



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía  
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de  
México  
México

Tamayo y Salmorán, Rolando  
CONSTRUCCIÓN DEL “TRATO IGUAL” O “DILEMA DE LA DEMOCRACIA”  
Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 42, abril, 2015, pp. 111-145  
Instituto Tecnológico Autónomo de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363639203005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

# **CONSTRUCCIÓN DEL “TRATO IGUAL” O “DILEMA DE LA DEMOCRACIA”\***

---

Construction of Equal Treatment or Dilemma of Democracy

**Rolando Tamayo y Salmorán**

## **Resumen**

El artículo explora las relaciones entre el derecho, la democracia y el imperativo del trato igual, deteniéndose en el desarrollo de nociones como “comunidad política”, “actos políticos” o “derechos”, y proponiendo un entendimiento específico de los “derechos democráticos” en cuyo contexto el derecho de igual acceso a la protección judicial juega un papel crucial. El análisis combina exploraciones en el plano del lenguaje jurídico dogmático con acometidas filosóficas, filológicas, históricas y sociopolíticas, en consonancia con la idea de que las fuentes históricas (los hechos sociales y su reconocimiento teórico) son las coordenadas que rodean la experiencia jurídica y el juego democrático (donde lo hay).

## **Palabras clave**

derechos, democracia, trato igual, comunidad política, acceso a la justicia, debido proceso

## **Abstract**

The article explores the relations between law, democracy and equal treatment, developing in the way the meaning of notions such us “political community”, “political acts” or “rights” and setting forth a specific understanding of what could be properly called “democratic rights” in whose context the right to have equal access to judicial protection plays a crucial role. The analysis combines in-

---

*Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México. Correspondencia: Circuito Mario de la Cueva s/n, Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Del. Coyoacán, 04510, México, D.F. irnerius@mx.inter.net.*

\* Este ensayo es la versión escrita de parte de mi discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el 6 de noviembre de 2013, el cual es a su vez una versión revisada y debidamente adiada de mi artículo: “Derechos y mecanismo democrático. Construcción del *trato igual*”, publicado en mi libro *Costumbre o eficacia* (2015). Parte de lo que trata este segmento, aunque con las modificaciones indispensables para el curso de este trabajo, fue incluido en una sección de mi libro *Jurisprudentia : more geometrico* (2013a).

quiry at the level of legal language with inquiry at the philosophical, philological, historical and sociopolitical levels, in congruence with the idea that historical sources (social facts and their theoretical explanation) are axes that encircle both legal life and the democratic game (where it exists).

### **Keywords**

rights, democracy, equal treatment, political community, access to justice, due process

## I. Prefación

### *1. Preliminaria*

Esta exposición se encuentra dividida en segmentos, no necesariamente inconexos; responden a diversas y encontradas posturas, doctrinas o presupuestos que se han vertido sobre los temas que aquí abordo. Así, al lado del lenguaje jurídico-dogmático, verán tanto acometidas filológicas como históricas, sociopolíticas o filosóficas. Esto no debe sorprender, si tenemos en cuenta que las fuentes históricas, los hechos sociales y su conocimiento teórico y metateórico son las coordenadas que cercan la experiencia jurídica.

Un ensayo (y éste lo es) está lejos de ser exhaustivo, en particular uno centrado en este tan complicado, a veces enmarañado, cuando no rasposo, asunto. Pero, si bien una exposición como esta no puede ser omnicomprensiva, sí al menos debe avisar qué contiene y sus linderos. En este orden de ideas, estas líneas constituyen una introspección fragmentaria de diversos enfoques, recogidos aquí con el propósito de explicitar, y si es posible esclarecer, algunas cuestiones que plantean el derecho y la democracia (donde los hay).

La limitación temática: “trato igual”, “democracia”, son nociones que impiden circunloquios y redundancias; los argumentos, espero, serán suficientes y sucintos, para no distraer la atención del lector. En todo caso apreciarán que la investigación se robustece con amplia literatura y abultado índice historiográfico.

Termino este preliminar con una petición de *non obstante*: con una petición de dispensa por el título, por demás osado, de este ensayo.<sup>1</sup>

## 2. *Ratio methodica*

Este trabajo constituye un análisis (fragmentario) de algunas de las condiciones que requiere un sistema político para ser democrático. No me detendré a discutir si hay más ni, si es el caso, cuál predomina. Ahí donde estas condiciones son satisfechas existen “derechos democráticos” en un sistema político. Más adelante, *pari passu*, distinguiré qué entiendo por ‘derechos democráticos’. En todo caso, adelanto que el hilo conductor de este ensayo es el concepto e ideario del “trato igual” y su posibilidad o imposibilidad.

Detrás de estas líneas se encuentra una tesis definicional de democracia. ‘Democracia’, al igual que ‘legalidad’, ‘licitud’, ‘nulidad’, ‘doloso’, ‘culposo’, *et sit cetera*, es un predicado normativo –o, si se quiere, deóntico; o mejor aún, jurídico. El adjetivo relativo ‘democrático’, depende, como veremos, de la presencia y funcionamiento de ciertos derechos.

## 3. *Yo acuso*

La filosofía y la sociología políticas, así como diferentes doctrinas, ideologías y reclamos social-humanitarios, militan en la errónea creencia de que ‘democracia’ es un genuino concepto, propio de la ciencia política. Pero, en realidad, esto no solo es falso sino descabellado. De hecho, no lo es ni siquiera en el ámbito de la ética o la metaética.

---

<sup>1</sup> Sucede que, eventualmente, será parte de un trabajo muy ambicioso de la IVR [por sus siglas en alemán: *Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie*] sobre la “construcción del trato igual”. El profesor Aleksander Peczenik (lamentablemente fallecido) y los comisarios de esta obra dieron este título a la parte de la investigación que me asignaron. La obra no sé cuándo se concluya, y menos todavía cuándo aparecerá. Así que pensé que sería oportuno que su primicia editorial se diera en esta prestigiada revista.

Tampoco es un concepto economicista. Ni Kenneth Arrow –introduction del teorema de la imposibilidad– ni Amartya Sen –teórico de la redistribución del bienestar económico–, ambos ganadores del Premio Nobel de Economía, se preocupan en sus teorías sobre las preferencias por el resultado democrático.

## II. *Jurisprudentia* y praxis política

### 1. Razón de orden

No pudiendo abordarlo todo, voy a detenerme en un problema que como reza el epígrafe llamo “*Jurisprudentia* y praxis política”, con objeto de dar una respuesta (filológica e historiográficamente fundamentada) a las posturas de creen que ‘democracia’ es un concepto propio de la ciencia política. Cabe señalar que ni siquiera los mismos conceptos políticos, como se desprende de la lectura de estas líneas, son genuinamente políticos.

De lo anterior se sigue que, *prima facie*, debiera introducir una detallada explicación de ‘sistema político’; pero me limitaré a hacer solo un breve *detour* metodológico (lo más conspicuo posible) para traer a la memoria ciertas concepciones de la “política” dentro de la enciclopedia del saber medieval, escenario donde esta transición operó. Escenario en el que, sabemos de sobra, ocurrieron los episodios que determinaron la construcción de las ideas políticas de Occidente (Tamayo, 2005 y 2013b).

Una descripción de la actividad política como disciplina autónoma era imposible dentro de los precintos de la *Weltanschauung* cristiana. Los conceptos políticos, estrictamente hablando, no podían surgir –y de hecho no surgieron–, sino hasta que los problemas del poder, sus disputas y los argumentos que las fundamentaban, se plantearon con toda la fuerza de los conceptos jurídicos.

Aunque la “ciencia política” emergió después como disciplina autónoma (particularmente en forma de sociología o filosofía política), el

vocabulario de esta disciplina siguió fuertemente vinculado la jurisprudencia (la única ciencia independiente del saber medieval).

## 2. *Actos de gobierno y derecho*

La práctica gubernativa y judicial participó de este proceso. En efecto, la creación de conceptos y doctrinas que pueden recuperarse a partir de la manifestación concreta de actos de gobierno, enjuiciamientos, alianzas y tratados, reclamaciones dinásticas, primogenituras y filiations, requieren de cierto conocimiento de derecho, *de sus formas de creación y aplicación* (Ullman, 1949, p. 12; 1961; 1966; 1975; 1979). Este acumen jurídico es el *modicum* del discurso con el que se expresan las acciones políticas.

Es así como en la temprana Edad Media, la jurisprudencia no fue solo la ciencia de la aplicación e interpretación del derecho, sino también la única teoría del Estado, en el sentido de la *Rechtsstaatslehre*. A este respecto dice, *similiter*, Ernest Barker:

Después de todo existe poca diferencia entre una filosofía del derecho y una teoría filosófica del Estado... la filosofía del derecho puede estrechar la mano con la filosofía política y aunque el iusfilósofo hable de los enunciados de la ciencia jurídica [la semántica del lenguaje del derecho] y el filósofo político hable de los enunciados que describen la conducción política, habrá poca diferencia entre ellos (Barker, 1934, pp. xxvi-xxv)

Las grandes cuestiones políticas: *dominium, gubernaculum, imperium, postestas gladi*... en suma, el inquietante problema del “poder” *estaba sobre la mesa de los juristas*. La pregunta era: *Qui competit merum imperium?* Esto es, ¿a quién corresponde gobernar? O, si se quiere: ¿quién es el monarca, el soberano legítimo? O bien ¿cuáles son las potestades y los límites del gobernante? Pues bien, estas y muchas otras preguntas fueron abordadas y respondidas por la jurisprudencia medieval.

