

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Luis Felipe MARTÍ B.

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Clasificación de los derechos humanos por la naturaleza de su objeto*. III. *Consideraciones sobre los derechos humanos*. IV. *Escuelas del pensamiento jurídico*. V. *Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, junio de 1993*. VI. *La dignidad de la persona*.

I. ANTECEDENTES

1. *La conquista y el virreinato*

Me parece que es interesante ver el germen de los derechos humanos en los coloquios y polémicas públicas entre Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas.

Ginés de Sepúlveda, uno de los humanistas de más prestigio de la época, sostenía la tesis agustiniano-aristotélica de que el indio, dada su forma de vida, era menor de edad, y por eso necesitaba tutor, por lo cual no podía ser vasallo-libre.

Fray Bartolomé de las Casas decía que el indio, simplemente por ser hijo de padre y madre, merecía tanto respeto como el que más, y llegó a decir que merecía tanto respeto como el emperador de Alemania y Rey de las Españas.¹

Ginés de Sepúlveda hizo una exposición elegante en cuatro horas, y cuando ante el Consejo de Indias tomó la palabra De las Casas, se cuenta que estuvo hablando tres días enteros (se supone que interrumpía durante

¹ Casas, fray Bartolomé de las, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, México, Departamento del Distrito Federal, 1974, p. 35.

la noche, las crónicas no lo dicen), y al cuarto día el presidente del Consejo de Indias, el obispo de Auge, le ordenó parar, dándose por suficientemente informado.

De las Casas murió afirmando que los indios han sido injustamente conquistados. Cuando se hizo la conquista del Perú, De las Casas sostuvo que esta conquista había sido un expolio al inca de sus terrenos. Su tesis llegó a tener tal repercusión, que el emperador Carlos V reunió esa última junta de teólogos para que le asesoraran sobre si en conciencia podía seguir disfrutando del Perú o debía devolverse al legítimo descendiente del último inca.

Felizmente para la conquista, salió a tiempo la doctrina del teólogo dominico, Francisco de Vitoria, con lo cual se solucionó prácticamente la situación sin tener que abandonar el Perú. La doctrina de De Vitoria es la gran teoría que justificó la conquista, de América. Los españoles no tenían derecho a conquistar las indias:

1. Porque las hubieran descubierto.
2. Porque se las hubiera dado el papa (ya que no le pertenecían).
3. Porque fueron más fuertes.
4. Porque los indios fueron primitivos y los españoles fueron civilizados.

Todos los títulos habitualmente aludidos para justificar la conquista de las Indias, De Vitoria los rechazó, y en este punto él y De las Casas literalmente, físicamente, se dieron la mano.

De Vitoria argumentaba que los españoles tenían derecho:

1. A explorar las minas de los indios, si los indios no las explotaban: porque muchas veces las minas son de interés de la humanidad y no simplemente del pueblo que está encima.
2. Tenían derecho de viajar mientras no perjudicasen, y si no se les dejaba ejercer ese derecho, entonces podían exigir que se les permitiera viajar.
3. Tenían derecho de evangelizar pacíficamente y si un cacique o rey no permitía la predicación pacífica, entonces las tropas del rey de Castilla estaban autorizadas a derrocar a ese cacique y poner otro.

Lo que viene a decir De Vitoria es que hay que examinar cada situación concreta, y si las circunstancias lo ameritan, entonces habrá guerra justa.

También justifica e incluso la considera como ciertas formas de guerra preventiva.² Hay derecho a introducir el orden cuando ese pueblo por sí mismo no es capaz de mantener el orden para proteger:

1. La vida.
2. La propiedad.
3. El libre tránsito.

Esto es, la doctrina, no la aplicación concreta que había que examinarla en detalle.

Esta doctrina es realmente moderna para la época, y aunque cuenta con ciertos defectos, hay que decir que fue un gran avance, ya que antes de De Vitoria sencillamente se conquistaba cuando se era más fuerte y no se justificaba nada.

Francisco de Vitoria estudió en la Sorbona, después regresó a España y dio clases en Salamanca. Al final del curso había la obligación de hacer una reelección: dar una lección magistral sobre alguno de los puntos tangenciales o *excursus* que se habían dado en una clase. Empezó a hablar en su reelección sobre la conquista de la Nueva España. Lo que sabemos de las reelecciones de De Vitoria son las notas de sus alumnos, que después se publicaron. Se le considera padre del derecho internacional público. Al desarrollar la tesis de la guerra justa comentó que nunca se puede matar a la población civil, aunque esté mezclada con los militares.³ Pone tal tipo de condiciones, que prácticamente no se puede dar una guerra justa.

El desarrollo de la tesis de la guerra justa de De Vitoria está fundado en la teoría de Santo Tomás de Aquino, que logró en buena parte detener la esclavitud en América, y se consiguió que se humanizaran las encomiendas.

En un principio los españoles quisieron educar a los indios y formarlos para tener el primer clero venido de estos últimos. Se fundaron dos colegios: el Colegio de Caciques de Indios de Tlatelolco, para formar a la crema y nata de los indígenas. El otro colegio se llamó la Escuela de San José para Maceguales; sin embargo se atrapó al cacique de Texcoco en un acto de idolatría, y fray Juan de Zumárraga aceptó que lo quemaran en la hoguera. Con esto, este proyecto inicial de formación y educación de los indios para formar el primer clero se derrumbó.

² Vitoria, Francisco de, *Reelecciones internacionalistas*, Madrid, Imprenta La Rrafa, 1965, p. 22.

³ Vitoria, Francisco de, *Reelecciones teológicas*, Buenos Aires, enero de 1949, p. 19.

Regresando al tema de De las Casas que fue el que originó toda esta polémica podemos decir a su favor que:

1. Dedicó setenta años a pelear por el bien de los indios.
2. Renunció a beneficios económicos, de prestigio y de posición social.
3. Los libros que escribió los utilizó como instrumentos de acción concreta. Su *Breve historia de la destrucción de las Indias* publicado en 1550, constituye uno de los primeros informes sobre derechos humanos que se conoció en el mundo.
4. En buena medida su tesis actualmente pretenden desarrollarla la ONU, la UNESCO y otros organismos internacionales en cuanto a:
 - a) Declaración de derechos humanos.
 - b) Declaración de derechos de no intervención de un Estado en otro.
5. En el siglo XVI España sentó los precedentes para el derecho internacional contemporáneo.
6. La Corona española promulgó en 1542 una serie de leyes: A) donde se daba una personalidad jurídica al indio y donde se imponía que fuera tratado como persona libre y B) a partir de 1542 la Corona prohibió que se hicieran nuevos descubrimientos y conquistas, a no ser que se hicieran dentro de lo que fray Bartolomé de las Casas había mandado, por lo que la Corona española se perdió cifras enormes en dinero y perdió gran número de territorios, precisamente por querer practicar desde el siglo XVI lo que todavía en estos momentos a la humanidad en el siglo XXI le cuesta practicar.

Ahora, como no quiero acabar haciendo el canto a De las Casas, debo decir que no soy lascasista, entre otras cosas porque yo no creo en el humanitarismo simplemente por el humanitarismo, ya que le podemos atribuir a fray Bartolomé de las Casas ser en buena parte el responsable de los graves problemas que hoy tienen algunos países y algunas regiones en cuanto a la asimilación de los indígenas, a la cultura occidental y a la civilización moderna, ya que es notoria la diferencia que hay en la manera de evangelizar y de trabajar entre dominicos y franciscanos.

Uno de niño suele imaginarse a los franciscanos como a veces nos representan a San Francisco de Asís: un poco de caramelo con los ojos en blan-

co, relamido y en actitud mística y de contemplación, que habla con los pajaritos y que hace poesías a las flores; que habla del hermano lobo y la hermana luna; que tiene un libro que se llama *Las florecillas*,⁴ así nos lo presentan algunas biografías que con buenas intenciones no hacen más que un flaco favor a estas personas. Como aquellas biografías que nos narran que ciertos santos, de niños, los viernes de cuaresma no se asían de los pechos de su madre para no mamar leche por mortificación, o que ya desde chicos estaban confirmados en gracia; pero esto es un garabato o una caricatura mal hecha de estos personajes.

Si se estudia más, se verá que los franciscanos eran hombres recios, enérgicos: que en las misiones cogían a los indios y les hacían trabajar el día entero. Los lugares donde hubo misiones franciscanas dieron como resultado que en el siglo XXI no haya problemas de asimilación del indio.

Cuando digo que los hicieron trabajar, no me refiero a que los maltrataran, y para los indios que tuvieron ganas de trabajar esto fue muy bueno; porque entonces fueron las grandes poblaciones de indios que aprendieron el español, que se civilizaron y que fueron como el inca Garcilaso de la Vega.

En cambio, donde hubo misioneros dominicos las cosas fueron distintas, ya que la orden dominica no es la orden del amor y del trabajo duro, como la franciscana; la orden dominica es la orden del intelecto, de la teología, de la especulación, de la predicación académica: ahí donde la tesis de De las Casas se mantuvo:

- a) Al indio hay que guardarlo.
- b) Al indio hay que mantenerlo en su estado prístino. Actualmente hay problemas de integración.

Por eso hoy podemos afirmar, aunque resulte paradójico, que De las Casas es un precedente muy importante para los siglos siguientes de los sistemas políticos de segregación racial que ha conocido el mundo occidental, ya que él opinaba que los españoles no se debían mezclar con los indios, que no adulteraran al indio. Y el resultado fue que en esos países que cuentan con millones de indios, hoy día, cuando la presión del mundo occidental industrializado exige que todo el mundo trabaje, no hay qué hacer con ellos.

En el siglo XVI se podían permitir el lujo de decir de tal región: “que vivan como quieran”. En el siglo XXI resulta que un país o trabajo toda la po-

⁴ Asís, Francisco de, *Las florecillas*, México, Porrúa, 1965, p. 13.

blación, o todos los que trabajan son perjudicados por los que no trabajan. El gran problema de Guatemala en el siglo XXI es en buena medida consecuencia de la doctrina de De las Casas, del humanitarismo absoluto y radical; medio país que hace lo que puede por ir adelante y otro medio país letrárgico, en un enajenamiento del ánimo y en la anemia colectiva.

Por esto yo no me considero totalmente humanitarista. Para hacer bien las cosas no basta querer hacerlas o tener buenas intenciones, sino saber hacerlas.

