



Revista de Garantismo y Derechos Humanos



Año 6, Número 12
Julio - Diciembre 2022
ISSN: 2448-833X



REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 12, JULIO-DICIEMBRE 2022
ISSN 2448-833x
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO POLÍTICAS

Dirección de la revista

Dr. Serafín Ortiz Ortiz. Director
Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Editor responsable
Pas. Julio Martínez Hernández. Asistente editorial

Equipo técnico

Martín Méndez Rodríguez
Julio Martínez Hernández
Elian Ramírez Palma
Cinthya Ávila Díaz

Revista de Garantismo y Derechos Humanos, núm. 12, julio-diciembre 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, a través del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas. Av. Carretera Tlaxcala-Puebla, núm. 1, Col. La Loma Xicohtécatl, C.P. 90062, Tlaxcala, México, Tel. (01) 246 46 2 97 21, <https://revistagarantismoyddhh.uatx.mx>, garantismo.derechoshumanos@uatx.mx. Editor responsable: Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No.04-2016-102413052200-203, ISSN: 2448-833X, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

Consejo Editorial

Dr. Serafín Ortiz Ortiz
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dra. Elisabeth Almeda Samaranch
Universidad de Barcelona, Departamento de Sociología, España

Dr. Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma, Italia

Dra. Encarna Bodelón González
Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, España

Dr. José Luis Soberanes Fernández
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México

Dra. Tamar Pitch
Università degli Studi di Camerino, Departamento de Derecho, Italia

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Argentina

Dra. Marla Daniela Rivera Moya
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Fernando Tenorio Tagle
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Raffaele De Giorgi
Universidad de Salento, Facultad de Derecho, Italia

Dr. Paolo Comanducci
Universidad de Génova, Departamento de Jurisprudencia, Italia

Dr. José María Soberanes Díez
Universidad Panamericana, México

Dr. Carlos Conover Blancas
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México

Mtra. Laura Yolanda Vázquez Vega
Escuela Nacional de Antropología e Historia, México

Consultores internos

Carlos González Blanco / José Zamora Grant / Leopoldo Rolando Arreola Ortiz / Luis Armando González Placencia / Raúl Ávila Ortiz / Susana Thalía Pedroza de la Llave / Genaro Carnero Roque / Omar Sánchez Vázquez

REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 12, JULIO-DICIEMBRE 2022 ISSN 2448-833x

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA, CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICO POLÍTICAS

SUMARIO TABLE OF CONTENTS

ARTÍCULOS / ARTICLES

¿Excarcelaciones fáciles o conciencia colectiva? Una crítica garantista de la antimafia tradicional en Italia

Easy releases or collective consciousness? A guaranteebased critique from the traditional antimafia in Italy
Vincenzo Scalia..... pp. 5-24

Arraigo en México: Violación del Derecho Internacional

Arraigo in Mexico: violation of international law
J. Julio Martínez Hernández..... pp. 25-44

La hermenéutica analógica como método de interpretación constitucional

Analogical hermenentic as a method of constitutional interpretation
Franz de Rubens von Sparr..... pp. 45-74

“Por la licencia de cualquier fandango u otra diversión, un real”. Las propuestas de propios y arbitrios de los Ayuntamientos constitucionales de la Subdelegación de Beneficios Bajos, Yucatán (1813-1814)

“For the license of any fandango or other entertainment, a real”. The Proposals of Propios and Arbitrios of the Constitutional Town Councils in the Sub-Delegation of Beneficios Bajos, Yucatán (1813-1814)
Carlos Conover Blancas..... pp. 75-94

Perspectiva de discapacidad frente a la Constitución de la Tierra. Crítica a la concepción ferrajoliana

Perspective of disability in front of the Constitution of the Earth. Criticism of the Ferrajolian conception
Gabriela Hernández Islas..... pp. 95-118

¿A qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa?
El caso de México

What are the real interests behind the instauration and increase of the ex-officio preventive detention? The case of Mexico

Daniel Juárez Hernández..... pp. 119-134

TEXTO HISTÓRICO / HISTORICAL STUDY

“Con Acuerdo de la Real Audiencia”. El Tribunal de la Acordada: breve acercamiento a los
orígenes, funcionamiento y disolución de una institución novohispana excepcional

*"With Agreement of the Real Audiencia". The Acordada Tribunal: a briefs approach to the origins,
operation and dissolution of an exceptional New Spain institution*

Sebastián Daniel Ojeda Bravo..... pp. 135-152

RESEÑAS / REVIEWS

Sobre José Luis Soberanes Fernández y Serafín Ortiz Ortiz. *Nuevas visiones e interpretaciones del
proceso emancipador, 1821-2021*

Carlos Arellano González..... pp. 153-158

**¿Excarcelaciones fáciles o conciencia colectiva?
Una crítica garantista de la antimafia tradicional en Italia**

**Easy releases or collective consciousness? A guaranteebased critique from the
traditional antimafia in Italy**

Vincenzo Scalia
Università degli Studi di Firenze
vincenzo.scalia@unifi.it

Fecha de recepción: 24 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2022

Resumen:

La crisis desencadenada por la emergencia del COVID también afectó al ámbito penitenciario, provocando, en marzo de 2020, varios episodios de descontento en diversas cárceles del país. Esta contribución pretende ser una reflexión sobre el estrecho vínculo que existe, desde hace treinta años, entre el movimiento, las políticas y los discursos antimafia por un lado y la justicia penal por otro. Partiendo de las emergencias como aglutinante de la política y la sociedad italianas, intentaremos examinar la relación entre antimafia y justicialismo tratando de mostrar cómo las medidas de emergencia, en particular el 41 bis y la cadena perpetua, además de no ser efectivas en el plan de lucha contra las organizaciones criminales, tienen el doble efecto tanto de crear una cohorte de empresarios morales como de reproducir las violaciones de derechos humanos que conlleva el justicialismo, tanto de forma directa, hacia los condenados al 41 bis y cadena perpetua, como de forma indirecta, hacia los presos

Summary:

The crisis triggered by the COVID emergency also affected the penitentiary sphere, causing, in March 2020, several episodes of discontent in various prisons throughout the country. This contribution is intended to be a reflection on the close link that has existed, for thirty years now, between the movement, policies and discourses on the anti-mafia on the one hand and criminal justice on the other. Starting from emergencies as the glue of Italian politics and society, we will try to examine the relationship between anti-mafia and justicialism trying to show how the emergency measures, in particular the 41 bis and the life imprisonment, in addition to not being effective on the plan of the fight against criminal organizations, have the double effect both of creating a cohort of moral entrepreneurs and of reproducing the violations of human rights that justicialism entails, both directly, towards those sentenced to 41 bis and life imprisonment, and indirectly, towards the inmates.

Palabras clave: Antimafia, Garantismo, Consciencia colectiva

Key words: Antimafia, guarantee based, collective consciousness

I. Introducción

La crisis desencadenada a raíz de la emergencia Covid tuvo también repercusiones en el ámbito penitenciario, provocando, en marzo de 2020, varios episodios de descontento en diferentes centros distribuidos por el territorio italiano. A la represión que los siguió, se le añadió un amplio despliegue mediática, que asoció las revueltas a una acción multi direccional por parte de la criminalidad organizada, provocando así un corte en los beneficios de los que los detenidos condenados por asociación ilícita de carácter mafioso tendrían derecho por ley.¹

Sectores del asociacionismo antimafia se movilizaron contra las que consideran ‘excarcelaciones fáciles’, encontrando amparo en el conductor televisivo Massimo Giletti, sobre quien opinaría el boss de Cosa Nostra² Filippo Graviano. Las afirmaciones de este último fueron consideradas como amenazas, hasta el punto de llevar a la Policía a ponerle un guardaespaldas al conductor televisivo. Este episodio fue lento, por parte de la opinión pública más favorable a mantener las medidas de emergencia contra la criminalidad organizada, como la prueba de la hegemonía que las mafias ejercitarían dentro del universo carcelario, hasta el punto de empujar al Ministro de la Justicia a firmar un decreto contra las ‘puestas en libertad fáciles’.³

Esta aportación quiere ser una reflexión a propósito del estrecho vínculo que sigue existiendo, hará ya unos treinta años, entre el movimiento, las políticas y los discursos sobre la antimafia, por un lado, y el justicialismo penal, por el otro. A partir de las emergencias como el aglutinante de la política y de la sociedad italiana, se pasará a examinar la relación entre antimafia y justicialismo tratado de muestras de qué modo las medidas de emergencia, a partir del 41-*bis* y de la prisión permanente no revisable, además de no ser eficaces de cara a la lucha contra las organizaciones criminales, surten un doble efecto: el de crear una cohorte de emprendedores morales⁴ y el de reproducir las violaciones de los derechos humanos que el justicialismo comporta, tanto directamente, hacia los condenados al 41-*bis*, como indirectamente, hacia los

¹ Cfr. *La Repubblica*, 4 de junio de 2020, disponible en: https://www.repubblica.it/cronaca/2020/06/04/news/mafiosi_scarcerati_la_funzionaria_che_ha_firmato_di_routine_finisce_sul_banco_degli_imputati-258397672/.

² Cfr. *Il Fatto Quotidiano*, 10 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/massimo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-graviano-dal-carcere/5895486/>.

³ Cfr. *La Repubblica*, 5 de agosto de 2020, disponible en: https://www.repubblica.it/politica/2020/09/30/news/bonafede_carceri_boss-268966929/.

⁴ BECKER, H., (1963) *Outsiders*, Glencoe, Free Press.

detenidos. En particular, el estudio se centrará en los procesos de construcción social de la antimafia⁵ en relación con la penalidad, utilizando el recurso a la conciencia colectiva como instrumento de cohesión social, tal y como analiza Emile Durkheim.⁶

En las conclusiones, se tratará de confirmar el nexo existente entre eficiencia y respeto de los derechos fundamentales como fundamento de los Estados de derecho,⁷ así como la necesidad de un cambio social que vaya más allá de la aplicación de medidas represivas como medio para contrastar la criminalidad organizada.

II. Las emergencias y la mafia ‘tardía’

Giorgio Agamben⁸ asimila la categoría de emergencia a la de estado de excepción delineada por Carl Schmitt,⁹ es decir como una suspensión de las garantías constitucionales en beneficio de una concentración de los poderes de decisión en las manos del soberano. Por consiguiente, una drástica limitación de las libertades fundamentales, o, por lo menos, se crea una condición de desequilibrio dentro de las garantías del Estado de derecho. La creación de las emergencias se enmarca dentro de la conflictualidad política. En respuesta a las problemáticas delineadas por un fenómeno social, algunos grupos en condiciones de movilizar recursos materiales y simbólicos definen el fenómeno como emergencia, hasta evocar la adopción de medidas de contención, que puntualmente se aplican tras hechos que ejercitan un fuerte impacto emotivo en la opinión pública. Las medidas que suelen adoptarse surten el efecto de desplazar o eliminar el problema hasta la aparición de una nueva emergencia.

En el caso italiano, después de la Segunda Guerra Mundial nos encontramos una y otra vez ante una creación constante de desequilibrios entre el marco constitucional y las legislaciones especiales adoptadas para hacer frente a las emergencias, detrás de las cuales se esconden transformaciones sociales que la esfera política se muestra incapaz de gobernar a través del uso de los instrumentos habituales. Fue así entre la posguerra y los años setenta, cuando, a raíz de la guerra fría, la Constitución republicana recién aprobada tuvo que convivir con el aparato de Estado y legislativo heredados del régimen fascista,¹⁰ además de frenar la institución de la

⁵ BERGER, P., y T. Luckmann, *La Realtà come Costruzione Sociale*, Bolonia, Il Mulino, 1978.

⁶ DURKHEIM, E., *La divisione del lavoro sociale*, Milán, Edizioni di Comunità, 1971.

⁷ FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

⁸ AGAMBEN, G., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Roma, Quodlibet, 2020.

⁹ SCHMITT, C., *Le categorie del politico*, Bolonia, Il Mulino, 1984.

¹⁰ FRANZINELLI, M., *L'ammistia Togliatti*, Milano, Feltrinelli, 2016; DELLA PORTA, D., y REITER, H., *Polizia e Protesta*, Bolonia, 2003 y MULINO, Il., y GINSBORG, P., *Storia d'Italia 1943-1989*, Turín, Einaudi, 1992.

descentralización administrativa o de órganos como la Corte Constitucional. Los años setenta vieron una alternancia entre reformas y emergencias. Por un lado, la reforma del derecho de familia, la introducción del aborto y del divorcio, el cierre de los manicomios, la reforma penitenciaria de 1975, la reforma del derecho de los menores, así como del Estatuto de los trabajadores, fueron pasos significativos hacia adelante hacia una implementación de los derechos fundamentales. La compensación de subjetividades libertarias, de instancias radicales, de reivindicaciones sociales planteadas, logró atenuar la gestión de emergencias de la vida pública, y a poner sobre la mesa cuestiones relevantes como la emancipación femenina. Por otro lado, sin embargo, y tras la crisis económica de 1973, tras la ruptura entre los movimientos y los partidos históricos, las tensiones sociales se agudizaron. Su evolución hacia manifestaciones extremas dio lugar a una contraposición a partir de la cual se aprobaron varias medidas restrictivas en términos de orden público, como la Ley “Reale”¹¹ (1975),¹² que aumentaba los poderes de las fuerzas de policía, la ley Cossiga de 1982, que introducía la legislación que premiaba a los colaboradores con la justicia, además de una serie de leyes introducidas al día siguiente de la trágica conclusión del secuestro de Aldo Moro, que reducían sensiblemente los derechos de los imputados.¹³

El fin de la emergencia terrorismo, no sin algunas secuelas problemáticas, por ejemplo, relativas al uso de la tortura hacia los militantes de los grupos armados,¹⁴ dio espacio para una nueva emergencia. Ya agotadas las tensiones sociales, la atención se dirigió hacia las organizaciones criminales, en particular hacia Cosa Nostra, es decir, la mafia siciliana. A la construcción de este nuevo espacio de emergencia, se llega sin el contrapeso de movimientos que atenúen el alcance que, a largo plazo, se traducirá en la implementación de políticas autoritarias y en la producción de emprendeduría moral vinculada a la antimafia. La derrota del movimiento obrero tras los 35 días de Mirafiori de 1980,¹⁵ la disolución de los movimientos de los años anteriores en pequeños grupos, la difusión de la heroína, vacían la plaza pública de nuevas potenciales subjetividades, mientras la cuestión mafiosa se abre camino como nueva emergencia.

La mafia, en el sentido de criminalidad organizada siciliana, se convierte en una emergencia después de más de cien años de la unidad nacional. El problema se presenta y se

¹¹ Oronzo Reale fue el Ministro que la propuso.

¹² MORONI, P., y BALESTIRNI, N., *L'orda d'oro*, Milán, Feltrinelli, 1998.

¹³ DELLA PORTA, D., “Le Brigate Rosse”, en *Annali della Storia d'Italia*, Turín, Einaudi, 1993.

¹⁴ PETTE, G., *La mappa perduta, Vol. I*, Roma, Sensibili alle Foglie, 1994; GONELLA, P., *La Tortura in Italia*, Roma, Derive Approdi, 2013.

¹⁵ POLO-G SABATTINO, *Restaurazione all'Italiana*, Roma, Manifestolibri, 1993.

afronta principalmente como una cuestión de orden público y mediante la aprobación de medidas represivas, que, además de ignorar, como se verá más adelante, el carácter polimorfo de las organizaciones criminales, no afronta las cuestiones relativas a la organización social y las relaciones económicas que sigue habiendo en las zonas llamadas tradicionales¹⁶ de origen y arraigo de la criminalidad organizada.

III. Mafias y corrupción. Las nuevas emergencias y el securitarismo

El 30 de enero de 1992, el Tribunal/Corte de Casación confirma las condenas del Maxiproceso contra Cosa Nostra celebrado entre 1986 y 1987. Por primera vez, desde la unificación de Italia, una sentencia confirma oficialmente la existencia de una organización criminal. La sentencia del Tribunal de Casación, sin embargo, está destinada a desencadenar procesos de alteración en los equilibrios políticos existentes, puesto que, pocas semanas después, con el estallido del escándalo de ‘Tangentópolis’, relacionado con la corrupción política,¹⁷ la República Italiana atraviesa la peor crisis de legitimidad desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Los partidos clave de la coalición de gobierno, la DC y el PSI, se descomponen a causa de las acciones de la magistratura, mientras el 23 de mayo y el 19 de julio de 1992, en los atentados de Capaci y de via D’Amelio, son asesinados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, los dos jueces más a la vista en las investigaciones contra la criminalidad organizada siciliana. Algunos publicistas¹⁸ colocan en ese periodo controvertido la estipulación de un acuerdo informal entre estado y mafia siciliana, a partir de la cual tendrían lugar algunos equilibrios políticos que darían vida a la segunda república. En realidad, a raíz de los atentados via D’Amelio de Capaci, así como los de 1993 en Florencia, Roma y Milán, y de Tangentópolis se crea un corto circuito entre actividades subversivas, demanda de seguridad y respuesta represiva, que inaugurarán la adopción de medidas restrictivas (Figura 1): se vuelve más riguroso el 41-*bis*, la posibilidad de aprobar medidas de indultos queda subordinada a la consecución de una mayoría parlamentaria de cuatro quintos, se perfecciona la categoría de concurso externo de asociación mafiosa para enmarcar en el plano penal las relaciones entre la criminalidad organizada y la política. Asimismo, el artículo 4-*bis*, introducido con la ley 152 de 1991), se endurece todavía más con la disposición legislativa 356 de 1992, que instituyó la cadena perpetua/prisión permanente no revisable. Al principio, Giovanni Falcone, en calidad de Director de los Asuntos Penales del Ministerio de Gracia y

¹⁶ SCIARRONE, R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, Donzelli, 2006.

¹⁷ NELKEN, D., *Tangentopoli*, in M. Barbagli, U. Gatti (ed.) *La criminalità in Italia*, pp. 54-72, Bologna, Il Mulino, 2002.

¹⁸ TORREALTA, M., *La Trattativa*, Milán, Rizzoli, 2002.

Justicia, había impulsado la introducción del 4-*bis* como incentivo de cara a la colaboración de los imputados en los procesos a la criminalidad organizada. Después del atentado de Capaci, los objetivos del artículo quedan alterados, dado que la modificación introducida subordina la concesión de los beneficios de ley solamente para los condenados que aceptan seguir el camino de los colaboradores de justicia. En este contexto, se refuerza la centralidad de la magistratura, que se convierte a partir de ese momento el auténtico convidado de piedra de la política italiana.

CORRUPCIÓN	CRIMINALIDAD ORGANIZADA	SEGURIDAD/MORALIDAD
<ul style="list-style-type: none"> • PRISIÓN PREVENTIVA • REDUCCIÓN AMNISTÍA 	<ul style="list-style-type: none"> • 41 BIS • CONCURSO EXTERNO • CADENA PERPETUA/PRISIÓN PERMANENTE NO REVISABLE 	<ul style="list-style-type: none"> • AUMENTO DE LOS APARATOS REPRESIVOS • REDUCCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Figura 1

Más allá de las maniobras que se llevaron a cabo (o no) entre bastidores, es evidente que el bienio que va desde Tangentópolis hasta las elecciones del 27 de marzo de 1994, establecen un nuevo paradigma de emergencia. La categoría de la seguridad se eleva a un papel hegemónico en la agenda política, de la cuestión migratoria. Es a partir de los años noventa cuando el número de detenidos crece de manera exponencial, hasta alcanzar las 67.000 unidades respecto a las 25.000 de 1990.¹⁹

El gobierno de las cuestiones sociales encuentra en el uso del recurso penal su respuesta inmediata, calibrada según las distintas gradaciones de la criminalidad, desde los crímenes callejeros hasta los de guante blanco. A la desestructuración del orden social basado en la gran industria, al declino económico que se había acentuado en los años noventa,²⁰ más que con el desarrollo de políticas económicas alternativas, se prefirió responder con la identificación de chivos expiatorios y la creación de esquemas binarios, que desembocaron en el populismo securitario y penal actual.

Mientras que a nivel de imaginario colectivo proliferan los programas televisivos que giran en torno a situaciones de magistrados y policías, los programas de información hacen de la corrupción y de la criminalidad organizada el objeto principal de su interés, con el objetivo de

¹⁹ ANASTASIA, S., y GONELLA, P., (ed.) *Le nostre prigioni*, Roma, Carocci, 2002.

