estados está condicionada al respeto de esos derechos. La IHA es rechazable, pero no por contravenir principios morales fundamentales, sino por razones contingentes; básicamente, por el hecho de que nunca, en la práctica, el recurso a la guerra es la “única vía prácticamente adoptable” (p. 84). Si su argumento es extensible a las guerras en general, la conclusión debería ser, según su propio criterio, que la guerra no es un mal absoluto, sino sólo *prima facie*, dado que no es conceptualmente imposible que sea justificable en algunas circunstancias, aun cuando, en la práctica esto sólo posea una probabilidad cercana a cero.

Los otros dos casos de calamidades que EGV presenta en (2004) son aun más dudosos: el relativismo cultural y la corrupción. En ambos casos, su análisis ayuda a evitar confusiones y clasificar conceptos que podrían ser identificados erróneamente. Sin embargo, no es fácil inferir de este análisis que puedan catalogarse estos fenómenos como males absolutos,

en la misma categoría que los genocidios o las hambrunas.

Si rebasamos el conjunto de temas que EGV trató explícitamente como males o calamidades y pensamos en otros temas acuciantes de la filosofía moral (especialmente de la ética aplicada o la bioética), se debilita aún más la idea de que el Argumento Negativo pueda ayudarnos a resolverlos. En otras palabras, en el caso del mal absoluto, las cosas están claras; pero el mal absoluto, en el sentido de perversión absoluta, resulta ser, a fin de cuentas, bastante excepcional. La mayoría de las cuestiones morales que nos importan no implican la promoción lisa y llana del mal. Pensemos, por ejemplo, en cuestiones tan controvertidas y diferentes como el aborto, la eutanasia, los modelos de democracia, la justificación del castigo, el libre mercado o el Estado del bienestar. En ninguno de estos casos está en juego el mal absoluto. En todos estos problemas (y en tantos otros), los argumentos no suelen ir encaminados a demostrar que las opiniones contrarias promueven el mal absoluto.

EGV tiene esto en cuenta, cuando dice: “Aquellas máximas o reglas de conducta que propician la imposición de un mal son *prima facie* irrazonables” (1998, p. 164). En estos casos, no tenemos normas que promuevan un “mal absoluto” (que son, según EGV, absolutamente

irrazonables), sino normas que promueven “un mal”. Estas normas no son, por lo tanto, absolutamente irrazonables, sino solo *prima facie* irrazonables. El problema con este movimiento (a todas luces plausible) es que es muy difícil, tanto desde el punto de vista normativo como fáctico, determinar cuándo la imposición de un mal es irrazonable (no *prima facie*, sino) todas las cosas consideradas. A menudo ocurre que la aplicación de una norma puede tener consecuencias malas y buenas al mismo tiempo. Por ejemplo, puede tener consecuencias malas a corto plazo y buenas a largo plazo. O puede tener consecuencias malas para algunas personas y buenas para otras. Y el mundo puede ser tal que seamos incapaces de encontrar una alternativa Pareto superior: una que sea buena para algunos y no sea mala para nadie.

Cuando las acciones o reglas son realmente malas, parece que no hay justificación posible para ellas: las rechazamos absolutamente. Pero en la medida en que esas acciones o reglas se distancian de lo que es absolutamente malo, debemos hacer siempre un balance entre males y bienes, entre dañar y beneficiar (o evitar otro daño). No podemos rechazar tan fácilmente una norma o una acción sólo porque promueva un mal. Tenemos que sopesarlo con otras consideraciones. No tenemos respuestas definitivas y, por tanto, necesitamos otros criterios que vayan más allá del sugerido por EGV.

A pesar de esta limitación, el núcleo de la idea de EGV y su vía negativa podría tener una función diferente, y quizá más profunda, en nuestra deliberación moral. No la función de ser un criterio universal de lo malo y lo bueno, sino la función de ayudarnos a enfocar nuestra atención en la dirección correcta. Dada la asimetría entre lo que es malo y lo que es bueno, su Argumento Negativo puede servir para indicarnos dónde debemos enfatizar nuestro análisis de las conductas, las normas o las instituciones: más importante que los beneficios y los bienes que esas conductas, normas o instituciones puede conseguir, son los daños y los males que pueden producir. La evitación del mal es prioritario, dado que hay muchas concepciones razonables sobre lo que es bueno, pero sólo una sobre lo que es realmente malo.

De algún modo, esta idea central de su pensamiento ha influido o teñido el resto de la obra filosófica de EGV, por ejemplo, en su énfasis por preservar algunos derechos básicos en un coto vedado. De hecho, la conexión entre esos derechos y la satisfacción de necesidades básicas es explícita (1989, p. 209). Esas necesidades son bienes básicos, no porque todas las personas compartan una concepción del bien, sino, justamente, porque su insatisfacción es un mal radical, uno que ninguna persona razonable podría defender. Así como la vía negativa, como perspectiva metodológica, a obrado

una influencia benéfica en el pensamiento del propio EGV, puede resultar también un punto de partida fructífero para todos nosotros, en la continua e infinita tarea filosófica de enfrentar los dilemas morales que nos preocupan.

Referencias:

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

Barry, Brian (1995), *Justice as Impartiality*. Oxford: Oxford University Press.

Dasgupta, Partha (1993), *An Inquiry into Wellbeing and Destitution*. Oxford: Oxford University Press.

Garzón Valdés, Ernesto (1989), “Algo más sobre el coto vedado”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 6, pp. 209-213.

Garzón Valdés, Ernesto (1998), “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-II, pp. 145-166.

Garzón Valdés, Ernesto (1990), “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge”. Cito por la reimpresión en 1993, pp. 417-435.

Garzón Valdés, Ernesto (2004), *Calamidades*.
Barcelona: Gedisa.

Garzón Valdés, Ernesto (2008), “La calamidad
moral del Holocausto”, *Nexos*, marzo.

LAS TÉCNICAS DE LOS VIEJOS MAESTROS: ESTRATEGIAS PARA LA ÉTICA Y RAZONABILIDAD EN EGV

Silvina Alvarez Medina
Universidad Autónoma de Madrid

“Para un principiante la técnica de los viejos maestros se presenta como algo misterioso.”

Blanca Varela
Alla Prima

Quiero empezar este breve recuerdo de Ernesto Garzón Valdés (EGV) con los versos de Blanca Varela, que evocan la mirada de la principiante. Conocí a Ernesto cuando era una joven doctoranda; recuerdo esa sensación de aspirar a “la técnica de los viejos maestros”, la destreza, el contenido y las formas. Recuerdo el gesto de quien observa e intenta imitar, ese “algo misterioso”. Visto con la estela del después, es una lástima que cuando somos jóvenes no saquemos más provecho y, sobre todo, no tengamos más conciencia, de la mente fresca, de las ideas nuevas, del coraje y de lo nuevo que habita en la juventud. Pero así era,

yo una principiante que observaba la técnica del maestro.

En los días previos a este homenaje he estado releendo, imagino que más o menos como todas, como todos, algunos trabajos de EGV. Al tiempo que me ocupaba de los escritos reunidos en *Derecho, ética y política* (1993) y, principalmente, de su artículo “Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral” (1998b), añadí a las relecturas ese libro más personal, *El velo de la ilusión* (2000), sobre el que hice una reseña cuando apareció hace más de 20 años y en el que me dio mucho gusto encontrar ahora la letra de Ernesto, una breve dedicatoria; corría el año 2000, yo presentaba mi tesis doctoral ante un tribunal en el que estaba también EGV, y él me regalaba su libro: “Para Silvina, flamante doctora, estos recuerdos de un viejo argentino”. EGV utiliza la oportuna metáfora de la ilusión como idea conductora de este libro, que le sirve de llave para ir desvelando, uno a uno, los sucesivos desengaños que han seguido a cada una de las ilusiones históricas de Argentina. A cada ilusión correspondió la enorme frustración de ver pisoteados los principios, vulnerados los derechos, masacrada la dignidad de las personas, incumplidas las promesas, burlada la confianza. Al releerlo ahora, encontré algunas páginas en las que Ernesto apela, una vez más, al objetivismo ético y a la fundamentación racional que

conduce a la protección de bienes bajo la forma de los derechos humanos (2000:306-307). Esta apelación, que le sirve hacia el final del libro para condenar las ideologías fanáticas que alimentaron el terrorismo de estado en la historia política argentina, le sirven también para condenar el espectro que va del absolutismo al relativismo. En su lugar, la imparcialidad, la universalidad, la racionalidad y la autonomía acuden al auxilio del objetivismo moral, que vendría a confirmar otro aspecto de la intersubjetividad: los seres humanos se reúnen “en sociedad no para formar un club de suicidas sino para promover sus condiciones de vida” (2000:307), frase que mientras la leía en este libro autobiográfico recordaba haberle oído tantas veces a Ernesto.

Esta breve introducción me sirve para señalar la persistencia de algunas preocupaciones éticas en los trabajos de EGV. Hay en su obra un propósito constante de demarcar en el terreno de la ética aquello que podría ser persistente, intocable, denominador común; en varios de sus escritos aparece este objetivo de la mano de apelativos ingeniosos, claros y pegadizos que han sido clásicos entre nosotros: por supuesto el consabido “coto vedado”, pero también el recurso a las “razones puente” (1998b:148), “no pongas tus sucias manos sobre Mozart!”, aquel imperativo extraído de un cuento de Manuel Vicent, y el rechazo de la “tolerancia boba” (1993). Estos apelativos

han sido fructíferos en la obra de EGV en su tarea de auxiliar al ámbito político y jurídico, al conectarlos con un espacio moral de referencia. Al establecer esta conexión, la obra de EGV ha transmitido la conveniencia de este anclaje de la política y del derecho en la moral, y la conveniencia, a su vez, de que esta última estuviese definida por un perímetro de intangibilidad, su tantas veces invocado “coto vedado”.

Esta tarea, que desde la perspectiva de la fundamentación normativa plantea desafíos difíciles para sentar las bases de principios morales de anclaje justificativo universal, deviene, sin embargo, fructífera en el terreno normativo, y EGV ha planteado diversos itinerarios para acotar el ámbito normativo a través no de una teoría completa de la fundamentación, pero sí a través de lo que voy a llamar “estrategias para la ética”, o bien podrían ser “las técnicas del viejo maestro”. En su artículo “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?” EGV argumentó en torno a la justificación de los valores y exploró la vía negativa^[3], la vía de lo irrazonable como límite de lo moralmente admisible. Por irrazonable entiende el autor aquello “que afecta básicamente a la supervivencia de

[3] También José Juan Moreso se ocupa de este aspecto de la obra de EGV en el artículo incluido en este volumen de homenaje, titulado precisamente “La vía negativa en Ernesto Garzón Valdés. Una defensa del objetivismo ético”.

la especie humana”, todo aquello que por ser radicalmente malo “impide la realización de todo plan de vida” (1998a:24). La propuesta recoge una intuición extendida respecto de la noción de humanidad o dignidad humana cuyo mínimo moral rechaza aquello que es radicalmente malo o que impide el desarrollo de las capacidades humanas (1998b:162-165). El artículo desgana numerosas ideas que van rondando la noción de razonabilidad, a modo de acercamientos más o menos desarrollados, de la mano de diversos autores que arriman propuestas para la construcción del concepto. Me centraré aquí, muy brevemente, en tres ideas que EGV avanza en este trabajo sobre la vía negativa hacia la razonabilidad y que yo solo esbozaré, aunque tal vez podrían servir para seguir tirando del hilo.

Se podría afirmar que la vía negativa, como la positiva, no puede desembarazarse de premisas sustantivas subyacentes: si lo malo es aquello que impide la supervivencia o que merma las capacidades, subyacen a estas premisas presupuestos morales fuertes, de contenido sustantivo, que afirman el valor de la vida o el valor del desarrollo de las capacidades, y entonces necesitaremos ulteriores fundamentaciones de esos valores subyacentes^[4]. En otras palabras,

[4] Algo de esto esboqué en un brevísimos y muy preliminar escrito del año 2007 en ocasión del homenaje realizado a EVG por su 80 cumpleaños (Alvarez Medina, 2007).

si lo irrazonable -o lo razonable- presuponen otros principios, estos necesitan ser fundamentados previamente -y no basta con afirmar su conexión razonable para justificarlos. Para salir de este itinerario, EGV propone fijarse en la propuesta de P. Dasgupta, quien pone el foco en algunos hechos vinculados al sufrimiento o al malestar de las personas. Hechos como la desnutrición, la enfermedad, la miseria, tendrían junto al componente descriptivo otro evaluativo inescindible del primero. No habría desnutrición buena, ni enfermedad positiva, ni vidas miserables valiosas, sino que cada una de estas posiciones o hechos connotaría un estado de cosas valorativamente anclado. Esto que EGV llama un solapamiento parcial de los juicios morales con los empíricos (1993:149), parece plantear un primer acercamiento hacia el núcleo de irrazonabilidad que está buscando, una primera estrategia para la ética.

En segundo lugar, EGV propone una arquitectura del razonamiento moral por comparación con el razonamiento científico. Afirma que “así como en las ciencias naturales la verdad o la falsedad empírica de las derivaciones de los supuestos básicos sirven para juzgar acerca de [su] sostenibilidad”, en el ámbito de la moral sería la razonabilidad la noción que podría desempeñar ese papel de dirimir su “plausibilidad”. A esto lo llama EGV “criterio de razonabilidad” y propone que podría funcionar

como un freno a lo meramente racional, en la terminología de von Wright “merely rational” (1993:152). Esta segunda estrategia para la ética propondría algo así como un papel de tornasol moral, un indicador de peligro inminente que es, además, un indicador fuertemente intersubjetivo, contextual, relacional.

En tercer lugar, y hacia el final del artículo, lo irrazonable es presentado por EGV como una medida de conmensurabilidad, cuando afirma que las distintas concepciones de lo bueno podrían tener un punto de unión si todas rechazaran aquello considerado irrazonable; tales concepciones se volverían así inteligibles entre sí, comparables a través de su rechazo de lo irrazonable (1993:165). Sabemos que la conmensurabilidad solo es posible a través de alguna medida común, y si tal medida existiese, entonces lo diferente devendría comprensible, conmensurable.

No puedo explorar aquí el recorrido que estas tres ideas podrían tener, pero tal vez merezca la pena volver en algún momento sobre ellas. En el conjunto de la propuesta de EGV subyace el objetivo de proponer la razonabilidad y su contrapartida la irrazonabilidad como escudo del coto vedado, y contener así las propuestas que, más o menos vecinas al llamado relativismo moral, podrían debilitarlo o amenazarlo. El refuerzo de la vía negativa,

centrada en lo irrazonable, apunta también a evitar que la vía de lo razonable pueda validar concepciones de lo bueno que eventualmente entrasen en conflicto con el coto vedado. De manera similar a como acota la noción de tolerancia (Garzón, 1993), EGV define lo razonable solo en función de un sistema moral de referencia que hace que sea razonable -o tolerable- aquello que está dentro de sus límites. Sin embargo, EGV no se centra tanto en dicho sistema moral de referencia, un sistema con mayúsculas, como en las estrategias más modestas, más puntuales, para poder avanzar. Las técnicas del viejo maestro transcurren por estos derroteros; su certera intuición abre caminos y señala horizontes.

Con estas ideas, con sus propuestas en forma de estrategias para la ética, sus desafíos, sus aciertos y sus intentos, EGV tendió puentes entre nosotros y nosotras; dispuesto siempre como estaba a largos diálogos, a largos y numerosos viajes, a escuchar a las personas más jóvenes, a plantear preguntas, a ayudar a pensar. En mi caso, pude compartir con él clases, conferencias, congresos, charlas y la posibilidad, mientras escribía la tesis, de un verano en Bonn, en el que junto a Delia me recibieron en su casa y me brindaron ese cálido espacio del ático de Rolandstrasse. Recuerdo a Ernesto conversando sobre libros e ideas apaciblemente, mientras preparaba viajes, actos,

conferencias. Me quedo especialmente con esta imagen suya como hacedor de espacios conectados por aviones, que viajan por países, que abrieron puertas para una comunidad académica nuestra más grande, más rica.

Referencias

Alvarez Medina (2007). “Razonabilidad, corrección moral y coto vedado”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 39-43.

Garzón Valdés, Ernesto (1993). *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garzón Valdés, Ernesto (1998a). “Razonabilidad y corrección moral”, *Claves de razón práctica*, 88, pp. 18-26.

Garzón Valdés, Ernesto (1998b). “Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21 (2), pp. 145-166.

Moreso, José Juan (2025). “La vía negativa en Ernesto Garzón Valdés. Una defensa del objetivismo ético”, en este volumen.

¿DAÑA QUIEN NO PRESTA
AUXILIO EN SITUACIONES DE
EMERGENCIA?
GARZÓN VALDÉS SOBRE
LA FUNDAMENTACIÓN DE
LOS DEBERES GENERALES
POSITIVOS

Diego M. Papayannis^[5]

1.

En su trabajo “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, Ernesto Garzón Valdés argumenta que las razones que justifican los deberes negativos también justifican los deberes positivos generales. Ello se debe a

[5] Profesor Titular de filosofía del derecho e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona. *Senior member* del BIAP (Barcelona Institute of Analytic Philosophy), “María de Maeztu” Unit of Excellence (2023-2027), CEX2021-001169-M, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Con apoyo del proyecto PID2023-152057NB-I00, financiado por el mismo ministerio. Agradezco los comentarios de Jaime Oportus y Rodrigo Parra Salamanca a una versión previa de este trabajo.

que ambos tipos de deberes apuntan a proteger ciertos bienes que se consideran valiosos^[6]. Por “deberes positivos generales”, entiende aquellos cuyo “contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”^[7]. El trabajo de Ernesto es sumamente rico en argumentos. Un análisis detallado de todos ellos excedería el espacio del que dispongo en esta ocasión. Por ello, me centraré solo en algunas de las cuestiones que me parecen interesantes para comprender mejor la moral interpersonal y, luego, la fundamentación de estos deberes dentro de la responsabilidad civil.

Un argumento muy común contra los deberes generales positivos es que no son genuinos deberes, sino deberes imperfectos. Ello es así porque los verdaderos deberes tienen dos características: a) su incumplimiento daña a otros y b) el potencial perjudicado tiene derecho a exigirlos. En cambio, en los llamados “deberes positivos generales” es a la inversa: a) su

[6] Garzón Valdés, 1986: 31-32. Otra manera de defender el mismo punto es afirmando que cualquier razón para oponerse a un deber positivo también es válida para los deberes negativos. Véase Steel, 2024: xxiii.

[7] Garzón Valdés, 1986: 17.

cumplimiento confiere un beneficio y b) nadie tiene derecho a exigirlos. Llamaré a estas tesis “visión convencional”.

Para ver la diferencia entre deberes positivos y negativos según la visión convencional, pensemos en dos ejemplos:

Empujón. En pleno invierno, Axileas empuja a Xenofonte a una piscina de agua helada. Axileas es consciente de que Xenofonte no sabe nadar. Xenofonte muere ahogado.

Accidente. En pleno invierno, Xenofonte cae accidentalmente en una piscina de agua helada. Xenofonte no sabe nadar. Axileas sabe que Xenofonte no sabe nadar y que el frío extremo dificulta salir de la piscina incluso a quienes saben nadar. Sin peligro para sí, o esfuerzo significativo, Axileas puede arrojarle un salvavidas que está junto a la piscina, pero no lo hace. Xenofonte muere ahogado.

¿Hay alguna diferencia entre *Empujón* y *Accidente*? La visión convencional apunta dos diferencias notables. Por una parte, en *Empujón*, Axileas inicia el curso causal que lleva a la muerte de Xenofonte y en *Accidente* no lo interrumpe. Por otra parte, en *Empujón* Axileas daña a Xenofonte con su acción, mientras que,

en *Accidente*, la interrupción del curso causal le conferiría un beneficio, por lo tanto, Axileas *no daña* a Xenofonte, sino que simplemente no lo beneficia.

Pese a estas diferencias, Ernesto argumenta —contra la visión convencional— que en ambos casos Axileas *daña* a Xenofonte cuando no le presta una ayuda que le salvaría la vida y que para él supondría solo un sacrificio trivial. Si el argumento de Ernesto es exitoso, resolvería a la vez el problema de si Xenofonte tiene derecho a exigir la ayuda. Dado que en *Accidente* no recibir la ayuda constituiría daño, Xenofonte tendría tanto derecho a exigirla como tiene en *Empujón* a exigir que Axileas no lo empuje a la piscina. Veamos el argumento de Ernesto con algún detalle.

2.

Ernesto señala con acierto que los conceptos de daño y beneficio juegan un papel esencial en la tesis que traza una nítida distinción entre deberes negativos y positivos. Para Ernesto, el “cumplimiento de un deber positivo es entendido como un beneficio, como un plus gratuito que *colocaría a la persona auxiliada en una situación superior a la que se encontraba antes de comenzar a padecer el mal* superado con

la ayuda”^[8]. Esto, advierte Ernesto, es falso. En *Accidente*, si Axileas salva a Xenofonte de morir ahogado, no lo mejora un ápice *respecto de su situación previa* a la necesidad de auxilio. Luego afirma que, al negar la ayuda, Axileas impide que Xenofonte recupere el *status* en que se encontraba antes del accidente y, de ese modo —da por supuesto Ernesto— le daña. Juzga evidente que se puede dañar no solo empeorando la situación de otro sino también no impidiendo que un mal se produzca^[9].