2. El Segundo Imperio en México

Otro momento interesante es la época del segundo Imperio y la presidencia de Juárez.

En estos momentos no pongo en tela de duda las intenciones de Juárez para calificarlas y concluir si realmente con sus disposiciones administrativas y jurídicas quería beneficiar a los indios, pero lo que sí es un hecho, y los resultados lo constatan, es que Maximiliano hizo más por los indios que el indio Benito Juárez, ya que en la época de Maximiliano se creó La Junta Protectora para Menesterosos, que sería realmente para beneficio de los indios, y durante su gobierno se crearon tres disposiciones jurídicas que en conjunto estas leyes hacen menos agresiva la aplicación de las leyes juaristas a los indios.

En tiempos de Juárez los indios tenían más tierras que la Iglesia. El único estado donde Juárez no aplicó la confiscación de bienes indígenas fue en Oaxaca, por ser su estado, aunque incluso aquí sí se confiscaron los bienes eclesiásticos.

No deja de ser curioso detenerse en esta época de 1864 a 1867, que representa la época del Segundo Imperio en México, para percatarse de los desengaños que se llevaron personalidades como el obispo de México y el de Morelia, que son los grandes ideólogos de la lucha contra la reforma juarista, que fueron exiliados, y que cuando Maximiliano se estableció en México regresaron con la esperanza de ver abolidas las Leyes de Reforma, y al darse cuenta de que Maximiliano las ratificó y que resultó ser más liberal que muchos liberales, deciden irse a Europa.

Es de llamar la atención, la cantidad de reformas que existen en esta época del Segundo Imperio en materia administrativa y jurídica.

Maximiliano fue un gran burócrata; se le critica porque se la pasó redactando leyes más que formando un ejército.

Entre otras disposiciones están:

1. Divide a México en cincuenta y dos departamentos.
2. La Ley de Educación de 1865, la ley más avanzada para esa época sobre la materia; a partir de este momento se establece que la educación sea obligatoria y gratuita, también se estipula el modelo de primaria, secundaria y preparatoria, así como el libro de texto, entre otras cosas.
3. La cuestión indígena con la Junta Protectora para Menesterosos.
4. Los dos primeros tomos del Código Civil entran en vigor en México.

Esta época del Segundo Imperio, la han llamado algunos historiadores como un Segundo Consejo de Indias.

Con estos dos antecedentes de legislaciones en temas de derechos humanos que se refieren a nuestra nación podemos ver ahora algunos antecedentes en el plano internacional, como son los siguientes:

1. Los fueros españoles en la Carta Magna Leonesa (1188).
2. La Carta Magna inglesa (1215).
3. La Declaración de Derechos de Virginia y el Acta de Independencia de los Estados Unidos (1776).
4. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa (1789).
5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948).

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA NATURALEZA DE SU OBJETO

Aunque existen numerosas clasificaciones de los derechos humanos, nosotros atenderemos a la clasificación con base en la diversa naturaleza de su objeto.

1. *Derechos civiles*

1. Derecho a la vida.
2. Derecho a la libertad física y a sus garantías procesales.

3. Derecho a las libertades religiosas.
4. Derecho de educación.
5. Derecho de expresión y de reunión.
6. Derecho a la igualdad.
7. Derecho a la propiedad.
8. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto a las libertades religiosas, el artículo 130 constitucional, que fue reformado y que se publicó en el *Diario Oficial* el 28 de enero de 1997, alteró algunos de los principios que se desprendían del artículo 130 original, los cuales antes de la reforma eran:

1. El Congreso no puede dictar órdenes para prohibir la religión.
2. Reitera que los templos son propiedad de la nación.
3. El matrimonio es un contrato civil.
4. Niega personalidad jurídica a la Iglesia.
5. Los ministros de culto son considerados profesionistas.
6. El registro de los templos es por la autoridad municipal, y el municipio debe dar aviso a gobernación, y gobernación autoriza (letra muerta).
7. No se reconocen estudios en institutos religiosos.
8. Incapacidad de ministros de heredar de otros ministros, fieles o familiares a partir del 4o. grado (primos).

También acerca de esta libertad religiosa pudimos ver cómo se esgrimió como un derecho civil y como una objeción de conciencia aquel 27 de marzo de 1994 con la coincidencia de la Pascua judía y la convocatoria de elecciones que movilizó a los hebreos italianos en bloque a protestar porque la ley hebrea prohíbe durante el sábado y otras festividades religiosas móviles incluidas los dos primeros y últimos días de la Pascua cualquier actividad que implique desplazarse o escribir. La presión del *lobby* judío se convirtió en “cuestión de fe”, frente a una “cuestión de Estado”. Por fin el gobierno aprobó un decreto —ley en materia electoral— que por primera ocasión en Italia prolongó la jornada electoral hasta las 22 hrs. del día 28 de marzo, de modo que pudieran votar 40,000 judíos.

Otro caso muy sonado de libertad de religión y objeción de conciencia fue la sentencia que en 1967 se dictó contra Mohamed Alí de cinco años de pri-

sión y \$10, 000 de multa. Esto fue revocado por la Corte Suprema de Estados Unidos. La causa del conflicto fue no enrolarse en la guerra de Vietnam (donde aproximadamente 58,000 norteamericanos perdieron la vida), violando la ley, argumentando que su religión no se lo permitía.

En cuanto al derecho de libertad física y sus garantías procesales, es asombroso cómo todavía en pleno siglo XXI en Malasia los inmigrantes ilegales, principalmente las empleadas del hogar, son castigadas con la flagelación; antes la flagelación estaba reservada en Malasia a los drogadictos, secuestradores y atracadores. El gobierno trata así de evitar la creciente afluencia de mujeres procedentes de Indonesia que llegan ilegalmente para trabajar como empleadas del hogar, donde hay más de 250,000 inmigrantes ilegales. El plan del gobierno malayo no incluye al parecer a los inmigrantes ilegales hombres.

2. *Derechos políticos o cívicos*

- a) Derecho a la nacionalidad.
- b) Derecho a participar en la vida cívica del país, etcétera.

Como consecuencia de no respetar el punto *b)*, países como China sufren una grave fuga de “cerebros”. De los más de 170,000 estudiantes e investigadores chinos que han marchado al extranjero desde 1978 sólo la tercera parte ha regresado a su país. Esa es la razón por la que el gobierno chino ha emprendido, precisamente ahora, una campaña para atraer a los intelectuales que están fuera, especialmente en Estados Unidos. Pekín promete una subida de salarios y mejores viviendas. Además, el gobierno publicó el mes pasado una declaración dirigida a los disidentes exiliados, en la que afirmaba que volverá a acogerlos, siempre que cesen en sus actividades contra el régimen.

Los destinatarios del mensaje no confían en tales promesas. No olvidan el caso de Shen Tong, uno de los dirigentes de la revuelta estudiantil de Tiananmen, que huyó a Estados Unidos después de la matanza —más de 5000 muertos en 1989— en la plaza y decidió regresar a Pekín en julio de 1991. Pudo moverse libremente durante unos días, hasta que fue detenido sin que el régimen diera explicaciones, aunque se piensa que el motivo fue que Shen estaba intentando crear una organización a favor de los derechos humanos.

3. *Derechos económicos*

- a) Derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria.
- b) Derecho a un nivel de vida adecuada, etcétera.

En un artículo publicado en la revista *Newsweek*, en su edición del lunes de la segunda semana de mayo de 1997, se decía que: “En el mundo hay 400 multimillonarios con más riquezas que la mitad de la población mundial junta; también hablaba de 500 millones de personas que sufren hambre y malnutrición; así es como estábamos cerrando el final del siglo XX. La situación actual, lejos de mejorar, se ha agudizado, y esta brecha entre ricos y pobres ha aumentado.

4. *Derechos sociales*

- a) Derecho al trabajo y a su libre elección.
- b) Derecho a la seguridad social.
- c) Derecho a la protección de la maternidad y de la infancia.

Algunos hechos que hacen patente lo frágil en la protección de estos derechos sociales son los actos violentos en territorio estadounidense que se han incrementado un 200% en los últimos diez años antes del gran golpe que supuso el ataque del 11 de septiembre de 2001. Algunos ejemplos de estos actos terroristas son los siguientes:

El viernes 26 de febrero de 1993 a las 12:00 hrs. una bomba estalló en el estacionamiento subterráneo de las torres gemelas del World Trade Center en Nueva York. La explosión dejó seis muertos, más de mil heridos y daños por 500 millones de dólares.

El 19 de abril de 1995 se dio el peor ataque terrorista hasta ese momento en la historia de Estados Unidos. En Oklahoma, enfrente de un edificio federal, pusieron un coche-bomba que ocasionó la muerte de más de 180 personas; esto, dos años después del siniestro incidente de Waco Texas, que sucedió el 19 de abril de 1993.

Durante dieciocho meses, 32 Iglesias pertenecientes a congregaciones religiosas de la comunidad afroamericana en el sur de Estados Unidos han sido incendiadas, en la administración del presidente W. Clinton.

El miércoles 17 de julio de 1996 a las 8:47 hora local el vuelo 800 de la línea aérea TWA, de la ruta Nueva York-París, estalló en pleno vuelo minutos después de haber despegado del aeropuerto internacional de Nueva York. Todas las investigaciones apuntan a una acción terrorista (alrededor de 200 muertos).

El sábado 27 julio de 1996 en el parque Centenario Olímpico de Atlanta, durante un concierto de rock, una explosión dejó un saldo de cuatro muertos y más de cien heridos. La atención se ha centrado sobre grupos radicales de extrema derecha.

5. *Derechos culturales*

- a) Derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.
- b) Derecho a la educación.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Sobre el fundamento*

Las posiciones más usuales sobre el fundamento del derecho son dos:

- 1. El derecho (lo justo) se basa en la naturaleza del hombre, es decir, en lo que el hombre es de manera constante (racional, libre, etcétera).
- 2. El derecho se basa en la voluntad general encarnada por el Estado. Lo primero se llama “iusnaturalismo”; lo segundo, “positivismo”.

Siguiendo el tópico de la voluntad general, Dalambert decía de ésta es aquella instancia superior a la cual uno debe acudir para saber cuando se es padre o hijo, cuándo se ha de nacer o morir; cuándo se es hombre o se es mujer.