Fue así como el vocabulario del discurso político –no solo el doctrinal, sino el militante, el usado en la escena política– tomó sus conceptos del lenguaje de los juristas y fue con ese lenguaje que aprendió a hablar y a decir frases articuladas (Maitland, 1920, pp. XI-XV).

Cabe decir, siguiendo a Jacob Ludwig Carl Grimm (1785-1863), o simplemente ‘Jacob Grimm’, como es conocido por el mundo entero –formidable lingüista, filólogo e historiador, además de politólogo y autor conjuntamente con su hermano Wilhem de los más famosos cuentos– y aplicando la llamada *Grimmgesetz*:<sup>2</sup>

Erradicar los conceptos proporcionados por la jurisprudencia romana de la teoría y práctica políticas... sería tan imposible como erradicar las palabras latinas de los idiomas modernos.<sup>3</sup>

Sobre esta penetrante influencia del discurso jurídico en el debate político son muy significativas las palabras de uno de los más célebres politólogos ingleses, Ernest Barker:

El estudio del Estado en términos jurídicos convierte a la ciencia política en... genuina disciplina... La ciencia política que no se encuentra enraizada y fundamentada en tal disciplina [*Staatswissenschaft* o *Staatsrechtslehre*] se convierte en un [mero] conjunto de vaguedades.... y [fantasías].<sup>4</sup>

Todo este episodio constituyó lo que los romanistas clásicos y contemporáneos denominan ‘Segunda recepción del derecho romano’. Es un hecho indiscutible que el estudio y difusión del derecho romano ejerció decisivo impacto en la estructuración política de Europa y en la formación de su ideología. Su presencia en las ideas y en la práctica gubernamental no tuvo paralelo.

<sup>2</sup> El teorema lingüístico que lleva su nombre: la *Ley de Grimm*.

<sup>3</sup> Véase *Deutschhalterthümer*, Gotinga, 1828 y *Über Aldastschen Meistersang*, Gotinga, 1811, citados por Barker, 1934, p. xx. Tuve conocimiento de esta obra por la lectura de la “Introducción” de Ernest Barker a la obra de Maitland (Maitland, 1920, p. xx). Véase ‘Grimm’s Law’, ‘Linguistics’, *Encyclopædia Britannica (Ultimate Reference Suite, DVD, 2014)* y <[http://en.wikipedia.org/wiki/Grimm\\_Jacob#Grimm.27s\\_Law](http://en.wikipedia.org/wiki/Grimm_Jacob#Grimm.27s_Law)>

<sup>4</sup> Barker, 1934, pp. XIX-XX (la traducción es mía).

### III. Democracia

#### 1. η δημοκρατία,<sup>5</sup> το κράτος,<sup>6</sup> o δῆμος<sup>7</sup>

(Digresión filológica)

En el texto mantengo la grafía griega toda vez que es necesaria para dar cuenta de la etimología y usos originarios de las palabras. Transcribo los textos usando las fuentes, tomado de la mano de las dos obras principales de H. G. Liddell y R. Scott (1840, 1996).

Rastrear los usos paradigmáticos de estas expresiones en la cuna de la civilización occidental no es de ociosa erudición. Participo de la idea, fraguada desde la ciencia clásica; recuperada por William of Occam (1285-1347), después por Blaise Pascal (1623-1662), Gottfried Leibnitz (1623-1662),<sup>8</sup> por Friedrich Nietzsche (1844-1900), hasta Ludwig Wittgenstein (1889-1951) de que muchos complejos conceptos de la filosofía política, de la ética y la jurisprudencia son mejor entendidos *cuando se estudia el momento en que surgieron*, en circunstancias relativamente simples, y no en las formas interpoladas en que posteriormente se conocen –como ahora.

La pregunta teórica es: ¿cuáles fueron las condiciones que gobernaron el uso de ‘democracia’? Lo que se tiene que hacer –diría H.L.A. Hart (1907-1994)– consiste no en repetir las mismas respuestas, *sino en hacer nuevas preguntas* que conduzcan al esclarecimiento de los usos del discurso que entendían los parlantes.

Regresando a nuestro tema: ‘democracia’ es una expresión tanto o más manoseada que la misma expresión ‘derecho’. Habitualmente su uso es torpe, erróneo, impreciso; casi ingenuo, por decir lo menos; su

<sup>5</sup> ‘Democracia’ ‘gobierno popular’ (‘a favor del pueblo’). *Cfr.* Liddell y Scott, 1996, pp. 183.

<sup>6</sup> Poder’ (‘gobierno’, ‘autoridad’, ‘fuerza’). *Cfr.* Liddell y Scott, 1996, p. 449.

<sup>7</sup> La ‘gente’, (‘los comunes’, ‘el pueblo’, ‘las cofradías’ –de comunes–, ‘el distrito’, ‘la región’). *Cfr.* Liddell y Scott, 1996, p. 183.

<sup>8</sup> Quien, profundamente enterado, sostiene: “*Dixit saepius scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum iuris consultorum scriptis comparari possit.*” (“Se ha dicho con frecuencia que, en cuanto a vigor y agudeza, los escritos de los geómetras no pueden compararse más que a los escritos de los jurisconsultos romanos” (*Cfr. Epist. 1*; véase *Epist. 15*).

manejo es persuasivo y se reduce a una trampa verbal. No es de extrañar que ‘democracia’ (y palabras relacionadas) sea manejada mediante *formulaciones persuasivas* (Carrió, 1973, p. 21). La acometida persuasiva de debe, *inter alia*, a dos principales razones:

- i) Estas palabras gozan de un carácter eufónico y eulogístico.<sup>9</sup>
- ii) La determinación del objeto que estas palabras cubren es arbitrariamente *redirigido* por quien las usa.

Estas dos circunstancias hacen que su uso desemboque, con frecuencia, en verdaderas *trampas verbales*.<sup>10</sup> Primeramente, su efecto encomiástico y su resonancia eufónica, *simula o encubre* la naturaleza del objeto. El uso de ‘democracia’ provoca aprobación, elogio, admiración. Es –siguiendo a Carlos Nino– una especie de “sello de nobleza” que se aplica a las acciones que esta palabra designa.<sup>11</sup>

Ciertos conceptos, como ‘democracia’, son particularmente importantes para la descripción de objetos de conocimiento relevantes para diversas disciplinas. Esta particular relevancia los hace objeto de *definiciones persuasivas* las cuales, *determinando el universo del discurso*, las extienden o restringen, a modo de excluir o incluir en su campo de significado algunos objetos.

Estos usuarios (líderes, teólogos, ideólogos, políticos) moldean tales expresiones para *redirigir* sus preferencias para impactar a oyentes y lectores; preferencias nada exentas de emotividad, ambición e interés encubierto, principalmente, asociadas a credos políticos o religiosos. Esta es una de las causas que explican por qué una teoría neutral, desprovista de contenidos emocionales de la conciencia, es atacada con vehemencia (Carrió, pp. 18-21): “Desface entuertos”.

<sup>9</sup> Del griego εὐλογιστός (adj.) y éste, del verbo εὐλογεῖν: ‘que habla bien’, ‘que honra’ (a lo que nombra). De lo que habla deviene ‘razonable’, ‘justo’ (Liddell y Scott, 1996, p. 720).

<sup>10</sup> Una definición persuasiva es una trampa verbal que se tiende al oyente o al lector, dirigiendo las reacciones favorables (o desfavorables) a un objeto o actividad. (*Vid.*: Cap. IX: “*Moralist and Propagandist*” en el libro de Stevenson, 1960; Carrió, 1973, pp. 21-22).

<sup>11</sup> Nino, 1989, p. 13. En realidad, Carlos Nino no dice “sello de nobleza”, dice “timbre de honor”, expresión que me pareció aún más filatélica que la mía.

El uso eulogístico de democracia se utiliza claramente para encubrir, con su impacto laudatorio lo que dicha expresión tiene en el auditorio; así, por ejemplo: cualquier cosa que *hagamos, digamos o decidamos* que esté lejos de ser democrático. (Lo mismo ocurre con palabras como ‘libertad’, ‘patria’, ‘ciencia’, ‘científico’, ‘divino’, *et sit cetera*.)