²⁰ GALLINO, L., *La scomparsa dell'Italia industriale*, Turín, Einaudi, 2003.

aumentar su popularidad. A través del instrumento televisivo se obtiene una osmosis mediática, formada por periodistas, activistas, productos mediáticos, conductores televisivos, magistrados, cuyos roles a menudo se solapan en nombre de la lucha a los negocios sucios y a la criminalidad organizada.²¹ El esquema en todo momento está orientado hacia el sensacionalismo, de lo que resulta una representación maniquea del mundo, con el mal que puede ser derrotado tan solo a través de la persecución de una 'legalidad' que consiste en el aumento de los poderes represivos e investigativos de las fuerzas del orden y de la magistratura, necesario para desmontar el entramado casi perverso entre hampa, política, empresarios y criminalidad organizada. Dentro de este cuadro, el espacio para análisis alternativos, por ejemplo, de cara a explorar la relación entre mafias y prohibicionismo, o para medir la eficacia de las medidas antimafia tomadas en cada ocasión, brilla por su ausencia, y las pocas voces críticas son acusadas de ser indolentes/permisivos, filo-mafiosos, o de deshonorar la memoria de las víctimas de la mafia. Estas críticas a menudo rehuyen la confrontación con la realidad también para salvaguardar un abanico de profesionalidades difundidas que se fueron construyendo y estructurando a lo largo de los años en el ámbito de la antimafia: asociacionismo, academia, mundo de la política, forman parte del mismo. En particular, de adopta la actitud instrumental de atrincherarse detrás de los nombres de Falcone, Borsellino y las víctimas de la criminalidad organizada, aspirando a ser los continuadores de su obra y de su enfoque, muy a menudo de manera inapropiada. En el próximo apartado pasaremos a profundizar este aspecto, con referencia al 41-*bis* y la cadena perpetua/prisión permanente no revisable.

IV. Art. 41-*bis* y cadena perpetua/prisión permanente no revisable ante la prueba del Covid-19: entre eficacia y derechos

La versión anti-mafiosa²² tradicional se basa en la tesis de que, desde el momento en que Italia se encuentra atrapada en la trampa de una alianza oculta entre política corrupta, empresariado confabulado y criminalidad organizada, de la cual deriva una emergencia que requiere la implementación de medidas represivas de especial severidad. El 41-*bis* y el 4-*bis*, para los partidarios de esta línea, representan auténticas perlas que hay que insertar dentro de la retórica Estado/antiestado, a partir de las cuales reforzar la cadena de la legalidad. En particular, la anti-mafia tradicional, se sirve de de los atentados mafiosos y del hecho que fuera el mismo Falcone quien impulsó la implementación del 4-*bis*. Los presupuestos son del todo capciosos, puesto que

²¹ El caso de Roberto Saviano, quizás, es el más famoso di todos. Véase DAL LAGO, A., *Eroi di carta*, Roma, Manifestolibri, 2009.

²² GOMEZ, P., y TRAVAGLIO, M., *L'odore dei soldi*, Roma, Editori Riuniti, 2001, constituye un ejemplo de este género político-literario.

el juez palermitano hacía del escepticismo su propia clave operativa,²³ pero, sobre todo, había introducido el 4-*bis*, como ya se ha discutido, no con una finalidad intimidatoria, a pesar de ser contradictorias con el artículo 27 de la Constitución, sino con el objetivo de incentivar la colaboración de la justicia. Este artículo, junto con el 41-*bis*, merece analizarse en profundidad. A la luz de las denuncias de las que ha sido objeto Italia por el uso del 41-*bis*,²⁴ así como de una comparación con la situación actual, algunas reflexiones críticas deben emprenderse sin falta.

En primer lugar, el uso del 41-*bis* no ha conducido a una derrota, o a una disminución, de las organizaciones criminales. Si por un lado es cierto, como aseguran los órganos de investigación más respetados, que en Cosa Nostra siciliana ha habido una disminución,²⁵ por el otro se habla cada vez más de la Ndrangheta calabresa y de la Camorra campana como de las organizaciones criminales más agresivas del momento. Este cambio de los actores criminales más peligrosos debería por lo menos conducir a una revisión de las medidas de contraste. Las organizaciones criminales italianas denotan orígenes y evoluciones distintas, y la criminalidad organizada siciliana, verdadera industria de la violencia de la clase media,²⁶ representa entre ellas una, si bien significativa, excepción. Relaciones muy estrechas con el empresariado y la política y protecciones internacionales se inscriben de hecho en las peculiaridades del contexto siciliano, y, en particular, en las condiciones de la posguerra mundial. Ya casi desaparecidas estas condiciones, sería necesario plantearse el problema de si las medidas tomadas para contrastarla son eficaces o no contra un fenómeno que hoy se presenta en términos del todo diferentes.

En segundo lugar, el ejercicio de la legalidad en un Estado que se define de derecho, debe necesariamente manifestarse tanto dentro del marco constitucional como a partir de prerrogativas que se asumen las varias instituciones.

Respecto al 41-*bis* puede asumirse como emblemática la sentencia emitida por el Tribunal de Vigilancia de Sácer el 23 de abril de 2020: esa representa una prueba de fuego de la implementación de las políticas penales²⁷ que sería necesario tener en cuenta. El detenido D, condenado a veinte años de reclusión por asociación para delinquir de carácter camorristico,

²³ Famosas sus bromas sobre el tercer nivel: “se esistesse, basterebbe James Bond a togliercelo” [si existiera, sería suficiente James Bond para quitárnoslo], e sobre los avisos de inculpación: “non si può tirare una coltellata tanto per” [no se puede asestar una puñalada solo por gusto]. Véase BIANCONI, G., *L’assedio. Troppi nemici intorno a Giovanni Falcone*, Turín, Einaudi, 2017.

²⁴ Parlamento Europeo (2003). Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión europea (2003/2188(INI), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0094_IT.html?redirect.

²⁵ Como se desprende de los informes de la Direzione Investigativa Antimafia, disponibles en: <https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/relazioni-semestrali/>.

²⁶ FRANCHETTI, L., Franchetti y SONNINO, S., *Inchiesta sulla Sicilia*, Florencia, Vallecchi, 1876.

²⁷ Tribunal de Sácer, r.o.115, 23/04/2020.

recluido en la cárcel de Sácer, al principio de la pandemia presentó instancia de aplazamiento de la pena, motivándolo con sus condiciones de salud críticas y con el riesgo de empeoramiento a raíz de la aparición de la pandemia.²⁸ El detenido, cuyas condiciones de salud ya eran críticas debido a una operación, teme que, a raíz del brote de pandemia, sus condiciones de salud puedan empeorar seriamente. Además, cabe la posibilidad de que deba interrumpir su terapia fuera del centro, debido a la reconversión de los pabellones de hospital en unidades Covid, que también tiene lugar en la ciudad sarda y que harían difícil el seguimiento de las curas. Son estas motivaciones, junto con el acercarse de la fecha de excarcelación, las que empujan a D a solicitar el aplazamiento de la pena.

El resultado de la cuestión anterior, si se sigue el principio de la legalidad y de los derechos de los detenidos, se daría por supuesto, con la necesidad de tutelar la salud del detenido, en un contexto personal caracterizados por condiciones críticas, y las problemáticas planteadas por la pandemia. No en vano, el mismo Departamento de la Administración Penitenciaria, en su circular del 21/3, pedía que se indicaran los detenidos que presentaban condiciones de salud de riesgo, con la finalidad de considerar un aplazamiento de la detención, una petición que incluía también a los detenidos con el régimen de 41-*bis*. La sentencia emitida por el Tribunal de Vigilancia de Sácer acogió la petición del detenido, apelando al derecho a la salud, una prerrogativa garantizada constitucionalmente a todos los ciudadanos, y que la reforma introducida por la ley 230/99, equiparando la asistencia sanitaria de las cárceles a la nacional, ha hecho que pueda ser usada del mismo modo por los detenidos. Los jueces de Sácer se movieron dentro del cauce constitucional, en la medida en que conjugaron el artículo 27 de la Constitución (función resocializadora/rehabilitadora de la pena) con el artículo 32 (derecho a la salud).

V. Comunidades de cómplices y empresariado moral. El caso Giletti

Consideraciones análogas se pueden hacer sobre la cadena perpetua/prisión permanente no revisable. Introducida en 1991, modificada en 1992, cabe considerar un instituto fundamental a efectos de la lucha contra la criminalidad organizada. Según la ordenanza 97/2021,²⁹ los condenados a prisión permanente no revisable constituyen la aplastante mayoría de quien cumple la sentencia de por vida, 1.271 de un total de 1.800, es decir más de dos tercios. A pesar de que desde vastos sectores del ámbito anti-mafia, que incluyen el asociacionismo, sectores de la magistratura, exponentes de las fuerzas políticas, familiares de las víctimas, desde hace años

²⁸ *Ibid*, p. 3.

²⁹ Tribunal Constitucional, Ordenanza del 11 de mayo de 2021, núm. 97.

se equipare la abolición de la cadena perpetua no revisable a una actitud laxista respecto a las organizaciones criminales,³⁰ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), acogiendo el recurso de un detenido, puso de relieve algunas contradicciones inherentes a la cadena perpetua/PP no revisable: en primer lugar, se pone en duda la sinceridad en la colaboración,³¹ obtenida no a raíz del objetivo por parte del detenido de reformarse, sino con la finalidad instrumental de tener acceso a los beneficios previstos por la ley. Asimismo, la elección de colaborar, podría representar un peligro para los familiares del detenido, que estarían sujetos a potenciales represalias por parte de las organizaciones criminales. Por último, el TEDH, subraya otro aspecto, presente también en la ordenanza n. 97/2021 de la Consulta. Se trata de la correlación lineal entre reformarse y arrepentirse, desde el momento en que “una revisión crítica del comportamiento criminal”³² representa un aspecto distinto de la colaboración de justicia.

Los condenados por delitos de mafia, por tanto, pueden optar por abandonar los valores, los objetivos y los estilos de vida relacionados con su pertenencia a la organización criminal sin por ello declarar a la magistratura lo que saben de las responsabilidades penales de los demás miembros de la misma. Este enfoque representa un punto de ruptura significativo con la idea que hay detrás de la aplicación de la justicia penal en Italia respecto al papel de los colaboradores de justicia. Desde los años setenta, cuando la sub-cultura católica, de acuerdo con la necesidad de contrastar las organizaciones armadas, inspiró la legislación que premiaba, basada en los llamados “pentiti”, la correlación entre abandono de la organización y denuncia de los ex amigos/compañeros siempre se ha dado por descontada. No importan las potencialidades instrumentales que conlleva, además de las diferencias de trato que derivan de ello a nivel penal. La sentencia del TEDH, junto con la ordenanza del Tribunal Constitucional, podría por fin facilitar el punto de partida para llevar a cabo una reforma del procedimiento penal más orientado hacia los derechos que hacia las garantías.

En el contexto italiano, el populismo penal también se manifiesta pasando por encima de los procedimientos enmarcados en las leyes y de los derechos de los detenidos, incluso de la Constitución, desde el momento en que el 41-*bis* constituye uno de los principales totem en torno al cual desde hace unos treinta años se celebra el ‘rito de la legalidad’, entendido como la aprobación y la implementación de medidas marcadamente represivas y perjudiciales de la

³⁰ Cfr. *Antimafia Duemila*, 9 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.antimafiaduemila.com/home/mafienews/261-cronaca/76066-gratteri-su-ergastolo-ostativo-sentenza-devastante-buttiamo-150-anni-di-antimafia.html>; *Il Fatto Quotidiano*, 24 marzo 2021, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/03/24/ergastolo-ostativo-mariafalcone-non-indeboli-re-norme-costate-sangue-salvatore-borsellino-cosi-e-una-resa-alla-mafia/6144597/>.

³¹ TEDH, sentencia 13/06/2019, *Viola vs. Italy*, p. 3.

³² Tribunal Constitucional, *op. cit.*, p. 5.

legalidad. La misma dinámica se había desencadenado en ocasión de la petición de aplazamiento de la pena presentada por los viejos capos corleoneses Bernardo Provenzano y Salvatore Riina, ya casi al final de sus vidas, alrededor de las cuales se desató un galimatías justiciero, empujando a los magistrados de vigilancia a rechazar el aplazamiento de la pena. Las motivaciones de la continuada peligrosidad social se habían mezclado/sumado en aquella ocasión con la tendencia punitcionista procedente de vastos sectores de la opinión pública. Por muy atroces que hubieran sido los crímenes cometidos por Riina y Provenzano, su condición de enfermos terminales era de todas formas compatible con la petición de aplazamiento de la pena que habían solicitado a través de sus abogados. También en el caso del camorrista Pasquale Zagaria,³³ puesto en libertad por motivos de salud el 25 de abril de 2020, puede adoptarse el mismo planteamiento.

El Tribunal de Vigilancia, a diferencia de lo sucedido con Riina y Provenzano, había concedido el aplazamiento de la pena. También en este caso, como ocurrió en Sácer, se habían tenido en cuenta las condiciones de salud y el contexto pandémico, con los magistrados aplicando las leyes del Estado de Derecho. Sin embargo, el episodio desató en cambio la reacción de ese empresariado moral que hace del populismo penal su propia característica. El presentador de televisión Massimo Giletti, durante su programa televisivo, declaró que se avergonzaba de ser ciudadano italiano debido a la puesta en libertad de Zagaria, dando pie a una campaña mediática contra las excarcelaciones de los detenidos, llegando incluso a pedirle cuentas al entonces Ministro de Justicia/funcionario responsable del Tribunal de Vigilancia, que siguió adelante hasta organizar, en los programas sucesivos, una campaña contra las excarcelaciones fáciles detrás de las cuales estaría presente la mano de las mafias, listas a fomentar las revueltas en los institutos penitenciarios con la intención de facilitar sus fines³⁴. El Ministro/Funcionario hizo propia la campaña lanzada por el presentador televisivo, llevando al entonces director del DAP (Departamento de Administración Penitenciaria) a presentar su dimisión. Finalmente, Giletti recibió amenazas de parte del capo/boss palermitano Graviano,³⁵ por lo que fue necesario asignarle un servicio de escolta.

El episodio que se acaba de describir, suscita ulteriores reflexiones por lo que concierne la relación entre tutela de los derechos en el sistema penal y antimafia. Por encima de todo parece confirmar la validez del asunto durkheimiano acerca de la pena que es ‘buena’ porque

³³ Cfr. *Il Mattino*, 27 de abril de 2020, disponible en: https://www.ilmattino.it/spettacoli/televisione/massimo_giletti_non_e_l_arena_zagaria_boss_scarcerato_oggi-5195310.html.

³⁴ Cfr. *La7*, 3 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.la7.it/nonelarena/video/scarcerazioni-boss-gilettrispetto-tutti-ma-ci-scordiamo-i-diritti-delle-vittime-di-mafia-ci-03-05-2020-322807>.

³⁵Cfr. *Il Fatto Quotidiano*, 8 agosto 2020, consultable al sito: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/massimo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-graviano-dal-carcere/5895486/>.

protege a la sociedad. Por supuesto la protección proporcionada por la pena es completamente sigilosa, puesto que queda lejos de demostrarse la correlación entre la reclusión con el 41-*bis* de 1.800 personas, muchas de las cuales, por delitos relacionados con la criminalidad organizada, y su eficacia en la lucha contra estas últimas. Se trata más bien de un instituto de fuerte valor simbólico, cuya existencia da tranquilidad a la opinión porque garantizaría una cierta severidad en el trato reservado a los detenidos que sufren esa condena. Así pues, el 41-*bis* se ha convertido en un dogma, que no se puede poner en tela de juicio, incluso a costa de contradecir los principios del estado de derecho y negar la realidad. Por ejemplo, Giletti, afirma que el DAP dispone de estructuras adecuadas para atender a los detenidos dentro de los institutos penitenciarios, cuando en cambio desde hace años el asociacionismo evidencia la carencia crónica de recursos para tratamientos médicos en las estructuras carcelarias.³⁶ Además, el empresariado moral antimafioso, saca partido del paradigma de la víctima,³⁷ es decir de la existencia de una presunta simbiosis entre regímenes penitenciarios, en particular los duros, y tutela de las víctimas. A este planteamiento se le puede objetar que las víctimas están tuteladas gracias a la posibilidad de constituirse en parte civil, y no a través de la administración de justicia por parte del Estado, que afecta, si acaso, a toda la colectividad más que a un individuo en particular. Precisamente por este motivo, se correría el riesgo de contradecir el principio de igualdad si se afirmara que algunas víctimas deben tutelarse más que otras, en relación a los delitos sufridos, dando mayor espacio y atención a su sufrimiento respecto al vivido por las víctimas (o por sus familiares) de delitos que no están relacionados con la criminalidad organizada.

Como demuestra el caso de los delitos conectados con la violencia política, el universo de quienes han sido víctimas de esos delitos se configura un archipiélago irregular, dentro del cual maduran posturas diferentes: absolutizar, en detrimento de los principios del Estado de derecho, la equivalencia entre un enfoque punitivo y la tutela de las víctimas aparece por consiguiente solo un instrumento retórico populista.

La campaña contra las excarcelaciones en época de Covid, que las mafias habrían instrumentalizado, ha puesto en evidencia los problemas generados por las cruzadas a favor del 41-*bis*. Las revueltas en el interior de las cárceles de Módena y Santa María Capua Venere,³⁸

³⁶ *Cfr.* 15° Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, consultabile al sito: <https://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>.

³⁷ SIMON, J., *Il governo della paura*, Milán, Il Saggiatore, 2006.

³⁸ *Cfr.* *L'Espresso*, 29 de septiembre de 2021, disponible en: https://espresso.repubblica.it/inchieste/2021/09/29/news/carcere_modena_tortura_pestaggi_omissioni-319698782/; Radio Onda d'urto, 16 de diciembre de 2021,

ocurridas en primavera de 2020, reflejan la existencia de un malestar difundido entre la población detenida, catalizado por el miedo, que sin duda no necesitaba de la instrumentalización mafiosa. La cárcel, el 41-*bis*, por mucho que puedan tranquilizar a la opinión pública y legitimar la retórica de algunos empresarios morales, son lugares e instrumentos de exclusión, marginalidad y vejación. También en este caso, tanto Giletti como los emprendedores morales antimafiosos que giran alrededor de este enfoque, demuestran que ignoran las dinámicas que regulan el funcionamiento del universo carcelario. Dentro de las instituciones totales,³⁹ se crean relaciones de conocimiento, de solidaridad, tanto instrumentales como valoriales, dedicadas bien a la supervivencia en la cotidianidad, bien a la obtención de objetivos específicos, así como de tipo afectivo y valorial. En el caso de las excarcelaciones, en un contexto cuyas condiciones de vida son complicadas, como ocurre en el carcelario, aún más deteriorado tras la aparición de la pandemia, la repartición del objetivo entre los detenidos cabe cómodamente en la lista de las expectativas.

Otra reflexión hay que hacerla por lo que respecta la formación del empresariado moral en relación a la cuestión mafiosa, Howard Becker⁴⁰ reconocía a los emprendedores morales un cierto grado de espíritu reformador y un fuerte impulso moralizante, a partir del cual llamaban la atención del público sobre temas que no gozaban de especial atención. En el caso de la mafia, la relación se ha volcado: Giletti, como otros personajes públicos activos en este contexto, recurren a un tema probado, manido, como la anti-mafia, con la finalidad de adquirir una renta de posición. Allí donde los temas los llamados emprendedores morales periódicamente sacan temas difundidos a nivel público y se espesan los aspectos relativos al pánico moral, construyendo una nueva emergencia, la cuestión de las mafias, como la de securitarismo, constituye un tema ya desentrañado y desarrollado desde hace por lo menos treinta años. Se presenta como un repertorio del cual todos los actores a su alrededor en busca de renta de posición pública, sean políticos, intelectuales, presentadores televisivos, pueden inspirarse, declinando sus propios contenidos (es decir, la emergencia) y proponiendo las mismas soluciones (populismo penal). Asimismo, se antoja peculiar la reacción de la esfera pública, con el Ministro de Justicia, listo para recibir acriticamente una instancia instigada por un presentador televisivo llegando a la retirada de un subordinado directo suyo, adoptando por lo tanto una praxis completamente nueva: no había ocurrido nunca en la historia republicana, que un funcionario público fuera

disponible en: <https://www.radionadurto.org/2021/12/16/carcere-al-via-il-processo-per-i-fatti-di-santamaria-capua-vetere-108-tra-agenti-e-dirigenti-indagati-per-tortura-e-violenza/>.

³⁹ GOFFMANN, E., *Asylums*, Turín, Einaudi, 1971.

⁴⁰ BECKER, H., *op. cit.*, 1963.

retirado no por incumplimiento de sus responsabilidades profesionales, sino por petición de un presentador televisivo.