Rousseau, en sus libros *Del contrato social* y *Emilio*, prácticamente deja ver que el hombre no tiene racionalidad, sino hasta después de celebrar el contrato social. Es por eso que Rousseau y su ideología desembocan en el Estado totalitario, porque éste es el ente racional. La voluntad general será la instancia superior que dirá quién es padre y quién hijo, cuándo se nace y cuándo se muere.

Hay gente que piensa que los derechos del hombre son una especie de coto cerrado o de cerco de protección; utilizan esas personas la frase: “vive y deja vivir”, frase que usa Kant en más de un escrito.⁵

“Mi libertad llega hasta donde empieza la libertad de los otros”. Esta frase es kantiana, y podríamos objetar que en muchas ocasiones el derecho y la libertad es el arte de saber combinar su derecho una persona y mi libertad con el derecho y con la libertad de los demás.

Herbert Marcuse, haciendo una crítica a Kant y a su derecho, dice que este derecho no es más que el látigo del rebañero.⁶

Hobbes, en el *Leviatán*, define a la persona como la reputación tiene una persona con los demás.⁷

El conocimiento que tiene una persona con los demás. El saber con los demás, es la definición de conciencia que da santo Tomás.⁸ Cuando Hobbes define a la persona se basa en santo Tomás, y aunque es algo exagerado lo que dice Hobbes al establecer esa definición, no abandona su punto de vista tomista. Y es que socialmente estamos muy influidos. El hombre es él y su entorno.

Por eso es que el derecho es el arte de inmiscuirse en la vida de otros, y como los otros se inmiscuyen en mi vida, el derecho es comunicación.

Para continuar con la postura de que el derecho (lo justo) se basa en la naturaleza del hombre, es decir, en lo que el hombre es de manera constante (racional, libre, voluntad, etcétera).

Hegel, en su libro *La filosofía del derecho*, en su párrafo 13 cita a Goethe, y dice: “el que quiere algo grande debe saber limitarse”. Es decir, elegir es renunciar. Hegel dice: “la voluntad que no decide no es voluntad real, cuando uno decide forma su carácter; debe saberse determinar. La voluntad es la determinación del yo. La libertad implica deber”.⁹ Hay gente que en los derechos humanos quiere ver sólo libertades, y casi nadie habla de los deberes humanos.

Por eso Hegel, en el párrafo 15 de la misma obra, dice que el hombre vulgar se cree libre cuando actúa con base en el arbitrio, pero en el arbitrio no radica su libertad; arbitrio entendido como arbitrario, caprichoso, punti-

⁵ Kant, Emmanuel, *La paz perpetua*, Buenos Aires, Editorial Araujo, 1938, p. 11.

⁶ Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 51.

⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 71.

⁸ Aquino, Tomas de, *Suma contra los gentiles*, Madrid, Editorial Católica, 1952, p. 73.

⁹ Hegel, C. W. F., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1987, p. 33.

forme, arrítmico; como esta persona arbitraria; maneja arbitrariamente. En esta conducta no hay deberes, sólo que atropellan los derechos de los demás. Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, se refiere a la ética como la ciencia para conseguir la felicidad.

Por eso Hegel define el deber y lo ético como el camino que se transita sin que nadie se distinga, porque la gente que suele distinguirse es aquella que no trabaja: los ebrios, los adúlteros.

2. *En cuanto a su medición*

Hay dos maneras de entender los derechos humanos:

- a) Cuantificables o mensurables.
- b) No cuantificables o no mensurables.

Norberto Bobbio, en su libro *El tiempo de los derechos*, habla de que entre mayor sea el derecho de uno, es menor el de los otros. Esto no es siempre así, ya que podemos hablar de derechos que no se pueden cuantificar y que su límite no es la escasez, como lo es el caso de los derechos humanos inconmensurables. Algunos ejemplos de estos derechos inconmensurables pueden ser:

- La libertad de creencias.
- La libertad de pensamiento.
- El derecho de expresión, que no tiene límite hasta que se topa con el derecho penal.

A veces con estos supuestos derechos de expresión se cometen las peores injusticias, como son juzgar a las personas desde una perspectiva que realmente no tiene validez como patrón de medición para personas y conductas. Hay que partir de la premisa de que las diferentes fases o funciones de la vida no pueden ser reducidas a una sola categoría. Un buen catedrático es buen profesor porque explica bien y se da a entender, no porque se dedique a hacer política en su facultad; un buen padre de familia no por ser cariñoso con sus hijos y buen marido, necesariamente va a ser honesto en los negocios o va a ser un buen profesionista.

Ésta es precisamente la crítica que hace al capitalismo Herbert Marcuse, en su libro *El hombre unidimensional*, el capitalismo te reduce a una sola dimensión, una sola categoría: cuanto produces; depende de esto si vales algo o no vales nada.

Los derechos humanos tienen las características de los derechos reales, tienen efectos *erga omnes* —como decían los romanos— es decir, todo el mundo está obligado a respetarlos. El problema que aquí se podría presentar es el de ver a los derechos como ámbitos de exclusión de los demás, ya que aquí no se entendería al derecho como el arte de meterse en la vida y en los derechos de los demás. En cómo armonizo mi pretensión con la pretensión del otro, ya que el derecho es una conducta social, el derecho es diálogo, es construir una verdad común.

IV. ESCUELAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

1. *Julio Federico Stahl*

Una de las personalidades que reaccionaron con más furia contra el movimiento positivista en el siglo XIX fue Julio Federico Stahl, quien es considerado uno de los grandes teóricos de la escuela histórica del derecho.

Stahl era ultraconservador: criticaba la libertad de los ilustrados, producto del contrato social. Califica esta libertad de vacía o formal. Para él, la verdadera libertad es la que se ejerce:

- En la pequeña comunidad.
- En la familia.
- En la Iglesia.

En Alemania, de 1810 a 1870 hubo una etapa de conservadurismo, de antimodernidad, antiilustración, y casi todos los autores de esa época se refieren al derecho como derecho privado.

En su libro *La filosofía del derecho*, Stahl dice que el derecho surge de la conciencia del pueblo.¹⁰

¹⁰ Stahl, Julio Federico, *La filosofía del derecho*, Madrid, Editorial La Española Moderna, 1894, p. 41.

Para Stahl las fuentes del derecho son:

1. *La costumbre*. Es algo ya dado sobre lo cual los juristas o los legisladores deben trabajar. Estos hechos de la costumbre están establecidos por sí mismos, no por la intervención de un hombre. El derecho consuetudinario es la fuente originaria de la legislación.

2. *La legislación*. La ciencia jurídica debe sistematizar el derecho ya existente y quizá llenar alguna pequeña laguna, pero mantener a toda costa lo que ya hay. Por eso Stahl es anticódigo, ya que el código:

- Se relaciona con Napoleón.
- Con destrucción de los estamentos.
- Con rompimiento con la Iglesia.
- El código es igual a revolución.

Para Stahl, el derecho positivo es el derecho consuetudinario.

Por otro lado, hubo otras personalidades francamente volcadas a favor de este movimiento positivista, como es el caso de John Austin en el siglo XIX, quien estudió con Gustav Hugo, cofundador de la escuela histórica del derecho.

Austin fue uno de los más importantes impulsores de esta iniciativa positivista del derecho en Inglaterra.

Él afirmaba que todo derecho que no se puede medir no es derecho,¹¹ con lo cual niega en buena parte el derecho natural y aquellos derechos humanos que no se pueden medir.

Habla de la ley como producto de la voluntad,¹² así como nuestra Constitución de Apatzingán (1814), que define a la ley como la manifestación de la voluntad general.

Para Austin, así como para los positivistas la fórmula sacrosanta es:

*Law: command + sanction: duty*¹³

¹¹ Austin, John, *A Plea for the Constitution*, Londres, J. Murray, 1959, p. 9.

¹² Austin, John, *Lectures on Jurisprudential, Being the Sequel to the Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, p. 21.

¹³ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 55.

Para los positivistas, el derecho es visto como un derecho represivo, o por lo menos vinculado con la coercibilidad. Por eso para ellos los derechos humanos sólo existen si los tipifica el Estado y si tienen ese elemento coercible. Cuando realmente la esencia del derecho es su obligatoriedad, no su sanción. La sanción es un elemento necesario, pero es secundario. Los positivistas caen en juicios tautológicos, donde lo que se define cae en la definición; por ejemplo: “toda ley es justa”, ¿qué es la justicia?, lo que expresa la ley, es como la pescadilla que se muerde la cola.

Debajo de *law: command + sanction: duty* está el Estado, que necesita unidad, por lo que la fórmula es sólo la espuma de la cerveza; esto no pasaba en el antiguo régimen.

El Estado necesita unidad, el monopolio de la creación del derecho; por tanto, es el abogado quien se convierte en el gran cómplice del Estado moderno.

Por eso el Estado nace beligerantemente laico, y beligerantemente en contra la Iglesia; y todo lo que les suene a derecho natural, derechos humanos, metafísica, lo hacen a un lado, porque lo relacionan con la Iglesia; es más, la palabra “Estado” sólo la utilizaron las personas o los partidos de izquierda. En el siglo XIX en España los conservadores no le llamaban Estado, sino nación.

Pero quien realmente se ha convertido en el padre del formalismo jurídico moderno fue Hans Kelsen, quien con su pirámide kelseniana coloca a la Constitución como corona de su *Teoría pura del derecho* y la identifica con la *norma normorum*.

V. CONFERENCIA DE VIENA SOBRE DERECHOS HUMANOS, JUNIO DE 1993

Algunos principios del documento final:

1. *Universalidad*. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes; están relacionados entre sí.

Si partimos de la base de que el contenido de los derechos humanos lo encontramos en ley natural, hay que aceptar que éste es el enunciado universal que rige el comportamiento de la criatura humana.

El tema de la ley natural tuvo mucha importancia en la Edad Media, y los que critican esta época la consideran una época donde:

- a) No existe el imperio de la ley.
- b) Es un régimen de desigualdad.
- c) El poder eclesiástico tenía sumida a la gente en la ignorancia.

También se le critica a esta época por la importancia desmedida que se le da a una moral rígida, inflexible, fanática y absurda. Se hace ver a la ética y a la moral como catálogo de prohibiciones.

Cuando la moral es un medio razonable que hace referencia a la praxis, la moral es el arte de realizarse humanamente.