Además, Ernesto sugiere con ingenio que, si evitar un mal es un beneficio, como afirma la posición convencional, también en el caso de los deberes negativos podría sostenerse que se beneficia a otros cuando se decide no dañarlos. Esto es así, apunta Ernesto, porque

“[n]o existe diferencia entre el daño que causa la violación de un deber positivo y la de un deber negativo siempre que se trate de un mismo bien (por ejemplo, la vida) y se den las mismas condiciones de motivación, intención o posibilidad de actuar y de omitir”^[10].

[8] Garzón Valdés, 1986: 20 (énfasis añadido).

[9] *Ibidem*.

[10] *Ibidem*.

Así, Ernesto se vale de una reducción al absurdo: no es verdad que cuando Axileas se abstiene de empujar a Xenofonte a la piscina helada le esté beneficiando. Como *no dañar no constituye un beneficio* y prestar auxilio en casos como *Accidente* es una forma de *no dañar* a otros, la visión convencional presupone una concepción errada de los deberes positivos, pues en realidad estos tienen la misma finalidad que los deberes negativos: no dañar. Esto le lleva a suscribir la tesis de que los deberes positivos tienen el mismo fundamento que los deberes negativos.

En el fondo, Ernesto concibe las ideas de daño y beneficio en los mismos términos que von Wright, a quien cita expresamente. Para von Wright, hay una diferencia entre *promover* el bienestar de una persona y *proteger* su bienestar. Si ϕ es un bien necesario para la vida, privar a alguien de ϕ es dañarlo, pero de allí no puede inferirse sin más que no privarlo de ϕ es beneficiarlo. No privarlo de ϕ es simplemente proteger (o preservar) su bienestar. A efectos de beneficiar a alguien, uno debe promover ϕ y esto no se logra simplemente no privándolo de ϕ ^[11]. De lo contrario, uno debería agradecer a quien no lo priva de ϕ , pero esto, dice Ernesto, “no es muestra alguna de generosidad”; y, añá-

[11] Von Wright, 1963: 134.

de, “[s]ería absurdo agradecer cotidianamente a quienes no nos dañan, como si ello fuera expresión de un comportamiento no obligatorio, similar a quienes nos benefician”^[12].

En resumen, una persona puede dañar a otra ya sea privándole de algo necesario para la vida o no impidiendo que pierda algo necesario para la vida. Se puede dañar por acción u omisión. Dado que actuar y omitir pueden, en las circunstancias apropiadas, tener igual vinculación causal con la pérdida de algo valioso y que no hay una diferencia moral entre actuar y omitir, una persona daña a otra al no prestarle auxilio a un coste trivial para sí misma^[13].

3.

Pese a todo, algo parece fallar en el argumento de Ernesto. Como advierte Juan Carlos Bayón, el análisis de Ernesto omite explicitar una cuestión crucial: ¿cuál es el punto de referencia que debemos tomar en cuenta para determinar si en *Accidente* la ayuda de Axileas beneficiaría a Xenofonte o, por el contrario, su omisión le dañaría? Conviene distinguir tres estados de cosas: E0, antes de que Xenofonte necesite ayuda, E1, cuando Xenofonte necesita ayuda y E2, después

[12] Garzón Valdés, 1986: 21.

[13] Garzón Valdés, 1986: 27.

de que Xenofonte recibe la ayuda. Si se compara E2 respecto de E0, es plausible entender que Axileas no ha mejorado en absoluto la posición de Xenofonte, porque E2 no es mejor que E0. Tanto en E0 como en E2 Xenofonte está fuera de peligro y goza de los mismos bienes. En cambio, si se toma como referencia E1, una vez Xenofonte está en el agua chapoteando torpemente para intentar salvar su vida, la intervención de Axileas indudablemente lo beneficia, en el sentido de que promueve sus intereses. La falta de un criterio para definir el punto de referencia compromete la tesis de Ernesto, puesto que queda indeterminado cuándo impedir que alguien sufra daño es lo mismo que no dañar y cuándo es equivalente a conferir un beneficio.

Bayón entiende que en ejemplos como *Accidente* la respuesta sensata es tomar E0 como base para la comparación, aunque en otros ejemplos esto no es necesariamente así. Si Axileas se encuentra a Xenofonte, quien está intentando cargar una pesada maleta por las escaleras de su edificio, y le ayuda, es indudable que Axileas beneficia a Xenofonte. La razón por la que afirmamos esto es que aquí la comparación la realizamos entre E1 y E2. ¿Por qué no tomar E0 como referencia? Ernesto no tiene un argumento para responder esta pregunta y es una pregunta crucial.

En opinión de Bayón, la única manera no arbitraria de decidir esto es tomando en cuenta

“los *derechos y deberes* presentes en el caso”. De esta forma, aboga por una noción *normativa*, no meramente fáctica, de daño y beneficio. De tal suerte, concluye que “no se tiene el deber de actuar porque la abstención provoque un daño, sino que la abstención provoca un daño *si se tenía el deber de actuar*”^[14]. En *Accidente*, Xenofonte sufre daño a manos de Axileas si, y solo si, este último tenía un deber de auxiliarlo y no lo hace. En cambio, si no tenía el deber de auxilio y lo ayuda, Axileas le confiere un beneficio.

Mi impresión es que las nociones normativas de *daño y beneficio* son inviables toda vez que las normas que ordenan no causarlos u obtenerlos solo tienen sentido si la existencia del daño que uno debe abstenerse de causar o el beneficio que uno está compelido a no obtener no se define por el mismo deber que uno está llamado a cumplir. Supongamos que el legislador impone a Axileas un deber positivo de auxilio para casos como *Accidente*, en los que una persona está en serio peligro de daño, siempre que el sacrificio sea trivial. De acuerdo con la noción normativa de daño, para saber si Xenofonte sufre *daño* en caso de que Axileas no le preste auxilio, Axileas debe considerar si tiene el deber de prestarle la ayuda. Ahora bien,

[14] Bayón, 1986: 38.

la ayuda solo debe prestarse a las personas que estén en serio peligro de sufrir un daño, no a personas que no corren ningún peligro. ¿Está en serio peligro de daño Xenofonte? Ello ciertamente no puede depender de si Axileas tiene el deber de prestarle ayuda porque la norma que le impone el deber de prestar ayuda requiere como condición que Xenofonte esté en serio peligro de daño. En el esquema de Bayón, Xenofonte solo sufriría daño si Axileas tiene el deber de prestar la ayuda y Axileas tiene el deber solo si Xenofonte está en peligro de daño. El razonamiento se torna circular.

Para evitar estas circularidades, debe recurrirse a una noción puramente fáctica de daño y beneficio. Siguiendo con cierta libertad las ideas de Feinberg, podemos decir que alguien sufre un daño cuando sus intereses legítimos son socavados y obtiene un beneficio cuando sus intereses legítimos son promovidos^[15]. Ahora Axileas no incurre en circularidad cuando debe determinar si está bajo un deber positivo de actuación en un caso como *Accidente*.

[15] Feinberg, 1984: 31 y ss. Por supuesto, es controvertido qué intereses son legítimos y, de entre ellos, cuáles son suficientemente importantes como para constituir un daño o un beneficio. Esta controversia no puede resolverse asépticamente, con prescindencia de un punto de vista normativo sobre lo que es valioso o necesario para la vida humana. Mas una vez definido esto, la determinación de que una persona ha sido dañada o beneficiada no depende de los derechos en juego sino de los hechos: ¿vio la persona menoscabados o promovidos sus intereses legítimos?

Axileas verá que, si no actúa, Xenofonte sufrirá un daño grave, entendido como un importante menoscabo en sus intereses legítimos. A la vez, Axileas aprecia que puede salvar la vida de Xenofonte realizando un sacrificio trivial. El hecho de que Xenofonte morirá si Axileas no lo auxilia a un coste trivial para sí mismo, es una razón no derrotada para ayudarlo y, si no lo hace, obra de modo incorrecto. Si la cuestión está regulada jurídicamente, el razonamiento es aún más sencillo. Corresponde al legislador imponer el deber de auxilio en casos de grave daño para la persona y sacrificio trivial para quien está en posición de ayudar^[16]. Existiendo tal deber jurídico, Axileas no puede tener dudas en un caso como *Accidente* de que está compelido a actuar si se dan las dos circunstancias fácticas relevantes: grave peligro de daño para una persona y posibilidad de auxiliarla realizando un sacrificio trivial.

Por otra parte, las nociones normativas de daño y beneficio son contraintuitivas en muchos casos. Imaginemos que Xenofonte recibe 2 puñaladas en el corazón. Llega casi sin signos vitales al hospital, donde Axileas, el cirujano de guardia, le salva su vida realizando con gran pericia una compleja operación de la que muy

[16] Véase la propuesta armonizadora del art. 4:103 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil.

pocos pacientes salen con vida. Conforme con la propuesta de Bayón, como el cirujano tiene el deber de actuar, si salva al paciente, no le beneficia, sino que se limita a no dañarlo. Recuérdese que la omisión de actuar causaría un daño *porque* se tenía el deber de actuar. Esto creo que es implausible. Al menos choca frontalmente con la idea de que si Xenofonte agradece a Axileas por salvarle la vida no parece estar afectado por una grave confusión conceptual. Recordemos que, tal como dice Ernesto, no debemos andar por la vida agradeciendo a quienes no nos dañan.

Así las cosas, la interpretación más natural de lo que ocurre en ambos casos es que Axileas beneficia a Xenofonte, aun cuando Axileas tenga el deber de conferir el beneficio y Xenofonte el correlativo derecho a recibirlo. Por esta razón, porque tiene derecho a recibir el beneficio de una buena atención médica, Axileas *agravia* a Xenofonte (vulnera su derecho) si se la niega arbitrariamente o se la presta de modo inadecuado. El agravio es un injusto relacional. El hecho de que Xenofonte tenga derecho a recibir la atención no priva de sentido al agradecimiento. También los comensales educados suelen agradecer al camarero de un restaurante cuando les sirve el plato de comida que ordenaron. No se agradece el cumplimiento del deber sino el beneficio recibido. Por ello, no se agradece a quienes no causan daños; porque

aun cuando cumplen con su deber de no dañar, no confieren ningún beneficio.

Tal vez, la oposición de Ernesto a esta tesis es que piensa que conferir un beneficio es lo mismo que realizar un acto de *beneficencia*^[17]. Pero esto es un error. Un acto de beneficencia es un acto altruista, que trasciende el deber. En un acto altruista, el agente tiene que estar motivado a actuar en beneficio ajeno, sin ningún propósito ulterior que conferir un beneficio^[18]. En contraste, quien obra por mor del deber moral o jurídico no puede ser concebido como altruista. Promueve los intereses ajenos porque tiene el deber de promoverlos. Nuestros padres nos benefician con una buena educación, aunque tienen el deber de ofrecerla. No es un acto de beneficencia, pero ciertamente es un beneficio. Aunque normalmente las personas que tienen estos deberes conferirían el beneficio aun en ausencia del deber, ello no hace que los beneficios conferidos por imperativo moral o jurídico conserven su componente altruista. La beneficencia solo puede predicarse respecto de conductas no requeridas por la moral o el derecho.

[17] Garzón Valdés, 1986: 22.

[18] Asumo una visión conforme con la cual los motivos del agente son esenciales para la conducta altruista. Véase Bar-Tal, 1986: 5-7.

4.

Si se rechazan las nociones normativas de daño y beneficio sugeridas por Bayón, ¿cómo podemos resolver el problema de establecer si E2 debe ser comparado con E1 o E0? Cuando Axileas auxilia a Xenofonte en *Accidente*, ¿debemos considerar que lo traslada de E1 a E2 y, por lo tanto, lo beneficia, o que al situarlo en E2 lo devuelve a un estado equivalente a E0 y, por lo tanto, se limita a no dañarlo? Para Ernesto, es crucial afirmar que se limita a no dañarlo porque de ese modo podrá mostrar que no hay diferencia entre deberes negativos y positivos. Pero, como se dijo, Ernesto no tiene un argumento para fundar esta posición. Aun cuando lo tuviera, se comprometería con una tesis incompatible con la justicia interpersonal de corte kantiano, con la que Ernesto en general debería simpatizar.

Aquí argumentaré que los deberes positivos son distintos de los deberes negativos y, en efecto, requieren una justificación moral adicional. Para mostrarlo, criticaré ahora las tesis suscritas por Ernesto contra la visión convencional. Una de ellas, recordemos, es que impedir que alguien sufra daño es lo mismo que no dañarle o, de forma más clara, no impedir que sufra daño es lo mismo que dañarle.

Pese a ello, una intuición que podemos compartir es que no todo lo que ocurre en el mun-

do es de nuestra incumbencia moral. La tesis contraria nos compromete con una posición típicamente consecuencialista. Si lo único que importa son las consecuencias, ¿qué relevancia tiene que en un caso lo que ocurre pueda ser descrito como la acción de matar o la omisión de impedir que alguien muera? Después de todo, un muerto es un muerto^[19]. Desde esta perspectiva, la distinción entre deberes negativos de no dañar y deberes positivos de auxiliar o evitar que alguien sufra daño carece de sentido.

En cambio, si nos tomamos esto al pie de la letra, ¿por qué los deberes positivos deberían estar confinados a la condición de sacrificio trivial, que Ernesto incluye como parte de la propia *definición* de deber positivo de auxilio? La idea de que solo son de nuestra incumbencia moral algunas de las cosas que ocurren en el mundo —en particular, aquellas que hacemos y no las que dejamos que ocurran— requiere distinguir tanto metafísica como moralmente los actos de *dañar* y las omisiones de *impedir* que otro sufra daño. En su defecto, los deberes positivos deberían tener el mismo rango de exigibilidad que los deberes negativos. Esto, sin embargo, tampoco parece admisible.

[19] Zimmerman, 2010: 610.

Una razón por la cual debemos distinguir aquello que hacemos de aquello que dejamos que ocurra tiene que ver con el principio de separabilidad o independencia de las personas. Somos personas diferentes y ninguna persona debería estar normativamente sujeta a las necesidades o la voluntad de otra, salvo que existan razones de mucho peso que lo justifiquen^[20]. Las promesas o contratos, las relaciones especiales y los roles que desempeñamos suelen ser razones de este tipo. Un padre tiene deberes positivos respecto de sus hijas que no son exigibles respecto de terceros. Asimismo, un socorrista tiene deberes que no tienen los terceros respecto de las personas que se bañan en el mar. Estos son los casos de *deberes positivos específicos*. En el caso de los *deberes positivos generales*, parece que solo cuando una persona está expuesta a riesgo elevado de daño grave en sus intereses y el agente puede evitar ese peligro realizando un sacrificio trivial podemos justificar el deber de auxilio.

Ahora bien, ¿por qué tenemos un deber positivo de actuación en estos casos? Hay razones de diverso tipo que justifican estos deberes. Como primera aproximación, puede sugerirse

[20] Este principio de raigambre kantiana está presente en la literatura muchas veces de manera muy rígida, sin admitir excepciones. Véase, por ejemplo, Nozick, 1974: 33; Weinrib, 2022: 31 y ss.; Ripstein, 2016: 33 y ss.

que el deber positivo existe porque la razón práctica así lo requiere: en condiciones ideales de deliberación, ninguna persona razonable rechazaría un deber excepcional de auxilio, solo aplicable en casos de sacrificio trivial y grave daño para el beneficiario. Scanlon lo llama “Principio de rescate”^[21] y no es difícil de aceptar en la tradición liberal. En efecto, basta notar que nuestra autonomía comprende no solo la libertad de acción, sino también la preservación de ciertos bienes básicos —como la vida, la salud, la integridad física o la propiedad, entre otros—, para comprender que la obligación de asistencia mutua en situaciones de emergencia parece necesaria para alcanzar un balance razonable entre nuestra libertad y seguridad personal^[22]. Un deber de auxilio así limitado preserva un buen equilibrio entre ambas cosas. En segundo lugar, también podemos concebirlo como un imperativo que surge de nuestra propia humanidad. Ciertamente, la idea de que podemos permanecer impertérritos ante el sufrimiento ajeno, cuando evitarlo no supone ningún esfuerzo considerable, resulta deshumanizante. No solo deshumaniza a la víctima al negarle su valor, lo que es una de las estrategias psicológicas más comunes para

[21] Scanlon, 1998: 224.

[22] Véase Keating, 2022: 99 y ss.

sobrellevar la indiferencia moral^[23], sino que con el tiempo puede socavar la sensibilidad moral de los propios agentes, y así perderían una de las capacidades que los hace humanos.

Sea como fuere, no pretendo aquí ofrecer una justificación acabada de los deberes positivos de actuación, sino mostrar que existen razones dentro de la tradición liberal para considerarlos excepcionales, sujetos a una justificación más exigente.

Por otra parte, Ernesto se apresura al asumir que *no hay diferencia moral* entre actuar y omitir si los bienes en juego y las motivaciones del agente son las mismas. Esta tesis establece que *Empujón* y *Accidente* son moralmente equivalentes. Lo mismo da que Axileas empuje a Xenofonte a la piscina helada o que Xenofonte caiga por accidente y que Axileas no haga nada para ayudarlo. En ambos casos, Axileas hace algo terrible. Sin embargo, como señala Hill, existe una diferencia crucial entre ambos casos^[24]. En casos como *Empujón* Axileas tiene la posibilidad de matar a Xenofonte, pero no de dejarlo morir, mientras que en *Accidente* tiene ambas opciones a su disposición. Pensemos entonces en una modificación del ejemplo.

[23] Véase Bandura, 2016: 84 y ss.

[24] Hill, 2018: 768-769.

Imaginemos que luego de que Xenofonte cae accidentalmente a la piscina, Axileas, que desea que Xenofonte muera, no se limita a dejarlo morir, es decir a no prestarle ayuda, sino que toma un accesorio para limpiar la piscina que tiene un mango de más de 2 metros y lo utiliza para hundir a Xenofonte hasta que Xenofonte deja de respirar. Si creemos que Axileas hace algo peor en este caso que cuando se limita a ver morir a Xenofonte, entonces, omitir y actuar no pueden ser moralmente equivalentes. Conviene reiterar que desde el punto de vista consecuencialista no hay diferencia porque en ambos casos lo que cuenta es el resultado: Xenofonte muere cuando ello podía haberse evitado a bajo coste. Pero desde el punto de vista deontológico hay razones para pensar que es peor la acción de Axileas cuando, pudiendo dejar que Xenofonte muera, opta por matarlo activamente.

5.

Para terminar, quisiera decir algo más sobre el problema del punto de referencia que asume Ernesto en su argumento, de acuerdo con el cual si Axileas no rescata a Xenofonte, lo daña.

Creo que es evidente que, si Axileas no auxilia a Xenofonte, Xenofonte sufrirá un daño ya que sus intereses básicos se verán socavados. Aquí parece llevar razón Ernesto. Pero no es

una cuestión menor que el mismo daño sufriría Xenofonte aunque Axileas no estuviese allí para ayudarlo. Esto significa que la intervención de Axileas puede *evitar* a Xenofonte un daño que *no tiene su origen en la interacción entre ambos*. Por ello, considero innegable que el cumplimiento del deber positivo de asistencia por parte de Axileas efectivamente confiere un *beneficio* a Xenofonte al sacarlo de una situación en la que sus intereses fundamentales están seriamente comprometidos. Así, el análisis de Ernesto parece pasar por alto que no es lo mismo afirmar que: 1) Xenofonte *sufre un daño* cuando se ahoga en la piscina; y 2) Xenofonte *es dañado por* Axileas cuando este deja que se ahogue en la piscina. Nuevamente, dañar y dejar que el daño ocurra no pueden ser equiparados.

Por otra parte, Ernesto obvia que la imposición de deberes positivos supone responsabilizar a una persona por los males, desventuras o, incluso, malas decisiones de otras. Supongamos que Xenofonte hubiese caído por negligencia a la piscina. Axileas todavía tendría el deber de auxilio, siempre que se mantenga la condición de sacrificio trivial. Esa socialización de los infortunios requiere una justificación adicional a la que requieren los deberes negativos porque, en definitiva, el deber general de auxilio convierte la necesidad de Xenofonte en incumbencia de Axileas, lo que es problemático desde el punto de vista del

principio de independencia entre las personas. Una cosa es que Xenofonte tenga derecho a un cierto nivel de bienestar (o a la satisfacción de sus intereses básicos) y otra bien distinta es que Axileas en particular tenga la responsabilidad de procurar que ese nivel de bienestar (o la satisfacción de sus intereses) se mantenga constante o aumente.

En síntesis, la mejor interpretación de *Accidente* desde la perspectiva de la responsabilidad interpersonal es que la interacción entre Axileas y Xenofonte comienza cuando Xenofonte cae al agua y Axileas está allí con posibilidades de ayudarlo. Si este encuadre no es arbitrario, entonces, el punto de referencia para la comparación es E1. Axileas encuentra a Xenofonte en el agua helada. Dado que así es como lo encuentra, no puede empeorar su situación *por omisión*. Puede empeorarla si lo hunde intencionalmente o lo daña de alguna otra manera; también puede mejorarla, si lo rescata; o, finalmente, puede dejar todo tal como lo encontró, omitiendo el auxilio. En este último caso, al existir un deber de auxilio que incumple, Axileas agravia a Xenofonte, aunque no lo daña en sentido estricto. Creo que esta descripción de la situación es la que tiene mayor rendimiento. En un punto, hasta Ernesto, que rechaza explícitamente que no haya daño en la omisión de auxilio, emplea un lenguaje conforme con esta descripción. Dice:

“por supuesto que si al negar mi ayuda impido que alguien *recupere* el status en el que se encontraba antes de comenzar a padecer el mal cuya superación está bajo mi control, lo he dañado”^[25].