El desbordamiento del sensacionalismo mediático dentro de la esfera decisional llevó, para el agravio tanto de las medidas como de la legislación penal existente, a la anulación de las excarcelaciones. Este episodio revela un aspecto paradigmático de la sociedad italiana contemporánea: la no superación de la crisis de legitimidad desencadenada por Tangentópoli, combinándose con las crisis económicas de 2001 y de 2008 y con la pandemia de 2020, se traduce en la constante construcción de esa ‘comunidad de cómplices’ a la que se refiere Zygmunt Bauman.⁴¹ Se intenta contrarrestar las fuerzas centrífugas compactándose alrededor de un chivo expiatorio, sobre el cual proyectar todas las ansiedades e inquietudes que atraviesan el cuerpo social. La penalidad, en el caso italiano declinada a través del uso de la categoría de la emergencia, representa el instrumento principal para superar esta anomia durkheimiana, por su potencialidad de trazar y confirmar las fronteras. Nótese cómo en este proceso la criminalidad organizada representa el medio, no el auténtico fin, que está representado por la existencia y la implementación de las medidas protectivas. La política acepta desempeñar un papel pasivo, limitándose a hacer de caja de resonancia de los clamores mediáticos, atestiguando el agotamiento de la representación, el deterioro del tejido asociativo, el crecimiento hipertrófico del papel de los medios de comunicación de masa en la formación de la opinión pública que Italia ha registrado por lo menos en los últimos treinta años. No es casualidad que el Ministro/Guardasigilli perteneciera a una formación política creada por un cómico televisivo, que ha hecho de la legalidad, entendida en sentido punitivo, la propia bandera, y que hace de la legitimación popular mediante plataformas plebiscitarias (la plataforma Rousseau) su propia marca.

La búsqueda de consenso político por parte del Ministro/Guardasigilli se combina con el objetivo de aumentar las audiencias de Massimo Giletti, recurriendo para ello al saco de las retóricas antimafia y al uso hipertrófico de la penalidad como parte consistente de la narración securitaria que hegemoniza desde hace años el debate público. El consiguiente deterioro de la antimafia es consecuencia de ello, de discurso colectivo con potencialidades emancipatorias a retórica instrumental en manos de un empresariado moral pobre de contenidos. La tabla 1 ilustra el vuelco de perspectiva desde el punto de vista del empresariado moral: si el tradicional se apoya en cuestiones ideológico-morales difundidas a nivel social, para trata de influir la esfera de las decisiones a través de los medios de comunicación, en el caso de las excarcelaciones fáciles

⁴¹ BAUMAN, Z., *La solitudine del cittadino globale*, Milán, Feltrinelli, 2006.

encontramos actores mediáticos que actúan de manera instrumental directamente sobre la esfera política, apoyándose en el *humus* securitario que invade la opinión pública italiana.

El argumento de la escolta, que ve que la vida de Giletti corre peligro debido a su presunto compromiso civil, corre el riesgo de revelarse, dentro de este esquema, carente de solidez. En un contexto caracterizado por el centralismo de la platea mediática, los mafiosos parecen haber comprendido plenamente las reglas del *star system*, de manera que la construcción de la reputación a nivel mediático representa, también para ellos, un recurso para utilizar a su favor, tanto dentro de los círculos criminales de referencia como hacia afuera. Una amenaza, que es también un comentario – “Giletti ci sta scassando la m****”,⁴² hacia un personaje popular, probablemente está pensado más para ganarse a la platea mediática y para recuperar terreno estando en la cárcel que para poner en marcha represalias de cualquier clase.

Lo que es significativo, en cualquier caso, es que la cuestión del aplazamiento de la pena tras la pandemia, en particular de los detenidos en régimen del 41-*bis*, haya dejado de ser una cuestión de derecho o de política para convertirse en una *kermesse* mediática a favor de actores en búsqueda de una rentabilidad de posición. El desarrollo de este episodio debe ser motivo de reflexión, tanto sobre la situación de los derechos en Italia, considerados cada vez más como un oropel utilizado en función de las exigencias político-mediáticas del momento, tanto de la antimafia, que a lo largo de los años se ha transformado en un mero ejercicio de retórica justicialista a la cual pueden acudir todos los actores que buscan una legitimación pública.

	EMPRESARIADO MORAL TRADICIONAL	EMPRESARIADO MORAL ACTUAL
SOCIEDAD	Ideología/moral	Pánico moral
MEDIOS DE COMUNICACIÓN	Difusión	Búsqueda de audiencia
POLÍTICA	Decisión	Recepción pasiva

Tabla 1 – Las transformaciones del empresariado moral

VI. Conclusiones

En el presente trabajo se ha tratado de analizar el discurso antimafia y las políticas que de ellos derivan a la luz de la categoría de la emergencia. En particular, hemos visto cómo las emergencias ganan terreno a raíz de la necesidad de afrontar problemas sociales importantes. Al análisis

⁴²Cfr. *Il Fatto Quotidiano*, 10 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/massimo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-gravano-dal-carcere/5895486/>.
N.del T: “Giletti nos está tocando los co****”

exhaustivo de los matices y de las complejidades, al intento de poner en marcha soluciones que socavan el alcance real de los problemas, se prefiere apostar por la emergencia, que, al tratarse de categoría centrada en la gravedad más que en el problema mismo, deja de lado la solución, delegándola a medidas de naturaleza represiva, que no hacen más que generar, a medio plazo, otros tipos de emergencia.

Este carácter cíclico de la emergencia, depende del tipo de relaciones de fuerza, ya sean estos económicos o políticos, subsistentes en determinados contextos temporales. En el caso de la mafia, se ha abierto camino en el escenario de las emergencias cuando, el vacío de las emergencias habido a finales de los años setenta, combinado con el clamor que la violencia de Cosa Nostra contra exponentes del Estado suscitó a nivel de opinión pública, suscitó una reacción a varios niveles, que obligó al gobierno central a intervenir. Las protecciones políticas y económicas de las que disfrutaba Cosa Nostra, sin embargo, frenaron el crecimiento de la emergencia mafiosa, que se cumplió plenamente solo con la caída del muro de Berlín, y con la consiguiente crisis de legitimidad que golpeó Italia en los primeros años noventa.

La emergencia anti-mafiosa, unida a la de anticorrupción y con el securitarismo, colmó el vacío político que se había creado tras el colapso de la llamada Primera República. En la agenda política, la lucha contra la criminalidad, compuesta de mafias, corrupción, crímenes callejeros (normalmente atribuidos por el sentido común a los migrantes) ha sustituido la elaboración de políticas articuladas, que tengan cuenta de las estructuras económicas y sociales. En la planificación de este enfoque político, los medios de comunicación de masa jugaron un papel fundamental. Ante todo, la criminalidad organizada se convirtió en un producto mediático de éxito, de comercio en cine y televisión, en quioscos y librerías, en el mundo académico. Asimismo, alrededor de la criminalidad organizada, se creó un abanico de profesionalidades difundidas, que desempeña un papel decisivo en la agenda política y obstaculiza el desarrollo de un discurso crítico. Se considera necesario, en cambio, estimular nuevas estrategias que contrasten la criminalidad organizada y salir de la lógica binaria y represiva de la emergencia. Sobre todo, si se quiere salir de la trampa del populismo penal.

Y, por último, los cambios en los paradigmas económicos y sociales derivados de la globalización han afectado también a las organizaciones criminales. No es casualidad que algunos autores traten de comprender los cambios de la criminalidad organizada en las llamadas áreas no tradicionales⁴³. En particular, investigaciones de varia índole muestran cómo los exponentes mafiosos que tienen base en el norte de Italia no siguen todos la misma modalidad,

⁴³ SCIARRONE, R., *Mafie nostre, mafie loro*, Roma, Donzelli, 2001.

sino que tratan de adaptarse al contexto de llegada. Además, en los entramados que tienen lugar entre las organizaciones criminales y los actores locales, estos últimos, a menudo sin antecedentes penales, resultan esenciales para la creación de intereses comunes. Profesionales, empresarios, políticos locales, parecen acoger favorablemente la posibilidad de un partenariado con exponentes de la criminalidad organizada, por varias razones: ventajas competitivas, necesidad de capital, apoyo electoral, ayuda en periodos de crisis. Estas relaciones no siempre se caracterizan por su organicidad o por una larga duración, no solamente por la eficacia de las acciones represivas, sino también por la volatilidad de las inversiones y de las iniciativas empresariales llevadas adelante por las organizaciones criminales. Por otro lado, empresarios y profesionales, a menudo están más interesados en la existencia de un socio y de capital que en su procedencia. Por este motivo sería necesario volver a considerar la categoría del concurso externo de asociación mafiosa, en el sentido que la duración, la gravedad, la tipología de las relaciones entre economías sucias y legales se caracteriza por una distinta gradualidad. Además, las relaciones entre las dos esferas son fluidas, solapadas, sin duda complementarias, en cuanto que no existen dos economías.

La criminalidad organizada, su relación con la política y la economía, representa un objeto de estudio fluido, en transformación, que no puede reducirse a categorías binarias y simplificadoras. Al contrario, es necesario estudiar estos fenómenos de manera exhaustiva, especialmente en relación con las medidas represivas por emprender, puesto que estas a menudo comportan poner en riesgo las garantías dentro del sistema penal.

VII. Bibliografía

- AGAMBEN, G., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Roma, Quodlibet, 2020.
- ANASTASIA, S.-GONNELLA, P., *Le nostre prigioni*, Roma, Carocci, 2002.
- BARBAGALLO, G., *Il potere della camorra*, Torino, Einaudi.
- BAUMAN, Z., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2006.
- BECKER, H., *Outsiders*, Glencoe, Free Press, 1963.
- BENIGNO, F. *La mala setta*, Torino, Einaudi, 2015.
- BERGER, P., y LUCKMANN, T., *La Realtà come Costruzione Sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978.
- CASARRUEBA, G., *La Strage*, Milano, Franco Angeli, 2001.

- CASAZZA, A., *Gli Imprendibili. Storia della colonna genovese delle*, BR Roma, DeriveApprodi, 2009.
- CICONTE, E., *Ndrangbeta padana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.
- , *Ndrangbeta*, Bari, Laterza, 1995.
- DAL LAGO. A., *Eroi di carta*, Roma, Manifestolibri, 2009.
- DELLA PORTA, D., “Le Brigate Rosse” in *Annali della Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1993.
- DELLA PORTA, D.,-REITE, H., *Polizia e Protesta*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- DURKHEIM, E. *La Divisione Sociale del lavoro*, Milano, Edizioni di Comunità, 2000.
- FALCONE, G., y PAVADONI, M., *Cose di Cosa Nostra*, Milano, Rizzoli, 1991.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione*, Bari, Laterza, 1989.
- FRANCHETTI, L., y SONNINO, S., *Inchiesta sulla Sicilia*, Firenze, Vallecchi, 1976.
- FRANZINELLI, M., *L'ammnistia Togliatti*, Milano, Feltrinelli, 2016.
- GAINSBORG, P., *Storia d'Italia 1943-1989*, Torino, Einaudi, 1992.
- GALLINO, L., *La scomparsa dell'Italia industriale*, Torino, Einaudi.
- GONELLA, P., *La Tortura in Italia*, Roma, DeriveApprodi, 1993.
- LODATO, S., *Venti anni di Mafia*, Milano, Mondadori, 1993.
- LUPO, S., *Il tenebroso sodalizio*, Roma, XL, 2001.
- MORONI, P., y BALESTRINI, N., *L'orda d'oro*, Milano, Feltrinelli, 1998.
- NELKEN, D., “Tangentopoli” in M. BARBAGLI-U-GATTI (a cura di) *La criminalità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 54-72.
- PETTE, G., *La mappa peduta*, vol. I, Roma, Sensibili alle Foglie, 1994
- POLO, G., y SABATTINI, G., *Restaurazione all'Italiana*, Roma, Manifestolibri, 1993.
- SALES, I., *La camorra. Le camorre*, Roma, Editori Riuniti, 1989.
- SANTINO, U., *Storia del movimento antimafia. Dalla lotta di classe all'impegno civile*, Roma, Editori Riuniti, 2000.
- SANTINO, U., y LA FIURA, G., *La Violenza Programmata*, Milano, Franco Angeli, 1989.
- SANTORO, M., *Riconoscere le mafie*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- SCALIA, V., *Le filiere mafiose*, Roma, Ediesse, 2016.
- SCHMITT, C., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1984.

SCIARRONE, R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, Donzelli, 2001.

TORREALTA, M., *La Trattativa*, Milano, Rizzoli, 2002.

UGGIERO, V., *Economie Sporche*, Torino, Bollati Boringhieri, 1996.

VARESE, F. *Mafie in movimento*, Torino, Einaudi, R. Sciarrone, *Mafie del nord*, Donzelli, Roma, 2013.

VIOLANTE, L., *I Corleonesi*, Torino, Einaudi, 1993.

Arraigo en México: violación del derecho internacional

Arraigo in Mexico: violation of international law

J. Julio Martínez Hernández
Posgrado en Derecho
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
julio.martz33@gmail.com

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2022

Resumen:

Para el desarrollo de la presente nota iniciaré por exponer los distintos componentes, dando una ligera introducción a las doctrinas que integran el derecho internacional público, su aplicación en México; concepción general de derechos humanos, marco internacional de derechos humanos, y derechos humanos en México; descripción del arraigo, su fundamentación constitucional y legal, prácticas y resultados para la consecución de justicia; pretendiendo determinar si la práctica del arraigo en México constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado.

Summary:

For the development of this note I will begin by exposing the different components, giving a brief introduction to the doctrines that constitute public international law, its application in Mexico; general conception of human rights, international human rights framework, and human rights in Mexico; description of arraigo, its constitutional and legal basis, practices and results for the achievement of justice; trying to determine whether the practice of arraigo in Mexico constitutes a violation of the State's international obligations.

Palabras Clave: Derechos Humanos, Derecho Internacional, Arraigo, Parámetro de Regularidad Constitucional.

Keywords: Human Rights, International Law, Arraigo, Constitutional Regularity Parameter.

I. Introducción

En este trabajo abordaremos un tema de actualidad, con la esperanza de aportar, por modesto que sea, al discurso jurídico actual. El derecho internacional público se encarga de regular las

relaciones entre los Estados y, en algunos puntos, la actuación de los Estados dentro de su propio territorio. Una de las funciones manifiestas del marco jurídico internacional es la protección y promoción de los derechos humanos, reconocidos como el estándar mínimo para el desarrollo de una vida digna. Se logra a través de diferentes instrumentos y entidades dotadas de poder para investigar y hacer recomendaciones o, en su caso, permitir que tribunales internacionales revisen casos y dicten sentencias vinculantes u opiniones consultivas.¹

El marco jurídico internacional de los derechos humanos incluye, como parte del derecho a la libertad, la prohibición de la privación arbitraria de la misma. En México, como parte de la política criminal del Estado, se incorpora en el marco constitucional y legal la figura del arraigo, que permite a la autoridad fiscal, sin necesidad de una decisión judicial, restringir la libertad de una persona por la mera acusación de haber cometido ciertos delitos, como la delincuencia organizada o el narcotráfico, incluso antes de iniciar un proceso penal o una acusación formal.²

En este contexto, planteo la hipótesis de que la práctica actual del arraigo constituye una violación a las violaciones internacionales de México al incumplir las prohibiciones del derecho internacional en materia de detenciones arbitrarias. Así, comenzaré por exponer los diferentes componentes, dando una breve introducción a las doctrinas que constituyen el derecho internacional público, su aplicación en México; concepción general de los derechos humanos, marco internacional de derechos humanos y derechos humanos en México; descripción del arraigo, su fundamento constitucional y legal, prácticas y resultados para la consecución de la justicia; tratando de determinar si la práctica del arraigo en México constituye una violación a las obligaciones internacionales del Estado.

II. Derecho internacional público

El derecho internacional público regula las relaciones entre los Estados, que, subsumiendo sus leyes nacionales, se vinculan a un marco internacional compuesto por diferentes tratados, y

¹ MANUAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. (Sarah Joseph, Adam Mcbeth, & Edward Elgar Pub eds., 2010).

² Porfirio Andrés Hernández, *Restricciones constitucionales y arraigo. Un tema pendiente para el Estado mexicano*, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (2021), <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/restricciones-constitucionales-y-arraigo-un-tema-pendiente-para-el-estado-mexicano> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

organizaciones.³ Se desarrolló en las siguientes etapas: Escolástica española, teoría desarrollada por Tomás de Aquino sobre el derecho natural como válido para todos los seres dotados de razón. Aunque esta teoría no se convirtió en un verdadero derecho internacional, sirve de precedente histórico; el primer teórico que desarrolló una concepción del derecho como derecho universal independiente del canon religioso fue el holandés Hugo Grotius en 1625. Dando paso al *ius publicum* europeo (1648-1815),⁴ que tuvo lugar en el periodo comprendido entre la culminación de la guerra de los treinta años y el congreso de Viena.

Como resultado, se regularon los mares y se redimensionaron las fronteras territoriales europeas para lograr los equilibrios de poder y la paz,⁵ en el siglo XX, debido a los cambios políticos y sociales generados por las guerras mundiales, los Estados se organizaron en entidades internacionales con el objetivo de regular sus relaciones y evitar tragedias similares a las que hicieron necesaria su creación. La utilidad de estas organizaciones supranacionales radica en su función de regulación de las relaciones interestatales, buscando prevenir y mitigar los conflictos armados internacionales. Crear un sistema jurídico con derechos y obligaciones, generando un marco de pesos y contrapesos, así como la rendición de cuentas de los Estados miembros y sus mandos militares y civiles.

Los sujetos ordinarios del derecho internacional público son los Estados, entendiéndose que cumplen cuatro elementos; población permanente, territorio con límites geográficos bien definidos, gobierno (concepto relacionado con la autodeterminación de los pueblos), y capacidad de establecer relaciones y tratados con otros Estados y entidades internacionales. Existe una relación limitada entre los elementos de un determinado Estado y su reconocimiento por parte de otros Estados, dicho reconocimiento responde a cuestiones principalmente políticas, es posible que un Estado emergente con un gobierno débil, o un

³ Más información en: MATTHIAS HERDEGEN & KONRAD ADENAUER-STIFTUNG, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto De Investigaciones Jurídicas ed., 2005).

⁴ Steiger, Heinhard, "Ius publicum Europaeum (Derecho público europeo)", en: *Encyclopedia of Early Modern History Online*, Editores de la edición en inglés: Graeme Dunphy, Andrew Gow. Edición original en alemán: *Enzyklopädie der Neuzeit*. Im Auftrag des Kulturwissenschaftlichen Instituts (Essen) und in Verbindung mit den Fachherausgebern herausgegeben von Friedrich Jaeger. Copyright © J.B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung y Carl Ernst Poeschel Verlag GmbH 2005-2012. Consultado en línea el 28 de octubre de 2022 http://dx.doi.org/10.1163/2352-0272_emho_COM_021554

⁵ PETER N. STEARNS, THE ENCYCLOPEDIA OF WORLD HISTORY (2001 EDITION) p.440 (2001), https://openlibrary.org/books/OL3943404M/The_Encyclopedia_of_world_history (última visita el 27 de octubre de 2022)

territorio en proceso de consolidación, reciba un reconocimiento de facto limitado.

Los sujetos extraordinarios del derecho internacional público son entidades que no cumplen con uno o más de los elementos mencionados y, a pesar de ello, tienen la capacidad de establecer relaciones y tratados, así como de interactuar con otras organizaciones o sujetos internacionales. La comunidad mundial les ha reconocido como actores importantes en la vida política internacional, siendo ampliamente aceptado su papel de observadores y asesores, lo que les permite interactuar con diversos sujetos al derecho internacional público.

Además de las organizaciones civiles, las personas físicas están sujetas al derecho internacional cuando incumplen sus deberes y obligaciones (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio) o cuando sufren persecución relacionada con su origen étnico, género, religión, orientación sexual, o contra sus derechos humanos dentro de cierto territorio y requieren protección internacional.

Las fuentes del derecho internacional se recogen, como referencia, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁶ El artículo 38.1 las enumera de la subsección "a" a la "d", siendo las tres primeras subsecciones fuentes primarias (convenios internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho) mientras que la cuarta subsección representa las fuentes auxiliares (decisiones judiciales y doctrinas de derecho interno de las distintas naciones). Una de las formas en que los Estados establecen vínculos jurídicos es a través de declaraciones unilaterales, entendidas como manifestaciones públicas de su voluntad de someterse a determinadas conductas o políticas, basadas en la buena fe y en la dependencia de otros actores de estas declaraciones. En un sentido más amplio, las declaraciones unilaterales son todos los comportamientos externos de un Estado que pueden crear obligaciones jurídicas en el ámbito internacional.

El artículo 2(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷ define los tratados como acuerdos internacionales celebrados por escrito y regidos por el derecho internacional; el artículo 38.1(a) del Estatuto de la CIJ, sobre la competencia del tribunal,

⁶ Estatuto de la Corte | Corte Internacional de Justicia, ICJ-CIJ.ORG (2017), <https://www.icj-cij.org/en/statute> (últimavisita el 5 de septiembre de 2022).