## 2. *Adjetivo relativo*

δημοκρατια, en griego, por extraño que parezca, está compuesta de dos *sustantivos*: δῆμος (del sánscrito, con uso preposicional ‘dh\’, en el sentido de ‘dividir’, ‘conjuntar’, ‘agrupar’, ‘agremiar’ posiblemente; pero, en todo caso, esta idea es tardía). El significado de separar y agremiar al “común” es un claro uso en κοινη (griego tardío bizantino): Desde entonces, hasta la baja edad media, δῆμος es el nombre que se daba a las cofradías, hermandades, clanes o corporaciones (*e.g.*, los δῆμοι: “azules” y “verdes” en Constantinopla); grupos en que, insisto, se dividía a los “comunes”, *i.e.*, al pueblo.

El otro sustantivo [de origen oscuro] es κράτος: ‘dominio’, ‘mando’, ‘autoridad’. En la expresión δημοκρατια, κράτια no es un sufijo. Las desinencias ια, εσμαι, ικος, *et sit cetera* son inflexiones propias de la declinación que conviene al sustantivo κράτος

δημοκρατια (y sus equivalentes en las lenguas modernas) se entiende mejor cuando se lee δῆμος (o su apócope: δῆμο) como mero prefijo; de forma a que funcione como *operador de adjetivación*, indicando que la palabra nombra ‘algo que favorece o beneficia al pueblo’ o, simplemente, ‘popular’ (como adjetivo relativo). Así *e.g.*: πολιτ δημοκρατουμηνη (‘Polis cuyo gobierno favorece al común’), δημοκραντος (‘ratificación popular’). Por ‘democracia’ en las fuentes griegas y posteriores, se entiende: ‘gobierno que favorece al pueblo’ o, simplemente, ‘gobierno popular’; pero *nunca*: ‘gobierno del pueblo’.

La acción democrática no es del pueblo, no la realiza el pueblo; la realiza *quien manda* (quien actúa κατα\κρατος). El pueblo es el “común”, quien recibe o no la acción democrática. Quien usa del poder para favorecer al “común” es *demócrata* y sus acciones, *democrá-*

ticas. Un claro ejemplo sobre el uso gubernamental o gubernativo de δημοκρατία lo encontramos en Aristóteles.<sup>12</sup> En ese pasaje Aristóteles, refiriéndose a Solón, muestra claramente qué significa ‘democracia’. Traduzco:

Éstas son, pues, la naturaleza de sus reformas [Solón] en lo que concierne a las funciones del Estado. De las tres, las más *democráticas*, parece, son las siguientes: prohibición de préstamos garantizados por individuos [con su propia persona]; en segundo lugar, la libertad concedida a todo individuo para buscar satisfacción a favor de un hombre [común] agraviado y, tercero, [de] la que se dice, funge como clave fundamental del poder de la multitud, la *facultad concedida al pueblo* de recurrir a un tribunal de jurado, teniendo el derecho de votar... con lo que, se dice, el pueblo adquirió más poder [puesto que con] el recurso ante un tribunal popular, ...el pueblo se hace dueño del voto....<sup>13</sup>

Esto es muy importante. A un ciudadano medio, que planea su vida, no le interesa gobernar. Uno quiere ser atleta, otro escultor, otro marinero, otro más comerciante, los había filósofos. El ciudadano aspira a ciertas dedicaciones u oficios (realizarse como médico, pintor, músico, notario, banquero). Le interesa, en todo caso ser bien gobernado. [A mí, como a muchas personas que conozco, no nos interesa gobernar; queremos simplemente ser bien gobernados.]

El significado de ‘democracia’ o ‘democrático’ en el sentido de “en beneficio del pueblo” se mantiene tanto en la Revolución Francesa como en la *Glorious Revolution*, y, en general, en la Ilustración. Un ejemplo manifiesto son las monarquías constitucionales. En ellas, los ciudadanos *no pretenden derrocar monarquías ni ser reyes*; menos aún, *solo tener derechos*. (Sobre esta idea habré de volver cuando aborde el problema de los derechos.)

---

<sup>12</sup> *Const. Ath.* 9, 1 (Αθεναῖον πολιτεία): la versión griega la tomé de Aristóteles, 2004.

<sup>13</sup> Mi traducción sigue la versión inglesa de H. Rackham (*op. ul. cit.*) y la versión española de Manuela García Valdés (2008). El énfasis es mío.

## IV. Comunidad, política y derechos

### 1. Comunidad política<sup>14</sup>

El objeto propio de la ciencia política son los *actos políticos*; actos de conducción política, tendentes a adquirir o mantener el poder *público* (*i.e.*, actos de gobierno), o bien actos tendentes a limitar o derrocar el poder (actos que llamaré ‘anarco-derogantes’).<sup>15</sup> Los ‘actos políticos’ son hechos históricos; actos que *efectivamente* existen (o existieron).

Los actos políticos no son dispersos, singulares o separados. Para que los actos de ciertos individuos puedan ser entendidos como actos políticos, tienen que estar anclados en la comunidad política, en la que estos actos se encuentran ordenados en forma de sistema. Una comunidad política no es mera yuxtaposición de individuos.

Cuando los individuos se encuentran bajo sujeción (*sub dominio*), sometidos al poder; existe siempre una instancia social (un individuo o grupo de individuos) que reduce, por medio de la coacción, las conductas optativas de los individuos, haciéndolas –en este sentido– obligatorias. Los primeros –quienes están bajo sujeción– son los “súbditos”, llamados comúnmente ‘gobernados, los “comunes”, aquellos a quienes John Austin denomina ‘inferiores políticos’. La instancia que ordena, manda y reprime son los órganos del Estado –los gobernantes–, a quien John Austin denomina ‘superiores políticos’.<sup>16</sup>

Considerados en su totalidad, los actos políticos, tanto de gobernantes como de gobernados, forman un orden específico, un “subsistema social”: *la comunidad política*.<sup>17</sup> Aunque cada comunidad política tie-

<sup>14</sup> Como el poder o dominio solo existe en forma de derecho (actos jurídicos que lo crean y aplican), voy a explicar la idea de comunidad política haciendo una amplia paráfrasis de la teoría de John Austin (véase el capítulo IV, “La teoría del derecho de John Austin”, de mi libro *Jurisprudencia: more geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, op. cit., pp. 115-14).

<sup>15</sup> Expresión que aprendí del maestro Guillermo Héctor Rodríguez.

<sup>16</sup> Véase *supra*, nota 14, cap. IV.

<sup>17</sup> Es un “superior político” (gobernante) aquel que puede hacer que otro haga o deje de hacer algo. El “inferior político” (súbdito) es aquel que se encuentra constreñido a hacer lo que el “superior político” establece (o bien, convertirse en anarco-derogante, (posiblemente delinquiendo) o, simplemente, abandonar *esa* comunidad política).

ne sus diferencias específicas, existen características comunes a todas ellas y nociones o distinciones de la ciencia política que les son aplicables a todas. La regla de oro que las explica se puede formular de este modo: ‘un grupo de individuos forma una comunidad política cuando tienen, al menos, un superior (gobernante) común’.

“Superior común” es aquella instancia cuyos mandatos (llámense, órdenes, directivas, ‘preceptos’ o ‘normas’) son “habitualmente obedecidas” por el grueso de los miembros de la comunidad.<sup>18</sup> Un sistema político presupone el *hábito de obediencia*. La expresión ‘habito de obediencia’ opera *latissimo sensu*: comprende adhesión, consentimiento, prudencia, miedo, hábito convergente, *et sit cetera*; en suma: por cualquier razón que fuera, elemento fundamental. Sin hábito de obediencia, no habría comunidad política.

Ahora bien, la ciencia política distingue por un lado la comunidad política “llana y simple” (aquella en la que la mayoría de sus miembros se encuentra en hábito de obediencia hacia un superior común) y por otro la comunidad política *independiente* (aquella que en la que el hábito de obediencia se da hacia un superior común que no se encuentra en hábito de obediencia respecto de ninguna otra instancia).

## **2. Los actos políticos: entidades del sistema político**

Los actos políticos no son poco frecuentes; menos aún raros, insólitos o inusitados. Por el contrario, son frecuentes, nada escasos ni dispersos. Su ocurrencia es constante, permanente. La comunidad política es un *continuum* de actos políticos.

Los actos humanos se entienden como ‘actos políticos’ solo dentro de la comunidad política a la cual pertenecen. Para que estos actos humanos tengan un significado político, tanto para sus autores, como para los demás; éstos tienen que estar relacionados unos con otros, de tal manera que, sin esa relación, el significado de dichos actos sería vacuo, fútil: *no político*. Para que haya persuasión, disuasión, discurso, publi-

---

<sup>18</sup> Porque, lógicamente, si no fuera habitualmente obedecido, no sería superior político.

cación, enfrentamiento que proselitismo, militancia, abstención, censura, represión, adhesión, beligerancia, insurgencia, *et sit cetera*, se requiere que los actos humanos que los producen sean así entendidos.

