

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

PAST AND PRESENT: THE NOTION OF “FENCED STALL” IN THE WORK OF ERNESTO GARZÓN VALDÉS

*Roberto Gargarella**

Resumen: En ocasión del homenaje de Ernesto Garzón Valdés el autor elige un tema que toca muchos temas caros a su propio interés académico: la tensión democracia-derechos, el papel de los jueces, el objetivismo moral, el elitismo epistémico, las concepciones de la democracia, el control de constitucionalidad. En particular, trata el concepto de *coto vedado*, idea que –según el autor– Ernesto, entre otros, echó a rodar, y que resulta un buen *aleph* desde donde mirar, reconocer y entender toda su bibliografía. El tema del *coto vedado* se aborda desde una reflexión crítica que obliga a pensar sobre cuestiones públicas fundamentales y también le permite al autor ver al amigo en su mejor versión: un Ernesto Garzón comprometido políticamente, honesto, polemista, controvertido.

Palabras-clave: Ernesto Garzón Valdés - Democracia - Derecho - Justicia - “Coto vedado”.

Abstract: On the occasion of the homage to Ernesto Garzón Valdés, the author chooses a theme that touches many subjects dear to his own academic interest: the tension democracy-rights; the role of judges; moral objectivism; epistemic elitism; the conceptions of democracy; the control of constitutionality. In particular, it deals with the concept of *fenced stall*, an idea that –according to the author– Ernesto, among others, started to roll, and that is a good *aleph* from where to look, to recognize and to understand all his bibliography. The theme of the *fenced stall* is approached from a critical reflection that forces to think about fundamental public questions, and also allows the author, to see

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

the friend in his best version: an Ernesto Garzón politically committed, honest, questioner, controversial.

Keywords: Ernesto Garzón Valdés - Democracy - Law - Justice - “Fenced stall”.

Sumario: I. El “coto vedado”.- II. Democracia y desconfianza.- III. Derecho y desacuerdos.- IV. La justicia frente al gobierno.- V. Últimas palabras. Agradecimiento.

Agradezco la oportunidad de participar en este (nuevo) homenaje al querido Ernesto Garzón Valdés. Tuve la suerte de conocer a Ernesto cuando yo trabajaba en la Argentina con Carlos Nino y él era el “embajador” de todo el grupo (“el grupo Nino”) en Europa: la referencia obligada, la persona que nos facilitaba apoyo para todas nuestras iniciativas académicas; el gran filósofo político que teníamos lejos; el que iba a recibirnos primero, si iniciábamos alguna gira académica por Europa; quien nos ofrecía el mapa preciso de los temas que abordábamos y quien nos aconsejaba con quién hablar, a quién visitar, dónde publicar, con quién publicar –información crucial para los que vivíamos (así lo sentíamos entonces) en los márgenes del mundo-. Su decisión, comprometida, gratuita, generosa, desprendida de colaborar en el crecimiento académico de los que recién empezábamos seguirá representando siempre –para muchos de nosotros– un gran ejemplo, que espero sepamos honrar.

La invitación recibida propone que tomemos algún(os) punto(s) de la vasta obra de Ernesto Garzón para –en ocasión del homenaje– continuar la conversación con el admirado colega. Obviamente, se plantea una dificultad en la elección, porque son muchas las cuestiones que uno querría escoger para seguir discutiendo. Uno puede pensar, entonces, en los muchos textos que supieron entusiasmarlo o enojarlo en su momento: textos referidos a la tolerancia, a las “sucias manos” sobre Mozart, a las relaciones entre derecho y moral, al (¡incomprendido o maltratado!) multiculturalismo, al paternalismo, al intervencionismo y los deberes positivos del Estado, o simplemente a la política argentina, de la que nunca se alejó, aun sintiéndose lejos e indebidamente distanciado (1).