Lo que exige la moral es lo que es útil, no en el sentido benthamiano, sino lo que es útil para realizar la humanidad una persona. Santo Tomás utiliza la expresión *utilitas*, será el mismo santo Tomás quien define en su *Suma contra gentiles* al pecado como hacerse daño a sí mismo.

Es santo Tomás el que hablará de las tres fuentes de donde vienen los principios jurídicos, los cuales nutren o informan el tema de los derechos humanos:

- a) Vertiente sensitiva (ejemplo: comer, dormir).
- b) Vertiente racional (ejemplo: educación). Ya desde el siglo XIII santo Tomás hablaba de este tema como de derecho natural.
- c) La experiencia.

Decían los clásicos que los principios jurídicos deben ser con los hombres como la regla de Resbos (no como la cama de Procastes. Cama de Procastes: cama de piedra donde acostaban a una persona y si no cabía le cortaban o le estiraban, según el caso), regla de Resbos: varita mágica que se ajustaba para medir cada cosa en particular.

Los juristas suelen ser muy normativistas. Pasa como aquel reproche que le hacía un glosador a otro glosador. Martino se agarra de la letra como un judío: “*Martinus ad aerelest litteram tanquam judaeum*”.

No fue hasta el siglo XVIII cuando se introdujo en Europa el consumo generalizado de la papa, y el consumo del trigo de tallo corto, por lo que antes en Europa la gente se moría de hambre con más facilidad; por eso en ocasiones lo ético era esclavizar a la gente, esto era lo justo, ya que muchas veces la necesidad (o la *utilitas*) determinaba lo justo. 1) Si un legionario romano detenía a dos prisioneros, los podía matar, pero esto era inhumano; 2) podía dejarlos en libertad, esto podía ser muy peligroso; 3) meterlos a un campo de concentración, pero como los mismos legionarios no tenían ase-

gurada su comida diaria, no les iban a dar de comer a los prisioneros porque sería quitarle el pan de la boca a sus hijos; en este caso lo justo era hacerlos esclavos, así como en las guerras napoleónicas, la guerra franco-prusiana o la Primera Guerra Mundial.

Los medievales, en cuanto a la moral y a la ética, eran mucho más flexibles y humanos que el hombre moderno, que reduce a categorías únicas o a formas unidimensionales, como lo denuncia Herbert Marcuse en su libro *El hombre unidimensional*.

La polémica de la moralidad empieza a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, es decir, nuestros abuelos liberales o masones eran altamente morales, si los comparamos con ciertos personajes contemporáneos.

Carlos Marx nunca cuestionó el aborto; para él era evidente que esto era un asesinato, y lo poco que escribió sobre el divorcio fue condenándolo, es decir, que hoy puede ser más moral un Carlos Marx, que el tipo que está a nuestro lado en misa.

Si seguimos sosteniendo que el contenido de los derechos humanos está en el derecho natural, habrá que aceptar que el orden de los preceptos o leyes naturales siguen el orden de las inclinaciones de la naturaleza (santo Tomás). Así podemos definir lo que es la normalidad, siempre y cuando no se pierda la idea de principios y de finalidad.

Por otro lado hay que tener clara la diferencia entre título y causa.

Título: es el postulado universal, como podría ser que todos tenemos derecho a la educación.

Causa: es como se concreta en cada caso particular ese postulado.

En los derechos más elementales, título y causa se identifican, como es el caso del derecho penal, que es lo más básico de los derechos humanos.

El título de fumar un cigarrillo es que soy hombre; la causa es una compraventa de esos cigarrillos. Esto en el tema de los derechos humanos no se entiende con frecuencia, muchos piensan que tienen derecho a todo y no toman en cuenta la causa.

En derecho, toda definición es peligrosa, decían los romanos (porque limita, y lo propio del derecho y del jurista es distinguir, no uniformar; es ver en el caso concreto con sus determinadas peculiaridades qué es lo justo). En todo el *Digesto* difícilmente encontrarán alguna definición de compraventa o de algún otro contrato o figura jurídica. Por eso el título y la causa hay que examinarlos en cada caso particular.

En cuanto al derecho a la cultura, que sería el título o postulado general, mientras que la medida o la causa sería la manera como se concreta según las circunstancias, ya que no todos tienen la misma necesidad de cultivar su inteligencia como proyecto de realización personal; hay personas que prefieren cultivar el dinero, o cultivar el cuerpo, o el deporte o prefieren cultivar las relaciones sociales; en todos estos casos sigue existiendo el derecho a la cultura, pero la causa es diferente. Otro caso puede ser el tener derecho al ocio. Si se ha optado por cultivar el dinero a diferencia del que ha elegido cultivar la inteligencia, este primero no necesita ocio en la misma medida o causa que el intelectual, sino negocio.

2. *Democracia*. Es un concepto plenamente moderno y el tema de la modernidad y de la voluntad general tienen su trampa.

El discurrir de la modernidad es un cambio de la jerarquía de bienes a una jerarquía de causas.

Los modernos adoptan la manera de proceder de los juristas romanos, donde los principios ya no se darán con base en los fines, sino en las causas. Aquí se inauguran los fundamentos teóricos del Estado. Se empieza a desconocer la analogía.

Así como los principios se deben dar con base en los fines o bienes, así también la racionalidad de las leyes les viene por su finalidad (santo Tomás en la *Suma teológica*).

Los romanos hablaban del *medium rei*: la razón se mide por las cosas, análisis de las cosas. Los modernos lo empiezan a considerar degradable.

Dice santo Tomás, para explicar la prudencia, que la razón es medida por las cosas.

La racionalidad es dada por las cosas; es decir, habrá tantas razones como cosas existan, y a esto hace referencia la prudencia. Y lo contrario a esto es la teoría. En la prudencia no hay métodos; no hay una sola epistemología para la prudencia, una sola teoría del conocimiento, sino varias, tantas como cosas se presenten. Por eso Hobbes en sus primeras páginas del *Leviatán* se dedica a negar la prudencia.

La teoría es totalizante, me da el método (en griego: el camino) así no es la prudencia. Hobbes analiza primero las leyes de la mecánica, después las de la biología, para por último explicar la política.

El otro tema que apuntamos fue el de la voluntad general, con su propia trampa, ya que si se lee con detenimiento *El contrato social* de Rousseau hasta el final, se podrá verificar que termina haciendo una apología del

Estado.¹⁴ Rousseau dice que más que crear la voluntad general, ésta se descubre, se desvela, como un monumento, ya que ésta ya existe; la voluntad general es la justicia, la verdad y la bondad. Es de esta manera como lo considero el padre de los sistemas totalitarios. La democracia se puede convertir por lo tanto en una tiranía de la mayoría o en un Estado dictatorial, donde las minorías no cuentan y no tienen a dónde acudir.

En la *Democracia en América*, Tocqueville se pregunta a quién pueden acudir las minorías en un sistema de esta naturaleza: ¿A la opinión pública? Ella es la que forma la mayoría; ¿al cuerpo legislativo? Representa a la mayoría y la obedece ciegamente; ¿al Poder Ejecutivo? Es nombrado por la mayoría ¿a la fuerza pública? Si es la mayoría en armas; ¿al jurado? Es la mayoría revestida de derecho.¹⁵

Estos sistemas políticos terminan siendo demagógicos. Llenan sus discursos de retórica y *flatus vocis*, y aquí el que controla la palabra y el discurso tiene el poder o, como dice aquella máxima en política, “el que posee el nombre posee a la persona”. Es una gran injusticia lo que hacen los medios de comunicación, cuando por colocar un encabezado estético sacrifican el fondo de la noticia.

3. *Desarrollo*. Que no se trata de un desarrollo acumulativo lineal y cuantificable, como han querido ver algunos, ya que esto es reducir la complejidad de la vida a la pobreza de la lógica formal matemática. Esto es uno de los mitos de la ciencia política, la sustitución del desarrollo espiritual, por el desarrollo técnico. El desarrollo debe propiciar el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos.

En el terreno de la física y de la tecnología, los físicos estudian las regularidades en los comportamientos de los cuerpos; pero el físico no sabe realmente qué son las cosas, por qué son así; deben hacer los físicos una especie de voto de pobreza intelectual, porque de no ser así se saldrían de los límites de la física o de la técnica.

El alumno preguntón del físico se tiene que topar con que al tercer porqué, el físico le tendrá que responder “porque así es”. No se puede reducir la complejidad de la vida a explicaciones físicas como a veces lo quiere hacer la modernidad, por medio del método científico.

¹⁴ Rousseau, J. J., *El contrato social*, México, Dirección General de Publicaciones, 1969, p. 42.

¹⁵ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1989, p. 17.

La física sirve para que la tecnología avance, para hacer computadoras más pequeñas o para mandar satélites más lejos en el universo; pero no para explicar toda la vida como quisieron hacer en el siglo XVIII.

La trampa de la modernidad en cuanto a las explicaciones argumentativas, es que cada argumento puede ir cargado de lógica, pero terminar en una conclusión falsa o sofista y no adecuarse a la realidad. La trampa es cuando la lógica absorbe a la realidad y no la realidad o metafísica es el soporte de la lógica; los argumentos pueden ir preñados de lógica, pero sin adecuarse a la realidad.

La lógica moderna es tremendamente unificadora y simplificadora de la complejidad de la vida. El mismo Newton se da cuenta de que el físico es un pobre hombre, ya que no puede explicar las cosas. En el siglo XVIII los discípulos de Newton le hicieron decir cosas que él no quiso, al tratar de explicar el mundo por teorías físicas. Lo propio de la teoría es que es totalizante y simplificadora de la naturaleza. Por eso no se puede ir por la vida haciendo teorías de todo o viendo todo a través del prisma de la tecnología.

Otro tema que no entiende la modernidad es que la realidad (de *res*: cosa) es fundamentalmente analógica; en parte es esto, pero en otra parte es esto otro, y en otra parte aquello. Dice Alejandro Llano que la modernidad es fundamentalmente disyuntiva, y es este planteamiento el que desconoce que la realidad es mucho más compleja; hay muchas tonalidades, no sólo blanco y negro, sino desde el gris perla hasta el gris plomo.

La analogía jurídica es la extensión de principios extraídos de la ley para aplicarlos a un caso no contemplado en la norma, pero que sin embargo reviste rasgos esenciales del precepto.