Esta relación, y la interacción que implica, convierte el sentido subjetivo (*subjective Bedeutung*) de una acción –sea bloqueo de carreteras, acopio de víveres y armamento; detonación de explosivos o allanamiento de inmuebles– en su sentido objetivo (*objective Bedeutung*)<sup>19</sup> –“retenes”, “resistencia”, “ofensiva”, “confiscación”– y así es entendida por sus protagonistas como por los demás (antagonistas y espectadores).<sup>20</sup> Esta “lectura” (hecha por sus autores o por el espectador, *e.g.*, teórico político) solo es posible dentro del marco de una comunidad política determinada.

Los actos políticos son “papeles” (roles) sociales, y todos (*aut circiter*) son actos de creación o aplicación del derecho. Los órganos y los súbditos del Estado (superiores e inferiores políticos) constituyen el ámbito personal de validez de un orden jurídico (en este sentido, y solo en este sentido, ‘orden jurídico’ y ‘comunidad política’ son expresiones intercambiables). Los actos políticos son descritos tanto por la jurisprudencia dógmática como por la teoría jurídica: unos, como permisiones expresas (*e.g.*, ejercicio o de derechos o de facultades); otros, como órdenes o mandatos; otros más como prohibiciones.

### **3. Sistema político**

Para el análisis que sigue, voy a entender por ‘sistema político’ el conjunto de normas y comportamientos jurídicos (actos de creación y aplicación de derecho) vinculados con el ejercicio del poder. Sé que ésta es una formulación bastante cruda de ‘sistema político’ que, ciertamente, requiere mayor refinamiento; pero prefiero dejarla tal y como la dejaron, desde Roma, los juristas; y en Bolonia y Perugia, los posglosadores. En cuanto al presente, por su claridad, tomaré en cuenta solo

<sup>19</sup> En el sentido en que Kelsen usa tales expresiones (Kelsen, 1960, p. 2).

<sup>20</sup> En el sentido del “punto de vista interno” y del “punto de vista externo” como los entiende H. L. A. Hart (1994, pp. 99-101).

a Jeremy Bentham (Hart, 1994, cap. III), Otto von Gierke (1934), Max Weber (1971, p. 505), John Austin,<sup>21</sup> Carré de Malberg (1920-1922) y, *præsertim*, las obras de Hans Kelsen.

## V. Derechos (*eorum conditionibus*)

Establecido qué entiendo por ‘sistema político’, me aboco a esclarecer qué relación existe entre un sistema político *democrático* y los derechos de los individuos (“derechos” en sentido jurídico técnico).

Parte fundamental de esta argumentación es el papel que juegan los tribunales en el funcionamiento de los derechos. Sin embargo, este ensayo no versa sobre tribunales; trata más bien del papel que juega la judicatura [el aparato judicial] en la determinación, existencia y funcionamiento de los derechos. En particular, de los derechos que aquí importan: los derechos que constituyen el “núcleo del juego democrático” para cualquier sistema político.

El término ‘derecho’ es un concepto de elevado estándar técnico, establecido por los usos y prácticas judiciales y la profesión jurídica. Por ello, para no trivializar el uso de la expresión, es menester tener en cuenta tres condiciones *sine qua non*, i.e., lógicamente necesarias:

**i)** El derecho *es una permisión*, alguien permite (*Erlaubt*).<sup>22</sup> El acto de permitir (la permisión) presupone un acto de voluntad de quien lo permite y, por ende, presupone un permisor (*factor permissum seu permissor*). Sin este acto de investidura, Aulus Agerius (para usar el protagonista de las *Institutas* de Gayo)<sup>23</sup> no tiene ningún fundamento jurídico para hacer u omitir.

---

<sup>21</sup> Véase *supra* nota 14, cap. IV.

<sup>22</sup> Para una más detallada explicación de la permisión, véase el cap. vi, “La permisión (Derecho subjetivo y facultad)” de mi libro *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2011, pp. 102-118.

<sup>23</sup> Inst. Gaius, 4, 34, 36, 40, 43, 47, *et cetera*. El pasaje 4, 34 dice: “...iudex esto: si Aulus Agerius, id est, si ipse actor...” “...piensa ¡oh juez! si Aulus Agerius, esto es, si fuera el actor”. El texto latino está tomado de la reciente versión de las *Instituciones* de Gayo, en Domingo, 2002, pp. 204, 205, 206, 207, 247-250.

*Permissum*, como cualquier acto de habilitación (*Ermächtigung*) requiere de un *poderdante* (*Vollmachtgeber*) debidamente facultado. Sobre este particular cabe explicar al lector que es razonable recurrir a palabras germánicas por un lado, en razón de sus ilustrativas etimologías, y por el otro porque la presencia del Pandectismo alemán ha sido decisiva en el tratamiento del derecho subjetivo.<sup>24</sup> Recurriendo al verbo de modo ‘poder’, el mecanismo en que funciona el derecho, en tanto permisión, se advierte fácilmente en un sencillo ejemplo:

Alguien toca a la puerta y pregunta: ‘*¿puedo* pasar?’ De lo que se desprende que, en principio, no *puede*. Consideremos dos situaciones. La primera: quien está en condición de responder le dice: ‘¡No!, no *puede* pasar’ o ‘¡no puede!’ o, lacónicamente: ‘¡No!’ Con ello no priva de ningún derecho a quien llama. El número de acciones que *puede* hacer *no decrece*. Posiblemente esto le decepciona; quizás lo enoja. Pero, cualquiera que sea su reacción emocional, la respuesta negativa no le priva de nada. Supongamos ahora que la respuesta es en sentido afirmativo, y quien está en condición de responder, por lo contrario, le dice: ‘¡Sí!, sí *puede* pasar’ o ‘sí *puede*’ o bien: ‘pase’. A partir de entonces, aquel que tocó a la puerta *puede* pasar, con esto incrementa el número de acciones que *puede* hacer lícitamente.

Pensemos en otro ejemplo, por así decirlo, más dramático:

Clemente es un verdugo; estudió y se graduó con honores como verdugo; obtuvo mención en decapitación o ahorcamiento; ahora es, anteponiendo su oficio a su nombre (como hace cualquier oficio o precesión): el verdugo Clemente. Lo trágico es que, en el mundo que rodea a Clemente, en principio, *está prohibido matar*. Esto descompone fuertemente

---

<sup>24</sup> Por “Pandectismo” se entiende una corriente del pensamiento surgida en Alemania y denominada así por el hecho de que muchos de sus tratadistas y manuales se intitulaban *Pandektenrecht* (i.e., *digesto seu pandectarum*), los cuales, siguiendo la fuerte influencia de la “escuela histórica” coincidían en la construcción de una teoría sistemática del derecho privado fundada básicamente en las fuentes romanas y sobre todo en el *Corpus Iuris*. Véase Marengo, Aramendi, Gliootti y Guido, 1993, p. 859; Walter, 1980, p. 915, para una sucinta explicación de la interpretación y explicación de las (escuelas) interpretativas más imperantes, véase los capítulos XX y XXI, “Interpretación Jurídica (Modelo de interpretación racional)” y “Los sistemas de interpretación” respectivamente, en mi libro *Introducción analítica al estudio del derecho*, op. cit., pp. 313-367.

te a Clemente; significa que, no obstante su dedicación para diplomarse de verdugo, no puede salir a matar a quien se le ocurra. Solo un resquicio existe para Clemente: primera condición, que un juez competente levante la prohibición de matar, condenando a muerte a un criminal; y segunda condición, que la autoridad ejecutora, teniendo en cuenta el *curriculum* de Clemente, *le permita* aplicar la pena. Sin esta permisión el verdugo Clemente no tiene derecho a decapitar ni ahorcar a nadie.

**ii)** El derecho es, además de permisión, una “permisión fuerte” (o completa), en el sentido de que tener un derecho implica, *ex definitio*, que su titular *puede omitir*: Alguien tiene derecho a *f* si, y solo si, le está permitido omitir *f*. Otro ejemplo puede ilustrar este punto:

Supongamos que voy a la playa a un hotel de postín (de todas las “estrellas”), pleno de servicios (piscina, spa, peluquería, sesión de yoga y, otros). Pues bien, llego al hotel y firmo mi *contrato de hospedaje* y, además de asignarme habitación, adulonamente se me dice: ‘tiene derecho a todos los servicios del hotel’. Bien, me instalo en mi habitación y me dispongo a tomar una reconfortante siesta; cuando, súbitamente, se aparece un grandulón y, con voz *quasi militaris*, me dice: ‘¡señor, a nadar!’. Sorprendido, respondo: ‘gracias, no deseo nadar’, a lo que replica: ‘lo siento, pero usted *tiene derecho* a todos los servicios del hotel, lo cual incluye nadar’. Vuelvo a responder: ‘no quiero nadar’, e insiste: ‘yo estoy aquí para que la gente nade, de modo que *ja nadar!*, usted *tiene que nadar hasta arrugarse*’. Si esto fuera así, es claro que no *tendría derecho al uso de servicios sino la obligación de usarlos*. Solo tengo derecho si puedo omitir.

Estas dos condiciones, aunque necesarias, ilustran más el criterio de identidad de derecho: ser permisión expresa y completa. La tercera, que ahora abordo, muestra con más fuerza el criterio de existencia.