He enfatizado “*recupere*” para mostrar como el propio Ernesto implícitamente entiende que Xenofonte ha perdido el *status* en que se encontraba. Lo ha perdido en un curso de acción independiente a la contribución de Axileas. Este problema no incumbe sin más a Axileas. Le incumbe solo cuando tiene el deber de auxiliar y, en principio, todos tenemos el deber moral de auxiliar si el daño es grave y el sacrificio trivial.

En este trabajo, he ofrecido una defensa parcial de la visión convencional, puesto que acepto que los deberes positivos de auxilio, a diferencia de los negativos, confieren beneficios, pero no acepto que se trate de deberes imperfectos, deberes que nadie en concreto tiene derecho a exigir. La moralidad interpersonal siempre es bilateral. Todos los deberes son deberes que tenemos hacia otros y los demás tienen un derecho correlativo que se corresponde con ese deber. Otros deberes éticos, como el deber de caridad, no tienen esta misma

^[25] Garzón Valdés, 1986: 20 (énfasis añadido).

estructura. Por ello, es importante insistir en que los deberes de auxiliar a otros no son deberes de beneficencia, sino deberes morales correlativos con derechos que definen el marco de interacción equitativo entre personas libres e iguales^[26]. Aunque desacuerdo con Ernesto en sus tesis más fundamentales, creo que no llego a una conclusión que él rechazaría porque, a fin de cuentas, como él, creo que quien no presta auxilio para evitar un mal realizando un sacrificio trivial hace algo incorrecto. Agravia a la persona necesitada de ayuda, es decir, comete una injusticia relacional al privarle de un beneficio al que tiene derecho.

Bibliografía

Bandura, A., 2016: *Moral Disengagement. How People Do Harm and Live With Themselves*. New York: Worth Publishers.

Bar-Tal, D., 1986: “Altruistic Motivation to Help: Definition, Utility And Operationalization”, *Humboldt Journal of Social Relations*, 13: 3-14.

Bayón, Juan Carlos, 1986: “Los deberes positivos generales y la determinación de sus

[26] He defendido una visión particular sobre el marco de interacción equitativo entre personas libres e iguales en Papayannis, 2023.

límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 3: 35-54.

Feinberg, J., 1984: *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Garzón Valdés, E., 1986: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 3:17-33.

Hill, S., 2018: “Murdering an Accident Victim: A New Objection to the Bare-Difference Argument”, *Australasian Journal of Philosophy*, 96 (4): 767-778.

Keating G. C., 2022: *Reasonableness and Risk. Right and Responsibility in the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press.

Nozick, R., 1974: *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers.

Papayannis, D. M., 2023: «The Morality of Compensation through Tort Law», *Ratio Juris*, 36 (1): 1-23.

Ripstein, A. (2016), *Private Wrongs*, Oxford, Oxford University Press.

Scanlon, T. M., 1998: *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.

Steel, S., 2024: *Omissions in Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.

Von Wright, G. H., 1963: *The Varieties of Goodness*. London: Routledge. Citado por la traducción de González Lagier, D. y Roca, V., 2010: *La diversidad de lo bueno*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Weinrib, E. 2022: *Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right*, Oxford: Oxford University Press.

Zimmerman, M. J., 2010: “Responsibility: Act and Omission”, en Skorupski, J.(ed.), *The Routledge Companion to Ethics*. London and New York: Routledge.

DERECHO, MORAL Y PUNTO DE VISTA INTERNO

Josep M. Vilajosana^[27]

Introducción

Aprendí muchas cosas de Ernesto Garzón Valdés (en adelante, EGV)^[28]. Una de las más destacadas es que no cabe mayor reconocimiento académico a un autor que discutir seria y honestamente sus posiciones. Esto es lo que me propongo hacer en estas breves páginas. En concreto, voy a analizar críticamente la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral que sostuvo EGV. Esa tesis la defendió Ernesto basándose en una determinada forma de entender el concepto de punto de vista interno planteado por Hart. Tanto la concepción del punto de vista interno como el alcance que le da EGV a la hora de justificar aquella tesis serán el objeto central de mi crítica

[27] Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra: josep.vilajosana@upf.edu.

[28] Parte de ese reconocimiento puede verse en RAMÍREZ-LUDEÑA, L.; VILAJOSANA, J.M., 2017.

Una de las cuestiones más debatidas en filosofía del Derecho es la relación que quepa establecer entre el Derecho y la moral. Las posiciones al respecto pueden ser esquematizadas en torno a dos tesis. Por un lado, la tesis de la conexión necesaria, según la cual aquello que sea el Derecho depende de su adecuación a la moral. Por el otro, la tesis de la separabilidad, con la que se defiende que la identificación del Derecho no depende de valoraciones morales^[29].

EGV ha defendido la tesis de la conexión necesaria y lo ha hecho, en mi opinión, con ciertos rasgos originales, aunque discutibles. En el primer apartado reconstruiré el argumento que sustenta la versión de la tesis de la conexión necesaria defendida por EGV y que pasa por una forma de entender el punto de vista interno; en el segundo apartado mostraré algunas consecuencias implausibles de esa tesis, valiéndome de dos casos históricos de cambio de orden jurídico; en el tercer apartado defenderé una versión convencionalista del punto de vista interno, para finalmente, en el cuarto apartado, mostrar el alcance que quepa dar a la normatividad de la regla de reconocimiento. La conclusión es esta: la presencia

[29] Cfr. una reconstrucción de estas tesis en MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M., 2004: capítulo VIII.

del punto de vista interno es una condición de existencia de la regla de reconocimiento y, por ende, de un sistema jurídico (tal como sostiene EGV), pero, si no queremos caer en consecuencias implausibles, hay que entender la normatividad en sus justos términos y bajo una perspectiva convencionalista, lo cual nos aleja de la tesis de la conexión necesaria defendida por EGV.

1. La tesis de Ernesto Garzón Valdés

El argumento usado por EGV para justificar su versión de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral puede reconstruirse de este modo:

Primera premisa: la existencia de todo sistema jurídico requiere la presencia de un punto de vista interno.

Segunda premisa: el punto de vista interno consiste en la adhesión por parte de los funcionarios del sistema a las normas del mismo como pautas de comportamiento.

Tercera premisa: esta adhesión solo puede ser de carácter moral.

Conclusión: la existencia de todo sistema jurídico tiene una conexión necesaria con la moral.

Es preciso hacer algunas aclaraciones con el fin de precisar el alcance tanto de las premisas como de la conclusión de este argumento.

Por lo que hace a la primera premisa, EGV entiende que la presencia del punto de vista interno en una sociedad es condición necesaria del sistema jurídico de la misma debido a la conexión que guarda con la regla de reconocimiento. Como es sabido, Hart establece como una de las condiciones de existencia de todo sistema jurídico la existencia de una regla de reconocimiento. Puesto que una regla de este tipo no puede existir sin que los funcionarios sostengan el punto de vista interno, entonces que se dé este es un requisito para que exista un sistema jurídico:

La existencia de un sistema político-jurídico está estrechamente vinculada con el punto de vista interno: un sistema existe sólo si al menos el grupo dominante acepta la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno^[30].

La segunda premisa contiene la definición de “punto de vista interno” adoptada por el autor, en la cual resulta central la alusión al concepto de adhesión al sistema. Según EGV esa “adhesión” a las normas del sistema exclu-

[30] GARZÓN VALDÉS, E., 1987: 582.

ría un comportamiento basado simplemente en razones prudenciales:

Quienes adhieren al sistema, es decir, quienes adoptan el punto de vista interno, lo hacen porque aceptan sus normas en tanto pautas de comportamiento. Como esta aceptación no puede, por definición, deberse a razones prudenciales (el temor a un posible castigo o la esperanza de obtener algún premio, por ejemplo), no parece aventurado afirmar que su fundamento ha de buscarse en la creencia de que las normas coinciden con los principios y reglas supremas de justificación y orientación que ellos sustentan^[31].

La tercera premisa especifica que la adhesión de la que se habla en la segunda premisa solo puede ser de carácter moral. Y en este punto EGV subraya el hecho de que esta conexión con la moral no solo se produce con respecto a la llamada moral social o positiva, sino también respecto a la moral crítica o ética. EGV lo expresa de este modo:

(...) las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan

[31] GARZÓN VALDÉS, E., 1992: 320.

un punto de vista interno; a su vez, el observador (...) tampoco podría dar cuenta de los prerequisites de la existencia de un sistema jurídico si negara su fundamento último en la moral positiva sustentada por la parte oficial del sistema, que *para ella* coincide con la ética. En cualquiera de los dos casos resulta pues falsa la separación de derecho y moral a nivel conceptual^[32].

Finalmente, en cuanto a la conclusión, hay que tener en cuenta que EGV no solo considera que la conexión defendida asegura la estabilidad de los sistemas jurídicos^[33], sino que, como él mismo indica:

(...) la tesis que deseo sostener es más fuerte: entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento^[34].

Por tanto, la conexión entre Derecho y moral (tanto positiva como crítica) no sería meramente contingente (como la que se daría

[32] GARZÓN VALDÉS, E., 1992: 328-9 (subrayado ajeno al original).

[33] Conexión que explora detenidamente en GARZÓN VALDÉS, E., 1987.

[34] GARZÓN VALDÉS, E., 1992: 324.

en función de la mayor o menor estabilidad de un sistema jurídico) sino conceptual, *ergo* necesaria.

2. Sobre la versión garzoniana del punto de vista interno

Como acabamos de comprobar, el argumento de EGV descansa fuertemente en el concepto de punto de vista interno y en el alcance y función asignados al mismo. Sin embargo, creo que la forma de entender tal concepto conduce a resultados implausibles de los cuales es difícil escapar. Estos resultados pueden analizarse a partir de dos casos reales, que tomaré como contraejemplos de la tesis defendida por el autor. Solo el primero de ellos es tratado explícitamente por EGV, aunque tal vez el segundo sea más ilustrativo de mi crítica. Ambos tienen en común que surgen en situaciones de cambio de orden jurídico dentro de un mismo orden estatal ^[35].

El primer supuesto es el que se da cuando en un mismo orden estatal (correspondiente al Estado alemán) se produce un cambio de orden jurídico al pasar de un régimen democrático a otro de carácter autoritario (de la República de

^[35] En distintos trabajos he asociado ese cambio de orden jurídico con el cambio de régimen político. Cfr, por todos, VILAJOSANA, J.M., 1996.

Weimar al régimen nazi). Este caso es traído a colación, por ejemplo, por Sartorius, que lo reconstruye como un supuesto en el que la parte oficial se adhiere a los valores de un sistema jurídico paradigmáticamente inmoral como el propio del régimen nazi. Si esta adhesión tuviera una conexión con la moral crítica, habría que sostener, según Sartorius, que los funcionarios del sistema tenían una creencia falsa (ya que los valores que sustentan este orden jurídico son contrarios a la moral crítica). Ahora bien ¿cómo puede mantenerse un sistema así? Para este autor, simplemente porque no es descartable que una parte de los funcionarios cumpla con lo dispuesto por las normas del sistema por razones prudenciales:

Cada miembro de la parte oficial puede, en el fondo de su corazón, rechazar los valores que abraza el sistema y desear que se derrumbe, pero (creyendo equivocadamente que los otros miembros de la parte oficial son buenos nazis) continuar el ‘juego’ de imponer reglas del sistema (...) básicamente por miedo^[36].

EGV hace frente explícitamente a esta objeción diciendo que no es pensable un sistema de este tipo, porque estaría fundamentado en un error generalizado. A un supuesto así EGV

[36] SARTORIUS, R., 1987: 51.

lo llama Irrlandia (“país del error”, por la raíz germánica *irr*, que significa error). Y tampoco lo solucionaría una versión más suave, a la que EGV llama Apatilandia, en la que la adhesión no tendría connotaciones morales, sino simplemente de seguimiento acrítico de las reglas. El propio autor reproduce una cita de Hart en la que este autor parece pensar en esta posibilidad, cuando habla de que las actitudes frente a la ley pueden estar motivadas

(...) por temor, inercia, admiración de la tradición o cálculo a largo plazo de intereses egoístas como así también por el reconocimiento de una obligación moral^[37].

Para EGV la posición de Hart en este punto no es defendible por razones relativas a la normatividad del Derecho. Según EGV, las autoridades de un sistema jurídico emiten enunciados normativos a la hora de justificar sus acciones de creación o de aplicación del Derecho y, al hacerlo, indefectiblemente quedan vinculados a justificaciones morales, que son las únicas que permiten tal justificación, ya que, por definición, son las razones últimas:

(...) quien se presenta como autoridad última del sistema no puede invocar -so pena de

[37] HART, H.L.A., 1958: 92.

caer en un círculo vicioso- razones perentorias, sino que tiene que adherir en sentido fuerte al contenido de sus normas, es decir, otorgarles su aprobación moral^[38].

En mi opinión, esta tesis se basa en una ambigüedad relativa al objeto del que se predica normatividad (¿el Derecho en general, la aplicación del Derecho, la regla de reconocimiento?), tal como espero mostrar en el apartado 4. Una vez ajustado el objeto de la normatividad, la balanza, como veremos, cae, con matices, del lado de lo dicho por Hart en la cita transcrita.

El segundo caso que quiero traer a colación se trata del cambio de orden jurídico producido en el orden estatal español al pasar de un régimen político autoritario (el régimen franquista) a uno de corte democrático (el inaugurado por la Constitución de 1978). Una tesis como la que defiende EGV resulta de difícil encaje con el comportamiento de las autoridades en ese cambio, en especial de los jueces.

Como es notorio, en la transición entre ambos órdenes jurídicos se produjo una renovación parcial de los integrantes del poder legislativo y, en consecuencia, del poder eje-

[38] GARZÓN VALDÉS, E.,1992: 326.

cutivo, pero no así de los miembros del poder judicial, que siguieron siendo los mismos. Si admitimos que los jueces se adhieren al sistema del que forman parte (como requisito para que este exista) y que esa adhesión, tal como es definido por EGV el punto de vista interno, es de carácter moral (de compromiso, por tanto, con los valores últimos que fundamentan ese concreto orden), se da una consecuencia fuertemente implausible: las mismas personas que el día anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se adherían moralmente a un orden, cuyas normas aplicaban, al día siguiente se adhieren, también moralmente, al orden nuevo, cuyas normas empiezan a aplicar. Dicho brevemente: no tiene sentido sostener que los jueces franquistas pasan a ser demócratas de un día para otro. Sin embargo, esto es lo que se sigue de concebir el punto de vista interno del modo que lo hace EGV.

Por todo ello, mostraré que se puede seguir vinculando la presencia del punto de vista interno a la existencia de un sistema jurídico mediante la regla de reconocimiento, tal como hace EGV, pero sin caer en estas consecuencias contraintuitivas. No obstante, para que esto sea así, es preferible adoptar una versión convencionalista del punto de vista interno (apartado 3) y realizar una reubicación del problema de la normatividad (apartado 4). Con este proceder, resultará claro dónde radica la implausibilidad

de la tesis de la conexión necesaria defendida por EGV.

3. Una concepción convencionalista del punto de vista interno

Hart sostiene que la regla de reconocimiento es una regla social y que existe como una cuestión de hecho^[39]. Esto puede interpretarse diciendo que la existencia de la regla de reconocimiento como regla social es un hecho convencional^[40]. Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el Derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación^[41]. Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identificación debe ir acompañado por una determinada actitud, que es el punto de vista interno, el cual implica una

[39] HART, H.L.A., 1994: 110.

[40] Hart sostiene su llamada “teoría práctica de las reglas” en un principio como una teoría general para dar cuenta de todas las reglas sociales. Sin embargo, en el *Postscript a The Concept of Law*, y después de las críticas recibidas por Raz y Dworkin, Hart circunscribe el alcance de la teoría a una subclase de reglas sociales, a las que llama “convenciones sociales”, entre las que ubica a la regla de reconocimiento (HART, H.L.A., 1994: 256).

[41] Cfr. HART, H.L.A., 1961 :134.

actitud crítico-reflexiva hacia quien no use esos criterios. Y esa actitud es la que EGV califica de inexorablemente moral. Pero eso no tiene por qué ser así.

Como he desarrollado en distintos trabajos^[42], el punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales. Así, el enunciado “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” puede analizarse mediante las siguientes cláusulas:

- 1) La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1*, *C2*...*Cn* (que forman la Regla de Reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el Derecho de *S*.
- 2) La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
- 3) La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
- 4) Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas^[43].

Concentremos nuestra atención en lo dispuesto en las cláusulas 1 y 3. De la cláusula 1 cabe

[42] Véase, por todos, VILAJOSANA, 2019.

[43] Esta es una aplicación de la caracterización de convención de LEWIS, 1969: 42, 56 y 78.

destacar que cuando hablamos de las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento nos estamos refiriendo a un determinado tipo de acción: *identificar* el Derecho mediante el *uso* de criterios compartidos. A la importancia de esta acotación me referiré en el apartado 4.

Por otro lado, la cláusula 3 es la que permite clarificar dónde reside la unidad e identidad de un orden jurídico y uno de los sentidos de su normatividad. Tales circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas de identificación del Derecho.

Cada juez puede utilizar los criterios mencionados por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero la mayoría debe coincidir en utilizar éstos y no otros *porque* los demás también utilizan éstos y no otros. Está claro que el contenido de una regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas o morales de la sociedad de la que se trate. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones, por sí solas, proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. Mi respuesta es negativa. Y es que el rasgo convencional de un hecho social (reflejado en la cláusula 3) surge cuando se puede formular con sentido un contrafáctico como este: “si los demás no dijese y no hiciesen lo

que hacen yo no diría lo que digo o haría lo que hago”. En eso consiste actuar por *convención* a diferencia de lo que supone actuar por *convicción* (que es lo propio de las razones morales). Alguien que actúa por convicción daría otro tipo de respuesta: “aunque nadie dijese lo que dice o hiciese lo que hace, yo diría lo que digo o haría lo que hago”^[44].

Esta versión convencionalista del punto de vista interno da cuenta de forma más razonable de los casos de cambio de orden jurídico mencionados. Si se interpreta que las autoridades, en especial los jueces, actúan necesariamente por convicción hay que presuponer un cambio repentino y generalizado en sus creencias morales, que sería, por ende, independiente de si ese cambio se produce también en los demás. Esto parece insostenible. En cambio, si tratamos el punto de vista interno desde una perspectiva convencionalista, simplemente hay que entender que, una vez consolidada una práctica de identificación de normas, para que esta sea la práctica *unitaria* que forma una nueva regla de reconocimiento, es preciso que una de las razones que los participantes compartan es la utilización de determinados criterios de identificación normativa y no otros, al menos, porque los demás

[44] Como es sabido, la distinción entre actuar por convención o por convicción proviene de Ronald Dworkin, pero la formulación de estos contrafácticos la tomo de NARVÁEZ, 2004: 280.

también lo hacen. De no ser así, no conseguirían identificar *el mismo* orden jurídico y, en consecuencia, no existiría *un* orden jurídico.

4. La normatividad de la regla de reconocimiento

Respecto al problema de la normatividad en el Derecho, es conveniente trazar una distinción que evitaría muchos malentendidos. Una cosa es la normatividad predicada de la regla de reconocimiento y otra muy distinta la normatividad del Derecho en su conjunto. Ahora me referiré únicamente a la normatividad propia de la regla de reconocimiento, por ser la relevante aquí^[45].

En este caso, hay que elucidar en qué sentido, si es que lo tiene, *la práctica de identificación* del Derecho de una determinada comunidad debe ser considerada obligatoria para quienes realizan dicha tarea. Muchas veces, al hablar de normatividad de prácticas se toma como una alternativa exhaustiva y mutuamente excluyente la que considera que o bien no existe normatividad, es decir, la práctica en cuestión no es en ningún sentido comprensible de obligado cumplimiento, o bien lo es y entonces esa obligatoriedad sólo puede ser de carácter moral. Esta segunda opción es la que

[45] Para más detalles, cfr. VILAJOSANA, 2019: 98-100.

eligen diversos autores^[46], entre ellos EGV, y no seré yo quien niegue que algún texto de Hart pueda dar pie a esta exégesis^[47].

Sin embargo, en mi opinión, aunque las opciones citadas son obviamente excluyentes, en cambio no son conjuntamente exhaustivas. Existe la posibilidad de hablar de normatividad en la medida en que lo sean las convenciones. No afirmo que sea este sentido de normatividad el que los autores convencionalistas han defendido al hablar del carácter normativo de las convenciones. En realidad, no resulta nada claro decir, como hacen algunos, que de las prácticas de identificación de un sistema jurídico surge la *obligación* de identificar de esa manera al sistema jurídico en cuestión. Lo que sostengo es que la forma más plausible de considerar normativa dicha práctica (donde “normativo” significa simplemente “tener una razón para actuar”) es lo que aquí defiendo. Si alguien considera que una razón de este tipo no tiene carácter normativo, entonces no tengo inconveniente en reconocer que no hay nada normativo en la práctica de identificación del Derecho de una determinada comunidad^[48].