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

(1) Un panorama bastante completo de su trabajo, en la monumental obra *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

I. El “coto vedado”

Ernesto Garzón ha definido la noción de “coto vedado” de modos parcialmente distintos, en distintos contextos. En “Consenso, racionalidad y legitimidad” relacionó dicha idea con los “derechos derivados del principio de igualdad básica y de la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales” (2). En términos más generales, Garzón Valdés se refirió también al “coto vedado” como aquel que determina las “condiciones para ser un buen ciudadano moral” (“la génesis de la moralidad ciudadana –agrega Garzón– proviene de este coto vedado y no al revés”) (3). Conforme a este entendimiento más general, el “coto vedado” refiere a todas las exigencias derivadas del “respeto a la dignidad humana” y nos refiere a deberes estatales destinados a garantizar que todos los ciudadanos puedan vivir una vida “decente”. En sentido similar, Garzón se ha referido a los derechos incluidos dentro del “coto vedado” como “aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos”, es decir los necesarios para la realización de cualquier plan de vida, bienes básicos que no duda en asociar con la idea de “necesidades básicas... naturales o derivadas” (4).

En otros textos sobre el “coto vedado”, Ernesto Garzón vincula al concepto, más directamente, con el derecho constitucional y lo define como “aquel ámbito constitucional que incluye principios y valores cuyo respeto y/o implementación permite asegurar un funcionamiento cabal de la democracia representativa” (5). Nos dice que el mismo está llamado a cumplir una “doble función”. Por un lado, establece restricciones constitucionales al ejercicio de la decisión mayoritaria, cumpliendo entonces, una tarea “despolitizadora” frente a los excesos mayoritarios (6). Por otro lado, garantiza el “principio de no intervención” del Estado en la vida privada de las personas –resulta así protectorio de la autonomía de las personas en el ámbito de la moral personal–. En este mismo sentido, llegó a asociar al “coto vedado” con los catálogos de derechos existentes en “prácticamente todas las Constituciones democráticas” o los derechos humanos “incluidos en las declaraciones de las Naciones Unidas y aprobados por todos los Estados del mundo” (7).

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

(2) GARZÓN VALDÉS (1995), 469.

(3) Ver su trabajo “Dignidad, derechos humanos y democracia”, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia>.

(4) “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa* (1989), p. 209.

(5) “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 12 (2003), pp. 57-58.

(6) *Ibid.*, p. 57.

(7) “Algo más...”, pp. 209-210.

II. Democracia y desconfianza

La idea de democracia que aparece como contracara de la noción de “coto vedado” resulta problemática. Las referencias resultan claras y algo obvias: los espíritus de la “tiranía de la mayoría”, la “enfermedad republicana” de las que hablaba Tocqueville vienen enseguida a la mente –convocados por Ernesto Garzón (8)–. Lo que tenemos aquí –agregaría– es una lectura basada en la “desconfianza” hacia la mayoría que, si bien recorrió buena parte de la historia constitucional, resurgió con la mayor de las fuerzas luego de la Segunda Guerra Mundial, en particular, a partir de la pesadilla que representarían las formas extremas del autoritarismo nazi y fascista. De allí que resultara bastante común, entre los juristas liberales y progresistas del mundo –en particular los europeos– la idea de “blindar” a los sistemas políticos, constitucionalmente, frente a los peligros –ahora conocidos de cerca– de las violaciones masivas de derechos.

No resulta azarosa en absoluto, entonces, la aparición de nociones como las del “coto vedado”, defendidas por Garzón Valdés, que vino a acompañar otras ideas similares, como las del “territorio inviolable,” de la que hablara Norberto Bobbio o la que presentara también Luigi Ferrajoli en torno a “la esfera de lo indecible” (9). Esto, es decir, no es casual que “tres gigantes” del liberalismo jurídico en Europa, más o menos en la misma época, presentaran y defendieran una herramienta teórica similar, destinada a reforzar las protecciones constitucionales sobre los (años atrás arrasados) derechos humanos de las personas. Se trata, en definitiva, de un movimiento común, promovido por autores situados dentro del mismo *paradigma constitucional*.

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

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

(8) Ibid., p. 57.

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

noción demasiado extraña o radicalmente inapropiada de democracia, asociando a la misma con “muchas gente en la calle” o “un líder hablando y decidiendo ante una masa movilizada”.

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

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

III. Derecho y desacuerdos

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

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

mundo. En cambio, si la pregunta de Javier de Lucas refiere a la fundamentación o justificación de esos derechos, entonces –concluye Garzón– nos encontramos frente a “un problema de ética normativa que puede ser solucionado sin necesidad de recurrir a fundamentaciones metafísicas o teológicas”, y le sugiere entonces leer los textos escritos por James Fishkin o Mario Bunge, entre otros, acerca del “objetivismo ético” (10).

