

Construcción del «Trato Igual» o «Dilema de la democracia»

 Rolando Tamayo y Salmorán*
 Víctor Jurado Acevedo

I. PREFACIÓN

1. Preliminaria

Si bien una exposición como esta no puede ser omnicomprensiva, sí 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.

2. Ratio methodica

Esta exposición constituye un análisis de unas de las condiciones que requiere un sistema político para ser democrático. Ahí donde estas condiciones son satisfechas, existen “derechos democráticos” en un sistema político. En todo caso, adelanto que el hilo conductor de este ensayo es el concepto e ideario del “trato igual” y de su posibilidad o imposibilidad.

Detrás de estas líneas se encuentra una tesis definicional de democracia. ‘Democracia’, es un predicado normativo o, si se quiere: deóntico; mejor aún, jurídico. El adjetivo relativo ‘democrático’, depende, como veremos, de la presencia y funcionamiento de ciertos derechos.

3. Yo acuso

La filosofía y 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 sólo es falso sino descabellado. De hecho, no lo es ni siquiera de la ética o de la meta ética.

Tampoco es un concepto economista. Ni Kenneth Arrow – introductor del teorema de la imposibilidad-, ni Amartya Sen –teórico de la redistribución del bienestar económico- se preocupan en sus teorías de las preferencias, por el resultado democrático.

II. JURISPRUDENCIA Y PRAXIS POLÍTICA

1. Razón de orden

Con objeto de dar una respuesta a las posturas que 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.

Me limitaré a hacer sólo un breve detour metodológico para traer a la memoria ciertas concepciones de la “política” dentro de la enciclopedia del saber medieval, escenario donde esta transición operó. Una descripción de la actividad política como disciplina autónoma era imposible dentro de los precintos de la Weltanschauung cristiana.

Los conceptos políticos, no podían surgir y, de hecho, no surgieron, sino hasta que los problemas del poder, sus disputas y los argumentos que las fundamentaba, se plantearon con toda la fuerza de los conceptos jurídicos.

Aunque la “ciencia política” emergió después como disciplina autónoma, el vocabulario de esta disciplina siguió fuertemente vinculado a la jurisprudencia, la única ciencia independiente del saber medieval.

¹ Ullman, Walter, p.12; “The Development of the Medieval Idea of Sovereignty”, en *The English Historical Review*, Vol. 64, 1949; *The Medieval Idea of Law*, Londres, Matheun and Co. 1966; *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Middlesex, Engl. 1979. Reimpresión de *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Londres, Pelican Books, 1965. Existe versión en español de Rosa Vilaró Piñol: Editorial Ariel, Barcelona, 1983; *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Matheun and Co. (1961) 1966. Existe versión en Español de Graciela Soriano: *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, Revista de Occidente, 1971. (Biblioteca de política y sociología Serie Mayor); *Law and Politics in the Middle Ages. An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Londres, Sources of History Ltd., 1975. (The Sources of History: Studies in the Uses of Historical Evidence). Esta serie se publica ahora por Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge/Lonres/Nueva York/Australia. Existe en español una serie de ensayos: en Bertolloni, Francesco (Comp.), *Escritos sobre teoría política Medieval*, tr. De Marcelo Barbutto et al. Buenos Aires, Eudeba, (Editorial Universitaria de Buenos Aires), Buenos Aires, 2003.

2. Actos de gobierno y derecho

La práctica gubernativa y judicial participó en 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 filiaciones, requieren de cierto conocimiento de derecho, de sus formas de creación y aplicación¹. Este acumen jurídico es el modicum del discurso con el que se expresan las acciones políticas.

En la temprana Edad Media, la jurisprudencia no fue sólo la ciencia de la aplicación e interpretación del derecho sino, también, la única teoría del Estado. Las grandes cuestiones políticas, fueron abordadas y respondidas por la jurisprudencia medieval.

Fue así como el vocabulario del discurso político, no sólo el doctrinal, sino el militante, el usado en la escena política, tomó sus conceptos del lenguaje de los juristas.

III. DEMOCRACIA

1. Digresión Filológica

‘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 manejo es persuasivo y se reduce a una trampa verbal.

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

2. Adjetivo relativo

Δημοκρατία, en griego, está compuesta de dos sustantivos: δῆμος en el sentido de dividir, conjuntar, agremiar. El significado de separar y agremiar al “común”. El otro sustantivo, κράτος: dominio, mando, autoridad. Por “democracia” 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; ésta la realiza quien manda. El pueblo es el “común”, quien recibe o no la acción democrática.

El significado de ‘democracia’ o ‘democrático’ en el sentido de “en beneficio al pueblo” se mantiene en la Revolución Francesa, como en la Glorious Revolution, y, en general, en la Ilustración.

IV. COMUNIDAD, POLÍTICA Y DERECHOS

1. Comunidad Política

El objeto propio de la ciencia política son los actos políticos; actos de conducción política, tendentes a adquirir o mantener el poder público, o bien, actos tendentes a limitar o derrocar el poder. Los ‘actos políticos’ son hechos históricos; actos que efectivamente existen.

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.

Cuando los individuos se encuentran bajo sujeción, sometidos al poder; existe siempre una instancia social que reduce, por medio de la coacción; las conductas optativas de los individuos; haciéndolas, en este sentido, obligatorias. Los primeros; quienes están bajo la sujeción, son los “súbditos”, llamados comúnmente: ‘gobernados’, los “comunes”. La instancia que ordena, son los órganos del Estado.

Ahora bien, la ciencia política distingue entre comunidad política “llana y simple”: aquella en la que la mayoría de sus miembros se encuentra en hábito de obediencia hacia un superior común, por un lado; y, por el otro: comunidad política independiente: aquella en que además del hábito de obediencia hacia un superior común, este superior no se encuentra en hábito de obediencia hacia ninguna otra instancia.