⁷ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 63 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 875 (1969), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

establece que éste basará sus decisiones de acuerdo con el derecho internacional, aplicando las convenciones internacionales en las que los Estados en disputa sean parte, y que establezcan normas expresamente reconocidas por ellos. En este sentido, el Estatuto de la CIJ complementa la Convención de Viena al reconocer los tratados, tal y como los define esta última, como vinculantes para las decisiones del tribunal sobre las controversias que puedan surgir entre los Estados y que sean sometidas a su jurisdicción. Los tratados autoejecutables no requieren de la implementación de una legislación interna para ser ejecutables; los tratados no autoejecutables se vuelven ejecutables sólo a través de la promulgación de una legislación interna -normas, decretos, leyes- que permita la correcta ejecución del instrumento y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.⁸

El principio de *pacta sunt servanda* se refiere a que los Estados partes están vinculados a los tratados de los que son parte y a sus obligaciones de cumplirlos de buena fe, tal y como se menciona en el preámbulo de la Convención de Viena y se reconoce universalmente y se amplía en el artículo 26. Esto significa que los Estados no pueden excusar su incumplimiento o no aplicación de instrumentos internacionales previamente reconocidos alegando estatutos internos contrarios; relacionados con tratados no autoejecutables, dado que al adherirse a un pacto los Estados están obligados a promulgar las legislaciones y políticas necesarias para cumplir con las obligaciones adquiridas. Según el artículo 31 de la Convención de Viena, los tratados deberán interpretarse de buena fe, tomando el sentido corriente de los términos empleados, a menos que se haya dado un sentido especial en el tratado o en sus instrumentos y haya sido aceptado por las partes. Asimismo, se tendrá en cuenta el contexto en el que se originó el tratado, el objeto y fin para el que fue creado, formando parte de dicho contexto todos los acuerdos, instrumentos y prácticas que surjan en relación con el tratado con anterioridad o posteriormente, así como las prácticas pertinentes del derecho internacional. Los tratados deben ser acordados por un representante del Estado que tenga plenos poderes de acuerdo con el artículo 7 de la Convención de Viena -ministro de asuntos exteriores, embajadores y representantes diplomáticos, jefes de Estado, etcétera,- y existen límites en cuanto a las reservas que pueden formularse en función del tratado que se celebre.

Los protocolos son las enmiendas realizadas por los Estados Partes, en su totalidad o

⁸ Más información en: Arturo Santiago Pagliari, *El Derecho Internacional Público. Funciones, Fuentes, Cumplimiento y la Voluntad de los Estados*, IV ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL 457-473 (2004).

no, a los convenios suscritos y generan obligaciones sólo para los que son parte del protocolo; es decir, si de un convenio de 80 Estados, diez Estados hacen un protocolo que modifica parte de dicho convenio en lo que respecta a las relaciones entre esos diez Estados, el protocolo genera obligaciones sólo para esos Estados. Los convenios son acuerdos formales entre Estados, ya sean tratados o cualquier otro instrumento que sea creado y adoptado por los Estados para crear o regular sus obligaciones y derechos. El término convención podría aludir a que son acuerdos de carácter más legislativo y siguen un proceso similar de discusión y aprobación. Las cartas o estatutos son instrumentos que establecen organizaciones, como es el caso de la ONU, y tienen una función operativa y organizativa en relación con los tratados, actuando como el instrumento que da autoridad y reconocimiento a alguna institución, así como las normas por las que se regirá, siendo un ejemplo el Estatuto de la CIJ.

Las reservas son declaraciones unilaterales de los Estados, al firmar o ratificar - generalmente aceptar y adherirse- un tratado, con el objetivo de modificar o excluir los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del mismo, anulando o modificando así la aplicación, en el Estado reservante, de una parte concreta del tratado. Las reservas son inválidas cuando el tratado en cuestión no las acepta o no acepta el tipo de reserva formulada, cuando no reciben la aprobación del resto de los Estados partes o cuando la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado. Las declaraciones interpretativas son instrumentos o acuerdos alcanzados por los Estados parte o formulados por uno de los Estados y aceptados por los demás, con el fin de aclarar u orientar la interpretación del tratado; dar claridad a conceptos ambiguos o demasiado amplios, de acuerdo con el objeto y fin del tratado.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad tienen prioridad sobre los tratados o convenios internacionales cuando las obligaciones y derechos de estos últimos entran en conflicto con las determinaciones de los primeros. Esto se debe a que la Carta de la ONU,⁹ en su artículo 25, establece que "Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con esta Carta", mientras que el artículo 103 establece que "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de esta Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por

⁹ Naciones Unidas, *Carta de la ONU* | Naciones Unidas, NACIONES UNIDAS (2022), <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

esta Carta."

La costumbre internacional son las prácticas generales que han sido aceptadas como derecho, creando vínculos jurídicos a los que hay que atenerse. La práctica internacional se identifica como el conjunto de comportamientos generales, generalizados y representativos realizados por un Estado en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas o judiciales, sobre alguna materia concreta y que contribuyen a la formación o expresión del derecho común.¹⁰ Por otra parte, la *opinio iuris* se distingue del simple uso o de la simple costumbre por la aceptación de la práctica generalizada con la convicción de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho; la aceptación puede ser probada por comunicaciones oficiales gubernamentales, declaraciones diplomáticas o públicas en nombre de los Estados, etcétera. Dentro de la costumbre internacional existen objetores persistentes a los que no se les aplica la doctrina en cuestión; son los Estados que han objetado, desde la formación temprana de cualquier costumbre internacional a la práctica general de forma continuada, claramente expresada y comunicada a los demás Estados; la norma de derecho consuetudinario no se aplicará al objetor persistente mientras mantenga la objeción.

Los hechos internacionalmente ilícitos del Estado¹¹ pueden ser de acción u omisión y sus elementos son que sean atribuibles al Estado según el derecho internacional y que constituyan una violación de una obligación internacional del Estado, según el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Las excepciones a la responsabilidad son el consentimiento del Estado que sufre las repercusiones de la acción de otro Estado; la legítima defensa según las premisas de la Carta de la ONU; las contramedidas en relación con el incumplimiento grave de obligaciones por parte de otro Estado; la fuerza mayor, salvo que sea producto de la acción del Estado o de un riesgo asumido por éste; el peligro extremo, salvo que sea producto de la acción del Estado o genere un peligro mayor o similar al que se pretende evitar; el Estado de necesidad; el cumplimiento de normas imperativas. Lo anterior se ajusta al Capítulo V Primera Parte del Proyecto de Artículos sobre

¹⁰ JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*. pt. VI (2019).

¹¹ *Ibidem*, p. IX-X.

la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.¹²

III. México y el derecho internacional público

Los sistemas de recepción del derecho internacional son las escuelas de pensamiento monista y dualista. La primera propone el derecho internacional y el derecho interno como manifestaciones de un único ordenamiento jurídico, en el que se puede dar supremacía a una u otra expresión, y todos los tratados adquieren carácter de autoejecución. El segundo los reconoce como dos órdenes jurídicos distintos de igual valor e independientes entre sí, aunque interconectados. Los rangos de valor otorgados a los instrumentos internacionales pueden caracterizarse, en términos generales, de la siguiente manera:

- Supraconstitucional: los instrumentos internacionales están por encima de la Constitución y ésta debe adaptarse a ellos cuando se suscriben.
- Constitucional: los instrumentos internacionales deben ser acordes y complementarios con los principios y contenidos de las normas constitucionales, teniendo el mismo nivel supletorio de supremacía ante el resto del marco jurídico de un determinado Estado.
- Supralegal: los instrumentos internacionales están por debajo de la constitución y por encima de todos los demás instrumentos jurídicos del ordenamiento jurídico del Estado.
- Jurídica: los instrumentos internacionales se equiparan a las reglas y normas federales, complementándolas y subordinándolas a la Constitución, y su observancia puede ser menos estricta.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos adopta la visión de la escuela dualista y otorga un valor supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos; con un valor supralegal para el resto de los tratados. De acuerdo con la tesis aislada P. LXXVII/99 con registro digital 192867,¹³ emitida por el Pleno de la SCJN en la novena época, los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en

¹² PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, CON COMENTARIOS 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

¹³ Semanario Judicial de la Federación, SCJN.GOB.MX (2020), <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/192867> (últimavisita el 5 de septiembre de 2022).

segundo lugar respecto de la Constitución federal. Derivado de su interpretación del artículo 133 de la carta magna mexicana, respecto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado como vinculantes para todas las autoridades ante la comunidad internacional. La citada opinión de la SCJN fue realizada en 1999, después de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011, se entiende, con base en el artículo primero, que los tratados en materia de derechos humanos están en un nivel de supremacía por encima de la constitución. Es decir, los derechos humanos están por encima de cualquier jerarquía, ya que en caso de contradicción entre la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos; se dará preferencia a la protección más amplia, no importa si es parte de un tratado o de la constitución.¹⁴ Así, las autoridades judiciales mexicanas están obligadas a aplicar un control difuso de convencionalidad, buscando otorgar la más amplia protección disponible a los derechos humanos, tal como lo plantea Víctor Manuel Collí "(...) la Corte IDH afirmó tres cosas. Primero, el control difuso se aplica a todos los jueces mexicanos, independientemente de la jurisdicción (federal o estatal). Segundo, deben aplicar el control de convencionalidad, lo que significa que todo juez, en cualquier caso, está obligado a defender los derechos humanos que se encuentran no sólo en la Constitución mexicana, sino también en los tratados internacionales. En tercer lugar, el juez puede, a su antojo, analizar y decidir una violación de derechos humanos, en cualquier caso bajo su estudio (de oficio). Ese es el sentido del control difuso de la convencionalidad de oficio".¹⁵

IV. Derechos Humanos

Según Marie-Bénicte Dembour, existen cuatro escuelas de pensamiento diferentes en relación con los Derechos Humanos. La escuela natural observa el pensamiento de los derechos humanos como inherentes a las personas y como derechos de carácter negativo y absoluto; la escuela deliberativa los concibe como valores políticos elegidos para ser observados por las sociedades liberales, adoptando un enfoque crítico de los derechos humanos como una herramienta posible para ayudar a gobernar mejor las sociedades pero no necesariamente universal, ya que consideran que esa característica sólo puede lograrse en el tiempo a través de

¹⁴ JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMENTADA pp. 1075-1077 (21 ed. 2021).

¹⁵ Víctor Manuel Collí Ek, *Mejorar los derechos humanos en México: Reformas constitucionales, estándares internacionales y nuevos requisitos para los jueces*, 20 HUMAN RIGHTS BRIEF p. 12 (2012), <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1850&context=hrbrief>

un consenso global, observando sus limitaciones en la praxis; la escuela de la protesta adopta un enfoque práctico de los derechos humanos como medio para luchar contra la injusticia en una labor interminable, siendo escépticos con respecto a la legislación ya que la ven como un proceso de rutinización que tiende a favorecer a las élites; la escuela del discurso se distingue por su falta de reverencia hacia los derechos humanos, planteando que su existencia se limita al discurso cultural, donde se favorecen ciertas hegemonías, por lo que los consideran una herramienta ineficaz.¹⁶

Nuestra concepción de los Derechos Humanos se inclina hacia las escuelas natural y deliberativa, siendo que aunque aceptáramos la concepción de los derechos humanos como naturales e inherentes a la persona humana, en la praxis sólo son funcionales en la medida en que son reconocidos políticamente. Entonces, los Derechos Humanos son un conjunto de normas que regulan el tratamiento de la persona humana y de grupos reconocidos en posición de vulnerabilidad, protegiéndolos de las acciones del Estado y de ciertas entidades no estatales; operan con base en principios éticos de lo que es considerado por la sociedad como el estándar mínimo para una vida digna. Estos derechos son reconocidos e incorporados al cuerpo normativo interno de las naciones y, al mismo tiempo, forman el fundamento del derecho internacional público, siendo, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, el estándar base de los objetivos para el desarrollo de las comunidades y las naciones.

V. Régimen internacional de Derechos Humanos, detención arbitraria

Como se ha mencionado anteriormente, los derechos humanos, su reconocimiento y protección, son el principal objetivo de las Naciones Unidas, como medio para lograr el progreso colectivo y garantizar la paz mundial. Su funcionamiento está regulado por la, como se conoce en la doctrina, carta internacional de derechos, que son un conjunto de convenciones (DUDH, PIDCP, PIDESC).¹⁷

En cuanto al tema que vamos a tratar en este trabajo, nos interesan los instrumentos que protegen los derechos humanos, concretamente el derecho a la libertad personal, el primero

¹⁶ Marie-Bénédicte Dembour, *¿Qué son los derechos humanos? Four Schools of Thought*, 23 HUMAN RIGHTS QUARTERLY pp. 1-20 (2010).

¹⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights*, (1996), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>.

y más relevante, por marcar un hito histórico en el reconocimiento de los derechos humanos a nivel mundial, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración se complementa con el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relativos al Derecho de las Personas Privadas de Libertad a Recurrir ante un Tribunal.

Una de las formas en que se viola la libertad de las personas es a través de la detención arbitraria, que consiste en la privación de libertad antes, durante y después del juicio, así como la detención administrativa; la cuestión de la privación de libertad es de hecho, si la persona no puede abandonar el lugar por su propia voluntad. Se convierte en arbitraria, según la resolución 1997/50 de la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU, cuando no resulta de una decisión definitiva adoptada por una instancia judicial interna de conformidad con el derecho interno, y cuando no se ajusta a las normas internacionales de la carta internacional de derechos.

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria ha recibido el mandato del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de investigar los casos de detención arbitraria o de privación de libertad incompatibles con las normas internacionales. Puede solicitar y recibir información de los gobiernos y las ONG, así como recibir información de las personas afectadas por la privación de libertad, ya sea la persona directamente afectada o su familia y representantes. Con la facultad de actuar sobre la información presentada al grupo de trabajo sobre presuntos casos de detención arbitraria, enviando solicitudes y comunicaciones urgentes a los gobiernos afectados para aclarar y llamar la atención sobre los casos. El grupo de trabajo es el único mecanismo cuyo mandato le permite expresamente considerar las quejas individuales destinadas a calificar una detención como arbitraria o no.

Lo que significa que sus acciones se basan en el derecho de petición de los individuos en cualquier parte del mundo; al ser un procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos, puede interactuar con cualquier estado miembro de la ONU independientemente de los tratados de los que el estado sea parte o haya ratificado. Los criterios del Grupo de Trabajo para definir la detención arbitraria son:

- Categoría I: cuando es claramente imposible invocar ningún fundamento jurídico que justifique la privación de libertad (como, por ejemplo, cuando se mantiene a una persona detenida después de haber cumplido su condena o a pesar de una ley de amnistía aplicable al detenido). Los casos de detención que entran en esta categoría también pueden referirse a casos en los que una persona ha sido privada de libertad en ausencia de cualquier disposición legislativa que autorice dicha detención. También suele tratarse de la falta de invocación por parte de las autoridades nacionales de una base legal para una detención: no basta con que exista una ley nacional que autorice la detención en cuestión, sino que las autoridades deben invocar esa ley nacional, normalmente mediante la notificación de los motivos de la detención y los cargos, la presentación de una orden de detención debidamente emitida y el control judicial ordinario, para justificar el caso concreto de detención.
- Categoría II: cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en lo que respecta a los Estados Partes, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los casos que entran en esta categoría son aquellos en los que la detención se utiliza como respuesta al ejercicio legítimo de los derechos humanos, como la detención de manifestantes pacíficos por el mero ejercicio de sus derechos a la libertad de opinión y de expresión, a la libertad de reunión y a la libertad de asociación, o la detención de refugiados por ejercer su derecho a solicitar asilo y/o a salir libremente de su propio país.

Categoría III: cuando la inobservancia total o parcial de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio justo, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, es de tal gravedad que confiere a la privación de libertad un carácter arbitrario. Para evaluar el carácter arbitrario o no de los casos de privación de libertad de la categoría III, el Grupo de Trabajo considera, además de los principios generales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, varios criterios de juicio justo y de garantías procesales extraídos del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención

o Prisión y, en el caso de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los criterios establecidos en particular en los artículos 9 y 14 del mismo. Si el Grupo de Trabajo llega a la conclusión de que se han violado esas garantías procesales, examina a continuación si esas violaciones, en su conjunto, son de tal gravedad que confieren a la privación de libertad un carácter arbitrario, por lo que entran en la categoría III.

- Categoría IV: cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son sometidos a una custodia administrativa prolongada sin posibilidad de revisión o recurso administrativo o judicial. Al examinar los casos de esta categoría, el Grupo de Trabajo señala el principio básico del derecho internacional de que la detención en el curso de los procedimientos de migración debe ser el último recurso y permitirse sólo durante el período más breve posible en cada caso individual, con los motivos de la detención definidos clara y exhaustivamente en la legislación nacional. El Grupo de Trabajo examina además si la legalidad de la detención puede ser impugnada ante un tribunal dentro de unos plazos determinados. Los inmigrantes en situación irregular no deben ser calificados ni tratados como delincuentes.
- Categoría V: cuando la privación de libertad constituye una violación del derecho internacional por motivos de discriminación basados en el nacimiento; el origen nacional, étnico o social; el idioma; la religión; la condición económica; las opiniones políticas o de otro tipo; el género; la orientación sexual; o la discapacidad u otra condición, y que tiene por objeto o puede dar lugar a que se ignore la igualdad de los derechos humanos.¹⁸

Los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relativos al Derecho de las Personas Privadas de Libertad a un Recurso ante un Tribunal,¹⁹ establecen que la ausencia de mecanismos efectivos de revisión judicial de la legalidad de la detención constituye una violación de los derechos humanos. Este derecho es

¹⁸ EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, *Hoja informativa revisada n° 26*, (2019), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/FactSheet26en.pdf>.

¹⁹ ACNUDH | Informe sobre los Principios y directrices básicos sobre los recursos y procedimientos relativos al derecho de toda persona privada de su libertad por arresto o detención a recurrir a los tribunales, ACNUDH (2015), <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-basic-principles-and-guidelines-remedies-and-procedures-right-anyone> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

un recurso judicial destinado a proteger la libertad e integridad personal contra el arresto arbitrario, la detención, la desaparición forzada, prevenir la tortura y los tratos o penas degradantes; dicho recurso judicial es esencial para preservar el Estado de Derecho constitucional en las sociedades democráticas. Los principios dos y tres establecen que los sistemas normativos internos deben garantizar este derecho, incluso a nivel constitucional, a impugnar la legalidad y arbitrariedad de la detención, a recibir recursos accesibles y rápidos, y a constituir un control efectivo de la detención. Los términos utilizados son muy importantes, ya que el tiempo que transcurre entre la detención y la revisión judicial no puede superar un determinado límite sin perder eficacia en la protección del derecho.

El Grupo de Trabajo, en su informe sobre las detenciones arbitrarias relacionadas con las políticas de drogas (A/HRC/47/40, 2021)²⁰ “ha constatado que las personas que consumen drogas corren un riesgo especial de ser detenidas arbitrariamente, y ha observado con preocupación “el aumento de los casos de detención arbitraria como consecuencia de las leyes y políticas de control de drogas”. Observando que la guerra contra las drogas ha dado lugar a un aumento desproporcionado de las detenciones y encarcelamientos por delitos relacionados con las drogas. El impulso de algunos Estados para cumplir con las políticas de lucha contra las drogas y el crimen organizado ha generado una atmósfera en la que las violaciones de los derechos humanos son generalizadas y las detenciones arbitrarias van en aumento. La participación, o invasión, de mandos y tropas militares en la labor de seguridad pública y ciudadana agrava la situación, provocando más y peores violaciones a los derechos humanos con resultados punitivos que no han demostrado ser efectivos en la lucha contra el crimen. La guerra contra el narcotráfico también ha generado una cultura de corrupción dentro de las fuerzas policiales, particularmente “(...) en lo que respecta a los pagos realizados para evitar la detención o para afectar el resultado de los procedimientos judiciales”.