La respuesta de Ernesto Garzón, según entiendo, resulta insatisfactoria, más allá de su ironía. La cuestión es –y éste es el punto al que se refería Javier de Lucas, según entiendo– que lamentablemente disentimos sobre la cuestión de los derechos básicos, disentimos en términos muy profundos. Como sostuviera Jeremy Waldron –cita tan reiterada y obvia, como inevitable, en estos casos–, tenemos desacuerdos profundos y razonables sobre los derechos, propios de las sociedades plurales en las que vivimos, que están marcadas por el “hecho del desacuerdo” (una noción, por cierto, parasitaria de la noción rawlsiana sobre el *overlapping consensus*) (11).

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

Ernesto podrá decirnos, nuevamente: “viejito, si no sabe de qué hablamos, vaya y lea los catálogos de derechos que se usan en casi todas las Constituciones del mundo”. Pero lo cierto es que esa vasta lectura no basta. El problema importante es que, aun si nos conformáramos con lo ya escrito, toda la cuestión interesante recién comienza allí. La pregunta crucial es: ¿cómo vamos a interpretar todo lo que allí –en nuestra Constitución, en la Declaración de los derechos del hombre, o donde sea– está escrito? Las ideas de “vida”, “libertad”, “tolerancia religiosa” nos dicen muy poco: ¿qué significa la protección de la “vida” en el caso del aborto, frente a la eutanasia, frente a la legítima defensa? ¿Cómo se protege la libertad de expresión en los miles de casos que ella nos plantea (publicidad comercial engañosa, discurso de odio, infamias, ofensas al honor, pornografía, campañas políticas, etc.)? Es que respetar la libertad de expresión requiere la no-censura y así la máxima inacción estatal, como pidió históricamente el liberalismo; o la regulación estatal estricta, destinada a asegurar

(10) “Algo más...”, pp. 209-210.

(11) WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

un “debate público robusto” como nos piden los defensores de formas de democracia más robusta e inclusivas (12).

En definitiva, la cuestión es: ¿cómo sabemos cuáles son las exigencias que nos impone la protección del “coto vedado”? El punto resulta especialmente sensible frente al trabajo de Ernesto Garzón Valdés, y es aquí donde las “oscilaciones” en su definición del concepto resultan más preocupante. Como señalara ya, no me interesa apuntar a sus “inconsistencias temporales” en la defensa del concepto. Lo que quiero decir, primero, es que sus oscilaciones estuvieron muy marcadas por las preocupaciones (y modas) académicas propias de cada época en la que escribió sobre el tema. Así, en un momento el concepto apareció ligado a los catálogos de derechos humanos, pero más tarde a la noción rawlsiana de “desigualdades respecto de las cuales uno no es responsable”, y luego a la idea de “necesidades básicas”, y también a las ideas de “vida decente” o “vida digna”. Segundo, tales cambios simplemente confirman nuestras sospechas iniciales: lamentablemente, sobre los asuntos fundamentales disentimos, aunque (y porque) nos interesan muchísimo esos asuntos y queremos actuar del mejor modo en relación con ellos.

IV. La justicia frente al gobierno

El último punto en el que me concentro tiene que ver con la cuestión constitucional, referida al órgano destinado a dar protección a todo aquello que incorporamos dentro de la (amplísima y variable) esfera del “coto vedado”. Luigi Ferrajoli se especializó en la respuesta sobre este último punto, y entiendo que su postura (íntimamente vinculada con la que diera Ernesto Garzón) resulta particularmente vulnerable, como he tratado de demostrar en otros lados (13).

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

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

Si se acepta la definición del ámbito de lo político aquí propuesta y la necesidad de separar el ámbito judicial del político, creo que pierde fuerza el argumento que reprocha al poder judicial supremo su carácter antimayoritario. La función de los jueces supremos

(12) Ver, por ejemplo, FISS, Owen. *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

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

no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad. Pero como los jueces tienen que ser designados por el poder político, parece aconsejable, a fin de reducir el peligro de la politización de los tribunales y promover la autonomía judicial, adoptar las siguientes medidas (14).