[46] Este es el caso, por ejemplo, de MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: 132-3

[47] Cfr. VILAJOSANA, J.M., 2017: 143-150.

[48] De hecho, es lo que pienso, dado que concibo la regla de reconocimiento como una convención constitutiva (cfr. VILA-

Así, el único elemento “normativo” presente en las convenciones consistiría en lo siguiente: involucrarse en una práctica convencional supone realizar determinadas acciones *al menos* por la razón de que los demás también lo hacen^[49]. Esto puede sonar extraño, pero sólo lo es si se confunden los problemas que aquí he distinguido, es decir, si se toma esta idea como una respuesta al problema de la justificación del Derecho, en su conjunto. En efecto, esta respuesta sería absurda como contestación al problema del deber de obediencia al Derecho, ya que el mismo requiere inevitablemente una respuesta que se halla en el ámbito moral. Sin embargo, si acotamos convenientemente la cuestión y nos preguntamos acerca de las razones por las cuales unos sujetos deberían usar unos determinados criterios y no otros *para identificar el Derecho de una sociedad*, entonces no tiene por qué considerarse desatinado que una razón sea la de que los demás también los usan. Es la misma razón que tenemos para seguir cualquier convención. Quede claro que esa no tiene por qué ser la *única* razón. Pero ésta debe darse para que exista una determinada regla de reconocimiento.

JOSANA, J.M., 2019). Sobre las dificultades de establecer el carácter obligatorio de las convenciones, véase GREEN, 1988: 117-121; CELANO, 1995; MARMOR, 2001: 28-29.

[49] Véase LEWIS, 1969. Sin este elemento, no se resolvería el problema de coordinación que está en la base de toda convención.

¿Dónde radica, entonces, la actitud crítico-reflexiva que implica el punto de vista interno? En reprochar el comportamiento de quienes no usan los criterios compartidos a la hora de identificar el Derecho de una determinada sociedad. Un reproche de este tipo no tiene necesariamente connotaciones morales. Así, pues, entendidos de este modo el punto de vista interno y la normatividad de la regla de reconocimiento, se puede concluir que tanto uno como la otra contribuyen a la existencia de un sistema jurídico, pero sin que ello implique ninguna conexión necesaria con la moral.

Referencias bibliográficas

CELANO, B., 1995: «Consuetudini, convenzioni», en P. Comanducci, R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto*, Torino: Giappichelli. Trad. cast. de J.J. Moreso: «Costumbres, convenciones», en *Dos estudios sobre la costumbre*, México: Fontamara, 2000: 15-77.

GARZÓN VALDÉS, E., 1987: «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993: 573-609.

GARZÓN VALDÉS, E., 1992: «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993: 317-335.

GREEN, L., 1988: *The Authority of the State*, Oxford: University Press.

HART, H.L.A., 1958: «Legal and Moral Obligation», en MELDEN, A.I. (ed): *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press.

HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Trad. cast. de Carrió, G.R.: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HART, H.L.A., 1994: «Postscript to *The Concept of Law*», 2 ed. (Bulloch, P.; Raz, J., eds.), Oxford: Oxford University Press.

LEWIS, D., 1969: *Convention. A philosophical Study*, Oxford: Basil Blackwell.

MACCORMICK, N; WEINBERGER, O., 1986: *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*, Dordrecht: Reidel.

MARMOR, A. (ed.), 2001: *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Clarendon Press.

MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

- NARVÁEZ, M., 2004: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- RAMÍREZ-LUDEÑA, L.; VILAJOSANA, J.M., 2017: «Ernesto Garzón Valdés y la Universidad Pompeu Fabra». *Revista de la Facultad*, Córdoba (Argentina), vol. VIII, núm. 2, Nueva serie II: 37-43.
- SARTORIUS, R., 1987: «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en GAVISON, R (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press.
- VILAJOSANA, J.M., 1996: «Towards a material criterion of identity of a legal order». *Rechtstheorie*, vol. 27: 45-64.
- VILAJOSANA, J.M., 2017: «La idea de convención en Hart». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 20: 143-150.
- VILAJOSANA, J.M., 2019: «Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention», en RAMÍREZ-LUDEÑA, L.; VILAJOSANA, J.M. (eds.), *Legal Conventionalism*, Cham: Springer: 89-107.

LA ESTABILIDAD DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS Y LA VALIDEZ JURÍDICA ENTRE OTROS LEGADOS DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

Sebastián Agüero^[50]
Universidad Austral (Chile)

1. A finales de 2009, recién llegado a Barcelona, conocí a Ernesto Garzón Valdés en el espacio de lecturas que dirigía al alero del grupo de filosofía del derecho de la Universitat Pompeu Fabra. En aquella ocasión discutían en torno a la conocida polémica entre H. Kelsen y C. Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. Este espacio buscaba agrupar a quienes tenían inquietudes iusfilosóficas en torno a temáticas variadas y sugerentes, que abarcaban desde el siglo de oro español hasta la responsabilidad moral de los robots pasando

[50] Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s.n. / Valdivia-Chile, sebastian.aguero@uach.cl, <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>

por la neurociencia y la noción de ley en la antigüedad.

El seminario iniciaba a las 10:00 hrs., pero Ernesto gustaba de llegar, al menos, media hora antes. Una oportunidad inmejorable para alguien como yo, que solo buscaba aprender algo más de la disciplina que empezaba a abrazar. Así, un año después, pese al carácter mensual de sus visitas, ya habíamos podido conversar sobre una gran cantidad de temas. Precisamente al finalizar este primer año, en el norte de África, inició un movimiento social llamado “Primavera Árabe”, que involucró a trece países cuyos manifestantes exigían democracia y derechos para su población.

Bajo esta contingencia, a inicios de 2011, el tema obligado en nuestras conversaciones pre-seminario era la primavera árabe. Aún recuerdo con claridad cuando directamente le pregunté: ¿qué pronóstico hacía de la evolución de esta enorme revuelta social? Hasta ese entonces los medios de comunicación se mostraban bastante auspiciosos, pero Ernesto, sin dudar, me dijo que no confiaba demasiado en el establecimiento y consolidación de regímenes democráticos en aquellos países, porque, en sus palabras, “no tenían tradición democrática”, idea que desarrolló latamente. Este déficit, afirmaba, inclinaría a esos países a regresar a algún tipo de autoritarismo.

Ha pasado más de una década y, lamentablemente, el tiempo le ha dado la razón. Con la excepción de Túnez, casi todos los países involucrados en la ahora llamada “Primera Primavera Árabe” han vuelto a un régimen autoritario, están en algún tipo de transición inestable, o bien, se encuentran inmersos en una guerra civil. Obviamente, la precisión en su pronóstico no fue casualidad, pues Ernesto ya había recorrido intelectualmente estas temáticas.

A partir de este recuerdo, busco homenajear a Ernesto Garzón presentado dos piezas de su legado intelectual. Por un lado, su análisis de la estabilidad de los sistemas políticos y, por el otro, como complemento de este, su estudio de la noción hartiana de validez jurídica, para finalmente mostrar rápidamente la vigencia de sus ideas.

2. En (1987), Garzón publica un libro donde pretende, por un parte, proponer un concepto de estabilidad de los sistemas políticos y, por otra, evaluar la plausibilidad de su propuesta a través de la historia latinoamericana^[51]. No puedo reconstruir todo su argumento, pero me centraré en aquella parte que se conecta de manera más directa con sus trabajos previos sobre validez.

[51] Este libro también está publicado en Fontamara 1992.

Según Garzón, a diferencia de la legitimación y legitimidad, la estabilidad es una propiedad que alude a la disposición de un sistema político a reaccionar de forma tal que mantenga su identidad. Ella se expresa a través de juicios descriptivos cuya verdad o falsedad depende de la existencia de características empíricamente comprobables con independencia de su calidad moral. La verdad o falsedad de un enunciado como “S es un sistema político estable” descansa en ciertos comportamientos o incidentes denominados “reacciones de estabilidad” o “reacción de identidad” por estar dirigidos a la estabilidad del sistema (1987, 5-9, 11-14 y 45).

Como una primera definición sostiene que: «Un determinado sistema político (S^*) es estable si y solo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (R_i)» (1987, 11). Dedicó así toda la primera parte del libro a precisar los elementos que integran esta definición. De todos ellos solo aludiré al criterio de identidad y las circunstancias que propician o afectan la estabilidad.

Garzón (1987, 15) entiende los sistemas políticos son unidades de reglas, normas de comportamiento y conductas humanas vinculadas con el ejercicio del poder en una determinada sociedad y caracteriza su identidad a través de su aspecto normativo. Esta elección descansa

en que para hablar de un sistema político es necesario aludir a reglas y formas de comportamiento vinculadas entre sí a través de criterios normativos. Estos criterios normativos son los que guían el discurso acerca del ejercicio del poder institucionalizado en una determinada sociedad y permiten establecer sus límites externos y las interrelaciones entre ellos.

Por ello, sugiere como criterio de identidad y unidad de los sistemas políticos a la regla de reconocimiento hartiana. La utiliza como un punto de partida para determinar la identidad y la unidad de los sistemas políticos en razón de su mayor flexibilidad frente a las directrices normativas constitucionales y menor vaguedad frente a los elementos sociopsicológicos. Así, cada sistema político-jurídico detenta solo una regla de reconocimiento y esta precisa los criterios de validez y membrecía de las reglas al sistema. La constatación de esta regla es una cuestión empírica dependiente del punto de vista de los actores políticos, porque un sistema político-jurídico solo existe si el grupo dominante acepta la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno (Garzón Valdés 1987, 15-16); (Garzón Valdés 1992, 9)^[52].

[52] Garzón (1987, 17-21) entiende la clásica distinción hartiana entre punto de vista externo e interno del siguiente modo. Es externo el punto de vista del observador, de quien describe el sistema, o de quien sigue las reglas por hábito, apatía o por

Es importante enfatizar que, como condición necesaria de la existencia y la estabilidad de un sistema político, el punto de vista interno debe ser adoptado por quienes detentan el poder de imponer su regla de reconocimiento en la sociedad respectiva. Y la existencia de una regla de reconocimiento se pone de manifiesto a través de la obediencia y el uso de las reglas válidas del sistema. Por ello, la imposición de la regla de reconocimiento se debe realizar de acuerdo con las reglas válidas del sistema, ya que de otro modo se produciría un apartamiento de ella, el cual pone en peligro la identidad del sistema (Garzón Valdés 1987, 21-22).

Si la identidad del sistema descansa en la regla de reconocimiento, los cambios producidos con base en ella no afectan su identidad, pero si los que implican su modificación. Los primeros se denominan “explicaciones” y los segundos “mutaciones”. Estos últimos no tienen un carácter meramente formal, sino más bien implican los distintos factores concurrentes en toda regla de reconocimiento (Garzón Valdés 1987, 26-31).

ver en ellas razones prudenciales; en cambio, el punto de vista interno lo detentan quienes utilizan la regla de reconocimiento para identificar las reglas válidas del sistema, por ver en ellas razones aceptables para actuar.

A partir de este criterio de identidad se deben considerar, al menos, dos tipos de circunstancias: los casos de ejercicio institucionalizado y los casos límite. En los primeros, un sistema estable tiende a reaccionar conforme a su regla de reconocimiento, es decir, la reacción de estabilidad consiste en la vigencia de las reglas primarias de obligación y/o en el uso de las reglas de adjudicación o cambio para la solución del conflicto. Y, en los segundos, se hace borrosa la distinción entre explicación y mutación porque hay dudas sobre si se presentan las condiciones necesarias y suficientes para la existencia del sistema como son el punto de vista interno y su poder de imposición. Por sí mismos, los casos límite no producen la inestabilidad del sistema, pues esta se presentará cuando ocurre una mutación de la regla de reconocimiento, o bien, está no detenta la fuerza suficiente para imponerse (Garzón Valdés 1987, 32-40).

Los casos límites vinculados con el punto de vista interno son tres. El primero es la contradicción interna de la regla de reconocimiento, la cual se puede manifestar por contener criterios contradictorios para la membrecía de reglas al sistema, rechazar la realización de la condición necesaria que permite alcanzar cierto fin, o contener una inconsistencia lógica. El segundo es la incapacidad de la regla de reconocimiento para dar solución a problemas que surgen dentro de su vigencia y ante esta

frustración de expectativas, el sistema puede tener una reacción de estabilidad que refuerce su poder de imposición. Y en el tercero, pese a su gravedad, los casos admiten solución a través de una explicación de la regla de reconocimiento, pero de no alcanzarse esta se produciría una mutación (Garzón Valdés 1987, 32-38).

A su vez, los casos límites relacionados con el poder de imposición de la regla de reconocimiento se caracterizan por los intentos de imponer una nueva regla de reconocimiento. Situación patológica cuya manifestación extrema está en la guerra civil y abarca desde la violación frecuente de las reglas primarias de obligación hasta la no aplicación de las secundarias de adjudicación o cambio, junto con los casos de violencia política y levantamientos contra el sistema, incluyendo los casos de frustración de expectativas previamente señalados (Garzón Valdés 1987, 38-39)^[53].

3. Como si fuese un ejercicio intelectual que retomaba cada década, en dos trabajos precedentes, Garzón (1993[1967]) y (1993[1977]) caracterizó y criticó la propuesta hartiana de validez jurídica. Sugerencias que complemen-

^[53] Garzón (1987, 39-40) también reconoce casos límites en donde la regla de reconocimiento no entrega solución como ocurre con los estados o países dependientes.

tan la propuesta de estabilidad de los sistemas políticos. Relevaré dos por cada trabajo.

En el primero de aquellos trabajos, pone de manifiesto la poca claridad que ofrece la propuesta hartiana en torno a cómo determinar la eficacia de las normas secundarias (exceptuando la regla de reconocimiento) y cómo esto impacta en los criterios de existencia del sistema. Según Hart, la eficacia se da cuando una regla que exige una conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida. Por ello, es posible predicar la eficacia de las normas primarias, pero no de normas secundarias. Situación paradójica, si en la visión hartiana la existencia del sistema descansa en la eficacia general de las reglas o normas primarias y secundarias que lo integran. Incluso, si vinculamos la eficacia con el uso o aplicación de las normas secundarias, cuando este es realizado por los funcionarios, se genera el problema de los casos de falta de uso o aplicación, los cuales producen la pérdida de existencia o validez de las reglas o normas creadas obviando las reglas secundarias (Garzón Valdés 1993[1967], 110-111).

Entendida la eficacia general de las normas como observancia, recuerda Garzón que, en casos de inobservancia generalizada, pierde sentido determinar la validez de las reglas o normas del sistema en referencia a su regla de reconocimiento. Sin embargo, esto no impide

formular enunciados de validez, porque siempre es posible recurrir a enunciados externos, incluso cuando el sistema no es observado o ficticio. Estos casos los enunciados pueden ser entendidos como juicios de legalidad que aluden a la coincidencia con los requisitos de validez establecidos en algún momento, o inclusive, simplemente fijados de modo imaginario (1993[1967], 112-113).

En relación con la regla de reconocimiento, en el segundo trabajo, Garzón nos recuerda que, en el modelo hartiano, existencia y validez no son equivalentes, porque hay una regla que existe pero respecto de la cual no procede predicar validez como es la regla de reconocimiento. Por ello, se alude de ella como un hecho que existe en la práctica real del sistema y respecto del cual no se puedan formular enunciados internos de validez, sino solo respecto de las normas o reglas identificadas con base en él. De ahí que sea un enunciado externo el que afirma la existencia de una regla de reconocimiento (1993[1977], 91-92).

Al igual que otros, este esquema sería problemático por considerar a la validez como una propiedad necesaria y genética de las normas, lo cual produce formulaciones de definiciones recursivas y su identificación con la existencia. Específicamente, en la propuesta hartiana esto se manifiesta a través de la ambigüedad

de las nociones de existencia y membresía. La existencia de las reglas primarias y secundarias con excepción de la regla de reconocimiento se vincula con la noción de validez (sentido normativo); mientras que, la regla de reconocimiento tiene una existencia específica relacionado con los hechos (sentido fáctico). De ahí que, haya una membresía para la regla de reconocimiento y otra para las demás reglas del sistema. Para evitar esta problemática, Garzón sugiere sacar del sistema a los criterios que determinan la validez (membresía) de sus normas, por ejemplo, proponiendo definiciones estipulativas deferentes con el criterio de efectividad concurre en todos modelos de validez analizados (1993[1977], 93 y 98).

Creo resulta patente la complementariedad entre su propuesta de estabilidad de los sistemas políticos y su análisis de la validez jurídica. Esto a través del uso, análisis y desarrollo de la noción hartiana de regla de reconocimiento. Son un ejemplo de ello las relaciones entre el carácter descriptivo de los juicios de estabilidad, la unidad e identidad proporcionada por la regla de reconocimiento y entender esta con una existencia factual específica, manifestada en la práctica real del sistema, y referida mediante enunciados externos. Y, otro ejemplo encuentra en enfatizar que la existencia de la regla de reconocimiento descansa en la obediencia de las reglas primarias y el uso

de las reglas secundarias de las reglas del sistema, porque la eficacia de ambas se presenta de modo distinto, de ahí que un caso límite se presente a través de la violación frecuente de las reglas primarias de obligación y/o la des-aplicación de las secundarias de adjudicación o cambio.

4. Ahora bien, presentados algunos trazos de la propuesta de la estabilidad de los sistemas políticos, algunas observaciones a la noción hartiana de validez y ejemplificado su carácter complementario, me corresponde mostrar la vigencia de las ideas garzonianas aplicándolas rápidamente al Chile del último lustro.

Como es ampliamente conocido, en los últimos cinco años, la población chilena ha transitado por un movimiento social con pretensiones revolucionarias llamado “estallido social”, el cual desembocó en un primer proceso constituyente, que finalizó cuando la ciudadanía rechazó la propuesta de constitución elaborada por la Convención Constitucional, situación que impulsó un segundo proceso constituyente que desembocó en un nuevo rechazo de la ciudadanía a una segunda propuesta de nueva constitución, en este caso elaborada por el Consejo Constitucional y la Comisión Ex-perta. Ambos procesos se realizaron gracias a reformas constitucionales que indicaban como elaborar una nueva constitución.

Siguiendo las ideas de Ernesto, como ejemplo de caso límite, el estallido social se produjo por la incapacidad de la regla de reconocimiento para dar solución a problemáticas existentes, lo cual genera frustración de expectativas, al punto de comprometer el punto de vista interno y su capacidad de imposición. El porqué de ello, como indica Ernesto, se puede resumir en que a mayor desigualdad mayor violencia e inestabilidad. El sistema chileno sortea este caso límite mediante una reacción de estabilidad dirigida a reforzar su poder de imposición mediante reforzar las reglas primarias de obligación, usar las reglas de adjudicación y, en relación con las reglas cambio, no es claro si ellas fueron usadas o desaplicadas. Quizá, en un primer momento, éstas últimas fueron desaplicadas para posibilitar una reforma constitucional dirigida a regular la creación de una nueva constitución, pero luego, una vez se consolidó el procedimiento para una segunda vez, más bien parece que ha habido una mutación en las reglas de cambio del sistema, porque se ha incorporado a ellas un elemento nuevo propio de las situaciones de excepcionalidad y ajeno a los tiempos de normalidad.

Así, contra todo pronóstico, después de dos frustrados procesos constitucionales, una consecuencia del estallido social ha sido reforzar la regla de reconocimiento chilena y entregar

un conjunto de hechos que permiten atribuir cierta estabilidad al sistema político chileno y, consecuentemente, a su llamada Constitución de 1980. Sin embargo, en las actuales circunstancias, no es claro si el sistema aún detenta la disposición a reaccionar de forma tal que logre mantener su actual identidad. Esto al considerar que las inconsistencias internas que motivaron el estallido social se han mantenido, e incluso acrecentado, de manera que, mientras ellas no sean eliminadas es cuestión de tiempo vivir un nuevo caso límite.

De este modo, el análisis de Ernesto Garzón Valdés sobre la estabilidad política y la validez jurídica no solo explica fenómenos del pasado, como fue en nuestras conversaciones la Primavera Árabe, sino que también arroja luz sobre desafíos contemporáneos. Al aplicarlas al caso chileno, estas piezas de su legado demuestran ser herramientas útiles para comprender las complejidades de los sistemas políticos en crisis.

5. En definitiva, he buscado mostrar la utilidad y actualidad de las propuestas garzonianas a través de su presentación y posterior aplicación a una pieza de la historia latinoamericana reciente. Y así, a modo de (propietario) fiduciario, impulsar la transmisión de este enorme legado a las generaciones futuras.

Bibliografía

Garzón Valdés, Ernesto. 1987. *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garzón Valdés, Ernesto. 1992. *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. México, D.F.: Fontamara.

Garzón Valdés, Ernesto. 1993[1977]. «Algunos modelos de validez normativa.» En *Derecho, Ética y Política*, 73-105. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garzón Valdés, Ernesto. 1993[1967]. «Validez, eficacia y existencia en H. L. A. Hart.» En *Derecho, Ética y Política*, 107-115. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LEGITIMIDAD POLÍTICA Y DERECHOS SOCIALES

Ricardo García Manrique
Universidad de Barcelona

Resumen

Los derechos sociales son una de las piezas del modelo de legitimidad política elaborado por Ernesto Garzón Valdés a lo largo de su obra. En tanto que derechos que permiten superar y/o compensar desigualdades accidentales entre las personas, integran el coto vedado de los derechos sustraídos a la negociación política. Sin embargo, a diferencia de los demás derechos, los sociales tienen una dimensión política especial que hace aconsejable revisar su encaje en el modelo de Garzón y el modo en que puede afectar al resto de las piezas. En este trabajo se enuncian sus principales ideas sobre los derechos sociales y se revisan a la luz de esa naturaleza política suya y de su conexión con las nociones de libertad y dignidad.