VI. Derechos Humanos en México

La finalidad de todo Estado es mantener el orden y dar una apariencia de seguridad jurídica a

²⁰ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Detención arbitraria relacionada con las políticas de drogas*, DOCUMENTS-DDS-NY.UN.ORG (2021), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/109/65/PDF/G2110965.pdf?OpenElement> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

sus habitantes; el Estado Constitucional de Derecho representa este objetivo con los derechos fundamentales y las dignidades de la persona humana al frente de todo su funcionamiento y como su mayor fundamento. Lo hace a través de su composición democrática y de la separación y equilibrios para el ejercicio del poder supremo conferido por el pueblo al Estado; siendo su objetivo la construcción de una sociedad más justa, en la que todas las personas humanas puedan desarrollar sus potencialidades libremente y con las promesas básicas de tener una existencia digna.²¹

Según la introducción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida por la ONU,²² los derechos humanos son aquellas dignidades inherentes e inalienables al ser humano, cuyo reconocimiento es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz. Están reconocidos en la carta fundacional de México, en distintos grados, desde 1824. La actual constitución nacional,²³ desde su reforma en 2011, busca dar el mayor nivel de protección y reconocimiento posible a los derechos humanos. Teniendo como eje rector el principio pro personaje y obligando a los servidores públicos a seguir los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. La mencionada reforma ha sido caracterizada como el nacimiento de un nuevo paradigma constitucional en el que los derechos humanos son omnipresentes.²⁴ El principio pro personaje “ha sido definido como 'el criterio hermenéutico que informa todo el sistema jurídico de los derechos humanos'. Según éste, las normas de derechos humanos deben interpretarse de la manera más amplia posible cuando reconocen los derechos de las personas y, por el contrario, de la manera más restrictiva posible cuando la norma impone límites al disfrute de los derechos humanos. Al mismo tiempo, el principio ordena que en caso de conflicto entre normas de derechos humanos, debe prevalecer la norma que mejor proteja los derechos del individuo”,²⁵ desde esta óptica podemos reconocer

²¹ RAYMUNDO RENDÓN, “EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS”<https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>.

²² Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* | Naciones Unidas, NACIONES UNIDAS (2022), <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

²³ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN SECRETARÍA GENERAL SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

²⁴ JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMENTADA p. 4 (21 ed. 2021).

²⁵ Hayde Rodarte Berbera, *EL PRINCIPIO PRO PERSONAE Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES*

claramente lo expuesto anteriormente sobre la prevalencia del derecho internacional en materia de derechos humanos frente a cualquier norma constitucional, siempre que la norma internacional otorgue una mejor protección o permita una interpretación menos restrictiva.

VII. Arraigo

El arraigo es una medida que busca evitar que las personas acusadas de delincuencia organizada se sustraigan a la acción penal e interfieran en el proceso de investigación, privándolas de su libertad con base en meras sospechas y sin el debido control judicial; poniendo en peligro los derechos humanos.²⁶ Desde la introducción de esta figura a nivel constitucional en 2008, no hay datos que avalen su eficacia para mitigar el crimen organizado o mejorar el índice de impunidad.²⁷

Dentro del derecho interno mexicano, el arraigo es una ley constitucional, válida, vigente y eficaz “Es importante señalar que el arraigo es una medida cautelar y no procesal, ya que es previo al inicio del proceso penal, e incluso se utiliza para continuar con la investigación”.²⁸ Se justifica en el artículo 16 de la Carta Federal, que faculta a la autoridad judicial a decretar el arraigo hasta por ochenta días a petición del Ministerio Público (Fiscalía General de la República) y siempre que “(...) sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia”. En una primera consideración, podría decirse que estamos ante una disposición contraria al artículo primero de la propia Constitución. La contradicción de la tesis 293/2011²⁹ establece que, si bien en materia de derechos humanos los tratados

MEXICANOS, 4QUEEN MARY HUMAN RIGHTS LAW REVIEW p. 9 (2017).

²⁶ JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMENTADA p. 138 (21 ed. 2021).

²⁷ La PGR arraigó a más de 12 mil personas; pero 1 de cada 10 eran inocentes, MUCD.ORG.MX (2022), <https://www.mucd.org.mx/2019/02/la-pgr-arraigo-a-mas-de-12-mil-personas-pero-1-de-cada-10-eran-inocentes/> (última visita el 28 de octubre de 2022). De 2004 a 2018 un total de 12,071 personas fueron mantenidas bajo arraigo. El 39% menos de 40 días, el 47,2% más de 40 días y el 13,8% durante 90 días; el 73% de ellos bajo sospecha de delincuencia organizada. El 100% de las personas mantenidas bajo arraigo fueron encarceladas en el Centro de Investigaciones Federales; actuando como un centro penitenciario de facto para personas que no habían recibido una sentencia. ESTADÍSTICAS JUDICIALES EN EL MARCO DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO, <https://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/articulos/doc/20.pdf>.

²⁸ Porfirio Andrés Hernández, *Restricciones constitucionales y arraigo. Un tema pendiente para el Estado mexicano*, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (2021), <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/restricciones-constitucionales-y-arraigo-un-tema-pendiente-para-el-estado-mexicano> (última visita el 5 de septiembre de 2022).

²⁹ CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/derechos->

internacionales están a la altura de la Constitución como ley suprema, las restricciones a dichos derechos realizadas dentro de la Constitución tendrán prioridad. En una decisión relacionada, la SCJN estableció la constitucionalidad del arraigo, pues aunque sea contrario al derecho internacional, al estar en el texto constitucional no puede ser declarado como inconstitucional. Al votar en contra de la decisión del pleno, el magistrado Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, argumenta que la interpretación de la decisión 293/2011 es defectuosa. Dado que el texto constitucional debe ser interpretado conforme al principio *pro personae* (como se argumentó anteriormente), para que la figura del arraigo sea considerada en una decisión el primer paso es hacer una interpretación lo más favorable posible, en cuanto a los derechos humanos de la persona. La citada magistrada argumenta que, debido a la naturaleza de la figura como completamente restrictiva de la libertad personal, no es posible interpretarla a través de la lente *pro personae*, por lo que el principio de prevalencia constitucional sobre el derecho internacional cuando se trata de derechos humanos, no puede aplicarse adecuadamente, ya que la citada interpretación establece una base casuística para esta regla. Otro motivo de disenso del juez Zaldívar se basa en su interpretación del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la libertad personal.

El artículo arriba referido introduce la obligación de los Estados de informar a los detenidos, sin demora, de las razones de su detención y de los cargos que se les imputan; y el derecho de los detenidos a ser llevados ante una autoridad judicial competente, sin demora, para que se califique su detención o se coloquen otras medidas preventivas en su lugar. En este contexto, el juez Zaldívar argumenta que, dado que las personas sometidas a arraigo no han recibido una acusación formal y no se ha iniciado un proceso penal contra ellas, su situación jurídica no puede ser sometida propiamente a un control judicial adecuado.³⁰ En este sentido, compartimos la opinión expresada por el Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia de que la figura del arraigo es una política de Estado creada y mantenida por los tres poderes (judicial, legislativo y ejecutivo) en sus diferentes ámbitos de influencia. Creando y elevando la figura a nivel constitucional, explotándola a través de la autoridad fiscal, y manteniendo su

[humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf](https://www.cfdh.org.mx/humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf).

³⁰ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR & ROGELIO FLORES PANTOJA, LA CONSTITUCIÓN Y SUS GARANTÍAS. A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO DE 1917. MEMORIA DEL XI ENCUENTRO IBROAMERICANO Y VIII CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL pp. 957-967 (2017).

legalidad y constitucionalidad a través de las decisiones judiciales.³¹

El arraigo como herramienta de investigación se ha caracterizado por existir en una dicotomía procesal en la que ciertas personas están sujetas a un proceso legal diferenciado.³² Esto crea un entorno alineado con la teoría de Günther Jakobs sobre el derecho del enemigo, lo que significa que ciertas personas percibidas como una amenaza para la sociedad son neutralizadas a través de un sistema legal diferenciado en el que sus derechos fundamentales son despojados y las penas se refieren principalmente al confinamiento secreto (incomunicación).³³ Una pizca de oscuridad cubre la práctica del arraigo ya que la modalidad en la que se lleva a cabo no está especificada por la ley y, en cambio, se deja a la voluntad de la autoridad fiscal; creando un ambiente en el que los derechos humanos no pueden ser debidamente garantizados y la comunicación de los detenidos con sus abogados se enfrenta a una serie de complicaciones. Por lo tanto, es necesario que examinemos la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la cual constituye procesos y penas diferenciadas para las personas acusadas, procesadas y sentenciadas por delincuencia organizada, tal y como lo describe la mencionada ley. La figura del arraigo y sus requisitos se mencionan a partir del artículo 12:³⁴

- La autoridad judicial responsable del decreto es el juez de control a petición del fiscal, no existe una norma rigurosa ni requisitos probatorios de base para el decreto. Basta con que el fiscal lo justifique como necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicamente protegidos, o cuando exista un riesgo justificado de que los imputados se sustraigan a la acción de la justicia. De estos requisitos, sólo el último establece un cierto rigor al hacer necesario que el fiscal justifique su petición; todos los anteriores carecen de un estándar mínimo de prueba³⁵

³¹ OBSERVATORIO CIUDADANO DEL SISTEMA DE JUSTICIA, *El arraigo penal como crimen de lesa humanidad*, pp. 6-46 (2019), <https://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-arraigo-2019.pdf>.

³² Roberto Andrés Ochoa Romero, *Antecedentes legislativos de la regulación actual sobre arraigo y colaboración con la justicia*, en DESAFÍOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO p. 110 (Patricia Lucita González Rodríguez & Jorge Alberto Witker Velázquez eds., 2019).

³³ Más allá del derecho del enemigo, JURAGENTIUM.ORG (2022), <https://www.juragentium.org/topics/wlgo/cortona/en/tondini.htm> (última visita el 16 de noviembre de 2022) y NIGEL S RODLEY & MATT POLLARD, *THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW* p. 334 (2009). Una detención incomunicada se produce cuando no se permite al detenido ponerse en contacto con nadie más que con sus captores, lo que viola los derechos de los detenidos a la asistencia jurídica y a la revisión judicial de su detención.

³⁴ Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, (2021), https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_200521.pdf.

³⁵ Sebastián Reyes, *El juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso*, ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL p. 236 (2012). Una norma probatoria puede definirse como una herramienta jurídica que

- La autoridad judicial debe responder inmediatamente a las solicitudes de arraigo con un tiempo máximo de respuesta de seis horas, la decisión puede ser tomada a través de cualquier medio "que garantice su autenticidad" o en audiencia privada con la sola presencia del fiscal que nombrará las modalidades de lugar, tiempo y forma así como las autoridades de ejecución. Esto da un poder extremadamente amplio al fiscal para decidir cómo se restringirá la libertad personal de una persona, lo que lo convierte en arbitrario.

El auto judicial que autoriza el arraigo debe contener, como mínimo, el nombre y cargo del juez de control que lo autoriza, los datos de identificación de la persona sometida al arraigo, los hechos ilícitos por los que se investiga, especificar el motivo del arraigo, día hora y lugar para la ejecución del arraigo. Es importante destacar que no se exige una mayor justificación de la medida, siendo la obligación del juez únicamente nominativa de las razones por las que se ha aprobado el arraigo sin exigirle que argumente o explique sus razonamientos.

A partir de estos elementos sería exagerado decir que la ley cumple los requisitos de excepcionalidad necesarios para considerar la medida como apropiada.³⁶

Con base en lo anterior, es evidente que el arraigo puede clasificarse en la categoría III de los criterios del Grupo de Trabajo de la ONU para definir las detenciones arbitrarias, ya que representa una violación al debido proceso, constituyendo una sanción punitiva previa a una decisión judicial. Para la declaración de arraigo basta con que el Ministerio Público manifieste a la autoridad judicial que el imputado será o está siendo investigado por delincuencia organizada y que, para proteger la investigación, es necesario privarlo de su libertad; lo cual es arbitrario ya que no existe una justificación que cumpla con los estándares internacionales, ni medios probatorios idóneos que permitan a la autoridad judicial realizar un verdadero control

contiene los criterios necesarios para determinar cuándo se ha obtenido una prueba suficiente de un hecho para que un juez pueda tomar justificadamente una decisión.

³⁶ Luis González Placencia & Ricardo Ortega Soriano, *Excepciones constitucionales a un sistema de derecho penal de orientación democrática: delincuencia organizada y arraigo*, en DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN II p. 1476 (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, & Christian Steiner eds., 2013). Mencionando el caso Chaparro Álvarez Vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el estándar para determinar una privación de libertad como proporcionada es: Que el objeto de la medida sea compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos; que la medida sea adecuada y no exista una opción menos perjudicial; que los beneficios de la detención sean proporcionales al detrimento de los derechos humanos de una persona.

de legalidad, viciando así la decisión tomada.

México está comprometido con la comunidad internacional a través de los diversos instrumentos ya mencionados, y debe adecuar su legislación y políticas internas para armonizar y garantizar la protección de los derechos humanos. Si bien es peligroso para cualquier nación ver violada su soberanía en favor de instrumentos externos, es menos peligroso e incluso deseable para el progreso de la humanidad cuando estas adecuaciones se realizan para proteger los requerimientos básicos de la dignidad humana. Actualmente, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están involucrados en diferentes procesos de revisión, recomendación y judicialización para responsabilizar al Estado mexicano por sus prácticas violatorias del derecho a la libertad personal, y obligarlo a realizar los ajustes necesarios en su régimen interno para cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, la nación mexicana puede cumplir con sus obligaciones internacionales derogando la figura del arraigo, ya que existen otras herramientas menos restrictivas que pueden ayudar a la autoridad fiscal a investigar.

La hermenéutica analógica como método de interpretación constitucional

Analogical hermeneutics as a method of constitutional interpretation

Franz de Rubens von Sparr
Instituto de Humanidades, Universidad Panamericana
fderubens@up.edu.mx

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 1 de julio de 2022

Resumen:

La aplicación del derecho, más que una conclusión lógica, es un tema de interpretación. Sin embargo, frente a la miríada de métodos que reconoce la doctrina y la jurisprudencia en todos los sistemas jurídicos vale la pena preguntarse, ¿qué tipos de interpretación son válidos y cuáles aseguran que se alcance el fin último de la justicia? Esta enorme cuestión es el centro del presente artículo. En éste, me dispongo a presentar a la hermenéutica analógica como el método más acertado de interpretación constitucional –y jurídica– debido a que es, en sí misma, la justicia aplicada en el terreno práctico.

Summary:

The application of law, more than a logical conclusion, is a matter of interpretation. However, due to the myriad of methods recognized by doctrine and jurisprudence through all judicial systems, it is worth asking which types of interpretation are valid and which ones assure that justice is reached? This important issue is the objective of this article in which I propose that the analogical hermeneutic is the most accurate method of constitutional –and judicial– interpretation because it is, in itself, justice executed in the practical world.

Palabras clave: Interpretación jurídica, hermenéutica analógica, justicia, ley, filosofía del derecho.

Keywords: Judicial interpretation, analogical hermeneutic, justice, law, philosophy of law.

La justicia es –y será– el ideal normativo por excelencia de cualquier organización social y política. Desde tiempos antiguos, el ser humano ha pensando distintas variables al respecto. ¿Por qué vivimos en sociedad? ¿Cómo organizamos efectivamente la comunidad? ¿Cómo

organizamos el poder? ¿De qué instrumentos nos podemos valer para asegurar la sana convivencia entre todos? Estas preguntas, además, traen consigo distintas cuestiones relativas no sólo a la vida en sociedad, sino a la naturaleza misma del ser humano. Sin embargo, en todos estos cuestionamientos para alcanzar la justicia –además de descifrar efectivamente a lo que nos referimos por este concepto– hay un elemento trascendental que siempre está presente: la ley.

Mucho se puede decir de lo que es la ley; tanto más ya se ha establecido. En este tópico, hay un significativo consenso. Sin embargo, el punto más álgido es, sin lugar a dudas, cómo se ha de ejecutar, es decir, cómo *interpretamos* la ley. Esta discusión se torna aún más relevante frente a los modelos actuales de democracia constitucional y convencional, el sistema de derechos humanos y la aplicación de éstos a casos concretos. Por ello, la interpretación ha adquirido una importancia central en la aplicación de la justicia contemporánea.

Este tema no es una discusión nimia, ni se reduce a una pesquisa intelectual para círculos académicos herméticos. Lejos de ello, la urgente necesidad de clarificar la manera de interpretar la ley se ha vuelto más crucial en el contexto actual del Estado democrático constitucional y convencional. Ya que, al partir de derechos humanos –o derechos fundamentales, dependiendo el sistema del que se trate–, la proporcionalidad reclama su lugar en la mesa de la justicia. La misma figura de interpretación conforme y *pro persona* recalcan esta realidad. Además, una segunda justificación se encuentra en la gran diversidad de métodos interpretativos. Basta abrir cualquier libro que lleve por título "razones del derecho", "interpretación jurídica", "argumentación en derecho" o cualquiera que se les acerque para constatar la increíble variedad de métodos válidos para distintos tipos de casos y finalidades. Como si se tratase un arsenal intelectual, se ofrece una variedad de "armas" para empuñar de acuerdo al objeto de caza del que se trate. De esta manera, en unas ocasiones se privilegia una "interpretación sistémica" cuando se quiere realzar la importancia de entender determinado párrafo de una particular ley con un acto específico que prohíbe, aprueba o no dice nada. En otras situaciones, se alude a una "interpretación teleológica" cuando se quiere defender el objetivo que tuvieron los legisladores –los constituyentes– al redactar dicha ley (que ha sido objeto de cierta incertidumbre al alegar un famoso "espíritu de la ley" que no tiene mucho que ver con la idea que tuvo Montesquieu). Incluso, en varios razonamientos se hace alusión a varios de estos métodos como si se tratase de un paquete "todo en uno".

La situación anterior presenta un grave problema. Más que facilitar la tarea al aplicador jurídico, dificulta la tarea porque no sólo tiene que elegir el "más apropiado" método, sino que debe justificar *la justificación* por la cual optó utilizar unos encima de otros. Incluso, al tratar de ser tan específicos –herencia de la tradición más positivista del derecho–, se pierde la esencia de lo que es justicia: proporcionalidad. Y, como intento explicar, la proporción es analogía. Incluso, me atrevo a decir que todos los métodos vigentes se centran –o se respaldan– en el principio de la proporcionalidad; es decir, ¿cuál es el más prudente para entender y resolver el presente caso? Que no es otra cosa que la noción del punto medio y la proporción. De esta manera, en el presente artículo, intento proponer a la hermenéutica analógica como un método que, no sólo es el más idóneo para la interpretación constitucional, sino como el más adecuado para garantizar la justicia en hecho por su naturaleza misma, más allá del mero formalismo silogístico.

I. Introducción

La interpretación siempre ha sido controversial. En muchas ocasiones, el concepto hace alusión a una aproximación más relativista. En otras, a una cuestión más dogmática. En realidad, el ser humano vive interpretando constantemente su realidad. Somos seres que, en tanto racionales, comprendemos nuestro entorno a través de signos a los cuales les cargamos una carga semántica que nos permite construir nuestra realidad. Así, cuando designamos las cosas por medio de un nombre, estamos aludiendo a una red de significados intrínsecos a dichos objetos. Esta realidad es la nota característica de nuestra inteligencia: la racionalidad simbólica. Gracias a ésta, podemos convertirnos en seres capaces de conocer y, al mismo tiempo, elegir y determinar nuestras vidas. Es por ello que el lenguaje juega un papel determinante, incluso en la racionalidad jurídica. Como se verá en los siguientes apartados, toda ley –positiva– es una expresión cognoscible y reconocible gracias al lenguaje. La construcción de la voluntad constituyente se cristaliza precisamente en un texto a partir del cual, tanto los operadores jurídicos como cualquier ciudadano, podrán hacer uso de él.

La importancia del lenguaje, por lo tanto, radica en su capacidad de crear y comunicar significados generales y comunes, tanto para la generalidad como para comunidades específicas de seres humanos. La expresión lingüística –simbólica– es lo que permite la construcción de los distintos ámbitos de la vida humana, así como de la comprensión de los mismos. Y, así como la

vida humana va cambiando de acuerdo al progreso del tiempo, así mismo ocurre con el lenguaje. Emilio Lledó señala que, al momento de hacer una obra escrita, el texto conservado –más que quedar inmóvil– adquiere una naturaleza dialéctica:

A medida de que el lenguaje adquiriría alteridad y objetividad como tal lenguaje, iba presentando un aspecto inédito y compacto. De hecho, el lenguaje encerraba en sus estructuras el tesoro de lo que los hombres han sido (historia), han soñado o querido (literatura), han pensado (filosofía, ciencia). El momento supremo de esta cosificación lingüística tiene lugar en la obra literaria, quiero decir en la obra escrita. A través de ella, el lenguaje se objetiva, pero al par, conserva, de una manera problemática aunque enormemente precisa, su constitución dialéctica, su poder comunicativo y social. La obra escrita nos habla también desde unos determinados presupuestos. No es sólo un *qué* informante, sino un *quién* dialogante.¹

Me detengo en este punto porque, frente a las interpretaciones estática y dinámica de la constitución –*originalism* y *living constitution* respectivamente–, esta distinción se convierte en una precisión fundamental del debate. ¿Se debe entender a la constitución de acuerdo a su contexto al momento de redactarse o se debe comprenderla en tanto un producto "vivo" de la acción humana? Como se puede ir soslayando, opto por la segunda opción de acuerdo a lo explicado anteriormente. El lenguaje humano, en tanto simbólico, es dialéctico; es decir, siempre está abierto a ser interpretado por otro.