En la analogía, que en parte es igual y en parte diferente, se pone atención en las partes iguales. Ihering pone un ejemplo sobre la analogía: dice que en la sala de espera de una estación de trenes hay un letrero que dice “prohibido entrar con perros”, si una persona entrara con un oso amaestrado, ¿se le puede excluir de la sala por un policía que invocara la analogía?

La existencia misma de los abogados manifiesta que el derecho no es puramente lógico, y que a partir de los mismos hechos se sacan consecuencias diferentes.

El mismo lenguaje jurídico en su estructura, manifiesta también que el derecho no es puramente lógico; ya que algunas expresiones como: “no podemos dejar de ver” o “como resulta evidente para todos nosotros”, o

aquella otra que dice “no pudiendo concluir otra cosa más que la culpabilidad del acusado”, estos giros del lenguaje que quieren persuadir, lo que hacen es mostrar como contundentes y categóricos algunos argumentos, que de suyo son débiles o poco probables. Con el lenguaje se quiere presentar como lógico algo que de suyo no lo es.

Por eso el derecho es fundamentalmente argumentación, más que demostración, propia del campo formal lógico matemático.

Hay algunas diferencias importantes entre argumentación y demostración, como son:

1. La argumentación depende del abogado u orador que debe convencer; el resultado es una propuesta razonable.
En la demostración, el resultado es una propuesta verdadera.
2. La argumentación siempre se puede enriquecer y completar.
La demostración no busca convencer, sino que se expone y se concluye.
3. En la argumentación, si falla una premisa, ésta puede ser sustituida o desplazada por otra.
En la demostración, si falla una premisa tiene un efecto multiplicador de error en cadena, con las demás premisas. Un pequeño error en la primera premisa se convierte en un gran error en la conclusión.
4. En la argumentación se parte de los prejuicios o preconcepciones que tenga el auditorio.
En la demostración se acude a la frialdad de los números de la lógica racional, de la conclusión científica.
5. La argumentación se construye con premisas menores o débiles, como la textura de un tejido, que puede estar compuesta de varios hilos delgados, pero forman una textura sólida y resistente.

En la demostración, las premisas son como los eslabones de una cadena, en la que su fuerza será igual a la resistencia del más débil de sus eslabones; si la cadena tiene un eslabón de barro, por allí se romperá la cadena. La fuerza de la cadena será directamente proporcional a la resistencia de su premisa más débil.

Lo que hace la formación legalista (la formación con base en la demostración) es:

1. Despersonalizar a los jueces, que piensan que sólo aplican la ley: esto no es así, ya que lo que hacen es valorar e interpretar. Es decir, nosotros entendemos distintas cosas por que ahí hay una arqueología detrás, tenemos unos determinados criterios previos que pueden ser estéticos, históricos, morales, también llamados prejuicios, preconcepciones, o prevaloraciones. Por ejemplo, cada vez que leemos un texto, aunque sea el mismo, lo podemos interpretar de manera diferente, y esto en ocasiones depende de la diferencia de edad o sentido del humor que tengamos en ese momento.
2. Mata la vocación del abogado, ya que no se piensa en la justicia y en su ejercicio.
3. Provoca un lenguaje oscuro, exotérico y demasiado teórico, y el abogado se puede convertir en un demagogo explotador de sus clientes.
4. Provoca la evasión de las complejidades de la vida y de los dramas humanos; por el disfrutar con aplicación de sistemas u ordenamientos jurídicos que se toman como meras teorías y modelos (positivismo): por eso todo lo que suena a ideología, derecho natural, metafísica, filosofía o axiología fue descartado para hacer derecho.

Por eso, Michael Villey, jusnaturalista, reincorporó las clases de filosofía del derecho que estaban prohibidas en Francia desde la época de Napoleón. Villey consiguió que se reincorporara esta materia como asignatura opcional, ya que no puede ser obligatoria, asunto distinto a lo que pasa en Inglaterra, España o Alemania, donde es obligatoria en los planes de estudio de las facultades de derecho. En uno de los altos relieves que están alrededor de la turba de Napoleón viene una representación de sus códigos como su obra más monumental y perdurable, los demás altorrelieves representan diferentes batallas y momentos importantes de la vida de Napoleón, pero según el relieve del código ésta fue su obra más importante.

El padre del positivismo es Hobbes, y el siguiente eslabón en este pensamiento es Jeremías Bentham.

Hobbes, al principio de su autografía dice que cuando él nació hubo gemelos porque nació junto con el miedo. Hobbes llevo una vida muy azarosa y en una Inglaterra envuelta en guerras civiles y religiosas. De hecho, tuvo que salir para vivir en Francia. Hobbes decía: “el fin de la sociedad o del Estado, es la seguridad pública; es la paz, a cambio de la seguridad, cedo lo que sea, mi libertad, el poder; lo que sea”.

4. *Comercio*. La Conferencia de Viena de 1993 pidió a los Estados que se abstuvieran de adoptar medidas unilaterales, contrarias al derecho internacional y a la Carta de las Naciones Unidas, que crean obstáculos a las relaciones comerciales entre los Estados e impiden la realización plena de los derechos humanos. La Conferencia afirma que la alimentación no debe utilizarse como instrumento de presión política.

VI. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

A continuación examinaremos el concepto de la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos.

Esta idea de la dignidad de la persona se desarrolla en la teología (en la época medieval); aunque será después Kant el que hará una apología sobre el tema; dirá Kant:

- a) Las cosas tienen precio.
- b) Las personas dignidad.

En *La fundamentación metafísica de las costumbres* Kant dice: en el reino de los fines hay precios y dignidades. Para Kant, la idea de la dignidad es una prolongación de la idea de libertad, o, dicho con otras palabras, la dignidad reside en:

- 1) La libertad.
- 2) La moralidad.
- 3) La racionalidad.
- 4) La autonomía de la voluntad.

Por lo cual, un discapacitado, un no nacido o una persona en estado terminal no tienen esta autonomía de la voluntad, por lo cual no tienen dignidad, y según esta idea de dignidad kantiana se tiende a justificar el aborto, la eutanasia, la manipulación genética, la clonación, etcétera. Para Kant, la autonomía de la voluntad tiene como principio rector el deber.

La dignidad no está en la autonomía de la voluntad, como la quiere ver Kant, sino en estar dotado de naturaleza humana.

Por lo que el contenido de los derechos humanos lo encontramos en:

1. La dignidad de la persona, que es la cualidad que provoca que aquella sea respetada como ser humano.
2. La naturaleza humana, que es la esencia del ser racional en cuanto al principio de operación.
3. Las circunstancias concretas del caso.

En el caso de los derechos más básicos y elementales, podemos encontrar su contenido únicamente en los dos primeros puntos, pudiendo prescindir de las circunstancias del caso concreto, como sucede con algunos derechos que se encuentran garantizados en los códigos penales del mundo occidental.

Para Kant, los actos auténticamente libres, racionales y por tanto morales serán aquellos que no estén afectados por el mundo del sentimiento o de las emociones, como podrían ser las relaciones paterno-filiales o las relaciones de noviazgo, de amistad o las conyugales. En estos ejemplos, para Kant, la persona no es genuinamente libre, ya que la autonomía de la voluntad está condicionada por el sentimiento, por lo que la conducta no se rige por la ética del deber sino por la del egoísmo.

Se puede ver que la ética kantiana es una ética de principios, no de fines o consecuencias, con lo que podemos decir que es una ética descarnada y en ocasiones muy poco humana.

Si la voluntad no reconoce su naturaleza, se curva asimismo, y el objeto de su dirección es su yo mismo arbitrario y caprichoso.

En la política, los principios que no se reivindican a partir de la naturaleza, tienen graves consecuencias. Carl Schmitt le llamó “La tiranía de los valores” a los valores no reivindicados con un sustrato ontológico que nos llevan a las tesis pactistas de los contenidos de los derechos. En consecuencia, los que pactan serán los más capaces o con mejores cualidades de exponer o de negociar, por lo cual no es raro que la violación de los derechos humanos se dirija hacia los más débiles que son expulsados por no ser capaces de pactar, como es el caso de la libertad de prensa, en donde su contenido será el que sea acordado por unos pocos. Como suelen decir los comunicólogos: “La agenda nos viene dada, el contenido se nos impone”.

Los derechos humanos o derechos fundamentales son en cierto aspecto el límite del pluralismo y de la tolerancia. Esto en la modernidad se ha planteado al revés. Algunos invocan los derechos fundamentales sólo como lo que todos deben respetar, ya que tienen efectos *ergo omnes*, como

los derechos reales, pero se olvidan de que todo derecho y toda libertad tienen como contrapartida un deber y una obligación.

En cuanto a las circunstancias, el derecho siempre tiene una dimensión social, el derecho no es sólo lo que físicamente puedo hacer; por lo tanto, no hay derechos si no hay respeto a la igualdad del otro con sus pretensiones. No se puede pedir respeto cuando uno no respeta los derechos ajenos.

Los latinos examinaban la *nature der sache*; es decir, la naturaleza del asunto; esto califica la justicia de la acción o la ilicitud, como cuando una persona presta un libro dedicado por el autor, lo justo es que le regresen ese ejemplar, y no otro, ya que el ejemplar autografiado tiene un valor especial, por estar firmado.

“El derecho es una conducta social”; es como se armoniza la pretensión de una persona con la pretensión de otra, no como se le imponga. El derecho y la libertad es el arte de adentrarse una persona y de combinar sus derechos y libertades con los derechos y libertades de los demás. Así se pasa, “del infierno son los demás”, de J. P. Sartre, a “los demás son mi metafísica, son mi destino”, de José Gaos.

“El respeto al derecho ajeno es la paz”; es cierto, pero es insuficiente, porque el derecho no se puede ver únicamente como cotos cerrados o esferas de individualidad. El derecho es diálogo, el derecho es construir una verdad común, el derecho es como armonizo mi pretensión con la pretensión del otro, no como se la impongo, ya que el derecho, como he dicho, es una conducta social.

Siguiendo esta lógica argumentativa, podemos descalificar muchos supuestos derechos, que por no ser conductas sociales quedan desacreditados como genuinos derechos, como podría ser un pretendido derecho al terrorismo o la violencia.