Introducción^[54]

Los derechos sociales son una pieza esencial del modelo de legitimidad política propuesto por Ernesto Garzón Valdés: un sistema político no es legítimo si sus normas jurídicas no reconocen y protegen adecuadamente los derechos sociales. Las ideas de Garzón Valdés sobre los derechos sociales pueden resumirse en siete proposiciones:

- 1) Los derechos sociales están destinados a superar y/o compensar desigualdades accidentales entre las personas.
- 2) Los derechos sociales se satisfacen mediante el cumplimiento de deberes positivos.
- 3) Los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana.
- 4) Los derechos sociales pertenecen al coto vedado.
- 5) Los derechos sociales no se discuten democráticamente.
- 6) Los derechos sociales se pueden proteger jurisdiccionalmente.
- 7) La vigencia de los derechos sociales es condición necesaria de la legitimidad política.

[54] Pablo Scotto ha leído el texto y sus comentarios han contribuido significativamente a mejorarlo.

En lo que sigue haré algunos comentarios acerca de estas ideas. Antes de eso, recordaré cuál es el modelo de legitimidad política de Garzón Valdés.

El concepto de legitimidad que maneja Garzón Valdés a lo largo de su obra es un concepto normativo que designa la aceptabilidad moral de un sistema político: un sistema político es legítimo cuando concuerda con la moral racional (él suele llamarla “crítica” o “esclarecida”, o simplemente “ética”, por contraste con la moral “positiva”, que sería el conjunto de creencias morales dominantes en un grupo humano determinado^[55]). La “legitimidad” no coincide con la “legitimación”, que es un concepto empírico. Un sistema posee legitimación cuando existe “creencia en la legitimidad” por parte de las autoridades del sistema. Así, por ejemplo:

El concepto “legitimidad” designa la concordancia de los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema con los de la moral crítica o ética.

El concepto “legitimación” designa la aceptación de la regla básica de un sis-

^[55] E. Garzón Valdés (EGV en adelante), “Acerca de la tesis de la separación entre moral y política” (1987), en EGV, *Derecho, ética y política* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993): 561-570.

tema político (...) por parte de quienes directa o indirectamente detentan el poder institucionalizado^[56].

Pero, por supuesto, esta aceptación de la regla básica de un sistema político no implica que esta regla básica concuerde con los principios morales relevantes, con lo que legitimación no implica legitimidad.

El contenido material de la legitimidad, ofrecido por la ética, deriva de dos premisas. La primera es el dato fáctico de la igualdad básica de todos los seres humanos y la existencia de diferencias accidentales, superables o no, que pueden ser paliadas respectivamente con medidas de superación o compensación; la segunda es la norma que impone el deber de imparcialidad y universalidad de las normas

[56] EGV, “El terrorismo de Estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad” (1991), en EGV, *Derecho, ética y política*: 842. He aquí, por cierto, un ejemplo de la aplicación de las categorías de la teoría del derecho (en este caso la de “regla de reconocimiento”) a la teoría política, un recurso frecuente en la obra de EGV. Este recurso puede observarse especialmente en su monografía sobre la estabilidad de los sistemas políticos (*El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987). Atienza y Ruiz Manero formularon algunas reservas sobre este recurso. En cambio, Garzón lo considera “posible y fecundo”, y cree que puede contribuir a que “la politología se transforme en una especie de periodismo con notas al pie de página (M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Entrevista con Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa* 4, 1987: 417-419). Véase también M. Álvarez Ortega, “La regla hartiana de reconocimiento en el pensamiento garzoniano” (*Doxa* 30, 2007: 45-51).

morales, derivada del imperativo categórico, de acuerdo con la genérica inspiración kantiana de la concepción moral de Garzón^[57].

De acuerdo con estas premisas, la legitimidad de un sistema político se identifica con esta secuencia de cuatro definiciones:

D1: Un sistema político S* posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de la igualdad esencial de todos sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales de los mismos.

D2: Un sistema político S* posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de la igualdad esencial de todos sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista.

D3: Un sistema político S* posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de la igualdad esencial de todos sus miembros y procura superar y/o compensar

[57] EGV, “Consenso, racionalidad y legitimidad” (1990), en *Derecho, ética y política*: 466 y 468.

las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista, de acuerdo con la disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad.

D4: Un sistema político S^* posee legitimidad si y sólo si asegura la homogeneidad social básica y las reglas que regulan la satisfacción de los intereses secundarios de sus miembros cuentan con la aceptación fáctica de sus destinatarios, expresada a través de un procedimiento democrático pluralista^[58].

Cualquiera de estas definiciones de la legitimidad se traduce en dos elementos institucionales básicos que todo sistema político ha de garantizar si se pretende legítimo: los derechos fundamentales (que constituyen lo que Garzón llama “el coto vedado”) y el sistema democrático representativo. La idea de Garzón es que el respeto de los derechos fundamentales asegura esa homogeneidad social básica (igualdad esencial y superación y/o compensación de las desigualdades accidentales) y ha de estar sustraído a la decisión política, por muy democrática que sea (de ahí que los derechos

[58] EGV, “Consenso, racionalidad y legitimidad”: 466-469.

constituyan un coto vedado); y que la democracia pluralista queda para la satisfacción de los deseos o intereses secundarios de los ciudadanos. En el coto vedado reina la razón; en la democracia, la negociación y el compromiso.

¿Qué derechos forman parte del coto vedado? Desde luego los civiles y los políticos, pero también los sociales. La justificación de estos derechos es sencilla: sin ellos, no cabe superar y/o compensar las desigualdades accidentales de los ciudadanos ni, por tanto, garantizar la homogeneidad social básica. O, desde otro punto de vista, sin ellos no cabe satisfacer algunas de las necesidades básicas de las personas y es precisamente de esta satisfacción de la que se ocupan los derechos del coto vedado^[59].

El modelo de Estado que se ajusta a esta concepción de la legitimidad política es el Estado social de derecho, tal como ha declarado el propio Garzón en ocasiones reiteradas^[60].

[59] Garzón asume que la categoría de las necesidades básicas es la más fecunda de cara a establecer el catálogo de los derechos fundamentales (EGV, “Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge” (1990), en *Derecho, ética y política*: 417-435).

[60] Por ejemplo, EGV, “Los deberes positivos generales y su fundamentación” (1986), en *Derecho, ética y política*: 359. En la entrevista con Atienza y Ruiz Manero de 1987 se definía como un “socialdemócrata que acepta los principios del liberalismo político pero no su versión económica” (“Entrevista”: 412).

De hecho, su entera filosofía moral y política puede comprenderse como un intento de fundamentación de este modelo de Estado^[61].

A partir de aquí, querría formular algunos comentarios que suscita la comprensión de los derechos sociales de Garzón y el modo en que los ubica en su esquema de la legitimidad. Estos comentarios lo son a las siete proposiciones listadas al principio.

1. Los derechos sociales están destinados a superar y/o compensar desigualdades accidentales entre las personas

Ernesto Garzón parece relacionar los derechos sociales no tanto con el respeto de la igualdad humana esencial sino más bien con la superación y/o compensación de desigualdades accidentales. Digo “parece” porque no he encontrado una declaración explícita al respecto, pero sí una conexión, primero, entre estas desigualdades y las diferencias de recursos económicos y culturales (el campo de acción típico de los derechos sociales) y, segundo, entre la superación y/o compensación de tales desigual-

[61] EGV, *Derecho, ética y política*: 12. En particular, apunta a sus trabajos dedicados a la justificación de los deberes positivos y del paternalismo, con los que pretende superar los dos obstáculos principales que se opondrían a una fundamentación liberal del Estado social.

dades y la imposición de deberes positivos (que son los que suelen vincularse con los derechos sociales y cuya justificación considera Garzón necesaria de cara a la defensa del Estado social). En efecto, en cuanto a lo primero:

Es obvio que la importancia de las diferencias accidentales entre los miembros de una comunidad política son relativas a los recursos económicos y culturales de la misma^[62].

En cuanto a lo segundo:

La necesidad de ampliar el campo de los deberes positivos especiales dio origen así al Estado social de derecho (...) La idea misma de protección al “débil” y su equiparación al “fuerte” exige, por ello, un refuerzo de los deberes positivos de asistencia^[63].

Me pregunto, en primer lugar, si la vinculación de los derechos sociales sólo con la superación y/o compensación de desigualdades accidentales, y no también con la igualdad humana esencial, es adecuada. La propia dis-

[62] EGV, “Consenso, racionalidad y legitimidad”: 467.

[63] EGV, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”: 358; o en “Instituciones suicidas” (*Isegoría* 9, 1994): 111.

tinción entre respeto de la igualdad humana esencial y superación y/o compensación de desigualdades accidentales es problemática. Uno podría pensar que la igualdad humana esencial se mantiene inalterable a lo largo del tiempo y que, en cambio:

La percepción de estas desigualdades [las diferencias accidentales] varía según los tiempos y las sociedades^[64].

Sin embargo, precisamente porque la percepción de estas desigualdades varía, es posible que haya un tiempo y una sociedad en que una de esas desigualdades se perciba, y con razón, como un atentado contra la igualdad humana esencial. La desigualdad en el acceso a la educación básica me parece uno de esos atentados en el marco de cualquier sociedad de nuestro tiempo.

Del mismo modo, un derecho característico del ámbito de la igualdad humana esencial como es el derecho a no padecer tratos inhumanos o degradantes (dimensión básica y clásica del derecho a la integridad física y moral) puede requerir del establecimiento de derechos sociales. Esto porque tales tratos pueden infligirse también por omisión, de manera

[64] EGV, “Consenso, racionalidad y legitimidad”: 467.

que, en un caso como este, el mantenimiento de la igualdad humana esencial requeriría del establecimiento de deberes positivos, que bien pueden ser deberes positivos especiales de las autoridades públicas vinculados con derechos a prestaciones. Así el derecho a la alimentación o a una vivienda digna o, en general, la garantía de lo que ha venido en llamarse el “mínimo vital”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que:

Una queja relativa al importe insuficiente de una pensión o de otros beneficios sociales puede, en principio, plantear una cuestión que caiga bajo el artículo 3 del Convenio, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes” (*Larioshina c. Rusia*, decisión de inadmisión, 2002; esta consideración se reitera en *Moldovan c. Rumanía*, 2005 y *Budina c. Rusia*, 2009)^[65].

De manera semejante se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias *Yvon Neptune vs. Haití* (2008) y *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* (2012), en estos casos reconociendo un derecho al mínimo

[65] La relevancia de esta jurisprudencia la acreditan L. López Guerra (“Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, en *Teoría y realidad constitucional* 36, 2015: 404-405) o R. Mestre (“La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 33, 2016: 116).

vital de la población reclusa que deriva del art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza la integridad personal y prohíbe los tratos inhumanos, crueles o degradantes. Aquí la Corte Interamericana sigue una línea ya establecida por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Kudla vs. Polonia* (2000).

2. Los derechos sociales se satisfacen mediante el cumplimiento de deberes positivos

Es cierto que los derechos sociales se satisfacen mediante el cumplimiento de deberes positivos, pero, como acabamos de ver, también lo es que los deberes positivos pueden ser necesarios para la satisfacción de un derecho de otra categoría. En realidad, cualquiera de las libertades que Ernesto Garzón consideraría sin duda integrantes de la igualdad humana esencial requiere de derechos positivos (es decir, derechos que requieren de la realización de acciones positivas), como lo son, con la terminología de Alexy, los “derechos a protección” y los “derechos de organización y procedimiento”^[66].

[66] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993): 435ss. Un libro traducido precisamente por EGV.

Por otra parte, la superación y/o compensación de desigualdades accidentales puede requerir tanto del cumplimiento de deberes positivos como de deberes negativos. Muchas de estas desigualdades son el resultado de acciones, con lo que su superación o compensación habrá de requerir de omisiones. En otros términos, el contenido de los derechos sociales incluye también omisiones o prohibiciones. Así, por poner un ejemplo, la prohibición del lucro en ciertos ámbitos como el educativo o el asistencial o la limitación de la libertad de los propietarios de viviendas^[67]. O, por poner otro ejemplo, téngase en cuenta que buena parte de los derechos de los trabajadores pueden comprenderse como prohibiciones u obligaciones de omitir determinados comportamientos^[68].

No parece, pues, haber razón para vincular una clase de derechos fundamentales con los deberes negativos y otra clase con los deberes positivos. Esta distinta vinculación podría tener sentido en un supuesto estado de naturaleza o prepolítico, pero ya no en el marco de una comunidad política organizada jurídicamente.

[67] A limitaciones de este tipo, entre otras, apunta Garzón a la hora de establecer las condiciones de un mercado éticamente aceptable (EGV, “Instituciones suicidas”: 121).

[68] A estos efectos, la relevancia de la distinción misma entre deberes positivos y negativos puede ser cuestionada (EGV, “Instituciones suicidas”: 111-112).

3. Los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana

En un breve trabajo dedicado a comentar la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy, Ernesto Garzón se preguntaba si no sería la dignidad un mejor fundamento de los derechos sociales que la libertad, tal como Alexy propone (en particular, la libertad “fáctica”). Se pregunta Garzón:

¿Es “el argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales un argumento de la libertad” o un argumento derivado del concepto de dignidad?^[69]

Y también:

Si este concepto [el de dignidad] no es vacío, ¿por qué no ha de ser posible derivar de él derechos no sólo de defensa sino de prestaciones, es decir, derechos sociales?^[70]

Esta manera de plantear cuál haya de ser el fundamento axiológico de los derechos sociales

[69] EGV, “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en R. Alexy y otros, *Derechos sociales y ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007): 156.

[70] *Ibidem.*

implica que dignidad y libertad pueden identificarse por separado, como si de dos valores distintos se tratase (y que podrían incluso contraponerse). Sin embargo, no estoy seguro de que esta identificación independiente de ambos valores pueda llevarse a cabo. Ni siquiera lo estoy de que la dignidad pueda ser calificada como un “valor”. La dignidad acaso expresa más bien el hecho de que los seres humanos son especialmente valiosos, de manera que afirmar “los seres humanos tienen dignidad” significa “los seres humanos son especialmente valiosos”; pero de esta afirmación no se sigue que la dignidad sea un valor, sino que los seres humanos poseen alguna cualidad valiosa que, por cierto, no queda especificada. Ernesto Garzón apunta a esto cuando escribe:

El concepto de dignidad tiene un carácter *adscriptivo*. Expresa una evaluación positiva (...) Adscribirle dignidad al ser humano es algo así como colocarle una etiqueta de valor...^[71].

En efecto, afirmar la dignidad es colocar una etiqueta de valor, pero afirmar que “X es valioso”

^[71] EGV, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?” (en E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006): 41-42. Sobre la concepción de la dignidad humana de EGV, puede verse M. Atienza, *Sobre la dignidad humana* (Madrid, Trotta, 2022): 26-36.

no nos ayuda a determinar por qué lo es, ni nos autoriza a afirmar, a su vez, que la dignidad es un valor. Lo que será un valor será aquello que posea X que lo hace valioso, y será lo que nos permita tratar a X de acuerdo con su dignidad.

Pues bien, no es difícil estar de acuerdo en que esta cualidad valiosa de los seres humanos es su racionalidad, que en tanto que racionalidad práctica equivale a su capacidad para la agencia moral, o a su capacidad para la autonomía; y esta capacidad es precisamente la libertad. Esta asimilación de razón, moral y libertad, de clara raíz kantiana, creo que no disgustaría, ni mucho menos, a Ernesto Garzón. Leyéndolo, da la sensación de que no acaba de pronunciarse con toda claridad en este punto, pero, cuando examina las razones que pueden invocarse como fundamento de la adscripción de dignidad a todo ser humano menciona cuatro posibles, a modo de muestra significativa: las razones teológicas de Pico della Mirandola, la autonomía o naturaleza racional del ser humano de Kant, la calidad de agente prospectivo de Alan Gewirth, y la necesidad moral de tratar a las personas según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento de Carlos Nino^[72]. Bien parece que todas estas razones

[72] EGV, ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?": 42.

apuntan a la libertad humana, llámese con un nombre o con otro, y esto vale también para las razones teológicas de raíz cristiana, que extrae nuestra dignidad del hecho de “estar hechos a imagen y semejanza de Dios”, o de estar dotados de razón y voluntad, vale decir de libertad. A mayor abundamiento, en otro lugar Garzón sí afirma que:

El principio de dignidad humana exige el respeto de las elecciones humanas. No es moralmente posible prescindir de la libertad personal de los gobernados^[73].

Pero, naturalmente, si hay tal cosa como “elecciones” humanas es porque los humanos estamos dotados de libertad, y si esas elecciones requieren “respeto” es porque tales elecciones son valiosas. Es la libertad la cualidad que nos hace merecedores de dignidad.

Si esto es así, si tenemos dignidad porque somos libres, o aptos para ser libres, entonces el valor que subyace a la afirmación de la dignidad humana es el de la libertad. Por tanto, no tendría sentido diferenciar la dignidad y la libertad como si de dos valores se tratase, sino que afirmar la dignidad humana es afirmar que

[73] EGV, “Prólogo” a Jesús González Amuchastegui, *Autonomía, libertad y ciudadanía* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004): 32.

los seres humanos son aptos para la libertad y que son valiosos por ello. La consecuencia sería que dignidad y libertad no pueden funcionar como dos fundamentos axiológicos distintos de ningún derecho, sea social o de otro tipo. Por eso, la dignidad y la libertad constituyen uno y el mismo fundamento de los derechos humanos básicos de todo tipo, porque una vida humana digna no ha de ser otra cosa que una vida libre. Ahora bien, el término “libertad” es más significativo y fértil que el término “dignidad”, porque el primero dice algo de nuestra naturaleza o forma de ser y el segundo no. Por eso, parece preferible a la hora de articular argumentos que justifiquen la atribución de unos derechos u otros. En todo caso, a la primera pregunta que se hacía Ernesto Garzón podría contestarse así: el argumento principal en favor de los derechos sociales es un argumento derivado al mismo tiempo de la libertad y de la dignidad. Los derechos sociales respetan la dignidad humana protegiendo y promoviendo por igual la libertad de todos los miembros de la comunidad.

La asociación de la dignidad con la libertad en estos términos a buen seguro pasa por renunciar a una concepción de la libertad como no interferencia, o como libertad negativa, y por optar por una concepción de la libertad como capacidad. Pues, tal como habitualmente se la comprende, la libertad negativa es sólo

una de las condiciones necesarias de la libertad, pero no es una condición suficiente: el titular de libertad negativa no es de por sí libre, puesto que puede ser incapaz de llevar a cabo las conductas que típicamente dan sentido a nuestra libertad^[74]. Lo que Joseph Raz llamó un “rango significativo de opciones” es otra de las condiciones necesarias de la libertad, y no queda garantizada por la mera no interferencia ajena^[75]. Si lo ponemos en los términos que usa Rawls, de lo que se trataría es de que no sólo la “libertad” sino también el “valor de la libertad” sea el mismo para todos, al menos aproximadamente, y a salvo de los casos patológicos. En cambio, una concepción negativa de la libertad, o comoquiera que la concibe Rawls en su teoría de la justicia, permite, tal como el propio Rawls reconoce, que el valor de la libertad no sea el mismo para todos:

La incapacidad para sacar provecho de los derechos y oportunidades como resultado de la pobreza y la ignorancia y, en general, la falta de medios, se cuenta a veces entre los impedimentos definitorios de la libertad. En cambio, yo no

[74] Es posible incluso sostener que la libertad negativa no es un valor, o que tiene mero valor instrumental, pero esto podemos dejarlo ahora de lado.

[75] J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon, 1986): 372-373.

diré esto, sino que entenderé que estas cosas afectan al valor de la libertad, al valor que tienen para los individuos los derechos que define el primer principio [de la justicia]^[76].

Desde luego, la teoría de la justicia de Rawls pretende garantizar un mismo valor de la libertad para todos, al menos aproximadamente, pero de esta equiparación se encarga el segundo principio de la justicia y los derechos económicos y sociales que podamos derivar de él. Es decir, la libertad no es, en su teoría, el fundamento de estos derechos. Quizá la cuestión no reviste una gran importancia práctica pues, como el propio Rawls advierte:

Esta distinción entre libertad y el valor de la libertad es, por supuesto, meramente una definición y no determina ninguna cuestión sustantiva^[77].

Tenga esto la importancia que tenga, si queremos derivar los derechos sociales de la libertad y no de otro valor, entonces debemos renunciar a la concepción negativa de la li-

^[76] J. Rawls, *A Theory of Justice*, 204 (Oxford, Oxford University Press, 1973): 204. La misma idea aparece en J. Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York, Columbia University Press, 2005): 325-326.

^[77] J. Rawls, *Political Liberalism*: 326.

bertad y también a la rawlsiana. O, tal como lo ha dejado dicho el propio Ernesto Garzón, habremos de asumir que “la distinción entre libertad negativa y libertad positiva (...) es falsa”^[78].