**iii)** Protección judicial: se tiene derecho a *f* cuando es jurídicamente posible recurrir a la judicatura para hacer efectivo su derecho. Una expresión tardo-medieval se expresa sobre el derecho así: *ubi remedium, ibi jus*. Sentencia que la tradición del *Common Law* recoge en la conocida máxima: *Where there is a remedy, there is a right. No remedy, no right*. Máximas que en lengua vernácula significan: “Donde existe un

recurso (judicial para hacerlo efectivo) hay derecho; no hay remedio, no hay derecho”.

En su célebre libro *Verfassungslehre*, Karl Löwenstein (1957) acuñó una no menos célebre expresión, a saber, la de ‘constituciones semánticas’ refiriéndose a las “constituciones” de Latinoamérica, donde se inscriben derechos con marcada vehemencia y ardor patrio, y sin embargo, son simples “hojas de papel”.

En cuanto a esta tercera condición, es de señalarse que aquí lo importante no son tanto los comportamientos permitidos, ni cómo se confieren, ni los detalles de los procedimientos judiciales, sino específicamente el *acceso*. Los derechos son, *ex definitio*, “accionables”. Todo genuino derecho presupone la disponibilidad de la *acción judicial* para, si es el caso, exigir judicialmente la satisfacción de su derecho. Por ello dice elegantemente Celsus: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debatur; iudicio persecuendi* (“La acción no es otra cosa más que el poder de perseguir en juicio lo que a uno le es debido”).

La ausencia de protección judicial convierte a los “derechos” dichos, hablados o escritos en, parafraseando la célebre frase de Karl Löwenstein, en derechos semánticos –*i.e.*, palabras en un texto.

Satisfechas estas tres condiciones, Aulus Agerius tiene un derecho. Gayo llama así al titular de un derecho toda vez que el titular del derecho [donde lo hay] es siempre un actor potencial; tiene la posibilidad de convertirse en actor: Aulus Agerius es quien *actione experiri, actionem exercere*.

## VI. Funcionamiento de derechos en la democracia (donde la hay)

### 1. *Los derechos son ventajas prácticas*

Los derechos constituyen *ventajas prácticas* (*i.e.*, ventajas normativas, deónticas) para su titular. Quien tiene más derechos puede, lícitamente, hacer más cosas que aquel que no los tiene. En este sentido, el derecho constituye un poder (*Ermächtigung*) o señorío (*Herrenschaft*). Este señorío de la voluntad corresponde bien al ejercicio de una vo-

luntad entrelazante (*verbinden wollen*) como señala Rudolf Stammler: “voluntad” jurídico creadora conferida por el orden jurídico. Esta voluntad es una capacidad deóntica, no un mero acto psíquico.

Los derechos, consecuentemente, no son anhelos, aspiraciones, convicciones, creencias o reclamos (fundados o no). Siguiendo a Philippa Foot –profesora de Ética en la Universidad de Oxford–, cabe decir ‘la militancia por tales anhelos, aspiraciones, convicciones, creencias, o bien el desagrado, malestar, por no tenerlos, son *simplemente los intereses del agente*’. Cuando esos intereses satisfacen las condiciones de posibilidad arriba mencionadas se convierten en derechos, en el sentido en que Rudolf von Ihering entiende por ‘derecho’: “interés jurídicamente protegido” (donde el peso semántico de la expresión recae en las palabras ‘jurídicamente protegido’).

El “interés” personal, si lo fue, cambia su estatus de *subjectivinteresse* a *objectiveinteresse*, precisamente cuando el orden jurídico lo protege; y cuando lo protege, lo convierte en oponible a terceros.<sup>25</sup> Destaca Hans Kelsen que, si bien el titular de un derecho puede hacer u omitir a voluntad, *primeramente tiene que tenerlo*. Su investimento, como su protección, solo los dispensa el orden jurídico. Y don Eduardo García Máynez, comentando un pasaje de los *Hauptprobleme* del genio vienes, nos dice que Kelsen observa que Savigny, Windscheid y Jhering se preocuparon solo por lo que el derecho reconoce y protege, y relegaron a un plano secundario el dato jurídico: su creación y protección, el único jurídicamente relevante, y que el error de estos juristas es comparable con el error en que incurría un geómetra al definir la esfera diciendo que puede ser de bronce, madera, o cartón.<sup>26</sup>

O, comparable –agregaría yo– al error que cometería un economista que al explicar las leyes del mercado dijera que es “en sábado” y “sobre ruedas”.

Ahora bien, para que un sistema político sea un sistema democrático se deben satisfacer las siguientes tres condiciones:

<sup>25</sup> A menos que estos últimos tuvieran mejor derecho, judicialmente declarado.

<sup>26</sup> García Máynez 1961, p. 7.

- i) los individuos tienen derechos democráticos.
- ii) estos derechos son establecidos por las instancias de creación y aplicación jurídica y protegidos por una judicatura activa.
- iii) Los derechos [democráticos] tienen como única condición de su otorgamiento el solo hecho de ser miembro de la comunidad política.

Lo anterior me obliga a dos cosas: establecer las características definitorias de los derechos, que constituyen el núcleo del juego democrático (derechos democráticos, *tout court*), y determinar cómo es que estas condiciones satisfacen el (meta) requerimiento democrático *par excellence*, para cualquier sistema político democrático: *trato igual*.

## 2. Derecho y tribunales

Retendré, para esta exposición, el metarequerimiento democrático del trato igual en el acceso a la justicia y diré, *en passant*, solo algunas palabras sobre los derechos democráticos

Una tesis que está detrás de estas líneas, la cual no puedo explicitar completamente aquí, es la de que los tribunales constituyen una condición necesaria, fundamental, para todo sistema jurídico. Dado que – como señala Alan Watson– el derecho es el único sistema normativo creado para clausurar “pacíficamente” controversias convirtiéndolas en [*res iudicata*], y si no sirve para clausurar controversias es anómalo, defectivo o inacabado [por decir lo menos]... [pacíficamente entre comillas... monopolio uso legítimo de la fuerza]; este autor sostiene que el rasgo distintivo y único necesario del derecho lo constituye la disponibilidad de un proceso jurisdiccional el cual tiene la función esencial de resolver disputas efectivas o potenciales<sup>27</sup>. Joseph Raz señala que los tribunales son los más representativos ejemplos de las instituciones jurídicas primarias.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Watson 1977.

<sup>28</sup> Raz, 1979, p. 110.

Los criterios de identidad del derecho de una comunidad son resultado de la actividad de los tribunales. Si alguien preguntara cuál es el derecho de una comunidad y se le respondiera: ‘Éste’, señalando textos de códigos, tratados, ordenanzas o reglamentos, quien interrogó quedaría expectante, dubitativo. Sobre este particular basta la reflexión de H. L. A. Hart, a la pregunta: ‘¿cuál es el derecho inglés?’ La respuesta simple es: ‘El que aplican los tribunales ingleses’. La prueba de identidad que proporciona la legislatura de cualquier jerarquía, es solo *prima facie*. Los *soi-disant* “derechos” que aparecen en tales textos [sean constituciones, tratados, reglamentos, *et al*] son solo *res latentes* –como dicen las fuentes romanas– o *spei iuris* –para usar la célebre expresión de F. von Savigny.

Ahora bien, si la prueba concluyente de identidad la hacen los tribunales, entonces los derechos (llámense: ‘libertades’, ‘prerrogativas’, ‘inmunidades’, ‘garantías’) para ser parte de tal derecho deben superar la misma prueba de identidad. Este argumento ha originado diferentes interpretaciones sobre la relación entre los derechos de los individuos y jurisdicción. *Inter alia*, distingo dos. La primera es la “tesis fuerte” y puede formularse así: un derecho existe solo cuando (satisfechas otras condiciones) es efectivamente reconocido por los tribunales. Así, AA tiene un derecho cuando el tribunal decide que efectivamente lo tiene. La “tesis débil” se formularía así: un derecho existe cuando (satisfechas otras condiciones) existen tribunales que, en caso necesario, pueden hacerlo *efectivo*.

En el contexto del este trabajo adoptaré alguna versión de esta última tesis.

### **3. El primado del “trato igual”**

En el discurso político (como en el discurso jurídico) el concepto de democracia alude a dos elementos diversos que, aunque pueden ir juntos, son independientes el uno del otro.

El primero es el principio de *trato igual*, según el cual todos los individuos, por el hecho de ser miembros de la comunidad política, “cali-

fican” para ser titulares de los derechos democráticos (*e.g.*, libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de credo, derecho de voto, *et sit cetera*). [Este principio exige, también, que cada individuo tenga todos los derechos (democráticos) que posean los miembros de su *clase* (*e.g.* trabajador, soldado, comerciante, jubilado, contribuyente, madre, *et sit cetera*).]

El segundo aspecto lo constituye la existencia de *procedimientos* idóneos y efectivos por vía de los cuales los individuos ejerciten y aseguren sus derechos. Entre estos procedimientos sobresale (donde hay democracia) el proceso jurisdiccional.