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

Según entiendo, la defensa del papel de esos órganos contra-mayoritarios –típicamente, la defensa del rol del Poder Judicial, tal como lo conocemos– resulta muy polémica, luego de más de doscientos años de reflexión sobre el tema. Las respuestas que ofrecen Garzón o Ferrajoli pueden considerarse obvias y sensatas, si es que partimos de supuestos que apuntáramos equívocados, acerca del vínculo entre mayorías e irracionalidad política. Supuestos de ese tipo son los que, tempranamente, defendiera James Madison en sus famosos textos en *Federalist Papers*, sobre los riesgos impuestos por las facciones y la inevitable conexión entre asambleas colectivas e irracionalidad (“In all very numerous assemblies, of whatever characters composed, passion never fails to wrest the scepter from reason”, *Federalist Papers*, 55). Esa “inevitabilidad” en la que pensaba Madison, aterrado por el lugar de las “facciones” en la vida política, es similar a la “inevitabilidad” en la violación masiva de derechos, en la que pensaron los juristas europeos de posguerra.

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

Si la respuesta es: “ocurre que las mayorías siempre se equivocan”, entonces (asumiendo lo inasumible, esto es, que sabemos cuándo es que “no” se equivocan y cuál es el error o el remedio para cuando lo hacen) mejor reemplacemos a la democracia por aristocracia y terminemos con la idea de una sociedad de iguales. Si la idea es que “las mayorías muchas veces se equivocan”, no queda claro por qué es que esa misma crítica no se aplica sobre los jueces (que han tomado decenas de decisiones reconociendo la esclavitud, criminalizando la homosexualidad, avalando la discriminación racial, etc.). Si la idea es que “las mayorías se equivocan más que los jueces”, entonces corresponderá decir, junto con el propio Ronald Dworkin, que dicha afirmación exige, más que una declamación, un análisis

(14) “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, n. 18 (abril 2003), p. 29.

empírico sobre qué arreglo institucional maximiza la protección de los derechos de las minorías (15). Ello, más allá de lo que parece bastante claro, y es que los pocos trabajos empíricos en la materia que tenemos con nosotros muestran que –con *settings* institucionales mínimamente apropiados– los representantes del pueblo (en jurados populares, audiencias públicas, etc.) tienden a tomar decisiones más moderadas que excesivas, y normalmente más parsimoniosas que las de los propios jueces profesionales (16).

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

¿Quiere decir todo lo anterior que no necesitamos controles, que la democracia va a decidir siempre del mejor modo, que todo está abierto para la decisión mayoritaria (*up for grabs*, en la expresión de Waldron) sin límite alguno? Nada de todo eso. Todos (individuos, funcionarios públicos, grupos, instituciones) estamos sujetos a cometer errores e inconsistencias. Necesitamos siempre mecanismos de revisión y control, porque siempre puede haber puntos de vista no considerados, o mal considerados, informaciones no tenidas en cuenta, problemas no previstos de antemano. Puede ocurrir, también, que tengamos razones democráticas para limitar la acción de la misma (como lo podría hacer John Stuart Mill) a las cuestiones que Nino llamaba “de moral pública”, en donde podemos encontrarnos con daños sobre terceros (para Nino, la democracia carece de “potencia epistémica” para resultar provechosa en temas vinculados con la moral personal). Ocurre, además, que hemos empezado a desarrollar “remedios jurídicos” nuevos (de tipo “dialógico”), que al menos habilitan un modo de relación diferente entre las distintas ramas de poder (y de todas y cada una de ellas con la ciudadanía), capaces de acomodar mejor nuestras preocupaciones democráticas y constitucionales (17). En definitiva, la noción de “coto vedado” convoca a protecciones contra-mayoritarias que, tal como las conocemos, resultan difíciles de justificar.

(15) Ver, por ejemplo, DWORKIN, Ronald. “The moral reading of the Constitution”, en *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

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

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

V. Últimas palabras. Agradecimiento

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

Agradezco entonces a Ernesto Garzón por alentarnos a pensar, en éste y tantos otros temas. Y le agradezco, sobre todo, por todo lo que nos ha dado, ayudándonos a pensar y a crecer como personas. El tema del “coto vedado”, como dijera, resulta un buen *aleph* en la obra de Ernesto: nos obliga a pensar sobre cuestiones públicas fundamentales y también nos permite ver al amigo en su mejor versión, un Ernesto Garzón comprometido políticamente, honesto, polemista, controvertido.