Dice el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Naciones Unidas, que un Estado no se puede considerar como constitucional y democrático si no garantiza la existencia de los derechos humanos y si no consagra la separación de poderes, por lo que nos parece oportuno hacer ahora mención de algunas instituciones jurídicas y políticas que han servido para impulsar la representación política y la división de poderes.

Me gustaría comenzar con algunos antecedentes en nuestra tradición grecolatina.

En Grecia existían las siguientes instituciones:

1. La asamblea: compuesta por aproximadamente 600 personas.
2. La *bule* —el consejo—: formada por 500 personas que se eligen por sorteo con el método de las abas blancas y negras.
No se puede repetir en el consejo hasta que todos los ciudadanos hayan pasado.
3. Los tribunales: los cargos se asignaban por el sistema de sorteo.
La gente que ocupaba una magistratura tenía después de su cargo que rendir cuentas en la asamblea.

La *atimia* era un juicio de desprestigio. Si en este juicio una persona era sentenciada como culpable, ya no se podía ocupar nuevamente una magistratura.

Con los juicios de *atimia* se buscaba fomentar la timocracia, que era el gobierno basado en el honor y la virtud.

Atenas es un caso único donde se junta cultura, civismo, arte y política en un terreno muy pequeño, quizá algo que se le parezca en el Renacimiento; es el caso de las ciudades-Estado, como Venecia, Milán o Florencia.

Algunas diferencias entre Grecia y Roma las encontramos en las asambleas. En Roma se celebraban en llano, no como en Grecia que se efectuaban en una colina.

En Roma, todos los asistentes estaban de pie, por lo cual no podían durar mucho tiempo.

En Grecia permanecían sentados, por lo que podían durar más de diez horas hasta concluir la votación.

En Roma, los cargos en la asamblea no se pagaban.

En Grecia sí eran retribuidos.

Por otra parte, vemos que entre estas dos civilizaciones hay otras diferencias en su propia sociedad, como podrían ser:

Que en Roma había una oposición fundamental entre ricos y pobres, mientras que en Grecia existía una oposición entre ciudadanos y esclavos.

En Roma se inventó la propiedad, por lo que lo importante era que una persona tuviera su latifundio y fuera rico.

En Grecia, los ciudadanos, participaban en la política y podían ser elegidos a un cargo público, por eso toda su vida se politiza, el arte, la literatura, la filosofía, etcétera.

Para los romanos la democracia ni siquiera entraba en el vocabulario de su pueblo. En Roma, todas las magistraturas eran electivas, no por sorteo.

Había 193 centurias; 97 eran la mayoría; se votaba por jerarquía, de acuerdo con su poder económico, y cuando se llegaba a la mayoría, las demás centurias ya no votaban, se votaba en jerarquía para que cuando se alcanzara la mayoría se hubieran solucionado los problemas de las centurias más ricas. Era un voto jerarquizado y asimétrico.

El Imperio Romano llegó a tener para el siglo I d. C. cuatro y medio millones de ciudadanos y tres millones de esclavos. Éste fue el primer imperio con base terrestre, no acuática, como el fenicio, controlado con un ejército con el cual pudo integrar oligarquías extranjeras.

Los patricios tenían las siguientes características:

- a) Estaban ligados por parentesco, como la *gens* Flavia, que llegó a estar integrada por más de trescientas personas y con más de cinco mil clientes, que eran los sirvientes de esta *gens*, de la cual salieron emperadores y poetas, así como militares destacados.
- b) En sus inicios los patricios tenían una propiedad comunal.
- c) Las *gens* se agrupan por funciones religiosas.
- d) Dentro de los patricios estaban prohibidos los matrimonios mixtos, es decir, los de una *gens* se tenían que casar con los integrantes de la misma *gens*.

Los patricios iban incorporando a sus grupos a los plebeyos más ricos, además de copiar su sistema de propiedad privada.

Los romanos, con sus campamentos marchas, fueron levantando infraestructura y fueron dominando el mundo, así construyendo acueductos, calzadas, plazas, etcétera. Cuando conquistaban, no pedían tributos, sino gente que sirviera al imperio; por eso el imperio romano se tardó mil años en formarse y otros mil en perderse.

Antes de Roma, las civilizaciones o se disolvían cuando enfrentaban otras civilizaciones y perdían su identidad, o bien tenían un éxito fulgurante y luego desaparecían como poder hegemónico, como fue el caso de Alejandro Magno, que en treinta años conquistó buena parte del mundo conocido.

Ahora nos detendremos en el caso inglés, ya que si un país ha ido en los últimos siglos a la cabeza de la evolución de las formas e instituciones polí-

ticas y constitucionales, ese país es Inglaterra, donde encontramos la cuna de la teoría de la división de poderes, así como de la doctrina de los pesos y contrapesos. Es en esta nación donde surge el parlamento, la Constitución escrita y la Constitución no escrita, donde aparecen por primera ocasión los partidos políticos, los sindicatos y la democracia representativa, de la mano del mandato representativo.

En el siglo XIII, en Inglaterra, ya había un antecedente importante de lo que sería la democracia representativa. Aunque hay que decir que en los parlamentos medievales, más que una representación había una presentación. No se actuaba en nombre de nadie, sino que se presentaba a título personal, como en un comité para organizarse en algún interés común.

Por lo tanto, la construcción de un reino dependía de la cantidad de nobles que asistían a la corte del rey, o al parlamento, el cual se fragmentaba y cambiaba muy rápidamente, porque el noble podía ir a otra corte. Los que asistían al parlamento eran los que le podían ofrecer algo al rey, para organizar por ejemplo una campaña bélica.

El rey empezó a ser importante en las relaciones bélico-comerciales. Al rey le importaba que hubiera guerra para que pintara algo.

Es interesante el caso inglés, porque antes de la Revolución francesa, salvo el parlamento británico, ningún otro funcionaba con tal avance.

Inglaterra y Estados Unidos son los únicos países que de una manera continuada tienen una tradición política representativa.

En Inglaterra existieron durante algún tiempo las llamadas elecciones no disputadas. Esto significaba que el representante de la aristocracia local que se presentaba sin contrincante; la proporción es de 2 a 1, es decir, por dos elecciones no disputadas hay una disputada. Ya entrado el siglo XIX esto se irá perdiendo, porque aumenta la riqueza, y ya no está muy claro quién es el mejor representante de esa élite aristocrática local.

Todavía se conserva esta tradición de elecciones no disputadas, cuando en el Parlamento, en el siguiente periodo el *speaker* se quiere volver a presentar (a veces no se cumple este caso, de volverse a presentar sin rival).

La Cámara de los Comunes en la Inglaterra hanoveriana del siglo XVIII se componía de la siguiente forma:

1. 20% *Gentry*: gente adinerada que vivía en el campo.
2. 20% parientes de los *loores*, normalmente sus hermanos menores.

3. 40% integrada por profesionistas: militares, médicos, abogados, marinos, etcétera.
4. 20% comerciantes.

En el caso de los hermanos de los *loores*, éstos eran aristócratas de hecho, y algunos iban a la Cámara de los Comunes, mientras que el hermano primogénito ejercía de *iure* el título de *lord* e iba a la cámara alta del Parlamento.

En el caso de los profesionistas, especial relevancia tenía el capitán de un buque, el cual contaba con un gran prestigio social, y no sólo mandaba en su buque, sino en muchos puntos de la geografía del mundo. Esto está muy bien retratado en las obras de Robert Louis Stevenson, donde se habla de esos capitanes y almirantes, quienes una vez jubilados tienen esas historias románticas, que con sus pensiones más o menos modestas viven en su casa a lado del mar. Algo similar pasa con los jueces que no es que reciban un sueldo muy alto en Inglaterra, sino que tienen un prestigio social tremendo. Sobre este tema de las elecciones es interesante leer la obra de Dickens, *Los papeles póstumos del club Pikwick*, que es una de las primeras novelas que escribió y que la sacaba por fascículos en el periódico. Habla de unas elecciones que se celebraron entre 1827 y 1828; ahí describe el ambiente de fiesta y derroche que hay alrededor de unas elecciones.

Había también en esta época las llamadas asociaciones venales, que eran grupos de personas que compraban los votos de los electores. Esto, que socialmente no era muy bien visto, sin embargo no iba contra ninguna ley ni estaba penado como delito. Estas prácticas se corrigieron con el Reform Act de 1832, como otras cosas que se moderaron, como fue el caso de la figura del *sheriff*, que era una persona que determinaba quiénes eran los que tenían franquicias —es decir derecho de votar—, ser egresado de Oxford o Cambridge daba derecho a una franquicia, pero podían tener otra por pertenecer a una familia determinada o llevar apellidos en particular. Por ejemplo, no era lo mismo apellidarse Ryder, Flyte o Marchmine, que simplemente Smith, o también se podía tener otra franquicia por las tierras y posesiones que se tuvieran.

El sistema electoral que se empezó a usar fue el de *First pass de post*, que es un término que se tomó de las carreras de caballos en Inglaterra, en donde un señor que estaba en un poste en la meta tenía una ventana con un ángulo visual, y cuando veía llegar al primer caballo, que en la oreja llevaba un número, éste será el que ganaba la carrera.

La manera de razonar de los británicos es muy peculiar, ya que la carga de la prueba la reinvierten con mucha frecuencia durante la argumentación. Es decir, le suelen dar la vuelta al argumento, para verlo desde otra perspectiva. Y es que los ingleses no suelen cambiar en bloque, como lo han hecho los franceses, sino que analizan punto por punto el asunto, y se cambia sólo en lo estrictamente necesario.

Con esta lógica se entiende mejor por qué realmente el sistema proporcional en Inglaterra no tuvo mucho futuro y su aplicación fue prácticamente nula. Justamente el razonamiento contrario a los franceses, que van en esta época por sistema contra la tradición.

A los ingleses, las influencias muy abstractas, muy cartesianas, muy a la francesa, les tienen sin cuidado; por eso la influencia de los franceses en Inglaterra es prácticamente nula. Dicen los ingleses que la política tiene que ser sencilla y entenderse; si no se entiende, puede ser muy buena para los franceses, pero ya no la aplica. Con esto se ve más claro que los ingleses no hacen teorías sobre teorías, sino sobre objetos, por lo cual, si uno está hablando con un británico, al tercer concepto abstracto pronunciado éste rompe la plática y deja de escuchar, tachándote de un infeliz filósofo cartesiano continental.