## VII. Democracia y redistribución

η εν δημοκραίῃ πενή της παρα τοις  
δυνάστησι καλεομένης ευδαιμονίης τοσοῦτόν  
εστι αίρετωτέρη, οκόσον ελευθερίη δουλείης<sup>29</sup>

Demócrito de Abdera

El aspecto económico más relevante de la democracia no es primordialmente el bienestar (*welfare, le bien être*); tampoco el blindaje económico, ni la balanza comercial, sino la distribución –o mejor, la [re] distribución.

‘Distribución’ no es término neutro. Alude al concepto de ‘justicia distributiva’. Cuando ésta se aplica, los individuos presuponen la existencia de un mecanismo *equitativamente correcto* (que, donde hay democracia, no es simplemente correcto sino lícito) para distribuir bienes y honores.

Por supuesto, no existe dificultad ni obstáculo alguno para considerar que, entre los bienes y honores que se distribuyen, se encuentra la investidura de derechos democráticos del tipo arriba considerado, los

---

<sup>29</sup> *Frg. 251* (Cfr. Dielz, 1972, t. II, p. 195.: “La pobreza bajo la democracia es preferible que al supuesto bienestar que ofrece la autocracia; tanto como se prefiere la libertad a la esclavitud” (mi traducción se guía por la versión de Dielz y por las versiones libres de Giannantoni, 1975, t. II, pp. 797 y Freeman, 1962, p. 114).

“portadores de las dignidades ciudadanas” que constituyen el *modicum* de la autonomía (“libertad”) ciudadana.

Esto, como señalé con antelación, tiene que ver con la idea de democracia como predicado semántico, *i.e.*, como distribución en la que se favorece al pueblo, como claramente se desprende del uso de δῆμος como operador oracional de adjetivación. El ciudadano medio no quiere gobernar: quiere ser bien gobernado. A mí, y así me ha ocurrido, como a otros colegas, gobernar nos importa un pito; preferimos nuestra autonomía ciudadana para planear nuestra vida. Habrá quienes prefieran gobernar –aunque, en ocasiones sea por intereses oscuros o mezquinos.

En este proceso de distribución de derechos se presentan, al menos, dos cuestiones: (i) cómo hacerla bien y (ii) cómo rectificar, si no estuvo bien o devino en mala.

La distribución democrática se detiene a ver qué *porciones* se reparten. Ciertamente, primero, como condición necesaria, se deben repartir derechos, *rights strictly speaking* (derechos [subjetivos] propiamente dichos). Cada porción repartida debe contener derechos que puedan ejercitarse –si fuera el caso, por vía judicial–, no simples “palabras en un texto”. El procedimiento de distribución, cualquiera que sea, *tiene que garantizar el trato igual y asegurar (judicialmente) el resultado igualitario*.

Los derechos democráticos que se repartan (donde los hay) no representarían una ventaja práctica para nadie, ni para ninguna clase de individuos. Todos reciben la misma porción. No decrecen. Nadie puede incrementar su porción. Los derechos democráticos (donde los hay) son siempre igual a una porción.

Ciertamente, la distribución de derechos *no concluye con el reparto hecho por L* (el legislador, *lato sensu*). El reparto de derechos que la legislación establece es tan solo *prima facie, res latente, spes iuris*. La distribución de derechos solo concluye con el *reparto equitativo de las condiciones de su ejercicio*, *i.e.*, del acceso a la justicia, el cual presupone, por supuesto, trato igual.

La siguiente formulación, creo, capta la forma general de los enunciados de derechos, si es el caso:

Aulus Agerius tiene derecho a φ

donde Aulus Agerius (en delante ‘AA’) es el agerius de L<sup>30</sup> (toda vez que el titular de un derecho es, por definición, un actor potencial), y donde ‘φ’ es una meta variable que cubre cualquier conducta humana.

En el lenguaje jurídico (de jueces y abogados) este enunciado es generalmente entendido como: ‘AA puede jurídicamente φ’, solo porque le está *jurídicamente* permitido φ (y su omisión). Esta idea se aprecia fácilmente cuando el enunciado se intercambia con frases donde ocurre el verbo de modo: ‘poder: ‘puedo φ’ (y puedo omitir φ).

Los usos jurídicos como los usos ordinarios de la expresión ‘derecho’ normalmente interpretan el enunciado anterior como “permisión completa” y se lee:

AA puede φ & AA puede omitir φ’

Esta particularidad modal [muy importante] distingue al derecho de cualquier otra permisión, implícita en cualquier otro operador deontológico, como por ejemplo obligado φ [AA O φ]. No puedo desarrollar aquí la parte formal; sin embargo debo subrayar una “inferencia práctica” de la cual se sigue un predicado que comúnmente se aplica a derechos: si el derecho es una permisión completa, entonces expresa la idea de que AA es “libre” (de hacer u omitir φ): de ahí que Digesto 1,5,4,7 diga: “*libertas est... quod cuique facere libet.*”

Otro punto importante que cabe observar es que la fuerza, el peso y los efectos de los derechos dependen de que, desde su origen, el derecho (de un individuo) deriva de un pronunciamiento judicial. “*Ius est esto...*” es la frase, consolidada por la práctica judicial romana: la ex-

<sup>30</sup> Del latín *ago, agis, agere, agi, actum*: ‘hacer’, ‘actuar’. (Cfr. Blánquez Fraile, 1985, t. I, pp. 113-114). De ahí: *agerius*: ‘el que actúa’, ‘quien ejerce la acción’.

presión canónica con la que el *iudex* comienza una sentencia en que pronuncia que un individuo puede hacer efectivo su derecho.

Hay que tener cuidado para no trivializar el concepto de derecho. Cuando de forma cándida, inocente o infeliz, por no decir inopinada o falaz, se designa con la expresión ‘derecho’ a cualquier interés, *desideratum* político, ideología, reclamo más o menos justificado, o simple quimera, la expresión pierde el peso y el rigor que le corresponde en el discurso jurídico.

La expresión ‘derecho’ no puede separarse de las nociones procesales y judiciales que le dan sentido. Alguien tiene un derecho, precisamente, porque tener un derecho significa ser investido de una permisión que le autoriza hacer u omitir φ y existe la posibilidad de exigir judicialmente su ejercicio.

Los derechos, por tanto, no son meras declaraciones ni eslóganes más o menos demagógicos. La máxima *ubi ius, ibi remedium* (donde hay un derecho existe un recurso judicial) es indicativa de que solo así existen los derechos.

### VIII. Derecho y justificación

Cuando se tiene un derecho, se tiene un fundamento jurídico para actuar u omitir. De ahí la máxima: “*Qui iure suo utitur, neminet lædit*”. A este respecto es necesario subrayar que quien tiene derecho, si realmente lo tiene, entonces *tiene derecho* a realizar todos los actos que el ejercicio o aseguramiento de su derecho requiere. Quien tiene derecho a φ puede realizar los actos indispensables para ejercer su derecho –los actos ‘φ prima’, por llamarlos de algún modo.

Omito el aparato formal donde desarrollo –siguiendo, *quasi ad litteram*, la visionaria obra de Wesley Newcomb Hohfeld (1978)– las implicaciones deónicas que se desprenden de la noción de “tener derecho”.

Con independencia de otros aspectos que puedan ser propiamente predicados de ‘democracia’, defiendo la tesis de que ‘democracia’ pue-

de ser definida en términos de *ciertos* derechos. Para tal efecto voy a usar como términos intercambiables, aunque en otros cometidos puedan ser claramente distinguidos, ‘libertades’ y ‘derechos’, toda vez que, como señalé anteriormente, los derechos son “permisiones completas” y por ende el derechohabiente es “libre” de hacer u omitir.

Esta tesis no es sino una versión más de las teorías definicionales de la democracia, las cuales sostienen que ciertos derechos se siguen analíticamente del significado de ‘democracia’. Mi tesis podría formularse así: ahí donde existe la democracia, existe un conjunto de derechos que se siguen del primado de trato igual.

Creo que no es difícil aceptar que algunos derechos se derivan directamente del significado de ‘democracia’. Varios son los derechos privilegiados por esta postura. Probablemente, el ejemplo paradigmático del intento definicional lo constituye el derecho o libertad de expresión. *Aceptar la democracia equivale a aceptar la libertad de expresión.*

Al lado de la libertad de expresión se encuentran otros derechos (libertades) que son inherentes a la democracia: libertad de creencias (políticas, religiosas, cualquiera), libertad de reunión, derecho de voto. Esto es, todas las libertades o derechos que construyen (o defienden) la autonomía de la voluntad ciudadana. Teniendo en cuenta que δῆμος es un operador de adjetivación: ‘democracia’ quiere decir “lo que “favorece la libertad y la autonomía de la voluntad ciudadana”. La misma autonomía de la voluntad (como conjunto de libertades) exige como presupuesto necesario el trato igual

Esta autonomía refleja el hecho, empíricamente verificable, de nuestra singularidad y existencias separadas. Esta idea, sirve de fundamento racional para una distribución equitativa; *ningún ser autónomo puede ser excluido de la distribución de derechos, ni mucho menos sacrificado.*

Coartar esa autonomía significa no respetar su capacidad jurídica de decisión ni tomar en cuenta el hecho de que es un ciudadano distinto, separado, con una vida propia que planear y vivir (la única que tiene).