Por lo que se refiere a la segunda pregunta que Garzón le dirige a Alexy, sobre si no ha de ser posible derivar derechos a prestaciones, y no sólo de defensa, del concepto de dignidad: la respuesta ha de ser afirmativa, puesto que, en efecto, el concepto de dignidad no es vacío, siempre y cuando especifiquemos su fundamento. Si ese fundamento (la cualidad que hace valiosos a sus titulares) es la libertad, y si se acepta que la libertad requiere disponer de un rango adecuado de opciones vitales (o si se acepta simplemente que requiere la satisfacción de ciertas necesidades materiales), de la dignidad humana es posible derivar derechos a prestaciones.

4. Los derechos sociales pertenecen al coto vedado

Los derechos sociales integran el coto vedado de los derechos fundamentales, hay que suponer que en pie de igualdad con los demás integrantes de ese coto. En este punto, Ernesto

[78] EGV, “Instituciones suicidas”: 112.

Garzón no hace distinciones entre unos y otros derechos:

No se trata aquí de derechos sustancialmente diferentes a los de la primera generación, sino que tienen la misma jerarquía^[79].

Todos ellos conjuntamente garantizan lo que llama “homogeneidad social básica”, compuesta por el respeto de la “igualdad humana esencial” y la “superación y/o compensación de desigualdades humanas accidentales”. Que los derechos sociales, como hemos visto, hayan de vincularse no sólo a este proceso de compensación y superación sino también al mantenimiento de la igualdad humana esencial no es algo que haya de tener consecuencias prácticas de ningún tipo, puesto que no afecta a su condición de derechos acotados, o sustraídos a la discusión política.

Los derechos del coto vedado, del tipo que sean, aseguran los bienes básicos, que a su vez vienen determinados por las necesidades humanas básicas, sean naturales o derivadas:

Los derechos incluidos en el “coto vedado” son aquellos vinculados con la

[79] EGV, “Algo más acerca del coto vedado” (*Doxa* 6, 1989): 210.

satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también “necesidades básicas”, en su doble versión de naturales o derivadas^[80].

Que los derechos sociales forman parte del coto vedado lo acredita el ejemplo con el que se muestra la diferencia entre necesidades naturales y derivadas:

Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y escribir y estar vestido con un mínimo de decencia^[81].

La determinación de cuáles sean los derechos del coto vedado, sociales o de otro tipo, no es cuestión que parezca preocupar en exceso a Ernesto Garzón. A quien ha preguntado sobre ello^[82], Garzón ha respondido invocando el objetivismo ético (vale decir el ejercicio de la

[80] EGV, “Algo más acerca del coto vedado”: 209.

[81] *Ibidem*.

[82] J. de Lucas, “Sobre la justificación de la democracia representativa” (*Doxa* 6, 1989): 195.

razón práctica) y recordando que tales derechos son los que se recogen en las declaraciones de las Naciones Unidas y en las constituciones^[83]. De todas formas, esta determinación no se produce de una vez y para siempre, sobre todo en lo que atañe a los derechos sociales, dado que las necesidades básicas derivadas tienen una tendencia a la expansión (debido al progreso humano, tanto cognitivo y ético como material^[84]), con lo que “es probable que con el transcurso del tiempo haya que introducir nuevos elementos en la clase de los derechos del coto vedado”, y son precisamente “los derechos de segunda o tercera generación” (los sociales entre ellos) los que “suelen estar vinculados con esta tendencia expansionista de las necesidades básicas derivadas”^[85].

Por tanto, si bien es cierto que la “asamblea constituyente” o “primer legislador” es quien suele introducir los derechos en el coto vedado, también lo es que habrá alguien más que, más adelante, tendrá que introducir nuevos derechos, y es muy probable que estos derechos sean de carácter social. Este alguien puede ser un tribunal constitucional, sea derivando estos

[83] EGV, “Algo más acerca del coto vedado”: 209-210.

[84] EGV, “Representación y democracia” (1990), en *Derecho, ética y política*: 645.

[85] EGV, “Algo más acerca del coto vedado”: 210.

nuevos derechos de cláusulas constitucionales genéricas (es lo que ha hecho el Tribunal Constitucional alemán), sea conectándolos con cláusulas constitucionales que establecen derechos civiles (es lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); pero este alguien pueden ser también las asambleas constituidas, o legisladores sucesivos, mediante procesos de reforma constitucional. Además, las asambleas constituidas tendrán que lidiar con otros dos problemas vinculados con los derechos del coto: el de la imposible satisfacción simultánea de dos bienes básicos y el de la imposible satisfacción de algún bien básico por falta de recursos económicos^[86]. Por eso, recuerda Garzón, la validez de los derechos del coto es sólo “prima facie”.

Todo esto nos lleva ya a la relación entre derechos sociales y discusión democrática, que abordamos a continuación, pero bien cabe afirmar ya: que las fronteras del coto vedado no son infranqueables (al menos si lo que se pretende es entrar); que los candidatos con más números para entrar son los derechos sociales; que esa entrada puede ser decidida democráticamente a lo largo de la vida política de una comunidad; y que la validez “prima facie” de los derechos del coto implica que su garantía

[86] EGV, “Representación y democracia”: 649.

y satisfacción pueden depender de decisiones igualmente democráticas.

5. Los derechos sociales no se discuten democráticamente

Ernesto Garzón ha defendido siempre con vigor la democracia como condición necesaria de la legitimidad de un sistema político. En particular, ha defendido una democracia de carácter representativo o parlamentario limitada por los derechos del coto vedado, la que es propia de los sistemas constitucionales contemporáneos, y ha puesto especial empeño en la defensa de su extensión a países que no gozan de ella, tratando de desactivar las objeciones basadas en el relativismo o pluralismo cultural, en el respeto de la soberanía estatal o en la dificultad empírica de exportarla^[87].

El vínculo entre derechos fundamentales y democracia no queda del todo bien expresado en términos de limitación de la una por los otros. Garzón ha insistido en que los derechos fundamentales son, además de límites y ante todo, condición de posibilidad de la democracia: no hay democracia posible si no hay un

[87] Por ejemplo: EGV, “Representación y democracia”; “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías” (*Isonomía* 12, 2000: 8-34); o “Algunas consideraciones sobre globalización y democracia” (*Quorum* 7, 2003: 22-31).

nivel suficiente de lo que llama “homogeneidad social básica”, y esta homogeneidad se alcanza precisamente mediante la garantía de los derechos fundamentales:

La negociación y el compromiso [que caracterizan a la democracia] requieren pues una igualdad aproximada de recursos jurídicos y políticos. En este sentido, la negociación parlamentaria presupone, para ser éticamente aceptable, una cierta homogeneidad (...) a fin de que el compromiso sea equitativo y todos los grupos sociales se sepan integrables a través de la actividad parlamentaria. Al respecto, mi propuesta es la siguiente: una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos^[88].

O también:

Si se quiere mantener la estabilidad de un diseño constitucional democrático, la inclusión de un “coto vedado” a la intervención legislativa no sólo no entra en colisión con el concepto de democracia sino que es condición necesaria del mismo^[89].

[88] EGV, “Representación y democracia”: 648.

[89] EGV, “Cinco consideraciones...”: 154.

Así las cosas, Garzón no ve oposición alguna entre derechos y democracia, siempre que, asumiendo la distinción de Kelsen, separemos “el principio de la mayoría” del “dominio de la mayoría”; y, también con Kelsen, comprendamos que la democracia supone el primero y no la segunda^[90].

El reparo que se puede formular a una concepción de la democracia como la que postula Garzón es que parece condenarla a la insignificancia, si resulta que todo lo importante (lo protegido en el seno del coto vedado) ha quedado ya resuelto y es intangible para las mayorías parlamentarias. A este argumento recurre Alexy para explicar la tensión existente los derechos fundamentales y el principio de la democracia:

[Hay] un principio de la democracia que habla en favor de mantener una competencia lo más amplia posible del legislador democráticamente legitimado. Si todo lo que es importante para el individuo en la vida política estuviera ya determinado iusfundamentalmente, al legislador sólo le quedaría la posibilidad de decidir sobre cuestiones insignificantes.

^[90] H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (Oviedo, KRK, 2009): VI, 139ss.

Pero el principio de la democracia exige justamente que el legislador decida sobre lo importante^[91].

Es de aquí de donde Alexy deduce la “colisión” entre los derechos y la democracia, que es “necesaria” y que es “un problema insoslayable y permanente”^[92].

Donde Alexy ve inevitable tensión, Garzón ve potencial armonía: en primer lugar, porque es posible establecer una distinción nítida entre deseos primarios y secundarios de la gente, y correlativamente entre necesidades primarias y secundarias; en segundo lugar, porque no cree que las necesidades secundarias se refieran a cuestiones “insignificantes o triviales”, dado que tienen que ver con la “realización de planes de vida individuales, es decir, de una vida medianamente feliz, aspiración legítima de todo ser humano”^[93]. De esta manera, las necesidades primarias quedan satisfechas mediante la atribución a todos de los derechos del coto vedado, que están sustraídos de la negociación y el compromiso parlamentarios, y al parlamento le corresponde ocuparse de las necesidades

[91] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamntales*: 433.

[92] R. Alexy, *ibidem*.

[93] EGV, “Cinco consideraciones...”: 154.

secundarias, además del “afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos”^[94], es decir, de la determinación de los medios que vale llamar “técnicos” que garantizarían esos bienes.

La manera en que Garzón trata de paliar el riesgo de la insignificancia de la democracia no acaba de resultar convincente, y José Luis Martí así lo ha puesto de relieve^[95]. A juicio de Martí, si el parlamento no es competente para determinar cuáles son los bienes básicos (y en consecuencia los derechos fundamentales), menos lo es para determinar cuáles son los medios técnicos para su satisfacción.

El argumento de Martí parece atendible si lo “técnico” se entiende en un sentido restringido como el que expresa su ejemplo (el de cuáles sean los efectos de unos u otros impuestos, y su volumen, en materia de dinamismo económico, inversión o consumo, y cómo esto puede afectar a la redistribución de los recursos entre la ciudadanía^[96]). Sin embargo, quizá pueda interpretarse esta noción de lo “técnico” en un

[94] EGV, “El consenso democrático...”: 22.

[95] J. L. Martí, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés” (*Doxa* 30, 2007: 135-141).

[96] J. L. Martí, “Legitimidad...”: 137.

sentido más amplio al que me referiré al final de este epígrafe.

Lo problemático del limitado alcance de la democracia de Garzón Valdés puede observarse también, y especialmente, si fijamos la atención en los derechos sociales. Sin duda, se incluyen en el coto vedado. Ahora bien: si nadie pondrá en duda que el comer, cobijarse, vestirse o saber leer son necesidades básicas, la tradición política liberal ha sido reacia a reconocer a los derechos sociales correspondientes como parte del catálogo de los derechos fundamentales. Sin ir más lejos, el derecho a un vivienda digna no es un derecho fundamental en el sistema jurídico español, como tampoco lo es el derecho a la asistencia sanitaria o a otros tipos de asistencia vinculados con otras necesidades igualmente básicas, o al menos no lo son en el sentido en que podría decirse que formen parte de un coto vedado sustraído a la discusión política. Su condición misma de derechos está, por tanto, todavía en cuestión, como lo está su sentido y su alcance. En todo esto, los derechos sociales se diferencian de los derechos civiles y políticos, cuya condición de derechos, su sentido y su alcance están asentados con mucha más firmeza. En realidad, los derechos sociales expresan precisamente una opción política que está en competencia con otras y uno diría que el terreno en que esta competencia ha de dirimirse es el de la discusión y la decisión

democráticas. El acuerdo acerca de cuáles son nuestras necesidades básicas no es suficiente, porque ese acuerdo no determina cuáles han de ser los arreglos institucionales más adecuados para enfrentarse a ellas.

En efecto, incluso si acordamos que los ciudadanos han de tener ciertos derechos a la satisfacción de ciertas necesidades (educativas, asistenciales o laborales), sigue abierta la pregunta por cuál es el sentido de esos derechos o hasta dónde tienen que alcanzar y no parece que esta pregunta sea sólo una de técnica jurídica, sino de definición de rasgos fundamentales de la ordenación de la vida comunitaria, una pregunta genuinamente política. Es cierto que el Estado social de derecho, tal y como lo conocemos, garantiza estos derechos (o algunos de ellos), pero los garantiza como derechos subsidiarios del mercado y como derechos mínimos. Son subsidiarios del mercado porque son derechos a prestaciones o bienes que uno puede obtener en el mercado si tiene los recursos para pagar su precio; y son mínimos porque la prestación ciudadana (por vía del derecho) que cada uno puede obtener es compatible con una prestación mercantil mayor que algunos pueden obtener, de manera que el reparto final del bien correspondiente (educación, asistencia o vivienda) resulta por necesidad desigualitario; y mínimos también en tanto que resultan de una ponderación con otros principios que

parece afectarles en mayor medida que a otros derechos. El modelo de Alexy es buena muestra de esta concepción de los derechos sociales. Son subsidiarios del mercado, puesto que:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto [los derechos sociales fundamentales] son derechos del individuo frente al estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares^[97].

Y son mínimos, puesto que:

Una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (...) son afectados en una medida relativamente reducida (...). En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a

^[97] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*: 482.

un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica^[98].

Esta concepción de los derechos sociales, que puede llamarse “socioliberal”, no los trata del mismo modo que a los demás derechos fundamentales, que, por regla general, ni son subsidiarios del mercado ni son mínimos, con lo que el reparto de los bienes correspondientes sí resulta igualitario^[99]. Es decir: con carácter general, que un derecho pertenezca al coto vedado, que sea un derecho fundamental, parece significar que su distribución es plenamente ciudadana, quedando excluida la distribución mercantil. En cambio, de acuerdo con la concepción socioliberal, esto no vale para los derechos sociales. Lo que trato de mostrar, la distinta naturaleza de los derechos sociales, en tanto que fundamentales, en el marco del Estado social, se hace aún más visible en el caso particular del derecho al trabajo, cuyo sentido se mantiene indeterminado: cuando afirmamos el derecho al trabajo, ¿estamos proponiendo un

[98] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*: 495.

[99] Con excepciones, como la del derecho a la tutela judicial efectiva, dado el régimen mercantil de ejercicio de la abogacía. La propiedad privada de los medios de comunicación también plantea problemas respecto de un ejercicio igualitario de la libertad de expresión.

conjunto de condiciones mínimas que deben respetarse en cualquier actividad laboral o más bien estamos pensando en que toda actividad laboral debe ordenarse de acuerdo con criterios igualitarios que eviten cualquier forma de dominación? ¿Estamos asumiendo como premisa la predominancia del trabajo asalariado o más bien hemos de valorar si ese tipo de trabajo es compatible con relaciones laborales entre sujetos igualmente libres?^[100]

Para responder a estas preguntas no basta con invocar el modelo del Estado social, puesto que el Estado social es sólo una respuesta posible en competencia con otras, y puesto que resulta evidente que el Estado social (insisto: tal y como lo conocemos) ni ha llegado a garantizar, ni parece que esté en el camino de hacerlo, un ámbito laboral libre de dominación y de desigualdades injustificadas. El establecimiento de ese ámbito, como condición necesaria de una

^[100] En efecto, el debate sobre qué sea el derecho al trabajo (sobre lo que llamo su “sentido”) sigue abierto en unos términos incomparablemente más amplios que los que suscita el sentido de cualquier otro derecho. Lo ponen de relieve propuestas contemporáneas que lo conciben muy diversamente como garantía de rentas o como garantía de empleo, ambas a su vez muy distintas de la actual configuración del derecho del trabajo como “derechos de los trabajadores” (sendas muestras son las de J. L. Rey, *El derecho al trabajo y el ingreso básico*, Madrid, Dykinson, 2007; o F. Vigo, “Repensar el derecho perfecto al trabajo en el debate postpandemia sobre la universalización de la protección social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 9, 2021: 1-61).

libertad política efectiva, sería precisamente el sentido histórico del derecho al trabajo, y cabe sostener, con buenas razones, que debería seguir siéndolo^[101]. Tampoco el Estado social ha garantizado una ordenación satisfactoria de los sistemas de asistencia o un modelo educativo ajeno por completo a los privilegios.

Estas preguntas son típicamente políticas porque afectan a la configuración de las principales actividades comunitarias y no pueden resolverse con la sola atribución de ciertos derechos subjetivos a los ciudadanos. Es cierto que tales preguntas se formulan en términos de derechos, pero el uso del lenguaje de los derechos no debe oscurecer el asunto principal al que apuntan, que no es un problema ante todo jurídico, sino ante todo político: el tipo de comunidad que queremos ser^[102]. En particular, el triunfo del lenguaje de los derechos no debería impedirnos ver que ciertas condiciones de la vida libre acaso no puedan asegurarse por la vía de una figura jurídica tan definida como es la del derecho subjetivo, a la que se supone que tienen que ajustarse los derechos fundamentales. Es posible que ese triunfo haya

[101] P. Scotto, “El vínculo entre libertad política y trabajo de la Revolución Francesa a 1848” (*Anuario de Filosofía del Derecho* XXXIX, 2023: 353-366).

[102] F. Atria, “¿Existen derechos sociales?” (*Discusiones* 4, 2004): 22ss.

llevado a formular ciertas exigencias de justicia en ese lenguaje, a pesar de que no sean articulables como derechos individuales exigibles ante un juez.

Visto así, a la luz del problema que plantean los derechos sociales, el esquema de articulación de los dos elementos básicos de la legitimidad política que propone Garzón Valdés resulta al menos cuestionable. De los derechos sociales no se puede decir simplemente que forman parte del coto vedado y que están por tanto sustraídos de la discusión política, porque todavía no sabemos qué son los derechos sociales, o no hemos llegado a un acuerdo sobre lo que son. Mantenerlos en el coto vedado en los términos en que son reconocidos por el Estado social puede garantizar, en el mejor de los casos, un cierto nivel de satisfacción de ciertas necesidades, pero no parece que pueda garantizar la libertad plenamente igualitaria que constituye el ideal político moderno por excelencia. Porque, en esos términos, los derechos sociales pueden evitar acaso la pobreza, pero no la desigualdad^[103]. Por eso, la cristalización de los derechos sociales, incluso en la mejor de las versiones del Estado social, parece dar lugar a una clausura indebida, por prematura, de nuestra discusión política.

[103] F. Atria, “¿Existen derechos sociales?”: 40-41.

Cuáles sean nuestros derechos sociales y hasta dónde alcancen, o qué cambios institucionales requieran, son preguntas acerca del significado de esa igualdad humana básica que Garzón considera que los derechos del coto vedado deben garantizar, pero es una pregunta política. No es una pregunta acerca de cuáles son nuestras necesidades y deseos secundarios, sino acerca de cuáles son los términos en que es posible una vida libre para todos, y cuáles son los obstáculos que se oponen a ella.

En definitiva, si el acotamiento de los derechos supone la renuncia a seguir discutiendo políticamente acerca de cómo debemos organizar la vida comunitaria para que garantice igualmente la libertad de todos, entonces resulta que la figura del coto vedado podría acabar haciendo un flaco favor al ideal de emancipación que los derechos constituyen, y adulterando, al reducirlo en exceso, el sentido del autogobierno democrático.

Sin embargo, y como anticipaba antes, cabría una interpretación más amplia del alcance de la democracia (o de las funciones del parlamento), siempre según el esquema propuesto por Garzón Valdés. Si nos fijamos en las declaraciones internacionales o constitucionales de derechos, éstas suelen limitarse, en materia de derechos sociales, a reconocer el derecho “a la educación”, “al trabajo”, “a

la asistencia” o a “la vivienda”, en estos términos tan genéricos. Bien cabe interpretar que nos hallamos aquí ante la identificación de necesidades y bienes básicos y nada más, esto es, no ante la identificación de genuinos derechos accionables jurisdiccionalmente, por mucho que los llamemos “derechos”. Enunciados en tales declaraciones, queda todavía por determinar el sentido y el alcance de estos derechos, y los medios para promoverlos. Si al proceso e instituciones democráticas se les asigna la función de determinar todo eso (lo que supondría esa interpretación más amplia de la democracia a que me refiero), perdería fuerza la objeción de la insignificancia contra la concepción de la democracia de Garzón Valdés. Puesto que no es ni mucho menos insignificante determinar cuál es el sentido de afirmar que todos han de tener derecho al trabajo, y de qué manera se van a organizar las estructuras y las relaciones productivas de cara a hacerlo efectivo. Tampoco es insignificante determinar si la educación o la sanidad han de quedar excluidas por completo o sólo parcialmente del mercado, o cuál ha de ser el alcance y objetivos de un sistema educativo o sanitario. Ni lo es determinar cuál es la política adecuada para garantizar a todos una vivienda digna. De hecho, todas estas cuestiones son las que caracterizan nuestra vida política, al menos en lo que más importa a los ciudadanos.

Si todo esto se encuadra dentro del proceso de determinar en qué consiste el “afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos”, entonces difícilmente cabría objetar a Garzón Valdés que su concepción de la democracia es débil o demasiado restringida. Una observación semejante cabe hacer a otro de los comentarios de Martí sobre este asunto. Observa Martí que las cuestiones de saber si la eutanasia vulnera el derecho a la vida, o de saber si el matrimonio entre personas del mismo sexo es consistente con el derecho constitucional al matrimonio, no son técnicas. Aun así, vale para ellas el que llama argumento “de la consistencia”: si la autoridad democrática no es quién para afirmar o negar el derecho a la vida o al matrimonio, ¿por qué habría de serlo para determinar si la eutanasia es compatible con el primero y el matrimonio homosexual lo es con el segundo? Puesto que, se pregunta, “¿qué es la interpretación de dicha formulación abstracta sino justamente la determinación de la lista de los bienes básicos por la vía de la concreción?”^[104].