Los ingleses, más que discutir, lo que han hecho es ensayar sistemas minoritarios en aspectos de poca importancia, como consejos estudiantiles o tutelas de herencia, que no tienen titulares.

Otra razón por la cual Inglaterra es el país en donde prácticamente no se rompió esta tradición de la representación política con su respectiva evolución fue que en ese país prácticamente no se consolidó el Estado barroco, el cual es absolutista y preconstitucional.

Con propiedad, el Estado inglés es constitucional evolutivo, no como el continental, donde hay una clara ruptura con la Revolución francesa. En Inglaterra se mezcla de una manera única lo antiguo con lo moderno; los ingleses gustan de las tradiciones, aunque son increíblemente pragmáticos.

Los Estuardo no llegaron a desarrollarse principalmente por Cromwell y después por el Bill of Rights. Además lo que propició el Estado barroco en el continente fue la alianza entre nobles y el rey, mientras que en Inglaterra la alianza fue sobre todo entre nobles y burgueses, como queda de manifiesto en la expansión del imperio británico, que fue hecha por nobles que actuaban como burgueses, porque ya vislumbraban la época del comercio y las transacciones.

Fueron los ingleses quienes le quitaron a los franceses el privilegio de ser los primeros en cortarle la cabeza a un rey. Decía un noble inglés: “ya se ve que tendremos que ser el primer país en quitarle la Corona a un rey con todo y cabeza”. Esto demuestra el temperamento flemático y humor negro que a veces caracteriza a los ingleses.

Es propio también del Estado barroco el ser alambicados y complicados al momento de hablar o de escribir.

En Inglaterra esto no pasó, por el rápido ascenso de la opinión pública y del papel determinante que jugaron los burgueses.

En países donde la opinión pública llegó con lentitud porque la burguesía estaba rezagada, al igual que sus transacciones comerciales, fueron naciones fértiles para los Estados barrocos o absolutos, como fue el caso de Alemania.

Hasta 1870 Alemania era feudal, ya que la burguesía alemana llegó tarde, y la Ilustración fue muy débil; los alemanes como clase son muy poco ilustrados.

La Ilustración alemana llegó a pocos núcleos, donde había gente como Kant, Hegel, etcétera, pero no como clase. Este sentimiento de que como clase no dominan políticamente provoca que aparezcan núcleos culturales sólo para iniciados; se crea una cultura cerrada y oscura, de aquí que la cultura alemana sea complicada.

Esta experiencia contrasta con la realidad parlamentaria británica, en donde, como hemos dicho, la presencia de los burgueses fue realmente importante.

Llegó a tener tal importancia el Parlamento en Inglaterra, que se decía aquella frase de que “el parlamento lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer, o viceversa”... claro, estos señores no conocían las técnicas modernas.

Montesquieu, observando el Parlamento británico, escribió un capítulo de *El Espíritu de las leyes* que lo titula “De la Constitución de Inglaterra”, donde desarrolla y explica la división de poderes. Montesquieu vivió dos años en Inglaterra y quedó muy impresionado por sus instituciones y su gobierno, y después de escribir libros como *El tratado del gusto* o *El ascenso y decadencia de los romanos*, escribió *El espíritu de las leyes*.

La representación política propiamente hablando no existía ni en Grecia ni en Roma, aunque hubiera elecciones en esta última. Aquella se desarrolla sobre todo con el tránsito del mandato imperativo al mandato representativo; esto en parte será posible por las revoluciones burguesas.

El mandato imperativo, que sobre todo funcionó en la Edad Media tenía las siguientes características:

1. Representaba circunscripciones. En donde más que un representante, se trataba de un comisario o un mandatario.
2. Había un cuaderno de instrucciones.
3. No hay libertad por parte del representante, que se tenía que ceñir a este mentado cuaderno de instrucciones.
4. Podía haber responsabilidades civiles y penales si no se cumplía con lo que decía este cuaderno de instrucciones.

Las características de mandato representativo son:

1. Representan a su circunscripción, pero también representan a toda la nación.
2. Es una representación libre, es decir, no están atados a instrucciones taxativas.
3. No hay cuaderno de instrucciones.
4. No existe responsabilidad civil o penal; sólo hay una responsabilidad política, que se traduce en no volverlos a votar si no cumplen sus promesas.

Son tres las razones por las que prevaleció el mandato representativo:

- a. Razones histórico-prácticas.
- b. Razones político-ideológicas.
- c. Razones simbólicas.

a) Durante los siglos XVI, XVII y XVIII en Inglaterra se establecieron sistemas de recomendaciones, donde se empezaron a diseñar cuadernos de instrucciones cada vez más amplios, y así se fue diluyendo el mandato imperativo.

b) En Inglaterra no se dieron porque aquí funcionó la práctica y la historia; las razones político-ideológicas se dieron en Francia con la Revolución.

Sieyès acuñó el termino “soberanía nacional”, corrigiendo la idea de soberanía popular de Rousseau.

La soberanía popular, según Rousseau, pertenece a cada uno de los individuos y tiene su más clara manifestación en el voto; donde toma las características que da Bodino a la soberanía para aplicarlas Rousseau al derecho del voto, que será perpetuo, absoluto e inajenable.

Por su parte Sieyès dice que la soberanía no está repartida entre los ciudadanos, sino que la soberanía es una abstracción, con lo cual ya se dice que la nación puede dar el derecho al voto a unos y a otros no.

La nación decide a quién inscribe al censo; de esta forma se empieza a hablar de democracia censitaria; sólo los inscritos en el censo, es decir, la gente con propiedades y adinerada serán los que puedan votar.

Con Sieyès el voto no se toma como un derecho absoluto, sino como una función de una parte de la sociedad. Estas posturas provocaron el gran debate político y jurídico de entender el voto como derecho o el voto como función.

c) Las razones simbólicas se entienden si partimos de la premisa que dice que para que haya democracia una nota fundamental es la libertad de expresión.

Era una incoherencia que mientras todo el mundo se podía expresar libremente, los únicos que no podían hacerlo y además dentro del Parlamento eran los diputados, que estaban sujetos a lo que le pedían en el cuaderno de instrucciones.

El riesgo del mandato representativo era que los representantes del pueblo soberano podían terminar secuestrando la soberanía y convertirse en los soberanos representantes: frase dicha por los rousseauianos, que no deja de tener una plasticidad semántica categórica.

Rousseau criticaba a los ingleses diciendo: “estos señores se creen libres, porque cada cuatro años votan, cuando realmente es un pueblo adormecido y sin derechos”. Aquí habría que decir que Rousseau no tuvo la sensibilidad histórica para tomar en cuenta la opinión pública, que es fundamental para presionar a los políticos.

En Inglaterra también se estableció la mayoría de edad para votar, señalando que fuera a partir de los dieciocho años. Esto se decidió con una frase contundente en el Parlamento británico por un diputado, que dijo en el ambiente crispado de la posguerra cuando comentó: “hemos estado mandando a nuestros jóvenes a los frentes de batalla a luchar en el nombre de la libertad y ahora les negamos este derecho al sufragio”.

La oposición en Inglaterra no se presta a pactos y transacciones, sino que se basa en la coherencia y solidez. Un diputado se pasa cuatro días en

Londres, y otros dos en su circunscripción con la gente, mientras que en los sistemas plurinominales proporcionales quizá conozcamos al primero y al segundo diputado de la lista, pero al tercero es muy probable que no.

En la democracia de oposición o estilo Westminster, donde la oposición siempre es minoría en el Parlamento frente al gobierno, la oposición no habla para cambiar una votación en el parlamento, sino habla para la opinión pública.

Hay dos fenómenos que se institucionalizan y que son ejemplares en los años cuarenta del siglo XX por el acta de ministros de 1938.

1. La televisión pública —BBC— tiene que ser neutra.
2. La leal oposición de Su Majestad: no importa cuántos haya en la oposición, sino que haya.

En Inglaterra aceptó que las cámaras de televisión y los micrófonos entraran a todas las sesiones del Parlamento, con la consecuencia de que se fueron sustituyendo los motivos racionales, por los emotivos, usando frases cortas y directas, que son las que sirven en la televisión, no especulaciones abstractas. Otra consecuencia fue que se planteó el secreto parlamentario, porque a raíz de la guerra de 1914, por razones de eficiencia, un parlamentario británico dijo: “es que primero se enteran los alemanes de nuestras medias que mi mujer y mis hijos que se los cuento en casa”.

Jellinek en su libro *La teoría del Estado* ya no define al Parlamento como órgano del Estado sino como órgano de la sociedad, ya que es en el Parlamento donde se incardina todo el tema de la opinión pública.¹⁶

Francis Bacon habla de los *idola* y de los *arcana imperii*, refiriéndose al mundo de la política; con el asunto de la opinión pública se empieza a resquebrajar este esquema. Por eso Thomas Paine definió al Parlamento británico como el primer club de Londres, en donde en un principio no había publicidad. Este tema les costó a muchas personas ser llevadas a la Torre de Londres y que les cortaran la cabeza.

Frente a la idea de opinión pública surge el tema de la propaganda. Esto según J. Habermas, es desvirtuar la opinión pública porque deja de ser racional y general.¹⁷

¹⁶ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 49.

¹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 44.

La actual mundialización está poniendo en crisis a los parlamentos, porque ya no son éstos los que planean los presupuestos del Estado, y hay que tener presente que el Parlamento nace en Inglaterra con tres características:

- 1) Programar los presupuestos de la nación.
- 2) Tiene una función de control social y político.
- 3) Se convierte en el órgano de deliberación.

La idea de la soberanía del Parlamento en Inglaterra se completa con ese otro concepto del “rey en el parlamento” (*the king in Parliament*), que nos deja ver esa realidad de permanencia y unidad que tiene la Corona inglesa. Esta idea de permanencia a través de la historia se manifiesta de diferentes formas, como es el concepto de *Aebus* que utiliza san Agustín en su *Civitas Dei*, donde hace la primera filosofía de la historia.

El *Aebus* es como la caña que se pone en el río; la caña que no es eterna, pero que permanece en el río, que cambia constantemente.

Este concepto de *Aebus* se puede aplicar al derecho constitucional, donde el poder constituyente es lo efímero, y lo permanente es la Constitución, que en palabras de Kelsen es lo soberano.