## IX. Protección y administración de justicia

*Quam similia sunt latrociniis regna absque iustitia.*

*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magana latrocinia?*

Agustín de Hipona<sup>31</sup>

### 1. *Ex exemplis*

Es natural para un individuo, ahí donde no existe freno a las pasiones e inclinaciones de los sujetos, hacer efectivo por sí mismo, *ab contractatio*, sus deseos, exigencias o pretensiones si el otro no consiente o se lo impide. Éste es el *momentum* hobbesiano en que el hombre es un rapaz.

Por fortuna la selección natural convirtió al primate antropomorfo... en *homo sapiens*, y con el tiempo la supervivencia le hizo considerar racionalmente práctico limitar (si no completamente impedir) la autodefensa (*Selbsthilfe*) del individuo. Si la autodefensa, en principio, está racionalmente proscrita, resulta un requerimiento *práctico* establecer los medios por los cuales las disputas (léase: ‘controversias’) pueden ser resueltas y, particularmente, clausuradas.

La respuesta a esta cuestión se dio en dos fases: La primera fue la creación del monopolio del uso de la fuerza (Engels, Weber, Kelsen y K. Lorenz). La segunda fue una secuela de la primera: la creación de una instancia dedicada a arbitrar las disputas. Ciertamente, como en la teoría de conjuntos complementarios, el mismo argumento que reprueba la autodefensa, justifica (si ésta funciona) la existencia de los *judices*. Aquí me ocupo de esta segunda fase.

Para sobrevivir, las comunidades humanas tenían que realizar comportamientos sociales exitosos. La supervivencia exigía la desaparición (o disminución) del uso privado de la fuerza. Donde esto no se produjo las comunidades de homínidos se extinguieron. Esto llevó a la especie homo a “preferir” la heterocomposición a la autodefensa. Sus principa-

---

<sup>31</sup> *De Civitate Dei*, IV, 4.

les consecuencias prácticas son tres: 1) la justificación de la resolución es prácticamente retirada de los contendientes; 2) la decisión definitiva se entrega a una instancia que actúa *pro tribunali*, *i.e.* por encima de los contendientes; 3) quizá, aunque en módica ocasión, el débil, el desvalido, el indefenso, *se vuelve justiciable* por la vía de protección judicial. Impresionantes ejemplos de este tránsito se dan primero en la *Iliada* (XVIII, versos 497-593) y en la *Oreσteia* de Æschylus, que además de ser contendientes fuentes historiográficas son dos de las más bellas obras poéticas de la antigüedad clásica. Varios pasajes de este segmento aparecen en mi libro *El origen del proceso* (2010).

Ahora bien, si la comunidad política prohíbe al individuo en alguna medida la autodefensa y ofrece, a cambio, el *enjuiciamiento* de sus pretensiones, tiene que hacerle saber el mecanismo social –*i.e.*, el procedimiento– por el cual la instancia establecida por la comunidad habrá de juzgar sus pretensiones.

Epilogando: si ahí donde la autodefensa se encuentra proscrita, una o más clases de individuos no pueden acceder al enjuiciamiento de sus pretensiones, desde entonces *esa no es una comunidad democrática*.

El acceso a la justicia constituye un problema redistributivo en un Estado democrático. Redistribuir los beneficios de la administración de justicia es una exigencia democrática racionalmente fundamentada.

Si la democracia es, al menos, un conjunto de derechos, entonces resulta parte de mi argumento la siguiente tesis: debe haber trato igual al acceso a la administración de justicia. Este acceso, es cierto, presenta frecuentemente obstáculos materiales insuperables para un sinnúmero de individuos. La economía política y la meta ética apuntan, *inter alia*, avaricia, fanatismos, odios; otros modestamente, con elementos claros nos señalan, *inter alia*, la escasez. Este fenómeno, sin embargo –pienso–, no necesariamente afecta un acceso democrático a la administración de justicia.

En un Estado democrático cuyo imperativo es *trato igual*, los beneficios obtenidos por aquellos que acceden tienen que ser *extendidos* a los que no pueden acceder, siempre que no se cause ninguna merma a los primeros.

## 2. *Summum ius, summa iniuria*<sup>32</sup>

Imaginemos a dos individuos en un Estado *E*, los cuales son víctimas del *mismo* agravio. Uno de ellos, *Opulentus*, es un individuo acomodado, con disponibilidad de tiempo y, por tanto, puede acceder al sistema de protección judicial; esto es, puede pagarla y puede dedicarle parte de su tiempo. De esta forma, en el caso de que su pretensión sea jurídicamente justificable, *Opulentus* es restituido en el ejercicio de sus derechos. Pensemos que el costo por el acceso de *Opulentus* al aparato judicial es de 100 dinares *D*. (Ignoramos en el ejemplo el costo del mantenimiento de la judicatura que, en cualquier caso, se mantiene constante).

El otro individuo, *Pauperrimus* es, obviamente, pobre, sin disponibilidad de tiempo, y por tanto no puede acceder al sistema de protección judicial. El sistema de protección judicial es –como dice Ronald Dworkin– un *expensive taste* (un gusto caro, un lujo) que *Pauperrimus* no puede costear.

Así, no obstante que *Pauperrimus* sufrió el mismo agravio que *Opulentus* y que, si fuera el caso, su pretensión estaría igualmente justificada desde el derecho, tiene que soportar no solo el agravio y el verse privado de derechos que son restituidos a otros, sino también el oprobio y la humillación de ser marginado de la protección judicial.

No es difícil mostrar que la sentencia *S* que restituyó a *Opulentus* en el ejercicio de sus derechos es, sin duda, la solución jurídicamente correcta, y así sería la resolución esperada si *Pauperrimus*, en vez de ser pobre, tuviera medios y pudiera acceder al beneficio de la protección judicial. A este respecto, es importante observar que el costo para *Opulentus* sigue siendo de 100 dinares y la operación del aparato judicial, como habíamos señalado, se mantiene constante (cuesta lo mismo aun en el caso de que *Pauperrimus* fuera rico).

De lo anterior surge una pregunta que es jurídica y políticamente relevante: ¿si el costo de la operación judicial es constante y no causa perjuicio alguno a *Opulentus* (ni a ningún otro *prædives* o *præpollens*

<sup>32</sup> M. T. Cicerón, *De Officiis*, 1, 10, 30.

de *E*) ¿por qué no extender a *Pauperrimus*, cuando así lo pida, los beneficios de *S*?

¿Existe, acaso, un argumento u obstáculo jurídico insuperable para no extender los beneficios de *S* a *Pauperrimus*? ¿En qué se funda racional o jurídicamente esta discriminación?

Algunos países han resuelto con mayor o menor eficiencia este problema mediante los sistemas de *class action* y los litisconsorcios ampliados. ¿Qué hemos hecho nosotros? ¿No hemos aplaudido acaso varias veces nuestro paso a la democracia? Para que la extensión operara, lo único que tendría que demostrar *Pauperrimus* es el hecho de encontrarse en el mismo caso que *Opulentus*. Ello no incrementa el costo de aquel en que se pronunció *S* (como quiera que sea, el costo de operación del aparato judicial sigue siendo constante).

Si lo anterior es correcto, entonces se sigue que, además del acceso directo a la judicatura, *i.e.* el *ius iudicium persequendi*, deben existir “accesos indirectos” (correctivos) a la protección judicial: procedimientos que permitan a todo aquel *Pauperrimus* que sufra el mismo agravio que *Opulentus* beneficiarse de *S*. Ciertamente, la autoridad y prestigio de una judicatura, en ocasiones, podrían ser suficientes para beneficiar a los demás, igualmente agraviados. Pero es necesario establecer incidentes de ejecución ampliados.

Debemos formular la doctrina del acceso a la justicia de forma que maximice la protección y satisfaga, así, *el requerimiento racional de trato igual*.

### 3. Reverse due process

La discriminación que produce la desigualdad en el acceso a la justicia no solo acentúa o multiplica la desigualdad, *sino que introduce un mecanismo estable y oficial (de mano invisible) por el cual se priva de derechos a una clase de individuos*.

La sentencia que da por terminado un proceso –la sentencia que convierte en *res iudicata* la composición del litigio– *despoja* de derechos a la parte que (muy a su pesar) no comparece.

El proceso, pensemos por un momento, es seguido de conformidad con las leyes dictadas con anterioridad al hecho. Supongamos que es un bello ejemplo del principio de *due process of law*. Pues bien, este mecanismo tiene un efecto triplemente pernicioso para aquellos que no pueden acceder a la justicia. Primero, y *simplemente por el hecho de no acceder*, pierden todos los derechos que no pueden defender judicialmente (para ellos los “derechos” son inefables, inasibles, inasequibles, simples “declaraciones” o, como dice Löwenstein, “hojas de papel”).