2. Los actos políticos: entidades del sistema político

Los actos políticos no son poco frecuentes; menos aún: raros, por el contrario, son frecuentes; nada escasos, ni dispersos. La ocurrencia de éstos, es constante, permanente. La comunidad política es un continuum de actos políticos.

Los actos humanos se entienden como ‘actos políticos’ sólo dentro de la comunidad política a la cual pertenecen. Para que esos 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.

Los actos políticos son “papeles” sociales y todos son actos de creación o de aplicación del derecho. Los órganos y los súbditos del Estado constituyen el ámbito personal de validez de un orden jurídico.

3. Sistema político

Para el análisis que sigue, voy a entender por ‘sistema político’: el conjunto de normas y comportamientos jurídicos vinculados con el ejercicio del poder.

V. DERECHOS

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 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 lógicamente necesarias:

- (i) El derecho es una permisión. El acto de permitir presupone un acto de voluntad de quien lo permite y, por ende, presupone un permisior.
- (ii) El derecho es una “permisión fuerte”, en el sentido de que tener un derecho implica que su titular puede omitir.
- (iii) Protección judicial: se tiene derecho a f cuando es jurídicamente posible recurrir a la judicatura para hacer efectivo su derecho.

Todo genuino derecho presupone la disponibilidad de la acción judicial para, si es el caso, exigir judicialmente la satisfacción de su derecho. La ausencia de protección judicial convierte a los “derechos” dichos o escritos, en derechos semánticos.

VI. FUNCIONAMIENTO DERECHOS EN LA DEMOCRACIA

1. Los derechos son ventajas prácticas

Los derechos constituyen ventajas prácticas 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.

El “interés” personal cambia su estatus de subjetivointeresse a objetiveinteresse, precisamente, cuando el orden jurídico lo protege; y lo convierte en oponible a terceros².

Para que un sistema político sea un sistema democrático se deben satisfacer las siguientes tres condiciones:

(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.

2. Derecho y tribunales

Los tribunales constituyen una condición necesaria, fundamental, para todo sistema jurídico. Alan Watson 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.

3. El primado del “trato igual”

En el discurso político el concepto de democracia alude a dos elementos diversos que son independientes uno del otro:

El primero es el principio de trato igual, según el cual, todos los individuos, por el hecho de ser miembro de la comunidad política, califican para ser titulares de los derechos democráticos.

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 el proceso jurisdiccional.

VII. DEMOCRACIA Y REDISTRIBUCIÓN

El aspecto económico más relevante de la democracia es la distribución. ‘Distribución’ alude al concepto de “justicia distributiva”. Cuando ésta se aplica, los individuos presuponen la existencia de un mecanismo, equitativamente correcto para distribuir bienes y honores.

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 mal.

Los derechos democráticos que se reparten no representarían una ventaja práctica para nadie, ni para ninguna clase de individuos. Adicional, la distribución de derechos no concluye con el reparto hecho por el legislador. Ésta sólo concluye con el reparto equitativo de las condiciones de su ejercicio.

VIII. DERECHO Y JUSTIFICACIÓN

Ahí donde existe la democracia, existe un conjunto de derechos que se siguen del primado de trato igual. Creo no es difícil aceptar que algunos derechos se derivan directamente del significado de ‘democracia’. 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 mismos que construyen la autonomía de la

² Al menos que estos últimos tuvieran mejor derecho, judicialmente declarado.

voluntad ciudadana. La misma autonomía de la voluntad, como conjunto de libertades, existe como presupuesto necesario el trato igual.

IX. PROTECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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 tesis: debe haber trato igual al acceso a la administración de justicia. Este acceso, presenta frecuentemente obstáculos materiales insuperables para un sinnúmero de individuos. La economía política y la meta ética apuntan, inter alia, avaricia, odios, 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 aquellos.

1. Summum ius, summa iniuria³

Imaginemos a dos individuos en un Estado, los cuáles son víctimas del mismo agravio, pero bajo condiciones de posición económica y estilo de vida distintas. No sería difícil mostrar que la sentencia que restituye a uno en el ejercicio de sus derechos es, sin duda, la solución jurídicamente correcta y sería la resolución esperada para ambos, si estuvieran en igualdad de condiciones respecto a los medios y acceso al beneficio de la protección judicial.

Si lo anterior es correcto, entonces se sigue que, además del acceso directo a la judicatura, deben existir “accesos indirectos” a la protección judicial; procedimientos que permitan a toda aquella persona que sufra el mismo agravio que otro individuo, beneficiarse de la misma sentencia.

Debemos formular la doctrina del acceso a la justicia, de forma a maximizar la protección y satisfacer, así, el requerimiento racional de trato igual.

2. Reverse Due Process

La discriminación que produce la desigualdad en el acceso a la justicia no sólo 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.

El proceso es seguido de conformidad con las leyes dictadas con anterioridad al hecho. 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.

El due process tiene un efecto aún más pernicioso. Cuando alguien no tiene acceso a juicio, pone en marcha presunciones: “se le tiene por confeso...”, “se le declara rebeldía”, se le sanciona.

Sobre este particular, mi propósito es subrayar la idea de que la democracia exige trato igual, consecuentemente, acceso a los mismos procedimientos. Cuando estas condiciones se dan no hay indignidad jurídica. La falta de trato igual, hace que los mecanismos acentúen y certifiquen las diferencias.

No pretendo volver ricos a los pobres, simplemente sostengo la tesis de que a los pobres hay que extender los beneficios de las decisiones judiciales, sin que se perjudique a los otros, aunque estos otros fuera muy ricos.