Un segundo punto preliminar para tener en consideración durante la argumentación subsecuente es el rol que tiene la imaginación humana. Comúnmente, se le ha asignado un papel secundario al momento de hablar acerca de nuestra racionalidad. Sin embargo, muy distinto de ser una mera facultad intermedia entre los sentidos y la intelección, la imaginación posee un rol determinante. Gracias a ella podemos proyectar –entre muchas ideas– escenarios futuros y contingentes. Es, por tanto, una facultad que constantemente está lidiando con la realidad de hecho y con nuestra comprensión del mundo. Incluso, sin la imaginación, no podríamos desarrollarnos en seres humanos racionales. El filósofo escocés, Alasdair MacIntyre, determina que, para convertirnos en lo que él denomina como "razonadores prácticos", la imaginación – en tanto esta capacidad de presentar a uno mismo distintos escenarios posibles– se vuelve fundamental. Ya que, para el correcto "florecimiento" humano –entendido como el desarrollo natural de las facultades humanas optimizadas por las virtudes en tanto Aristóteles las entendía–, la capacidad de elegir está intrínsecamente ligada con la capacidad de plantearse futuros. No

¹ LLEDÓ, Emilio, *Filosofía y lenguaje*, España, Crítica, 2008, p. 118. Énfasis original del texto.

tanto como decisiones exactas, sino como posibilidades contingentes producidas por nuestras acciones:

Pero todo razonador práctico debe ser capaz de imaginar diversos futuros posibles *para él*, imaginarse avanzando desde el momento presente en diferentes direcciones, porque la existencia de futuros alternativos y diferentes ofrece conjuntos de bienes alternativos o bienes diferentes, y distintos modos posibles de florecimiento. Es importante que todo individuo sepa visualizar tanto futuros próximos como distantes y que, aunque sea improvisadamente, piense los posibles resultados futuros de uno u otro comportamientos. Para ello no sólo hace falta conocimiento sino también imaginación.²

De esta manera, es posible identificar en la imaginación un elemento que, debido a su falta de "exactitud", ha sido eliminado del discurso jurídico argumentativo. Sin embargo, tal elemento es un componente básico de nuestra racionalidad simbólica y, aunque se quiera depurar, por naturaleza humana es imposible –e incluso, indeseable– eliminarla. Me refiero al elemento narrativo de nuestra racionalidad. Ya se había vislumbrado líneas arriba. Si el lenguaje es dialéctico, entonces también es narrativo. Comprendemos los textos con una progresión narrativa. Sin embargo, no se refiere a que encontremos en las leyes personajes, situaciones y existan en ellos paroxismos y conclusiones a la manera de una historia de detectives *a la Raymond Chandler*. Se trata de que, en nuestra comprensión, que se da por medio de la imaginación –que se manifiesta a través de los signos que contienen cargas semánticas establecidas por el lenguaje–, encontramos elementos –proposiciones– que establecen un panorama que nosotros aprehendemos de su lectura. Un ejemplo rebuscado es el mismo silogismo. Entendemos que hay una premisa mayor, una menor y que de ellas se deriva una conclusión que está implícita en ambas. Comprendemos este razonamiento deductivo al establecer un antes y después, una premisa inicial, una secundaria y una final. No deja por ello de ser lógica, pero tampoco se puede negar que la comprendemos *narrativamente*. Hay una sucesión de ideas que fluyen en nuestra imaginación que forma parte de la razón simbólica. Incluso cuando se hablan de penas jurídicamente establecidas, entendemos que si se hace algún delito que se enmarca en el supuesto jurídico, corresponde un castigo predeterminado. De nuevo, estamos haciendo uso de la imaginación en tanto nuestra capacidad de proyectar escenarios futuros, así como de crear situaciones que se expresan narrativamente.

² MACINTYRE, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Mugá, España, Paidós, 2016, p. 93. Énfasis original del texto.

Sin embargo, como todo en la realidad, se puede ir al extremo y es en este punto donde se ha buscado la objetividad en la aplicación jurídica. El peligro de caer en lo relativo es real. Empero, no imposible de prevenir:

La imaginación o fantasía tiene sus caminos y sus cauces. Usa lo figurativo. Por eso he aludido a esos lenguajes o discursos analógicos como el de la parábola, según la estudió Greimas, así como el apólogo. La imaginación o fantasía usa mucho de la narración; es narrativa o narratológica. Pero también da acceso a la discursividad racional, al argumento, a la prueba. Ahora que muchos pensadores posmodernos se quedan en la sola narratología, es cuando más tenemos que recuperar la actividad argumentativa, el enlace que se da (o debe dar) entre la imaginación y la razón.³

Por lo tanto, para comprender por qué y cómo deberíamos interpretar cualquier ley, sea la constitución o normas específicas, hemos de tener presente las coordenadas ofrecidas en esta breve introducción. Nuestra racionalidad es simbólica; es decir, que pensamos e interactuamos con nuestra realidad –y nuestro propio ser– a través de signos que comprenden en sí mismos una variedad de significados. Los principales signos son aquellos que formamos con el lenguaje, el cual es una expresión del dinamismo humano a través de su contexto y época. Incluso en el texto escrito, es posible encontrar la dimensión dialéctica –el texto "habla" desde su época y autor, mientras que el lector intenta comprender lo expuesto en ella–. El lector se enfrenta a este texto con sus propias coordenadas y es por ello que siempre está interpretando. Lo mismo vale para los demás aspectos de la vida humana.

Además, para que nuestra racionalidad pueda funcionar simbólicamente, encontramos que la imaginación desempeña un papel fundamental y que una nota característica de ésta es su dimensión narrativa. Estas son las variables que siempre están presentes al momento de interpretar. Incluso, sería más correcto afirmar que interpretamos nuestra realidad precisamente porque nuestra racionalidad opera con estas coordenadas. Las cuales, como se verá más adelante, serán la clave para comprender por qué la hermenéutica analógica se convierte en una propuesta idónea para la interpretación constitucional.

II. La ley: aproximación política

Desde Platón hasta Arendt, la ley ha desempeñado un papel fundamental para la ordenación política de la sociedad. Es el instrumento por antonomasia para regular el orden, la paz y, en

³ BEUCHOT, Mauricio, *Senderos de iconicidad. Sobre el resplandor de las imágenes*, CDMX, Editorial Herder, 2016, p. 53.

última instancia, consolidar la justicia en la realidad. Más allá de hacer un estudio preciso de la naturaleza jurídica de las leyes y normas, en este pequeño apartado busco dar unas aproximaciones más políticas acerca de la ley. La razón de esto es precisamente resaltar que la ley, aunque se busca que sea lo más objetiva posible, siempre tiene contacto con lo moral y social; es decir, con el reino práctico que es contingente y mudable. La sola promulgación de la ley no determina la justicia, sino que ésta se consigue en la operación e interpretación de la misma.⁴

Como lo afirmé al principio, la justicia enmarcada dentro del marco de la constitucionalidad y convencionalidad, reclama la noción de interpretar, más que deducir formalmente. Los derechos humanos no son formulaciones abstractas matemáticas, sino que parten de principios éticos, los cuales siempre dialogan con la realidad. Esto, trasladado a la esfera jurídica, implica que la interpretación se centra en las ideas prácticas de la ponderación, proporcionalidad y la consideración con principios normativos y "metanormativos". Un ejemplo claro es el famoso principio *pro persona*, así como la interpretación conforme⁵:

Me parece que una aproximación subjetiva al principio *pro persona*, y además omitiendo los principios que deben acompañar a la función interpretativa: ponderación, proporcionalidad, límites de restricción permitida, margen de apreciación –en su caso– etcétera, constituye el acto fallido de un inconsciente jurídico colectivo que sigue considerando a las normas sobre derechos humanos como un conjunto de buenas intenciones, y no como un material normativo sofisticado que requiere elementos propios para su aplicación e interpretación.⁶

Aclarada la conexión entre la realidad actual de la democracia constitucional y convencional con la necesidad de interpretar leyes y derechos, paso a explicar la ley como un producto de la realidad humana –contingente, mudable e imperfecta– describiendo la aproximación que estableció Thomas Hobbes. En su *ópera magna, Leviatán*, estipula que la ley en estricto sentido no es un postulado que se encuentra en la naturaleza –más allá de las leyes de la física–. Como tal, es sólo la promulgación que se da dentro del Estado Civil: “By civil laws, I understand the laws, that

⁴ Debido a la extensión del presente artículo, doy por sentado ciertos principios. La legalidad de una ley no está fuera del error humano y no por ser promulgada es perfecta. Tampoco puede prever cualquier situación contingente. Incluso, como se puede observar del planteamiento, no es posible separarla de la racionalidad humana. El extremo positivista es insostenible así como el extremo equivocista.

⁵ Incluso, la palabra "conforme" contiene la referencia semántica de la frase "de acuerdo con" que, a su vez, implica ya un examen de ponderación analógica, pues no se trata de una igualdad o deducción matemática causal, sino un llamado a ciertos significados implicados en una norma que, a su vez, refieren a otros contenidos dentro de otras leyes.

⁶ CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, segunda edición, CDMX, Editorial Porrúa, 2015, p. 124.

men are therefore bound to observe, because they are members, not of this, or that commonwealth in particular, but of a Commonwealth”.⁷

Para Hobbes, una vez establecido el Estado Civil –*the commonwealth*– a través de la cesión de todos los poderes y derechos individuales a un solo representante –el soberano–, éste tiene la facultad de hacer leyes que, como voluntad de todos, han de respetarse de acuerdo al pacto –*covenant*– que acordaron. No hay leyes en estricto sentido en el Estado de Naturaleza, sólo en el Estado Civil –pues, precisamente, se funda éste para tener leyes que obliguen y restrinjan el comportamiento de los individuos–: “When a commonwealth is once settled, then they are actually laws, and not before; as beings then the commands of the commonwealth; and therefore also civil laws: for it is the sovereign power that obliges men to obey them”.⁸

De acuerdo a lo establecido por Hobbes, sería fácil considerar que para él, la ley, en tanto establecida por el monarca, simplemente se ejecuta, ya que se trata de la voluntad reunida de todos los individuos expresada en el poder de la ley. Sin embargo, este no es el caso. Hobbes sí consideró que la ley civil, por su misma naturaleza, debe ser interpretada:

All laws, written, and unwritten have need of interpretation. [...] The written laws, if they be short, are easily misinterpreted, from the divers significations of a word, or two: if long, they be more obscure by the divers significations of many words: insomuch as no written law, delivered in few, or many words, can be well understood without a perfect understanding of the final causes, for which the law was made; the knowledge of which final causes is in the legislator.⁹

La razón por la cual Hobbes consideró la necesidad de la interpretación para aplicar las leyes es, precisamente, la diversidad de significados que contienen las palabras de determinado lenguaje. Es decir, su constitución semiótica aludida en la introducción. Para Hobbes, al final, lo que hace una ley civil, es el poder de promulgación del soberano –*yet it is by the sovereign power that it is law...*¹⁰–. Dicho en términos más contemporáneos, lo que hace que una ley sea vinculante es precisamente que el legislador la emita, así como cualquier operador jurídico la ejecute –las sentencias de los jueces–. Sin embargo, Hobbes no menciona que necesariamente sean justas por ser promulgadas por el poder soberano, simplemente que son leyes por ser emitidas por éste. Incluso, previamente en su tratado *De Cive*, Hobbes había distinguido que la ley civil –en

⁷ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2008. Capítulo 26, párrafo 1.

⁸ *Ibidem*, párrafo 4.

⁹ *Ibidem*, párrafo 21.

¹⁰ *Ibidem*, párrafo 22.

tanto escrita— para que exista, no necesariamente debe estar escrita, sino que tenga una "voz" — una voluntad, lo cual, es un signo y como tal, es interpretable—: "Por lo tanto, el requisito para que una *ley exista* no es un *escrito*, sino una *voz*; tal es lo que se necesita para la *ley escrita*; mientras que el escrito sólo se precisa para que la *ley sea recordada*".¹¹

Un punto adicional referente a lo postulado por Hobbes es que él sí le da un rol importante a la imaginación para la construcción de toda su teoría política. Hobbes establece que existen dos tipos de movimientos —*motions*—, los vitales y los voluntarios. Los primeros entendidos como aquellos que suceden mecánicamente como efecto mismo de ser seres animales vivos —respirar o digerir—. ¹² Los voluntarios, en cambio, tienen su principio gracias a la imaginación: “*And because going, speaking, and the like voluntary motions, depend always upon a precedent thought of wether, which way, and what,; it is evident, that the imagination is the first internal beginning of all voluntary motion*”.¹³

Es gracias a la imaginación lo que, eventualmente, nos llevará —de acuerdo a Hobbes— a crear el Estado Civil ya que el miedo a morir violentamente —proyección constante de nuestras pasiones a través de la imaginación— es lo que impulsará a fundar un estado de concordia y civilidad¹⁴, es decir, a crear leyes. De esta manera, hay un vínculo innegable no sólo entre nuestra racionalidad simbólica, sino con la ética —y antropología— y el derecho. Pues, de acuerdo a Hobbes, lo que nos lleva a crear leyes es precisamente la naturaleza humana que, de acuerdo a lo expuesto hasta el momento, es una racionalidad simbólica la cual es interpretativa.

Si en Hobbes se constató el por qué se necesitan leyes —civiles—, es importante resaltar cómo deben ser legisladas. Por ello, paso a mencionar brevemente algunos puntos destacados acerca de la concepción de la ley de acuerdo a Montesquieu.

¹¹ HOBBS, Thomas, *De Cive*, segunda edición, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2016. Capítulo 14, párrafo 14. Énfasis original del texto.

¹² *Cfr.* HOBBS, Thomas, *Leviathan*, op cit. Capítulo VI, párrafo 1.

¹³ *Ídem.* Énfasis original del texto.

¹⁴ "El Estado artificial, que en tanto tal es el más perfecto, surge cuando los dos contendientes son presa del temor por sus vidas, superan la vanidad y la vergüenza de confesar su miedo y reconocen como su enemigo real no al rival, sino "a aquel terrible enemigo de la naturaleza, la muerte", la cual, en tanto enemigo común, los fuerza a un mutuo entendimiento, confianza y unión, y les procura entonces la posibilidad de culminar, en la fundación del Estado, con el propósito de propiciar salvaguardas por el período más largo posible contra el enemigo común [...] sólo sobre la base del miedo a la muerte la vida alcanza la concordia...". STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y génesis*, trad. de Silvana Carozzi, 2011, Argentina, FCE, p. 47.

En primer lugar, para el barón las leyes son "relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas".¹⁵ A grandes rasgos, las leyes son expresiones de relaciones entre objetos de acuerdo al entendimiento humano. Más adelante, Montesquieu se refiere a la ley en tanto que:

[...] es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación puedan convenir a otra.¹⁶

De este fragmento es importante señalar dos aspectos importantes. El primero es que, para Montesquieu, la ley se deriva de una universalidad en tanto expresiones que gobiernen a todos los seres humanos por igual, si bien, adaptándose a su contexto particular. El segundo es que, lejos de estar desconectado de la moral, el carácter natural de las personas o incluso su historia y geografía, la ley debe estar en diálogo con estas dimensiones del ser humano. Este punto se ve más claro líneas más abajo cuando explica:

Deben adaptarse al grado de libertad que permita la constitución, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a su número, a su comercio, a sus costumbres y a sus maneras.

Finalmente, las leyes tienen relaciones entre sí; con sus orígenes, con el objeto del legislador y con el orden de las cosas sobre las que se legisla. Las consideraremos bajo todos estos puntos de vista.

Lo que me propongo hacer en esta obra es examinar todas estas relaciones que, juntas, forman lo que se llama el *espíritu de las leyes*.¹⁷

El famoso "espíritu de las leyes" será precisamente, tanto los principios éticos que otorgan una justificación externa, como su teleología, el objetivo mismo de crear leyes. Incluso, esta "adaptación" que menciona Montesquieu abre la puerta a una interpretación más proporcional que silogística. La proporción, como se verá más adelante, entendida dentro de los parámetros de la hermenéutica analógica, siempre tiene la prioridad de ceñirse al hecho sin perder la normatividad, entendiéndola dentro de su justa medida. Es decir, adecuándose al "espíritu de las leyes". Por lo cual, resulta irónico que el mismo Montesquieu restringiera la función de los jueces a ser meros ejecutores de la ley, sin posibilidad de interpretarla.

¹⁵ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, tercera edición, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Madrid, Editorial Alianza, 2015. Parte I, libro primero, capítulo 1.

¹⁶ *Ibidem*, capítulo 3.

¹⁷ *Ídem*. Énfasis original del texto.

Por último, cabe señalar las coordenadas de la naturaleza humana sobre las cuales creamos leyes. De acuerdo a Montesquieu, en un ejercicio de analogía, así como Dios se relaciona con su creación a través de leyes, así también nosotros nos relacionamos con el mundo y nosotros mismos. Sin embargo, dichas leyes, lejos de ser expresiones de seres perfectos, están enmarcadas en el error y en la siempre presente posibilidad de romperse:

La razón de ello estriba en que los seres particulares inteligentes son, naturalmente, limitados, y, por consiguiente, están sujetos a error. Y por otra parte corresponde a su naturaleza el poder obrar por sí mismos, de suerte que, no sólo no siguen constantemente sus leyes originarias, sino que tampoco cumplen siempre las que ellos mismos se dan.¹⁸

Lo que está explicando el barón es algo muy sencillo. Por una parte, en tanto seres limitados, no estamos exentos de cometer errores. Lo cual, nos lleva a afirmar que las leyes difícilmente serán siempre y en todo lugar expresiones normativas perfectas. Por lo que, de nuevo, hay necesidad de interpretarlas. En segundo lugar, Montesquieu explica que incluso, aunque nosotros mismos nos demos leyes, somos los únicos seres que voluntariamente las desobedecemos. En última instancia –y dicho con un cierto tono poético–, ni la ley humana puede doblegar en toda ocasión a la voluntad humana.

Para recapitular, las concepciones que se han explicado de la ley, tanto de Hobbes como Montesquieu están en concordancia con lo explicado en la introducción. La naturaleza de nuestra racionalidad simbólica nos permite crear leyes que, en la medida de lo posible, se adecúen al fin por las cuales fueron legisladas. Dichas leyes cobran valor –y son vinculantes– una vez legisladas por un poder constituyente. Sin embargo, no están ni exentas de error, ni contienen en sí mismas la prescripción entera de cómo debemos actuar y, por más que se desee, no siempre se cumplen. Asimismo, no sólo por ser emitidas por un órgano legislativo –y en su debido momento, ejecutadas por un operador jurídico– significa que están en una dimensión distinta a la práctica humana, alejada de la moral y la ética. Al contrario. Su fundación y necesidad deriva de la naturaleza humana. Siempre hay, entonces, un diálogo entre el orden ético y la aplicación jurídica y política. Siendo este uno de los puntos más discutidos en los últimos siglos, es importante revisar por qué esta conexión no debe omitirse y, además, por qué hay siempre lugar para la interpretación en el derecho.

¹⁸ *Ibidem*. Capítulo 1.

III. La doble indeterminación del Derecho

De acuerdo a Riccardo Guastini, "el derecho, en efecto, es doblemente indeterminado".¹⁹ Por una parte, las normas jurídicas son equívocas, ambiguas:

Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente. Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresa y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente.²⁰

La primera indeterminación se refiere a que, por una parte, existen diversos métodos interpretativos que, de acuerdo a sus fines y propósitos, pueden producir conclusiones distintas.²¹ Por otra parte, Guastini explica que todo intérprete ya trae consigo una cantidad de presuposiciones y juicios particulares que condicionan su manera de interpretar.²² Lo cual, lejos de ser una sorpresa alarmante, es una característica de la naturaleza simbólica humana. No sólo el lenguaje contiene una carga especial semántica, sino que, incluso, hay ciertas palabras o conceptos que pueden tener un significado muy particular para una persona. Asimismo, las coordenadas intelectuales –y morales– de una persona siempre están presentes. El mismo anhelo positivista de ejecutar al pie de la letra la ley es, en sí misma, una construcción dogmática que efectivamente condiciona la manera en que ese operador jurídico pretende interpretar. En la misma ejecución, hay una interpretación. Esta idea se presentará con más claridad hacia el final del artículo.