En el caso de la monarquía constitucional, lo permanente o el *Aebus* será la soberanía de la Corona, lo cual se expresa con la divisa “a rey muerto, rey puesto”, o con aquella otra que dice: “murió el rey, viva el rey”. Distinguiendo la doble personalidad del rey: la personalidad física, que es transitoria y la personalidad moral, que es permanente.

Otra figura jurídica y política que nace en Inglaterra es la inmunidad parlamentaria. La razón es liberar a los parlamentarios de acusaciones que les impidan asistir a las sesiones del parlamento.

- Con la inmunidad las cámaras parlamentarias tienen que aprobar primero que se le juzgue por aquel supuesto delito. Esta institución, que nació en Inglaterra, ha quedado ya más como pieza de museo.
- El peligro de la extensión de la inmunidad parlamentaria es caer en la impunidad; por esto la inmunidad en un Estado democrático constitucional se convierte en un sin sentido.

La inmunidad, que empezó para defender el funcionamiento del Parlamento termina siendo un privilegio de parlamentarios para delinquir.

En la inmunidad se parte de la base de que no hay proceso, pero sí puede haber delito.

En la inviolabilidad se parte de la base de que no hay delito.

No debemos confundir la inmunidad con la inviolabilidad, ya que esta última es que los parlamentarios en ciertos supuestos no delinquen.

Es interesante observar el origen de estas instituciones y ver su desarrollo en Inglaterra, donde hay dos principios que desde finales del siglo XVII quedaron consagrados en los documentos jurídicos más importantes de este país, a saber:

1. El rey no puede cometer injusticias.
2. El rey no puede actuar solo.

Podemos deducir por tanto que la historia de Inglaterra es la historia de la disminución de los poderes del rey.

El origen de la inviolabilidad fue en su momento facultar a los parlamentarios a hablar de lo que pensarán que fuera importante y prudente debatir. Y aunque si bien es cierto que constitucionalmente está prohibido el mandato imperativo para que el parlamentario hable de lo que quiera, ya que la inviolabilidad existe para defender la libertad de expresión dentro de los límites de la democracia.

Actualmente este propósito está en entre dicho por la disciplina del voto.

No sería correcto utilizar la inviolabilidad para hacer la apología del terrorismo o para calumniar o para defender a un partido fascista o convertir la sociedad en la ley del Oeste.

Kelsen dice: “de inmunidades nada, de inviolabilidades la mínimas”.

Otras dos figuras jurídicas que tienen gran importancia en el derecho anglosajón son la de la costumbre y la convención.

La enmienda del artículo 22 de la Constitución en los Estados Unidos establece que un presidente no puede ser reelegido en dos ocasiones; esto se hizo por el caso de Roosevelt, que lo reeligieron, pero por su *New Deal*; porque fue el gran líder de la Segunda Guerra Mundial; por el papel hegemónico mundial que toma Estados Unidos. Antes de esto había una práctica constitucional que todos aceptaban.

La costumbre tiene dos elementos:

a) Elemento material: son los hechos repetitivos. b) Elemento espiritual: es la convicción de que esos hechos repetitivos tienen fuerza jurídica vinculante.

La convención es el conjunto de hábitos que no tienen el elemento espiritual de la costumbre, sino más bien son prácticas políticas, en las cuales no hay sanción jurídica; mientras que faltar a la costumbre sí trae aparejada una sanción jurídica.

En la convención no se necesitan años y siglos para que se forme aquella, sino que se puede formar en una asamblea en un par de semanas; se cumple por un criterio de utilidad; son las prácticas para adecuar una ley; por ejemplo, la ley dice que cada semana los diputados tienen que comparecer ante el Parlamento. La convención señala que sean los miércoles; si no existiera esto, un astuto político podría decir: “Bueno, yo comparezco los sábados a las 6:00 pm cuando son todos los partidos de fútbol y rugby y así el parlamento está vacío y cuando yo comparezca, nadie me exigirá cuentas”. Esto de las convenciones no es algo exclusivo del mundo sajón, pero son ellos los que lo han exportado a muchos países del mundo.

En cuanto al derecho electoral, hay que decir que el siglo XIX representa la lucha entre el sufragio como función y el sufragio como derecho; es decir, la conquista del sufragio universal. En donde el sufragio universal tiene las siguientes características:

- 1) El voto es único.
- 2) El voto es libre.
- 3) El voto es general.
- 4) El voto es secreto.

También se establecerá el sufragio activo: derecho a poder votar; y el sufragio pasivo: derecho a poder ser elegido.

El derecho electoral es algo parecido a las leyes *imperii* que llamaba Bodino,¹⁸ que estaban por encima del soberano, como las leyes de sucesión. Porque el derecho electoral y sus leyes son las que más duran, ya que para cambiar las leyes electorales se necesita la mayoría parlamentaria, y esta mayoría lo que menos quiere es cambiar aquellas leyes por las cuales llegó al poder.

Hay dos grandes sistemas electorales:

1. El sistema electoral mayoritario, como el inglés, donde la gente elige al diputado que quiere para su jurisdicción uninominal.

¹⁸ Bodino, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1937, p. 102.

2. El sistema electoral proporcional, como el español o el mexicano, donde la gente vota no por personas sino por las listas de los partidos para jurisdicciones plurinominales.

Estos sistemas electorales han dado origen a dos tipos de democracia:

- I. La democracia de consenso.
- II. La democracia de oposición o tipo Westminster.

En la democracia de consenso, producto del sistema proporcional, el Parlamento es muy plural, y se necesita consensuar porque es difícil conseguir mayoría absoluta, y cuando se cede en el nombre del consenso, se pierde en la representación. Esto genera que a nivel horizontal, en las cúspides se creen elites políticas despegadas de las bases electorales. Estas alianzas entre partidos políticos provocan tránsito de favores, que terminan acercando más a un diputado socialista con otro no socialista, que el diputado socialista con un socialista no diputado.

Esto decepcionó mucho a la gente porque promueve:

1. La abulia política.
2. La democracia participativa.

El modelo tipo Westminster promueve que en el Parlamento exista el bipartidismo. Asunto que recoge el acta de ministros de la Corona. Aquí se legisla la leal oposición a Su Majestad, en donde no existe la posibilidad de los consensos entre partidos o alianzas. El líder del gobierno y el líder de la oposición tienen el mismo sueldo y el mismo rango dentro del Parlamento.

En este Parlamento se habla para el pueblo, y la opinión pública y el líder de la oposición se dedican sistemáticamente a oponerse, tratando de descalificar al gobierno.

El problema en la democracia de consenso, o también llamada “democracia continental”, es el pluralismo político, que termina asfixiando a la democracia representativa en el intento de querer superar ese mosaico de fuerzas y esa sopa de siglas de los partidos políticos.

En la democracia de oposición o de tipo Westminster funciona el principio *first pass the post* ya mencionado. Es un sistema de grandes ganadores y grandes perdedores, donde el partido en el gobierno siempre tendrá ma-

yoría en el Parlamento. La desventaja es que durante el periodo del primer ministro los británicos tendrán que soportar el rodillo del partido en el gobierno. La ventaja es que no se necesitan alianzas para gobernar, y que se cumple uno de los propios fundamentales del Parlamento: la transparencia, ya que con las alianzas los ciudadanos no saben qué se terminó pactando y bajo qué criterios los están gobernando.

Con este sistema Inglaterra ha tenido el problema de los burgos podridos y el problema de la creación sesgada de distritos electorales (*gerrymandering*).

Con este sistema puede suceder que un candidato teniendo más votos populares o nominales que otro, sin embargo pierda las elecciones. Esto es lo que se conoce como el “déficit mayoritario” de los sistemas *first pass the post*.

Giovanni Sartori en su libro *Ingeniería constitucional comparada* le dedica un apartado al tema del *gerrymandering*.¹⁹

Este tema, que fue objeto de manipulación de gente poderosa y rica que se dedicaba a la política, afortunadamente se ha ido limitando.

En este sistema capitalista, que es un sistema de lo más centrífugo que existe, donde cada uno busca su propio bien, se aplica el principio de mayoría, que es uno de los principios más centrípetos que hay, en donde la opinión de la mayoría se traduce en la opinión del pueblo, en la opinión de todos.

Los partidos políticos cuando nacen reclaman representatividad, son partidos antisistema, de izquierda, que se identifican con la idea de clase social, por lo que significa una agresión la manera como se venía haciendo política en el Parlamento con aquella retórica del interés de la nación; los partidos dirán: el momento no es un interés de la nación, sino el interés de los obreros el que nos preocupa.

Desde principios del siglo XX hasta los años setenta los partidos políticos llenaron de representatividad el Parlamento, y el Ejecutivo se tuvo que replegar. Después de los años setenta el Parlamento se vació de contenido, y el Ejecutivo comenzó a invadir jurisdicciones. Antes los partidos eran una forma de vida, y ahora los partidos lo que quieren es ganar elecciones; para esto se desideologizan, con lo cual dejan de ser foros de auténtico debate, y se convierten en algo parecido a las agencias de *marketing*.

Esta cultura materialista y desinteresada de la justicia social, en buena parte tiene su origen en la idea del *self made man* el hombre que se hizo a sí

¹⁹ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 22.

mismo. Ésta es la idea del sajón capitalista, que piensa: “como yo no le he robado a nadie, y he trabajado duro por mí mismo, por lo tanto no le debo nada a nadie”; esta gente tiene una gran carencia de conciencia social.

El último punto que tocaré en esta ponencia es cómo se combina la igualdad con la proporcionalidad en un sistema electoral de consenso. Esta aparente contradicción se resuelve con el uso de la siguiente fórmula que las democracias de tipo continental suelen emplear: “un hombre, un voto, un valor” en una misma circunscripción.

En México, como en España, donde se utiliza la fórmula arriba señalada, se ha favorecido sobre el criterio poblacional, el criterio territorial, y por eso se toma como criterio a la circunscripción electoral, que en México será la entidad federativa, y en especial el municipio, donde se cumple aquello de “un hombre, un voto, un valor” en una misma circunscripción.

No tiene el mismo valor un voto en Madrid o Barcelona que en Soria o Ávila, como no es lo mismo un voto en Tepic, Nayarit, que en Ciudad Neza, Estado de México. Siendo en teoría un sistema proporcional, en la práctica no lo es, y los ciudadanos no quedan debidamente representados. Estas desproporciones, así como estas desigualdades, son fruto de nuestra Ley Orgánica de Derecho Electoral.