En realidad, no parece que haya aquí inconsistencia ninguna: bien podemos estar de acuerdo en que el carácter de necesidades o bienes básicos de la vida o del matrimonio debe quedar sustraído a la acción democrática y, al

[104] J. L. Martí, “Legitimidad...”: 138.

mismo tiempo, creer que esta acción democrática es la que debe determinar el sentido y alcance de esos derechos (y así determinar si la eutanasia es compatible con el derecho a la vida y el matrimonio homosexual con el matrimonio en abstracto). Lo mismo cabría afirmar respecto de los derechos sociales. En otros términos: nadie en su sano juicio negará que la educación, la asistencia, el trabajo o la vivienda son bienes básicos, pero el proceso de concretar en qué derechos concretos se traducen o qué arreglos institucionales requieren puede dar lugar a profundas discrepancias entre personas muy juiciosas, y tiene todo el sentido que estas discrepancias sean solventadas mediante los procedimientos propios de la democracia.

Esta interpretación del alcance de la democracia me parece más aceptable que cualquier otra más restringida, al menos en lo tocante a los derechos sociales; pero ¿es compatible con esta limitación?:

Deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida^[105].

[105] EGV, “El consenso democrático...”: 21; la misma idea se elabora en “Instituciones suicidas”: 121-122.

Para que de aquí pudiera seguirse una interpretación de la democracia que la exima de la objeción de la insignificancia habría que asignar a la expresión “bienes básicos” un sentido muy genérico, y a “la negociación y el compromiso” un sentido muy amplio. Acaso la expresión entrecomillada no resulta la más acertada para definir la acción parlamentaria, porque apunta a una concepción de la democracia que podemos llamar “liberal” por contraste con otra “republicana”. Este contraste, en los términos en que lo formula Philip Pettit, consiste en lo siguiente: en la concepción liberal, la democracia trata de satisfacer las preferencias privadas de los ciudadanos y por eso la actividad parlamentaria puede caracterizarse como “negociación”; en la concepción republicana, la democracia articula una vía mediante la cual los ciudadanos ejercen su juicio (su razón) acerca del bien común, y por eso la actividad parlamentaria se caracteriza mejor como “deliberación”^[106].

Comprendida en estos términos, ¿aceptaría Ernesto Garzón una concepción republicana de la democracia? Desde luego, esta aceptación no tendría que serlo al precio de renunciar al coto vedado, que seguiría muy poblado, incluso por

[106] P. Pettit, “Liberalismo y republicanismo”, en F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella (comp.), *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad* (Barcelona, Paidós, 2004): 128-133.

derechos sociales. Pero el proceso de acotar derechos sociales no ha de comprenderse como la renuncia a seguir deliberando colectivamente acerca de la comunidad que queremos ser. Bien entendidos, los derechos sociales no son sólo posiciones jurídicas subjetivas que habilitan a sus titulares para exigir la satisfacción de necesidades precisas. Los derechos sociales son, al mismo tiempo, la expresión en el lenguaje de los derechos de una voluntad de autogobierno que se extiende a las dimensiones básicas de nuestra vida comunitaria. Son ideales políticos en busca siempre de una mejor articulación institucional.

Por tanto, los derechos sociales en el coto desempeñan, por así decir, dos funciones respecto de la discusión democrática. La primera es la de límites, porque los derechos sociales poseen un contenido mínimo innegociable que debe quedar sustraído a esa discusión. La segunda es la de ideales políticos que definen cuál debe ser el contenido de esa discusión. Es decir: más allá de los mínimos que todo ciudadano tiene derecho a exigir, los derechos sociales indican los ideales que la comunidad debe preocuparse por realizar a través de un proceso democrático siempre abierto. Los derechos no son sólo un límite a la democracia, sino también su cauce.

6. Los derechos sociales se pueden proteger jurisdiccionalmente

En su comentario de la concepción de los derechos sociales de Alexy, Ernesto Garzón se pregunta:

¿Hasta qué punto el aseguramiento de los derechos sociales no requiere una intervención activa en la política financiera por parte del Tribunal Constitucional?
¿Significaría esto una juridización de la política?^[107]

Las respuestas implícitas parecen ser “sí la requiere” y “no significa eso”, puesto que inmediatamente antes Garzón ha puesto ejemplos de decisiones de los tribunales constitucionales español y alemán relativas al sistema tributario, dando a entender que esta es una práctica ordinaria y aceptable. No cabe duda de que los tribunales (constitucionales o no) pueden hacer mucho a favor de los derechos sociales, bien sea en materia financiera o asegurando prestaciones sociales de otro modo. Cuando el contenido y las garantías de un derecho social están bien definidos por el ordenamiento jurídico, y cuando el ejercicio del derecho está asentado en la vida social, una intervención judicial para

[107] EGV, “Cinco consideraciones...”: 159-160.

garantizar la vigencia del derecho en un caso concreto en modo alguno ha de significar la juridización de la política. Si el derecho a la educación se traduce en el derecho a la escolarización en determinadas condiciones, y si ese derecho es efectivo para la mayor parte de los niños, una intervención judicial puede servir para remediar una violación más o menos aislada del derecho. Lo mismo puede decirse para otros derechos a prestaciones sanitarias, habitacionales o de otro tipo, o para los derechos laborales tal y como están establecidos por la Constitución o por las leyes.

Más difícil es admitir que un tribunal pueda intervenir decisivamente en la política financiera del Estado, cuando las necesidades básicas por satisfacer son muchas y hay que priorizarlas de alguna manera, y más difícil todavía es admitir que sea un tribunal quien determine el sentido general o el alcance de uno u otro derecho social o quien ponga las bases de la puesta en marcha de un sistema educativo o asistencial, es decir, cuando no se trata de una violación aislada sino de una generalizada falta de vigencia.

Esto significa que el protagonista de la promoción de los derechos sociales no es el poder judicial, cuya actuación resultará eficaz cuando los términos del derecho social hayan sido definidos por normas jurídicas y puesto en marcha

el entramado institucional necesario, esto es, cuando el derecho social ya puede funcionar como un derecho subjetivo. Pero cuando esto es así, la mayor y más difícil parte del camino que lleva a su vigencia ya se ha recorrido, y ha sido otro poder público quien lo ha hecho:

Las aspiraciones cuya legitimidad se acepta oficialmente [los derechos sociales] no son objetivos que haya que cumplir en cada caso concreto, sino que se convierten en los detalles de un diseño de vida en comunidad. La obligación del Estado es para con toda la sociedad, cuyos problemas se reparan en el parlamento o en un consejo municipal, y no para con los ciudadanos individuales, cuyas reparaciones están adscritas a un tribunal de justicia^[108].

Uno podría pensar que, en verdad, esto es así en alguna medida para todos los derechos y no sólo para los sociales, y seguramente estaría en lo cierto. Sólo cuando el estado de las cosas lo permite puede un derecho fundamental funcionar ante todo como un derecho subjetivo, y en este sentido es muy instructiva la comparación entre las revoluciones francesa y nor-

[108] T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social* (Madrid, Alianza, 1998): 61-62.

teamericana y sus respectivas preferencias por la ley o por los tribunales como instrumento principal de realización de los derechos no ya sociales, sino en general. Lo que acaso tienen hoy de particular los derechos sociales es que identifican aspiraciones cuyo grado de realización social es menor que el que han alcanzado otras aspiraciones vinculadas con derechos civiles y políticos. Lo que hoy y siempre tienen de particular ya quedó dicho: los derechos sociales implican la reordenación de actividades comunitarias muy complejas y no parece que haya tribunal alguno que pueda llevar a término con éxito un proceso de este tipo.

Todo esto, creo, puede acomodarse bien en el modelo de legitimidad de Ernesto Garzón. Los derechos del coto vedado son, hay que recordar, derechos *prima facie* cuya satisfacción depende de los recursos disponibles y también de su ponderación con la satisfacción de otros derechos, y es al parlamento a quien corresponde el “afianzamiento” de su vigencia. Pero entonces la intervención de los tribunales o bien ha de esperar a que este afianzamiento se haya producido o bien ha de tener un carácter muy excepcional que sirva como estímulo para que las autoridades legislativas y administrativas cumplan con sus obligaciones. Ir más allá de esto sí supondría una “juridización” de la política. Los derechos sociales, en fin, se pueden proteger jurisdiccionalmente sólo cuando

su sentido, alcance y medios de realización han sido definidos políticamente.

7. La vigencia de los derechos sociales es condición necesaria de la legitimidad política

A juicio de Ernesto Garzón, un sistema político no es legítimo si no garantiza los derechos del coto vedado, y entre estos derechos se cuentan los derechos sociales. Por tanto, un sistema político no es legítimo si no garantiza los derechos sociales. Sin embargo, teniendo en cuenta lo que venimos diciendo, esta conexión entre legitimidad política y derechos sociales debe ser precisada doblemente.

En primer lugar, el acuerdo sobre cuáles son los derechos sociales que hayan de garantizarse, o con qué alcance, es mucho menor que el que se refiere a los demás derechos, civiles o políticos, cuyo catálogo está mucho más consolidado y el contenido de cada uno de ellos mucho mejor definido. Por eso, incluso si aceptamos la tesis de Garzón acerca de la conexión entre derechos sociales y legitimidad política, es muy posible que discrepemos acerca de si un sistema político es legítimo o no lo es.

En segundo lugar, los derechos sociales son de realización progresiva. Todos los derechos lo son en alguna medida, pero los sociales lo

son en una medida mucho mayor. Pero, además, los derechos sociales contienen un elemento aspiracional y cualitativo que priva de sentido a la idea de su completa realización. Como lo dice Marshall:

Se puede garantizar un pequeño cuerpo de derechos ejecutables, pero lo vital para el ciudadano es la superestructura de las aspiraciones legítimas. Obligar a los niños de cierta edad a pasar un número requerido de horas en el colegio resulta bastante fácil, pero no lo es tanto satisfacer las aspiraciones legítimas a tener profesores formados y clases de un tamaño apropiado. Se puede conseguir que los ciudadanos que lo deseen dispongan de un médico, pero sería más difícil lograr que reciban un tratamiento adecuado cuando caigan enfermos^[109].

Lo que significa esto es que tiene sentido afirmar que los tratos degradantes están por completo erradicados, o que el derecho al sufragio está plenamente consolidado, pero no lo tiene afirmar que el derecho a la educación, a la asistencia o al trabajo están del todo satisfechos. Por eso, la inclusión de los derechos sociales entre las condiciones necesarias de la

[109] T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*: 61.

legitimidad política muestra que ningún sistema político es del todo legítimo. La legitimidad política siempre es gradual.

8. *Conclusión*

Podemos llegar a la conclusión de que las siete proposiciones de Garzón Valdés en materia de derechos sociales con las que iniciábamos este comentario son todas ellas aceptables, pero pueden ser matizadas.

- 1) *Los derechos sociales están destinados a superar y/o compensar desigualdades accidentales entre las personas.* Sí, pero también están destinados a garantizar la igualdad humana esencial.
- 2) *Los derechos sociales se satisfacen mediante el cumplimiento de deberes positivos.* Sí, pero también mediante el cumplimiento de deberes negativos; y también los derechos no sociales se satisfacen mediante el cumplimiento de deberes positivos.
- 3) *Los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana.* Sí, pero también se fundamentan, al mismo tiempo, en la libertad; y esta forma de expresar su fundamento es más significativa y fértil. Ello requiere, además, concebir la libertad como capacidad y no como mera no interferencia.

- 4) *Los derechos sociales pertenecen al coto vedado.* Sí, siempre y cuando ello no signifique privar al proceso democrático de la posibilidad de determinar su sentido, alcance y medios de realización. Los derechos sociales en el coto vedado pueden figurar al tiempo como ideales genéricos que deben desarrollarse por vías políticas y como derechos mínimos que pueden (y seguramente deben) garantizarse por vías jurisdiccionales. Ambos, esos ideales genéricos y esos derechos mínimos, son irrenunciables.
- 5) *Los derechos sociales no se discuten democráticamente.* No, no se discute su carácter de ideales políticos genéricos, pero sí cabe discutir democráticamente su sentido, alcance y medios de realización. En particular, esta discusión es una de las vías por las que puede llegar a ampliarse el coto vedado. Además, cuanto más genéricos sean los ideales expresados por los derechos del coto, más amplio deberá ser el rango de lo discutible y decidible en democracia. En cualquier caso, el ámbito de la democracia es mucho más amplio que el de “la negociación y el compromiso” acerca de los “deseos secundarios de la gente”.
- 6) *Los derechos sociales se pueden proteger jurisdiccionalmente.* Sí, en alguna medida, pero los tribunales no son la única

institución pública, ni siquiera la principal, de garantía de los derechos sociales.

7) *Los derechos sociales son condición necesaria de la legitimidad política.* Sí, pero dado que no estamos del todo de acuerdo en qué significan los derechos sociales, ni mucho menos en qué arreglos institucionales requieren, podemos discrepar acerca de la legitimidad de un sistema político incluso si, de alguna manera, reconoce los derechos sociales. Además, y dado que los derechos sociales son de realización progresiva, y que lo son en una medida mayor que cualquier otro grupo de derechos, ellos muestran muy especialmente el carácter gradual de la legitimidad política.

ALGUNAS IDEAS SOBRE
LA PUBLICIDAD Y LA
TRANSPARENCIA EN
LA OBRA DE ERNESTO
GARZÓN VALDÉS

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

Ernesto GARZÓN VALDÉS fue, sin duda, un académico ejemplar y una gran persona. Yo quisiera empezar recordando dos de sus grandes virtudes. La primera pertenece al ámbito más personal y es su extraordinaria generosidad. Mis primeros recuerdos de Ernesto son de nuestros encuentros en los seminarios de la Universidad de Alicante y en los de la maravillosa cita anual en Tossa de Mar. En aquellos seminarios me cautivó de Ernesto su preocupación por el futuro de los que -como yo- nos acabábamos de incorporar al mundo académico. Con sus múltiples sugerencias de lecturas, de temas de investigación, de enfoques... nos ofreció una inestimable guía en un mundo en el que tan fácil era y es desorientarse. Y fuimos muchos los (¡entonces!) jóvenes que nos beneficiamos de esa infinita generosidad de

Ernesto. La segunda virtud, ya más centralmente académica, tiene que ver con su enorme capacidad de trabajo, que cristalizó en multitud de traducciones y de lúcidos análisis sobre los más variados temas. Pero más que esa cantidad ingente de trabajos que nos legó, lo que yo quisiera destacar es sobre todo su capacidad para orientar sus reflexiones hacia temas de indudable relevancia práctica. Creo que no es exagerado decir que apenas hay asunto jurídico de interés ético o político al que Ernesto no haya hecho alguna aportación relevante.

Hace ya 17 años, con ocasión de sus 80 años, organizamos en Alicante un Seminario en el que la discutimos la obra de Ernesto. En aquel entonces, me ocupé de un trabajo en el que distinguía entre los ámbitos de lo íntimo, lo privado y lo público^[110]. Hoy, para seguir honrando su legado, quiero ocuparme de una cuestión conectada con aquélla: la caracterización de la publicidad que resulta exigible a nuestros Estados constitucionales de Derecho. GARZÓN VALDÉS se ocupó de este tema en un trabajo de 1993 (que llevaba por título “Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, y que fue publicado en la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*), y

[110] Cfr. LIFANTE VIDAL, 2007.

aunque lo hizo un tanto tangencialmente (pues yo diría que su objetivo era fundamentalmente mostrar las relaciones entre la opinión pública y la opinión de la mayoría), nos acabó ofreciendo aportaciones sobre las que creo que merece la pena volver a reflexionar. Hoy, más de 30 años después de aquel artículo, la cuestión de la publicidad (entendida al modo robusto que -como vamos a ver- él defiende y que incluiría la transparencia y el acceso a la información pública) se ha situado en primera línea de nuestras exigencias jurídico-políticas, y aquellas lúcidas ideas de Ernesto siguen resultándonos relevantes para abordar la cuestión.

Si en sus trabajos sobre la distinción entre lo público y lo privado (y lo íntimo)^[111], el interés de Ernesto se situaba en determinar cuál debía ser el ámbito de la accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad, y por tanto la cuestión era abordada desde la perspectiva de los ciudadanos (el problema de los límites que imponía la privacidad -y la intimidad- a la intromisión de terceros); en este trabajo sobre la publicidad al que ahora me quiero referir, sitúa su foco de atención en la perspectiva de los poderes públicos, planteándose las exigencias de publicidad a la acción del gobierno.

[111] Cfr. GARZÓN VALDÉS, 1998 y 2003.

Ernesto nos recuerda que para KANT la publicidad -que vinculaba al uso público de la razón y la libertad de crítica y de comunicación- acaba convirtiéndose (por razones conceptuales) en el principio de legitimidad del Derecho, considerando que solo aquellas acciones y propósitos que puedan ser expresados abiertamente son legítimos. La razón –decía KANT- sólo puede respetar aquello que es capaz de resistir un examen público y libre. Como es sabido, en el segundo anexo del ensayo *La paz perpetua*, KANT ofreció una doble formulación del principio de publicidad^[112]. La primera era negativa (en el sentido de que vendría a señalar una condición suficiente para la ilegitimidad) y rezaba así: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados” (KANT, 1795, pp. 61-62). La segunda formulación era positiva (en el sentido de que vendría a señalar una condición suficiente de legitimidad) y se expresaba en los siguientes términos: “Todas las máximas que *necesitan* la publicidad (para no fracasar en sus propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez” (KANT, 1795, p. 69).

Pues bien, para remarcar la importancia de la publicidad en el ámbito jurídico, GARZÓN

[112] Un análisis detallado sobre la comprensión de este principio kantiano puede verse en DE LUCAS, 1987.

VALDÉS nos recuerda que la delimitación pública de lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido es fundamento de la seguridad jurídica; es lo que permite a los ciudadanos prever las consecuencias deónticas de sus acciones; pero su comprensión de este principio no se limita a la exigencia de publicidad de las normas, sino que resulta bastante más exigente (afectando, como vamos a ver, a cualquier poder público: legislativo, judicial o administrativo; y tanto a las medidas adoptadas, los resultados, como a los procesos de la toma de decisión de esas medidas).

Siguiendo su característico estilo expositor, GARZÓN VALDÉS nos condensa su concepción acerca de la publicidad en diez ideas, que paso a sintetizar (GARZÓN VALDÉS, 1993, pp. 80-83):

- 1) La publicidad es el fundamento de la seguridad jurídica, y en los Estados democráticos, toda violación y/o apartamiento de este principio tiene que ser justificado.
- 2) En tanto principio, lo considera -siguiendo en este punto a ALEXY (1993)- como un mandato de optimización: una norma que exige un grado máximo de realización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.
- 3) Como consecuencia de su carácter de principio, su validez es solo *prima facie*,

dado que puede estar restringido no sólo en virtud de la existencia de reglas limitantes, sino que también puede entrar en colisión con otros principios. En particular, serán frecuentes sus colisiones con respecto al principio de intimidad y desarrollo de la personalidad (aquí es donde se situaría el conflicto entre privacidad y publicidad desarrollado en el otro trabajo antes mencionado).

- 4) Si la publicidad exige la accesibilidad a los actos de gobierno, se trata de una propiedad disposicional del Estado de Derecho democrático que se pone de manifiesto cada vez que quienes gozan del derecho de información hacen uso del mismo. Ahora bien, GARZÓN VALDÉS advierte que: “el cumplimiento entusiasta del mandato de optimización puede dificultar o hasta frustrar la puesta en práctica del principio de publicidad. Una avalancha de publicaciones puede entorpecer el acceso a la información”.
- 5) El mandato de accesibilidad se refiere no solo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino también al procedimiento que precedió a la promulgación o dictado de estas medidas. “En el caso de la representación parlamentaria, la publicidad de las discusiones y la exposición de motivos que condicionan la aprobación

de las leyes juegan un papel decisivo -nos dice Ernesto- para el ejercicio de control por parte de la oposición y del pueblo en general”.

- 6) La accesibilidad al procedimiento es un elemento fundamental de la justificación de las decisiones si es que se acepta -como en su opinión debe hacerse- que toda justificación es un comportamiento dialógico.
- 7) Del principio de accesibilidad se infiere el derecho al acceso. Pero este derecho puede ser objeto de regulaciones que lo restrinjan a personas cualificadas (en virtud del juego de principios en conflicto).
- 8) No obstante, en un Estado de derecho democrático, todo ciudadano debe tener acceso a la información que le permita ejercer el derecho de control y participación como elector en el Gobierno.
- 9) El principio de publicidad puede servir como criterio para juzgar la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente -nos dice- se habla de razón de Derecho, cuando está ausente, de razón de Estado.
- 10) Si se tiene en cuenta la distinción entre accesibilidad a la información y el ejercicio efectivo del derecho de acceso, cuando este no es ejercido, la publicidad se mantiene como mera propiedad

disposicional. Y ello no deja de tener una influencia decisiva en el funcionamiento real de la democracia y en las posibilidades de control de las medidas gubernamentales del sistema político.