La segunda indeterminación del derecho es, de acuerdo a Guastini, que toda norma carga consigo cierta vaguedad –idea que se vio con Hobbes–. "Dada una norma cualquiera, existen casos a los que obviamente no puede ser aplicada y finalmente casos 'dudosos' o difíciles (*hard cases*) en los que la aplicabilidad de la norma es discutible"²³. Precisamente se refiere a que, como el lenguaje en sí mismo tiene muchos sentidos, será tarea del operador determinar cuál sentido se le debe aplicar. Es decir, que dicho operador deberá interpretar. Mientras que la primera indeterminación se centra más en el intérprete, la segunda se enfoca al enunciado normativo

¹⁹ GUASTINI, Riccardo, *teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p.30.

²⁰ *Ibidem*, p. 32.

²¹ *Cfr. Ibidem*, p. 33.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 34.

mismo. Pero, como ya se puede ir vislumbrando, entre ambos siempre hay una relación dialógica/interpretativa.

Sobre esta doble indeterminación, Guastini afirmará que, entiendo la interpretación en dos sentidos –en abstracto y en concreto– se podrá limitar dicha ambigüedad. Entendiendo la interpretación en abstracto el análisis mismo de la norma vigente y la interpretación en concreto siendo el análisis del caso concreto²⁴. Precisamente, este es el punto de quiebre. Como se verá adelante, pareciera que siempre se tiende a buscar sólo un lado interpretativo, como si la correcta metodología fuese una especie de ideología o doctrina particular –incluso, sí existen como tal "doctrinas interpretativas" o "doctrinas argumentativas" que pretenden "simplificar" sin perder validez el proceso interpretativo y de ejecución de la ley–. Sin embargo, la propuesta de la hermenéutica analógica sí da una respuesta práctica para enfrentar esta doble indeterminación del derecho, reduciendo esta ambigüedad de significados sin perder la dimensión normativa, ni la dimensión de resolución práctica.

IV. ¿Interpretación estática o dinámica?

Dentro de la interpretación constitucional es famosa la dicotomía entre dos modelos: el de entender a la constitución dentro de parámetros estáticos –"originalistas"– o, por el contrario, con un paradigma dinámico –"*living constitution*"–. Previo a entrar al detalle de las principales características de ambas, es importante señalar que la constitución, en tanto ley normativa escrita –como se vio con Hobbes– es un producto de nuestro lenguaje –racionalidad simbólica– y, como tal, hay que interpretarlo. El problema que de esto se deriva es precisamente el "estatuto" o "funcionalidad" de la interpretación. ¿Es un producto de deducción o hay en ella un rasgo de creación? Cuando se interpreta, ¿se siguen conclusiones intrínsecas o hay un producto nuevo?

(Desde siempre) se discute en la doctrina cuál es el estatuto lógico de la interpretación, en particular de la interpretación judicial. Se trata de saber, en particular, si la interpretación

²⁴ *Ídem*.

(judicial) es un acto de conocimiento (ésta es la tesis de las distintas teorías cognitivas²⁵) o bien un acto de voluntad²⁶ (ésta es la tesis de las teorías escépticas).²⁷

Para tratar de esclarecer esta problemática, existen las dos posturas antes mencionadas. Por una parte, la "doctrina estática" busca conservar la estabilidad jurídica de las normas. La argumentación es clara: si una ley pierde su valor normativo constantemente, pierde su capacidad coercitiva, pues un día significa un cierto número de significados y otro día adquiere un conjunto similar o distinto. Por ello, este dogma empuja al operador jurídico a seguir la "interpretación original" o la famosa "voluntad original" de los legisladores, de acuerdo a su época y a los principios propios de tal tiempo –tanto jurídicos como los ético-normativos–:

[...] consiste en atribuirle al texto constitucional su significado 'original': según el caso, el significado que corresponde al uso de las palabras tal como era en la época de la promulgación de la constitución, o bien el que corresponde a la 'intención' de los *Framers*, los padres fundadores.²⁸

Incluso en esta doctrina que a primera instancia parece ser bastante rígida, hay un elemento hermenéutico bastante "fluido". Está bien establecido que la *intentio auctoris*, aunque deducible, no es cognoscible del todo. La misma naturaleza humana que transcurre a través de épocas y contextos determinados imposibilita que se transmita el mensaje tal como se quiso comunicar. Incluso, la comunicación viva entre dos personas tiene rezagos y no todo lo que se desea decir es aprehendido en su totalidad por la otra persona.²⁹ De esta manera, aunque se desee privilegiar la intención "original" del legislador, sencillamente no es posible. Otra gran crítica, además, es la que describe con suma sencillez David A. Strauss. Los padres fundadores difícilmente podían

²⁵ "...consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo (sobre la base de las reglas del lenguaje, de las diversas técnicas interpretativas, de las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etcétera) sin escoger alguno de ellos... *Ibidem*, p. 35.

²⁶ "...la interpretación *creativa*, que consiste en atribuir a un texto un significado 'nuevo' –no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva– y/o en recabar el texto de las normas, llamadas 'implícitas', a través de medios pseudo-lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por tanto no concluyentes: por ejemplo, el argumento analógico)". Ídem, énfasis original del texto. Es importante notar que, incluso desde esta conceptualización, Guastini identifica a la analogía como un método no "lógica" por su naturaleza menos deductiva. Sin embargo, como se argumentará, la analogía entendida desde su raíz, el pensamiento basado en la prudencia –el punto medio– es la racionalidad adecuada para la esfera práctica, ética y pública –y, dentro de ésta, la jurídica–.

²⁷ *Ibidem*, p. 39.

²⁸ *Ibidem*, p. 60.

²⁹ De acuerdo a la hermenéutica analógica: "...se dará predominio al significado del lector, sin que esto redunde en desprecio del que toca al hablante o autor. No es dejar de lado el significado o la intencionalidad del autor, es simplemente la conciencia y el reconocimiento de que es imposible de alcanzar, y que siempre va a predominar nuestra subjetividad". BEUCHOT, Mauricio, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*, México, FCE, 2016, p. 47. Al final, el que interpreta es un "yo" y, como tal, siempre lo hacemos desde unas coordenadas predeterminadas.

haber previsto –por más que usaran su imaginación– los problemas que desafían a la humanidad en pleno siglo XXI –como la ciberdelincuencia y el terrorismo internacional–: "*But when it comes to difficult, controversial constitutional issues, originalism is a totally inadequate approach*".³⁰ Sin embargo, lo importante de esta visión es, sin lugar a dudas, el esfuerzo por brindar estabilidad y fidelidad a las normas.

Por otro lado, se encuentra la "doctrina dinámica". Este paradigma se puede entender también dentro de las coordenadas del *living constitution*. Básicamente, se centra en realizar una interpretación evolutiva de las normas con el objetivo de "remediar el envejecimiento de la constitución y la falta de revisiones constitucionales".³¹ Por la visión adaptativa que presenta este paradigma, está más cercana a los terrenos de la analogía: "En la mayor parte de los casos esta adaptación se cumple mediante la concretización de los principios constitucionales, y consiste en obtener nuevas normas del texto, que se suponen 'implícitas'.³²

Strauss, en defensa de este paradigma –hablando desde las coordenadas del *Common Law*– escribe:

The common law is a system built not on an authoritative, foundational, quasi-sacred text like the Constitution. Rather, the common law is built out of precedents and traditions that accumulate over time. Those precedents allow room for adaptation and change, but only within certain limits and only in ways that are rooted in the past. Our constitutional system has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as important as the written Constitution itself. A common law Constitution is a "living" Constitution, but it is also one that can protect fundamental principles against transient public opinion, and it is not one that judges (or anyone else) can simply manipulate to fit their own ideas.³³

La problemática que más se le imputa a este paradigma es precisamente que no tiene dentro de sus prioridades –al menos, en un principio– la estabilidad jurídica. Si se busca constantemente la adaptación, ¿cuándo la ley encuentra el terreno firme para que siempre sea válida? Además, si no se busca la literalidad de la letra, pareciera que se deja demasiado al arbitrio del operador jurídico y ésto, a su vez, más que justicia se puede convertir en capricho judicial. Sin embargo, esta crítica se desarticula cuando en lugar de simplemente considerar la ponderación, se comprende la

³⁰ STRAUSS, David A., "*The Living Constitution*", EUA, The University of Chicago Law School, 2010, <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>.

³¹ GUASTINI, Riccardo, *op cit.*, p. 61.

³² *Ídem*.

³³ STRAUSS, David A., *op. cit.*

función que tiene la analogía misma. Ya que la analogía, considerada en sí misma el punto medio del razonamiento práctico, contiene en su aplicación su propia validez. Y esta interpretación, la de buscar una prudencia en el discernimiento –en este caso, jurídico– es la manera en que nuestra racionalidad simbólica objetivamente encuentra límites dentro de la variedad de interpretaciones.

Para concluir este apartado, he de resumir que el problema de la interpretación constitucional se centra, además de la doble indeterminación del derecho –la vaguedad de las normas y las distintas maneras de interpretar una misma norma–, en cómo podemos proyectar la ejecución de las leyes. Hay una tensión entre la estabilidad de las normas y la adaptabilidad de las mismas. Sin embargo, en la proporcionalidad –"analogía" es la palabra griega que significa proporción–, cuando se entiende precisamente en los términos del razonamiento práctico, diluye esta tensión al centrar su atención dentro de parámetros objetivos y estables, sin perder la contingencia de la realidad. Por ello, es momento de pasar a entender el rol que tiene la proporcionalidad en la interpretación jurídica.

V. Hacia la proporción: Dworkin, Klatt y Meister

Hablar de proporcionalidad implica, *de facto*, traer a la mesa argumentos jurídicos y extra jurídicos. Lo cual, es lo más correcto. Las leyes, como se vio desde la introducción y la necesidad de éstas en los modelos políticos, son una expresión de la voluntad del ser humano de vivir en orden y paz. Precisamente la proporcionalidad, en tanto razonamiento práctico, logra valorar la normativa y la práctica moral buscando dar un resultado concreto: "el principio de proporcionalidad puede dar resultados correctos si refleja y considera la aplicación de valoraciones morales".³⁴ Klatt y Meister, siguiendo a Alexy, especifican que en la misma ejecución de la proporcionalidad ya está inscrita no sólo un método objetivo, sino que éste no sería posible sin argumentos morales:

[...] el principio es neutral en lo tocante a su estructura formal, y en esta medida puede señalarse como un criterio de constitucionalidad válido universalmente. Pero esta estructura formal necesariamente tiene que colmarse mediante argumentos con impronta moral, relacionados con el valor y el peso.³⁵

³⁴ KLATT, Matthias y MEISTER, Mortiz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 24.

³⁵ *Ibidem*, p. 30.

De lo anterior, es importante destacar dos puntos claves que, aunque ya se han mencionado de relieve durante este artículo, es necesario hacerlos explícitos. Los autores señalan la necesaria conexión entre la ética y el derecho. En el último apartado se concretará este punto al explicar la analogía tal como la concibió Aristóteles. Sin embargo, la desvinculación completa entre ética y derecho sólo nos deja un cascajo de normas sin contenido real. Ya se vio con Hobbes. Aunque el soberano emita una ley ésta tiene que ser interpretada por un operador y, más aún, siempre parte de nociones y "leyes" de la naturaleza humana. Lo cual, forzosamente hace referencia a la ética. Lo mismo ocurre con Montesquieu. Las leyes rigen sobre acciones humanas y éstas siempre se enmarcan, en primera instancia, dentro de lo que es más adecuado para el "florecimiento humano" —como lo explica MacIntyre—. Incluso, el mismo Cicerón entendió que el derecho radica en la comprensión de la naturaleza humana. Es decir, el derecho y las leyes que se establecen en un sistema jurídico deben responder, no a un abstracto órgano de normas generales desconectado de la ética, sino a lo que corresponde de acuerdo —o *conforme*— a la naturaleza humana: “Debemos exponer con claridad la naturaleza del derecho y ésta ha de buscarse en la naturaleza del hombre; y hemos de someter a consideración de las leyes por las que deben gobernarse las ciudades...”³⁶

Y más adelante afirma:

[...] la ley consiste en la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios. Esa misma razón cuando está firmemente desarrollada en el alma del hombre constituye la ley.

Para ahondar un poco más sobre este punto, destaca el fascinante y breve artículo de Jorge Adame Goddard acerca de los deberes éticos, políticos y jurídicos y cómo éstos últimos dos tienen su principio en los primeros: "La ética parte de una verdad axiomática que dice 'obra el bien y evita el mal', obra aquello que te perfecciona y evita lo que te degrada".³⁷ Tal es el principio que opera en los deberes —"puede decirse en pocas palabras que el fundamento del deber es lo objetivamente conveniente a la persona y a la comunidad y aprobado por ella como tal"³⁸—. Y, precisamente, es la ética que "afirma o niega que una conducta es debida o prohibida"³⁹. Goddard

³⁶ Cicerón, *Las Leyes*, edición de Juan María Núñez González, España, Ediciones Akal, 2020.

³⁷ ADAME GODDARD, Jorge, "Ética, legislación y derecho" en SALDAÑA SERRANO, Javier (coor.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 32.

³⁸ *Ibidem*, p. 31.

³⁹ *Ídem*.

explicará que de los tres deberes éticos –amar a Dios, amarse a sí mismo y amar al prójimo– se desprenderán los deberes políticos –solidaridad y justicia– y los deberes jurídicos –entendidos más como aquellos que buscan reparar o restablecer el orden y como tal, son deberes exigibles–.⁴⁰ Concluye su argumentación afirmando que "el ideal completo sería ser 'un país de tradiciones éticas, de leyes y de jueces'".⁴¹

El segundo punto es enfatizar que en la misma analogía, su aplicación ya contiene en sí misma la validez de la práctica racional. Dentro de la argumentación jurídica se busca proveer a los razonamientos de una justificación interna por encima de una justificación externa. La primera siendo el "armado" lógico/silogístico que busca concluir conclusiones implícitas de las premisas normativas –universal– y fácticas –particulares–. La justificación externa, por el contrario, serán interpretaciones no deductivas –véase la nota 24 del presente artículo–. Ésta última, por su "contingencia" lógica, no suele tener un lugar de "validez" más reconocido ya que se asocia más con los razonamientos morales. Sin embargo, "la justificación externa fundamentalmente se halla abierta a todos los argumentos morales o jurídicos; no se limita a los de una determinada teoría moral".⁴²

Esclarecidos estos dos puntos, volvemos al tema de la interpretación. Ahora, enfoquemos la atención a los derechos fundamentales. ¿Se han de interpretar amplia o estrechamente? La primera corresponde a una interpretación más analógica –a modo del paradigma del *living constitution*–. La segunda se identifica con el paradigma originalista, mas literal y buscando la semántica más acotada posible. De acuerdo a Klatt y Meister, existen cinco razones por las cuales se han de interpretar lo más amplio posible. La primera es que las definiciones estrechas –al querer evitar la proporcionalidad– no reconocen que son el producto de una ponderación previa que, en su realización, partió de definiciones más estrechas. Por lo tanto, para dar mayor cobertura a la defensa de los derechos, se ha de interpretar con una mayor amplitud⁴³. La segunda razón es que, al reducir el campo semántico de las definiciones, éstas se vuelven "opacas". Hay que recordar lo expuesto en la introducción del presente artículo. El lenguaje es un conjunto de significados que, a su vez, se conforman de muchas multitudes de significados. Es por ello que se afirmó que nuestra racionalidad, autora del lenguaje, es simbólica.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 32-37..

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² KLATT, Matthias y MEISTER, Mortiz, *op. cit.*, p.41.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 48-49.

De esta manera, cuando se reduce el campo de significación que una definición puede poseer, en lugar de brindar fuerza a la argumentación se torna débil.

De lo anterior es que los autores afirman que "las definiciones amplias se obtienen mediante la interpretación del texto del respectivo derecho fundamental, sin que de hecho en este punto se consideres intereses contradictorios; éstos se ajustarán separadamente en el marco de la ponderación".⁴⁴ Y, derivado de esta razón, la tercera objeción que plantean los autores es que, al cercenar la capacidad semántica de las definiciones –un ejercicio, además, arbitrario–, las posibles interpretaciones se tornan difíciles y problemáticas, pues se eliminan posibilidades de entender tal derecho frente a la situación particular. "En cambio, las definiciones amplias tienen ventajas metodológicas: el ámbito de protección de un derecho fundamental se obtiene exclusivamente mediante interpretación y los intereses opuestos son tratados aparte en el marco de ponderación".⁴⁵ La cuarta objeción es que, distinto del propósito inicial de las definiciones estrechas, en éstas se pierde la seguridad jurídica ya que, en lugar de buscar la protección más amplia, se pondera de acuerdo a las posibles restricciones que, en primer lugar, tendría la cobertura del derecho. De esta manera, en lugar de entender al derecho, se le define por sus restricciones y no por su contenido esencial. Esto imposibilita la previsibilidad, pues no se busca darle cobertura en el futuro, más que restringirlo en el presente. En cambio, con definiciones amplias, se busca dar la cobertura más amplia "*prima facie*". De esta manera, se asegura la previsibilidad en el futuro y con esto se consolida una seguridad jurídica.⁴⁶ Incluso, como no se concibe una definición amplia y, en lugar de voltear a ver el contenido esencial se buscan las limitantes, la interpretación se torna más subjetiva y arbitraria ya que "puede negarse el ámbito de protección iusfundamental sin tener que exponer justificaciones sustantivas para ello; existe un déficit de justificación".⁴⁷ De aquí parte la última crítica de los autores, pues si las decisiones y justificaciones se tornan arbitrarias, "la comprobabilidad de la decisión se reduce en razón de la deficiente justificación".⁴⁸

Por las razones expuestas, la interpretación jurídica –y, en última instancia, la interpretación constitucional– no puede ceñirse a definiciones abstractas y carentes de posibles significados. Se requiere comprender la situación, sí a los ojos de la norma, pero sin perder de

⁴⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 52.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 53.

vista que nuestra realidad práctica es contingente y, como se argumentó a través de lo que Goddard explica acerca de los deberes, la ley siempre está en diálogo con nuestra moral. Más que centrarse en una justificación interna, la interpretación jurídica habrá de procurar la justificación externa, la cual es la que está ligada con la realidad que el derecho busca resolver en la práctica.

Con el fin de conectar la importancia de la proporcionalidad al momento de interpretar, considero necesario explicar brevemente las etapas de la interpretación que propuso Ronald Dworkin. Una característica esencial que se ha estado repitiendo durante la argumentación es que el ser humano está constantemente interpretando, dotando de significados su entorno a partir de ciertos "dogmas" o, más bien, desde ciertos paradigmas que lo conforman –en este caso– no sólo como operador jurídico, sino como persona. Se ha expuesto a lo largo del artículo los problemas de interpretación dentro del derecho. Sin embargo, la manera en que interpretamos la realidad es también la manera en que interpretamos cualquier dimensión del conocimiento humano. Y, como el objetivo de este artículo es defender que la mejor manera de interpretar constitucionalmente es a través de la hermenéutica analógica por ser la manera más natural en que nuestra racionalidad simbólica opera, señalo brevemente las tres etapas de interpretación de acuerdo a Dworkin con lo cual se verá reflejado la importancia de la analogía y cómo, en su mismo ejercicio, es objetiva.

De acuerdo con Dworkin, primero está la etapa "preinterpretativa" en la cual "se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica".⁴⁹ Dworkin señala que, incluso en esta etapa inicial, la persona ya tiene una carga interpretativa o nociones básicas con las cuales puede interpretar aquella práctica.⁵⁰ La segunda etapa es la interpretativa dicha propiamente. En ella, se buscan las justificaciones de aquellas interpretaciones por las cuales se optaron. De acuerdo con Dworkin:

La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el interprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva.⁵¹

⁴⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 2008, p. 57.

⁵⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 58.

⁵¹ *Ídem*.

Lo que está explicando Dworkin es precisamente que las justificaciones no deben ser unas razones inamovibles y perfectamente comprobables, más bien, se ha de buscar que sean lo suficientemente flexibles para que, dicha práctica –norma– sea la que se esté interpretando y no otra. En la justificación se juega mucho de la interpretación. Al final, lo que tienen los operadores jurídicos son justificaciones que, en la medida de lo posible, plantean que dichas decisiones fueron las más razonables posibles –en otras palabras, fueron las más prudentes, es decir, las más analógicas–.

La tercera etapa es la postinterpretativa o reformadora. En ella, se pretende ajustar la práctica –la norma– a la justificación elegida para plantear las vías de acción y realizar lo que se estableció en la etapa interpretativa.⁵² Cuando un juez emite una determinada sentencia, ejecuta que se tomen ciertas acciones contenidas en la norma para que, al final del proceso, se restablezca el orden que se perdió. Esta etapa se convertirá, a su vez, en la futura etapa preinterpretativa de un nuevo momento interpretativo. Este ciclo se repetirá una y otra vez.