Esta pérdida se “oficializa” con la sentencia. Si alguna vez estos individuos tuvieron algo parecido a una *spes iuris*, ahora saben *con certeza* que no la tienen. ¡Qué bella “democracia”! El *due process* confirma los derechos de quienes “tienen” y “certifica” el despojo de los que “no acceden”.

Lo anterior es grave, pero el *due process* (y el no-acceso) tiene un efecto todavía más pernicioso. Cuando alguien no tiene acceso a juicio, pone en marcha tremendas presunciones: “se le tiene por confeso...”, “se le declara en rebeldía...”, “es contumaz...” y, para colmo, se le sanciona (se le multa y, en no pocas veces, se le extorsiona).

Supongamos que se le imputa un ilícito cualquiera –un incumplimiento de contrato, civil, mercantil o laboral–, se le enjuicia y, como es el caso de nuestro ejemplo, no puede comparecer. Una sentencia *debidamente dictada* lo condena. De esta forma, por no poder acceder a la justicia (por no poder probar sus excepciones) se ve en la necesidad, por ser pobre, de pagar indemnizaciones, daños y perjuicios o de perder el trabajo –todas ellas situaciones que, además de representar una vejación y una burla que lo estigmatiza, lo empobrecen aún más. Qué grave resulta todo esto cuando el ilícito que se le imputa a un pobre es un delito. El resultado es pavoroso: humillado, vejado, burlado y, además, preso. Cabe recordar lo que

Jenofonte hace decir a Sócrates sobre esto: de estos profundos pensamientos [del pobre] surgen siempre los más profundos odios.

Algo así sucede respecto de la administración, con bastante frecuencia. Cuando la administración establece una exacción irregular, solo los ricos no pagan. Los ricos (*i.e.*, los empresarios, los comerciantes, los banqueros) pueden interponer los recursos apropiados, abrir instancias contenciosas de anulación o judiciales, que su *status* les permite. El pobre paga, porque si no paga tiene que sufrir una ejecución en su patrimonio. Así, no solo paga lo que no es debido, sino que además es brutalmente despojado de lo poco que tiene.

No pretendo desarrollar una doctrina de la misericordia jurídica. Es habitual oír de boca de funcionarios y asesores benévolos cosas como las siguientes: ‘a quienes no accedan (*i.e.*, los que no tienen, los *have-nots*) démosles un gestor, un procurador, un bono, para que ello remedie *en algo* su situación; démosles una ayuda. ¡No señores! Los derechos se tienen o no se tienen. No podemos repartir bonos, cupones, a individuos jurídicamente indigentes. Sobre este particular, mi propósito es subrayar la idea de que la democracia exige trato igual y, *consecuentemente, acceso a los mismos procedimientos*. Cuando estas condiciones se dan no hay indigencia jurídica. La falta de trato igual hace que los mecanismos acentúen y certifiquen las diferencias.

No pretendo volver ricos a los pobres (ojalá pudiera). Simplemente defiendo la tesis de que a los pobres hay que extenderles los beneficios de las decisiones judiciales, sin que se perjudique a los otros, aunque estos otros fueran muy ricos.

## Referencias bibliográficas

- Aristóteles, 2004: *The Athenian Constitution. The Eudemian Ethics. On Virtues and Vices* (trad. H. Rackham). Cambridge, Harvard University Press.
- Barker, Ernest, 1934: “Introducción” en Gierke Otto, von. *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800* (trad. de Ernest Barker). Cambridge,

- Cambridge University Press. Versión inglesa de gran parte del tomo III de *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*.
- Blánquez Fraile, Agustín, 1985: *Diccionario latino-español*. Barcelona, Sopena.
- Carré de Malberg, Raymond, 2004: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Paris (Sirey en 1920-1922, después reeditado por Dalloz).
- Carrió, Genaro R., 1973: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Dielz, Hermann, 1972: *Die Fragmente der Vorsokratiker. Griechisch und Deutsch* (t. II). Berlín, Weidmann (Kranz, Walther, ed.).
- Domingo, Rafael (coord.), 2008: *Textos de derecho romano*. Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters.
- Freeman, Kathleen, 1962: *Ancilla to Pre-Socratic Philosophers*. Oxford, Basil Blackwell.
- García Máynez, Eduardo, 1961: "Importancia de la teoría jurídica pura." *Diánoia*, núm. 7.
- García Valdés, Manuela, 2008: *Constitución de los atenienses. Pseudo Aristóteles. Económicos*. Madrid, Gredos.
- Giannantoni, Gabriele, et al., 1975: *I Presocratici* (t. II). Roma/Bari, Laterza.
- Gierke, Otto von, 1934: *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800* (trad. de Ernest Barker). Cambridge, Cambridge University Press. Versión inglesa de gran parte del tomo III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, 1994: *The Concept of Law* (Bulloch, Penelope y Raz, Joseph, eds.). Oxford, Oxford University Press. Existe versión en español de Genaro R. Carrió, 1995: *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. La versión inglesa de 1994 contiene un Postscript. Este Postscript ha sido traducido por Rolando Tamayo y Salmorán en *Post scriptum al Concepto de derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, 1978: *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning*. Westport, Conn., Greenwood Press Publishers. Existe versión española de Genaro R. Carrió, 1991: *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Fontamara.

- Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*, Viena, Deuticke. Existe una excelente versión en español de Roberto J. Vernengo, 1979: *Teoría pura del derecho*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Liddell, Henry George y Scott, Ridley, 1996: *Greek-English Lexicon. With a Revised Supplement*. Oxford, Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_, 1840: *The Ethimology of Greek Words*. Oxford, Oxford University Press.
- Löwenstein, Karl, 1970: *Power and the Governmental Process*. Chicago, University of Chicago Press. A la posterior versión alemana: *Verfassungslehre*, Tubinga, J.C. Mohr (Paul Sibeck), 1953, se incorporó la monografía de *Über Wessen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1961. La versión en español lleva el título de la versión alemana, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.
- Maitland, Frederic W., 1920: “Introduction”, en Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Age* (versión en inglés de *Die publicistischen Lehren des Mittelalters*, del tomo III de *Das deutsche Genossenschaftsrecht*). Cambridge, Cambridge University Press.
- Marengo, Silvio R., 1993: Arameni, Giuseppe; Gliozi; Modona, Ettore Guido N. (coords.), *Enciclopedia Garzanti del diritto*. Milán, Arzanti Editori.
- Nino, Carlos S., 1989: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. (Con referencia particular a la dogmática penal)*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Raz, Joseph, 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford, Clarendon Press.
- Stevenson, Charles, 1960: *Ethics and Language*. New Haven, Yale University Press.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, 2015: *Costumbre o eficacia*. México, Fontamara.
- \_\_\_\_\_, 2013a: *Jurisprudentia : more geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*. México, Fontamara.
- \_\_\_\_\_, 2013b: *La universidad. Epopeya medieval. Notas sobre Nota para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- \_\_\_\_\_, 2013c: *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2<sup>a</sup> edición. México, Themis.
- \_\_\_\_\_, 2010: *Introducción al estudio de la Constitución*. México, Fontamara.
- \_\_\_\_\_, 2010: *El origen del proceso. A la luz de la obra de Hans Julius Wolff*. México, UNAM.
- \_\_\_\_\_, 2006: *Introducción al estudio de la Constitución*. México, Fontamara.
- \_\_\_\_\_, 2005: *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie: Doctrina Jurídica Contemporánea, núm. 238).
- \_\_\_\_\_, 2000: *Post scriptum al Concepto de derecho*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ullman, Walter, 1979: *Medieval Political Thought*, Middlesex, Hardmondsworth. Reimpresión de *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Londres, Pelican Books. Existe versión en castellano de Rosa Vilaró Piñol, 1983: *Historia del pensamiento político*. Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_, 1975: *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*. Nueva York, Cornell University Press. Existe en castellano una serie de ensayos publicados en 2003: *Escrítos sobre teoría política medieval*. Buenos Aires, Eudeba.
- \_\_\_\_\_, 1966: *The Medieval Idea of Law*. Londres, Matheun & Co.
- \_\_\_\_\_, 1961: *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. Londres, Matheun and Co. Existe versión en castellano de Graciela Soriani, 1971: *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. Madrid, Revista de Occidente.
- \_\_\_\_\_, 1949: “The Development of the Medieval Idea of Sovereignty”. *The English Historical Review*, vol. 64, pp. 1-33.
- Walter, David M., 1980: *Oxford Companion to Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Watson, Alan, 1977: *The Nature of Law*. Edimburgo, Edinburgh University Press.

Weber, Max, 1971: “Politik als Beruf”, en *Gesammelte Politische Schriften*.  
Tubinga, Johanes Winkelmann.

**Recepción:** 11/07/2014

**Revisión:** 7/10/2014

**Aceptación:** 30/10/2014