Ahora estamos en condiciones de responder a la cuestión acerca de qué entiende GARZÓN VALDÉS cuando habla de “publicidad” en este ámbito que nos ocupa. Siguiendo a Nora RABOTNIKOF (2008) podemos distinguir al menos tres criterios heterogéneos que tradicionalmente se han utilizado para trazar la distinción entre lo público y lo privado^[113], aunque nos advierte de que en ocasiones estos criterios se entremezclan o incluso confunden.

Un primer criterio haría referencia a la dimensión colectiva frente a la dimensión individual o particular. En este primer sentido, “público” aludiría a aquello que es de interés o utilidad común a todos, lo que atañe a la comunidad (de modo que aquí “público” se volvería sinónimo de “político” en el sentido tradicional de la expresión); en contraposición, lo privado sería entendido como aquello que se refiere a la utilidad o interés particular.

[113] También Bobbio llevó a cabo una distinción parecida, aunque relativa solo a las dos primeras contraposiciones aquí señaladas (Cfr. BOBBIO, 1996).

El segundo criterio se refiere a la visibilidad frente al ocultamiento: lo que es ostensible y manifiesto en contraposición a lo secreto. Público sería aquí aquello que es visible y se despliega a la luz del día; en oposición a lo privado, entendido como aquello que se sustrae a la mirada, a la comunicación o al examen por parte de otros. El tránsito de lo público a lo privado en esta segunda acepción iría de lo más exterior a lo más protegido: del foro, la plaza, hasta los reductos más privados, que vendrían dados por el ámbito de lo doméstico.

Y, en tercer y último lugar, la contraposición entre lo público y lo privado, nos dice RABOTNIKOF, puede hacer también referencia a la apertura (accesibilidad o disponibilidad para todos) frente a la clausura (la ausencia de dicha accesibilidad). Público designaría entonces aquello que, al no ser objeto de apropiación particular, se encuentra abierto, a disposición de todos; mientras que privado sería aquello que se sustrae a la disposición de los otros.

Pues bien, cuando GARZÓN VALDÉS habla del principio de publicidad en el ámbito de los principios legitimadores del Estado, creo que está haciendo referencia conjuntamente a estos tres sentidos de público: se trata de las exigencias de hacer público, en el sentido de visible (segundo sentido) y accesible a todos (tercer sentido) aquello que resulta de interés

común para todos (lo público en el primero de los sentidos). Esta concepción de la publicidad incorpora visibilidad, cognoscibilidad y accesibilidad, y se conecta con la controlabilidad de los actos de quien detenta el poder. Así entendida, nos dice otro gran maestro, Norberto BOBBIO, “la publicidad es una categoría típicamente iluminista en cuanto representa exactamente uno de los aspectos de la batalla de quien se considera llamado a derrotar el reino de las tinieblas; donde quiera que haya extendido su dominio, la metáfora de la luz y la iluminación [...] se consagra perfectamente a la representación del contraste entre poder visible y poder invisible” (BOBBIO, 1996, p. 100).

Quizás el término con el que hoy designaríamos el conjunto de estas exigencias encaminadas a hacer visible el poder, y con ello posibilitar su controlabilidad, sería más el de “transparencia” que el de “publicidad” (que hoy designaría uno de los componentes de la transparencia). La “transparencia” se opone a la “opacidad”, término este último que pretende englobar todos los factores que dificultan el efectivo conocimiento y adecuada comprensión de algo^[114]. La transparencia sería, entonces, uno de los principios generales que deben regir en cualquier Estado constitucional de Derecho y

[114] Cfr. CÁRCOVA (1998).

que tiene implicaciones en las dos dimensiones valorativas características de estos Estados: la de la limitación y el control del poder político y la de la garantía de los derechos de los ciudadanos. En este sentido la transparencia se situaría en un nivel más abstracto que los “principios” de publicidad normativa, veracidad, libre acceso a la información pública, accesibilidad y reutilización de la misma, y muchos otros que vendrían precisamente a plasmar algunas de las exigencias normativas derivadas del reconocimiento de dicho valor. A su vez todos estos principios se deberán ir concretando en los ordenamientos jurídicos a través de una serie de reglas (una vez que se ponderan con principios con los que puedan colisionar -como nos recordaba Ernesto) y que establecen obligaciones para los poderes públicos (establecer portales de transparencia, publicar en ellos determinadas informaciones, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información, etc.), así como los derechos correlativos para los ciudadanos (obtener información accesible o comprensible, veraz, reutilizable, etc.), derechos que se conectan instrumentalmente tanto con el derecho de los ciudadanos a poder participar en condiciones de libertad e igualdad en los asuntos públicos, como con los derechos de libertad de expresión y de información.

Este valor de la transparencia -como también Ernesto deja ver- es un valor instrumental

en el sentido de que consideramos que el mismo puede repercutir provechosamente en la calidad de todas nuestras instituciones democráticas^[115]. Javier DE LUCAS (1990) nos recuerda las distintas vinculaciones que, incluso desde una perspectiva conceptual, se han establecido entre la publicidad (entendida como transparencia) y la democracia y de las que serían buen ejemplo las aproximaciones de BOBBIO a la democracia, entendida precisamente como el gobierno del “poder visible” o el “gobierno del poder público en público” (BOBBIO, 1996). La transparencia tendría, por tanto, el objetivo de minimizar el “poder invisible”, el poder que escapa al control.

Sin embargo, me temo que en este punto no tenemos más remedio que compartir otra de las cualidades que caracterizaban a Ernesto GARZÓN VALDÉS: su pesimismo. Pues, si bien podríamos decir que hoy en día las exigencias de esta transparencia se han consolidado en

[115] La Ley española de transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) también parece asumir este carácter instrumental, cuando en el Apartado I de su Preámbulo señala: “Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

gran medida en nuestras instituciones democráticas (estatales y supraestatales -me refiero al ámbito europeo), desgraciadamente -y como ya BOBBIO anunciaba en los años 80- ello no ha conseguido el objetivo de minimizar el verdadero “poder invisible”, que hoy se concentra en lo que CAPELLA (2005) llama el soberano supraestatal difuso y policéntrico (que opera con una lógica privada y escapa por tanto de los controles democráticos) y, sobre todo, en los poderes económicos transnacionales.

Respecto a estos últimos, no puedo dejar de mencionar -ya para terminar- una pesadilla que preocupaba enormemente a BOBBIO. Se trataba de la posibilidad de que surgiera un “poder omnividente”; un poder que representaba no el máximo control del poder por parte de los ciudadanos -al que la transparencia aspiraría-, sino al contrario: el máximo control de los súbditos por parte de quien tiene el poder (BOBBIO, 1996, p. 118). Pues bien, en nuestros días dicha pesadilla se ha materializado, pero si bien BOBBIO estaba pensando en “las enormes posibilidades [de control] que se [abrían] para un Estado que es dueño de los grandes memorizadores artificiales” (BOBBIO, 1996, p. 118); la realidad ha sido aún más perversa, pues este poder omnividente se encuentra hoy en manos, no tanto de los poderes públicos (en ninguna de las tres acepciones antes señaladas), sino de grandes poderes privados (estoy pensando, por

supuesto, en las grandes empresas tecnológicas transnacionales, como Google) y que, como tales, son poderes invisibles en el sentido de que están exentos de control democrático.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BOBBIO, Norberto (1996): *El futuro de la democracia*, (1ª edición italiana 1984), trad. J.F. Santillán, México, Fondo de cultura económica.

CAPELLA, Juan Ramón (2005): “La globalización ante una encrucijada político-jurídica”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, pp. 13-24.

CÁRCOVA, Carlos M. (1998). *La opacidad del Derecho*, ed. Trotta, Madrid.

DE LUCAS, Javier (1987): “Anotaciones al principio kantiano de publicidad”, en *Dianoia*, vol. 33, pp. 131-148.

DE LUCAS, Javier (1990): “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, vol. VII, pp. 131-145.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): “Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 14, pp. 77-95. <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.05>
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1998): “Privacidad y publicidad”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 21, vol I, pp. 223-244. DOI: 10.14198/DOXA1998.21.1.12
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2003): “Algunos comentarios sobre lo íntimo, lo privado y lo público”, en *Claves de razón práctica*, n° 137, 2003, pp. 14-24.
- KANT, Inmanuel (1795): *Sobre la paz perpetua*, trad. de J. Abellán, ed. Tecnos, 6ª ed., 1998, Madrid.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2007): “Sobre la distinción entre lo íntimo, lo privado y lo público”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 30, pp. 129-133. DOI: 10.14198/DOXA2007.30.19
- RABOTNIKOF, Nora (2008): “Lo público hoy: lugares, lógicas y expectativas”, en *Iconos. Revista de ciencias sociales*, 32, Quito, 2008, pp. 37-48.

SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Daniel Mendonca

*Centro de Estudios Constitucionales
Universidad Nacional de Asunción
Asunción, Paraguay*

1.

Hace casi 700 años, el más eximio de los pintores góticos de Siena, Ambrogio Lorenzetti, plasmó una obra extraordinaria sobre el tema del gobierno. Entre 1337 y 1339, Lorenzetti pintó dos grandes frescos en el Palacio Comunal de Siena, en una sala contigua a la Sala del Consejo. Ambas composiciones están llenas de fantásticas representaciones simbólicas. Cada una tiene un tamaño de 3 por 14 metros y se denominan en conjunto “Alegoría del buen y del mal gobierno”.

En una pared está representado el buen gobierno, caracterizado por palacios en perfecto estado de conservación, una gran cantidad de torres, tiendas prósperas, estupendas iglesias, residencias de buen gusto, terrazas de distin-

tos colores donde los ciudadanos disfrutaban moderadamente de la vida. El cuadro muestra el trajín intenso de los comerciantes satisfechos en sus tiendas, los mercaderes que reciben nuevos productos, los albañiles diligentes que construyen nuevos edificios y un grupo de encantadoras muchachas que bailan en coro festejando el bienestar y la prosperidad de los habitantes de la ciudad. Del mismo modo, en el prado circundante se ven pastores que conducen rebaños bien alimentados, un grupo de cazadores que abandona la ciudad montados en briosos caballos, aldeanos que concurren en sus burros para revender fardos cargados de productos del campo y la huerta. Un campesino cuida su ganado y otro labra la tierra. En el vasto paisaje de colinas se distinguen viñedos ordenados, olivares y terrenos frutales apacibles y pequeñas granjas en las inmediaciones de castillos y próximas a bosques y laderas peñascosas. La explicación de porqué se consiguen los efectos del buen gobierno en la ciudad y la campiña se encuentran en una pared lateral. El gobernante está personificado por la Sabiduría, con rostro bondadoso pero enérgico al mismo tiempo, a cuya izquierda está sentada la Justicia sosteniendo una balanza y a la derecha la Concordia, acompañadas por las virtudes políticas del buen gobierno: la Magnanimidad, la Moderación, la Prudencia, la Fortaleza, la Seguridad y la Paz.

En cambio, en la pared opuesta está el mal gobierno, presidido por un gobernante con rostro sombrío y aspecto demoníaco, mal trazado y vestido con ropas oscuras. En lugar de Sabiduría se le atribuye Poder Omnímodo, con un tizón en las manos, presto para amenazar a los súbditos, y una copa enorme para recibir sus tributos. Este mal gobernante está rodeado por los peores vicios que ocasionan las consecuencias negativas de un mal gobierno. A su derecha están representadas la Crueldad, la Envidia y el Rencor. A la izquierda, se encuentran la Codicia, la Vanidad y la Arrogancia. La Justicia aparece con las manos atadas y a los pies del Poder Omnímodo. La anarquía, la violencia y los delitos se observan por doquier puesto que gozan de impunidad y de apoyo oficial.

El impresionante conjunto pictórico representa, en verdad, toda una teoría política. Desde luego, de Lorenzetti llegó a decirse que, por sus maneras, parecía más bien un filósofo que un artista^[116]. Tomaré esta alegoría política como punto de partida del análisis que sigue. Diré, por de pronto, que la alegoría del mal gobierno pierde su sentido figurado en América Latina, donde se parece más a una descripción de la realidad. La sutil pluma de Octavio Paz tra-

^[116] Para mayores detalles sobre el autor y la obra, ver Skinner, Q. El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti, Trotta, Madrid, 2009.

tó de explicar esta situación: “Desde la Independencia, América Latina ha sido el teatro de incontables experimentos políticos. Todos nuestros países han ensayado distintas formas de gobierno, muchas veces efímeras. El gran número de constituciones que se han dado en nuestras naciones revela, por una parte, nuestra fe en las abstracciones jurídicas y políticas, herencia secularizada de la teología virreinal; por otra, la inestabilidad de nuestras sociedades. La inestabilidad, dolencia endémica de América Latina, ha sido el resultado de un hecho poco examinado: la Independencia cambió nuestro régimen político pero no cambió a nuestras sociedades”^[117]. La vigorosa inquietud intelectual de Ernesto Garzón Valdés respaldó buena parte de esta explicación advirtiéndolo: “En la historia constitucional de América Latina, las constituciones han jugado una función casi ‘metafísica’, propia de una ideología siempre disponible y siempre descartable según las exigencias del momento. En reiteradas oportunidades han sido una especie de ‘reserva argumentativa’ a las que los gobiernos y los partidos políticos pueden recurrir utilizando, además, la carga emotiva de la expresión ‘derecho constitucional’. La Constitución se ha ido convirtiendo a lo largo de la historia de América Latina en un

[117] Paz, O. Pequeña crónica de grandes días, Fondo de cultura económica, Madrid 1990, 162.

elemento esencial de la mitología política. Se la invoca en momentos de crisis procurando borrar la diferencia entre los valores declarados y el comportamiento real sin que por ello sus principios tengan alguna relevancia práctica. Y cuando se considera que no conviene reiterar la invocación de un mismo texto, se reforma la Constitución como expresión de una fuerte voluntad política aparentemente dispuesta a modificar la realidad”^[118].

2.

En los últimos años se ha advertido con insistencia acerca de un significativo deterioro del Estado de derecho en nuestros países, cuyas manifestaciones más claras son el extendido incumplimiento de la ley, la alarmante corrupción generalizada y la severa desconfianza en la administración de justicia. Estos aspectos, por cierto, tienen importantes consecuencias políticas, económicas y sociales. Hasta hace muy poco tiempo, sin embargo, no se prestaba debida atención al papel del sistema jurídico y la administración de justicia en los estudios sobre el desarrollo y la democracia. En la actualidad, en cambio, se observa una marcada tendencia

[118] Garzón Valdés, E. “Estado de derecho y democracia en América Latina”, en Carbonell, M., Orozco, W. y Vázquez, R. Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina, Siglo XXI, México, 2002, 228.

a insistir en la importancia de estos factores. Desde luego, existe suficiente evidencia empírica que muestra una fuerte correlación entre el desarrollo y la democracia, por un lado, y la independencia y eficiencia de la administración de justicia, por otro. En tal sentido, se subraya con énfasis que el desarrollo económico y social y la estabilidad política no son posibles sin un adecuado sistema jurídico y una buena administración de justicia^[119]. Consideremos, pues, algunas evaluaciones recientes sobre el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en América Latina.

La Fundación Konrad Adenauer ofrece anualmente el Índice de Desarrollo Democrático de América Latina (IDD-Lat) en atención a determinados indicadores: (1) respeto a los derechos políticos y a las libertades civiles, (2) calidad institucional y eficiencia política, (3) capacidad para generar políticas de bienestar y (4) capacidad para generar políticas de eficiencia económica. De acuerdo con la última medición efectuada (2016), el promedio regional del Índice de Desarrollo Democrático fue de 4,7 puntos, en una escala de 0 a 10. El informe advierte que las amenazas a la democracia continúan presentes en la región, en un contexto de

^[119] Ayala Espino, J. Instituciones para mejorar el desarrollo, Fondo de cultura económica, México, 2003, 134-167.

fuerte impacto del desempleo y la pobreza^[120]. La siguiente tabla expone los resultados de la evaluación respecto de algunos países tomados como muestras: Argentina (AR), Brasil (BR), Uruguay, (UY), Chile (CH), Colombia (CO), Venezuela (VE) y México (MX).

Tabla 1. Índice de Desarrollo Democrático, Fundación Konrad Adenauer (2016)

Países/ Indicadores	AR	BR	UY	CH	CO	VE	MX
Derechos políticos y civiles	6,8	4,9	7,1	8,4	2,9	2,8	4,2
Calidad institucional	2,4	1,6	9,2	7,3	3,6	1,5	3,8
Políticas de bienestar	1,1	0,9	1,2	2,7	-0,6	-0,6	0,4
Políticas económicas	0,1	-1,7	1,6	2,0	2,0	0,5	0,6

En el indicador específico de calidad institucional, salvo Uruguay y Chile, todos los países puntúan por debajo de la media, en particular Venezuela, Brasil y Argentina, que puntúan particularmente bajo.

El Banco Mundial, por su lado, efectúa una evaluación del Estado de derecho en el marco de una evaluación más amplia de la gobernabilidad democrática. Los indicadores de gobernabilidad son un proyecto elaborado por

[120] Ver Fundación Konrad Adenauer, www.idd-lat.org.

el *Instituto del Banco Mundial* y sintetizan la información de más de doscientos países sobre seis dimensiones de la *governabilidad*: (1) rendición de cuentas, (2) estabilidad política, (3) efectividad gubernamental, (4) calidad del marco regulatorio, (5) Estado de derecho y (6) control de corrupción. La información es obtenida mediante encuestas provenientes de ámbitos como el sector privado, expertos del sector público y la sociedad civil. La calificación es asignada en una escala de 0 a 10^[121].

Tabla 2. Indicadores de gobernabilidad, Banco Mundial (2023)

Países/ Indicadores	AR	BR	UY	CH	CO	VE	MX
Rendición de cuentas	6,3	5,9	9,2	7,9	5,5	0,6	4,2
Estabilidad política	4,1	2,8	8,1	5,0	1,8	0,1	2,2
Efectividad gubernamental	3,6	3,2	7,9	7,5	4,8	0,5	4,3
Marco regulatorio	3,5	4,0	7,3	7,6	5,4	0,1	4,6
Estado de Derecho	3,7	4,1	6,7	7,1	3,5	0,0	2,4
Control de la corrupción	4,1	3,4	9,2	8,0	4,4	0,1	1,7

De la muestra considerada, en general, Venezuela es el país con calificaciones más bajas. Chile y Uruguay, en cambio, son los países

[121] Ver Instituto del Banco Mundial, www.govindicators.org.

con puntuaciones más altas. Argentina, Brasil, Colombia y México aparecen con puntuaciones relativamente bajas en la escala. En el indicador específico relativo al Estado de derecho, Venezuela aparece con una calificación alarmante, seguida por México, Colombia, Argentina y Brasil. Chile y Uruguay aparecen con puntuaciones aceptables.

3.

Me temo que el mal gobierno se ha instalado a lo largo de toda América Latina y que, como en la pintura, la Justicia se halla atada de manos y yace a los pies del poder. En México, en la introducción de un libro que lleva el sugestivo título *A la puerta de la ley*, editado por Héctor Fix-Fierro, se dice: “No es casualidad que los mexicanos veamos a la ley como algo relativo, siempre sujeto a vaivenes y cambios según soplen los vientos. México cuenta con leyes, pero no es un cabal Estado de derecho”^[122]. En el otro extremo del continente, en la Argentina, en su libro *Un país al margen de la ley*, Carlos Nino escribió: “El objetivo central de este trabajo es llamar la atención sobre un fenómeno social que generalmente no es incluido entre los factores que generan involución económica

[122] Fix-Fierro, H. (Editor), *A la puerta de la ley*. El Estado de derecho en México, Cal y arena, México, 1994, 10.

y social de la Argentina. Me refiero a la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder -incluidos los sucesivos gobiernos-, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales”^[123]. Y yo mismo escribí en mi libro *Corrupción*, lo siguiente: “La existencia en la sociedad paraguaya de una pronunciada disposición a actuar al margen de las normas resulta bastante fácil de percibir. (...). Esa tendencia se exhibe en ámbitos muy diversos de la actividad económica, del funcionamiento de la administración pública, de la práctica política y de la vida social cotidiana. Fenómenos como la economía informal, la evasión impositiva, la corporativización de la economía, la inestabilidad política, la inseguridad jurídica y la corrupción, entre otros, hacen del Paraguay un país al margen de la ley”^[124].

Me encuentro absolutamente persuadido de que esta situación se mantendrá o se agravará mientras no se asuma una decidida actitud de confrontación. El cambio fundamental exige el compromiso de la cúspide del gobierno y la

[123] Nino, C. *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, 26.

[124] Mendonca, D. *Corrupción. Un estudio sobre la corrupción en Paraguay*, Intercontinental, Asunción, 2005, 38-39.

voluntad de todos de continuar a medida que se desarrolla la lucha por el derecho. Pienso que nuestros países deberán encontrar su propia forma de superar el mal. En cierto sentido, deberán inventarla. Esa es una tarea que exige, aparte de circunstancias políticas y sociales favorables, un extraordinario realismo y una imaginación no menos extraordinaria. Y no necesito recordar, como anticipaba la alegoría de Lorenzetti, que el renacimiento de la imaginación, tanto en el arte como en la política, siempre ha sido preparado y precedido por el análisis y la crítica^[125]. Creo que a nosotros nos ha tocado ese quehacer.

[125] Paz, O. *Tiempo nublado*, Seix Barral, México, 1983, 100.

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.