Estas etapas siempre se realizan. No importa qué método o paradigma se utilice para interpretar al objeto. Incluso, el método científico también está inscrito dentro de estas etapas. Claro, la diferencia radica en el objeto que estudia el cuál determina la "visión" con el que se le estudia. Sin embargo, la etapa experimental se corresponde con la etapa interpretativa tal como se explicó. La razón de ello está en función de las coordenadas que se explicaron al inicio del artículo. Nuestra capacidad interpretativa es, además de estar posibilitada por la imaginación, es un recuento narrativo entendido como una serie de sucesiones temporales –y causales–. Son interpretables porque en cada momento se estudian ciertos signos cargados de ciertos conjuntos semánticos. Precisamente para poder interpretar un hecho –en el derecho– de acuerdo con un enunciado normativo, nuestra racionalidad simbólica necesita las coordenadas no sólo de la norma misma, sino todos los significados implícitos en ella –su finalidad, los principios iusfilosóficos, contexto social y político, etcétera–. Cuando se busca sesgar el diálogo entre derecho y ética, en realidad, se está perdiendo parte de la esencia del derecho mismo. Las leyes, las normas jurídicas, encuentran su razón de ser a partir de la voluntad humana de establecer un orden y, con ello, alcanzar la justicia. Por lo tanto, así como el método científico se ajusta a su objeto de estudio, el derecho debe adecuarse, tanto a la naturaleza humana, como al fin que se

⁵² Cfr. *Ídem*.

persigue. Y, precisamente, la analogía es el método idóneo porque en sí mismo, en la forma misma del razonamiento analógico (proporcional), está la naturaleza misma de la justicia –dar a cada quien lo que le corresponde–. De esta manera, no sólo se tendrá un método que diluya las posturas expuestas –estática y dinámica– y las dobles indeterminaciones del derecho, sino que, al ser un método ceñido a la naturaleza humana y cuya finalidad se identifica con el mismo fin del derecho, la hermenéutica analógica –interpretación analógica– es la mejor manera de interpretar constitucionalmente.

VI. La hermenéutica analógica: la justicia en tiempo real

¿Qué es la analogía? De acuerdo con Mauricio Beuchot quien sistematiza la analogía tal como la concibió Aristóteles, la analogía se puede entender en dos dimensiones. La primera es la analogía por proporcionalidad, la cual la conocemos por medio de las matemáticas.⁵³ Aristóteles la dividió, además, en proporcionalidad *propia* e *impropia*. Este punto es fundamental. Distinto a lo que varios teóricos han observado en la analogía,⁵⁴ la proporcionalidad –bien entendida– frena los extremos equívocos de los diversos significados. Vale la pena entender precisamente a qué se refería Aristóteles con ambas dimensiones de la analogía por proporcionalidad:

Aristóteles dividió la analogía de proporcionalidad en propia, como en "el instinto es al animal lo que la razón al hombre" o "los cimientos son la casa lo que las raíces al árbol", e impropia o metafórica, como al escuchar la metáfora "el prado ríe", hacemos la proporción: "las flores son al prado lo que la risa al hombre".⁵⁵

La distinción entre una y otra es la idea matemática que encierra detrás, una suerte de justificación interna. Se puede observar con mayor claridad con el común denominador matemático. Todos los números que son exactamente divididos por el número que funge como común denominador es la idea que expresa Aristóteles con la proporcionalidad propia. En otras palabras, así como no todo número es dividido exactamente por el 7, no todas las posibles significaciones encajan – lógicamente– dentro de una interpretación. Esto es porque hay valores objetivos que nos permiten discernir distintos atributos que, así como el 56 es perfectamente divisible por el 14,

⁵³ Esta es la analogía que Aristóteles retoma de los pitagóricos. cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Hechos e interpretaciones...*, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ Por ejemplo, los breves comentarios compartidos en este artículo de Guastini al referirse a la analogía como una pseudo-lógica, véase p. 11.

⁵⁵ BEUCHOT, Mauricio, *Hechos e interpretaciones...*, *op. cit.*, p.34.

podemos compararlos y encontrar en ellos aquellas relaciones que comparten objetivamente. Parte de la tarea del operador jurídico es, precisamente, encontrar esta analogía propia entre los distintos elementos del hecho de frente a la norma jurídica. Por ello que David E. Strauss hace tanto hincapié en que el sistema del *Common Law*, cuyo sistema de antecedentes –que poco a poco se han ido adaptando al sistema romano-canónico– permite comparar y contrastar efectivamente sentencias anteriores con casos nuevos. La crítica en este punto de que la interpretación más "creativa" no es del todo formal por ser analógica empieza a perder validez.

En cambio, la analogía por proporcionalidad impropia, es la que comúnmente se entiende. Tratar de comparar ciertos objetos con distintas cargas semánticas que, al menos, en ciertos atributos parecen tener elementos en común; empero, no existe una relación objetiva real. El ejemplo clásico lo encontramos en la poesía. Por ejemplo:

Retirado en la paz de estos desiertos,
con pocos pero doctos libros juntos,
vivo en conversación con los difuntos
y escucho con mis ojos a los muertos.⁵⁶

Si bien es muy fácil comprender la idea que está expresando Francisco de Quevedo en estos versos, no se puede decir *objetivamente* que él haya "escuchado" con sus ojos a los muertos. Porque, por supuesto, los ojos no escuchan y los muertos –a menos que se trate de una fantasía apocalíptica–, no producen ningún tipo de lenguaje cognoscible. Incluso, el empleo de la palabra "desiertos" no se refiere al desierto como ecosistema, sino a una interpretación más abierta del autor para describir su derredor mientras escribió el verso.⁵⁷ La analogía bien aplicada, entonces, nos permite discernir los límites objetivos entre dos conjuntos de significaciones; es decir, entre dos signos. De nuevo, de aquí se deriva la tarea del operador jurídico para interpretar y discernir qué situaciones, actos y sucesos sí se corresponden objetivamente con la norma jurídica y, cuando ésta es ambigua, interpretar los sentidos más propios de aquellos principios por los cuales se redactó la norma a la luz del caso concreto. A propósito de la aproximación de sentidos posibles al "común denominador" propio, paso ahora a explicar la proporción por atribución – *pros hen*–.

⁵⁶ "Desde la torre" en de QUEVEDO, Francisco, *Antología poética*, edición de Esteban Gutiérrez Díaz-Bernardo, España, Editorial Castalia, 1989, p. 79.

⁵⁷ *Cfr. Ídem.*

Aristóteles la entiende como una especie de jerarquía o gradación. Hay posibles sentidos que, debido a sus elementos, se acercan más al grado de objetividad:

[...] la segunda [la proporción por atribución] implica una jerarquía, establece un orden o gradación. Por eso tiene un analogado principal y analogados secundarios. Por ejemplo, 'sano' se dice de manera principal y propia del animal, pero también se dice del alimento, del medicamento, del clima y de la orina, sólo que de éstos en un sentido secundario y derivado.⁵⁸

Como es posible apreciar, las dos dimensiones de la analogía se corresponden entre sí. La atribución permite establecer un cierto número de significaciones posibles que, una vez estudiados, se pueden interpretar para objetivamente decidir si tal conjunto de significados es adecuado para el caso pertinente. El ejemplo que utiliza Beuchot es bastante claro. La palabra "sano" expresa distintos significados que se corresponden con la semántica general de "sanidad", la cual, se puede afirmar que es el equilibrio en el funcionamiento interno de un objeto, –sobre todo, en el sentido biológico–. El clima puede decirse que es "sano", por lo tanto, sólo en la medida que propicie este balance interno en una persona determinada. Lo cual, podríamos afirmar que el grado de objetividad en este caso particular, no es una analogía propia en sí. Pues la salud del individuo no es comparable con la salud del clima –porque el clima no es un ser vivo–. Sin embargo, sí podemos decir que el animal –un gato– está sano de la misma manera que está sano un ser humano.

Regresando al ejemplo matemático, puede entenderse al analogado principal como el común denominador. Así, de 6, 8 y 16, sólo los dos últimos son analogados por el 4, mientras que, aunque el 6 y el 4 comparten un común denominador, entre ellos no se corresponden exactamente. Dicho de otra manera, el analogado principal es el común denominador mínimo de la serie de números específicos. Por eso se puede afirmar –y clasificar objetivamente– que el 2 es el común denominador mínimo de todos los números pares. Porque entre ellos, su analogado principal siempre será el 2 y éste es el elemento común a todos ellos, "es decir, tenemos con ello una hermenéutica que conmesura varias interpretaciones diferentes, pero con algo de semejanza en común"⁵⁹.

Como se puede deducir, a partir de la proporción por atribución se rescata la universalidad de los principios, el cual es el punto de interés de las posturas originalistas

⁵⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Hechos e interpretaciones...*, *op. cit.*, p.34.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

constitucionales; sólo que, en lugar de centrar la estabilidad jurídica en una interpretación literal, la universalidad y validez jurídica está ubicada dentro del parámetro de la analogía por atribución.

Ahora, la pregunta que restaría por contestar es explicar cómo puede funcionar la analogía como método interpretativo. La base de la analogía es el punto medio, el equilibrio de interpretaciones. Por ello, la interpretación siempre está orientada a la virtud práctica por antonomasia, la prudencia –el punto medio entre dos extremos viciosos, uno por exceso y otro por defecto–:

Esta comparación que establece Gadamer de la hermenéutica con la *frónesis* nos hace darnos cuenta de que está aludiendo a la analogía. La *frónesis* o prudencia es el equilibrio mesurado, tacto para el término medio, sentido de la proporción, y la proporción es analogía; por consiguiente, la hermenéutica tiene una intencionalidad analógica. Tiende a la analogía ya desde su propia naturaleza o esencia, ya que la univocidad hace innecesaria la interpretación y la equívocidad la vuelve imposible; en ambos casos se acaba con la hermenéutica. Sólo queda que se realice en los cauces de la analogicidad. La interpretación misma, al ser una cosa prudencia, *fronética*, está llamada a caminar por la analogía, está dispuesta para ser una hermenéutica analógica.⁶⁰

La dilución de la doble ambigüedad del derecho, así como de las dos posturas encontradas –estática y dinámica– encuentra una vía resolutive a través de la hermenéutica analógica. Pues, en lugar de eliminar las distinciones de significados, la analogía los incorpora por ser una constante de la realidad material y busca encontrarles un sentido objetivo. De esta manera, más que rehuir de ella a través del prestigioso camino de la deducción silogística, emprende una vía más práctica que, empero, no deja de procurar la universalidad ni la estabilidad interpretativa. Como la analogía "espanta" a los extremos unívocos y equívocos, es posible que el operador jurídico emprenda un trabajo válidamente lógico sin perder la "materia" de interpretación que son los distintos significados –tanto normativos, como éticos–.

El instrumento por excelencia de la analogía –dirá Beuchot– es la distinción. Pues, lo que permite realizar las dos operaciones de la analogía –proporcionalidad y atribución– es la distinción para separar o relacionar los diversos grupos de significados que se encuentran dentro del caso en particular atendiendo a los principios y las normas específicas de la ley:

Distinguir los significados de un texto lleva a evitar el equívoco y también a rechazar la pretensión unívoca de la total claridad; es darse cuenta de que donde quiera está la posibilidad del múltiple

⁶⁰ *Ibidem*, p. 43. Énfasis original del texto.

significad, de la polisemia o multivocidad, pero también de que siempre acecha la equívocidad, y que se tiene que acudir a la analogía para espantarla.⁶¹

La gran falla de la multiplicidad de métodos y dogmas interpretativos, es precisamente que se centran en la justificación deductiva y no dan "aire" para que respire la interpretación. Tales son las objeciones que formulan Klatt y Meister. En realidad, el derecho siempre debe estar abierto a lo contingente y ser lo suficientemente sabio –prudente– para encontrar los principios universales y ejecutarlos en el aquí y ahora. Si sólo se busca atender la justificación interna a manera de los conocimientos teóricos –recordando que, incluso, desde Aristóteles ya existía una separación entre el conocimiento teórico y el práctico– se estará realizando una analogía impropia, pues el derecho siempre debe ser práctico y como tal, debe utilizar una justificación práctica. Incluso, por el mismo fin que persigue –la consecución de la justicia–, la analogía es el único método interpretativo que se ajusta a las demandas jurídicas, aceptando los problemas que enfrenta –interpretación de la doble indeterminación–, sin perder la estabilidad normativa ni la realidad contingente. Beuchot esclarece este punto citando a Norberto Bobbio:

Dice este autor [Bobbio]: "no es verdad que se aplique la analogía porque es justa, pero sí es verdad que la analogía es justa porque está fundada en la razón. La analogía no es razonable, y entonces aceptable, porque es justa, sino que es justa porque es razonable. No es el legislador el que pone la analogía, sino que es la analogía la que se impone al legislador⁶². Si su valor se fundase sólo en la voluntad del legislador, podría ser un valor ficticio". La analogía se fundamenta en lo objetivo de la ley, no es algo puramente arbitrario o subjetivo. Además, la analogía tiene como fin realizar la justicia. Es su esquema, desde Aristóteles, la proporción.⁶³

Por ello, Beuchot termina afirmando: "El propio Bobbio dice que la analogía tiene el modelo de la justicia; aunque yo diría que, más bien, la justicia tiene el modelo de la analogía, como lo enseñó Aristóteles".⁶⁴

VII. Conclusiones

A modo de resumen, la persecución de la justicia sólo se puede realizar a partir de un método analógico. La proporción –que es la analogía– es la sabiduría práctica por excelencia. Así como

⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁶² En este punto hago referencia, de nuevo, a todo lo visto en la introducción. La analogía se impone al legislador porque de acuerdo a nuestra racionalidad simbólica la analogía es la manera en que percibimos nuestra realidad práctica y la conocemos en su justa medida. La ética y el derecho, lejos de estar separadas, están intrínsecamente ligadas y como tal, el operador jurídico debe comprender esta realidad para impartir justicia.

⁶³ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁴ *Ídem*.

la virtud de la prudencia rige la práctica en todos los sentidos humanos, la analogía es la manera por la cual conseguimos ser, en efecto, prudentes. Asimismo, nuestra naturaleza intelectual es una racionalidad simbólica, es decir, que creamos signos que son conjuntos de significaciones generales y particulares para comprendernos a nosotros mismo, así como para comprender el mundo que nos rodea. Gracias a nuestra imaginación que tiene la particularidad de presentarnos las ideas y objetos narrativamente, nuestra mente construye conceptos que nos permiten manipular el presente y proyectarnos al futuro.

En el terreno de lo político y jurídico, el ser humano creó el máximo instrumento para darnos orden y poder caminar hacia la justicia: las leyes. Éstas, entendidas como las expresiones de esta voluntad del anhelo de paz y justicia, adquieren un poder coercitivo a través de la expresión escrita y la cesión de poderes a un representante político cuya obligación es legislar, ejecutar y proteger el ordenamiento jurídico, base del Estado. Como tal, la constitución – voluntad expresa de los ciudadanos– contiene en sí misma los principios éticos universales de los cuales se derivan en normas jurídicas concretas y de éstas, a su vez, se legislan leyes generales y códigos más específicos con la finalidad de brindar un orden político y social. Empero, en tanto un texto que es derivado de principios éticos que están siempre en contacto con la realidad material, las normas se han de interpretar.⁶⁵

El problema que se ha planteado es, por una parte, lo que se conoce como la doble indeterminación del derecho, que no es otra cosa que las maneras en que, tanto las normas como las maneras de interpretar pueden devenir en ambigüedades y equívocidades. Para enfrentar esto, actualmente se conocen dos paradigmas interpretativos constitucionales: la estática y la dinámica. La primera se centra en entender la voluntad original del legislador y asegurarse que así permanezca. La segunda busca adaptar constantemente la norma para adecuarse a los retos contemporáneos. Sin embargo, aunque ésta última se acerque más a la proporción, el dogma dinámico pone mayor énfasis en el criterio evolutivo. Para dirimir esta doble dicotomía, la

⁶⁵ Es importante destacar que, dentro de la dimensión política, la analogía refuerza el ideal del bien público. Cuando sólo se pretende aplicar la ley como mero silogismo –deduciendo que las leyes son un producto del acuerdo racional y que la política y el derecho deben abstraerse de principios éticos/filosóficos– se está omitiendo situar en el presente la defensa del bien público; que, a su vez, exige al operador jurídico que considere qué es lo justo en el aquí y ahora. Acerca de esto, Luis Villoro afirmó que "entre una política liberal estricta que se pretenda justificar en los derechos, con independencia de una concepción del bien común, y la idea de que la política no puede menos de abrazar una concepción filosófica del fin comunes a la sociedad, parece abrirse una divergencia difícilmente superable". VILLORO, Luis, *Tres retos de la sociedad por venir. Justicia, democracia, pluralidad*, CDMX, Siglo Veintiuno Editores, 2017, p. 56.

hermenéutica analógica se presenta como el medio idóneo de interpretar. Lejos de tratar de esclarecer cada punto con una precisión lógica/silogística, la analogía integra la realidad tal como es –contingente– sin perder de vista tanto los principios iusfilosóficos como lo establecido en la norma jurídica. Al final, el objetivo del derecho es la justicia y ésta es, ante todo, proporcionalidad. La hermenéutica analógica incluye en su propia naturaleza la objetividad necesaria, sin cerrarse a ideologías ni dogmas, ni a la realidad misma. Es trabajo del operador jurídico, a través de la distinción, relacionar los conjuntos de significados que son propiamente proporcionales y privilegiar, de acuerdo al caso concreto, aquellos que mayor resonancia tienen dentro de la gradación posible de interpretaciones.

Al final, como dice Beuchot, "la justicia, o se universaliza o no es justicia, pero no se universaliza de modo igual, es proporcional o analógica. Tiene que ser aplicada por otra virtud, la de la prudencia, en este caso *iuris-prudentia*, a los casos particulares, sobre todo en los que llevan conflicto entre derechos y los que conllevan dilemas acerca de los mismos".⁶⁶

VIII. Bibliografía

ADAME GODDARD, Jorge, "Ética, legislación y derecho" en SALDAÑA SERRANO, Javier (coor.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

BEUCHOT, Mauricio, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*, México, FCE, 2016.

_____, "Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad" en SALDAÑA SERRANO, Javier (coor.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

_____, *Senderos de iconicidad. Sobre el resplandor de las imágenes*, CDMX, Editorial Herder, 2016.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, segunda edición, CDMX, Editorial Porrúa, 2015.

DE QUEVEDO, Francisco, *Antología poética*, edición de Esteban Gutiérrez Díaz-Bernardo, España, Editorial Castalia, 1989.

⁶⁶ BEUCHOT, Mauricio, "Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad" en SALDAÑA SERRANO, Javier (coor.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 59. Énfasis original del texto.

- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, *teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- HOBBS, Thomas, *De Cive*, segunda edición, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2016.
- , *Leviathan*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2008.
- KLATT, Matthias y MEISTER, Mortiz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- LLEDÓ, Emilio, *Filosofía y lenguaje*, España, Crítica, 2008.
- MACINTYRE, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Mugía, España, Paidós, 2016.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, tercera edición, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Madrid, Editorial Alianza, 2015.
- STRAUSS, David A., "*The Living Constitution*", EUA, The University of Chicago Law School, 2010, <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>.
- STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y génesis*, trad. de Silvana Carozzi, 2011.
- VILLORO, Luis, *Tres retos de la sociedad por venir. Justicia, democracia, pluralidad*, CDMX, Siglo Veintiuno Editores, 2017.

“Por la licencia de cualquier fandango u otra diversión, un real”. Las propuestas de propios y arbitrios de los Ayuntamientos constitucionales de la Subdelegación de Beneficios Bajos, Yucatán (1813-1814)

“For the license of any fandango or other entertainment, a real”. The Proposals of *Propios* and *Arbitrios* of the Constitutional Town Councils in the Sub-Delegation of *Beneficios Bajos*, Yucatán (1813-1814)

Carlos Conover Blancas¹

Centro de Estudios Mayas, Instituto de Investigaciones Filológicas
UNAM

carlos_conover@comunidad.unam.mx

Fecha de recepción: 10 de enero de 2022

Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2022

Resumen:

La provincia novohispana de Yucatán pasó de tener cuatro a más de ciento cincuenta Ayuntamientos tras la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812. Una de las atribuciones de las nuevas instituciones políticas fue proponer planes para el manejo de los llamados “propios”, es decir los bienes de los pueblos, y el cobro de los “arbitrios”, es decir los impuestos. El presente artículo tiene como objetivo comprender este proceso en los pueblos mayas de la Subdelegación de Beneficios Bajos, la cual había sido el centro de la sublevación maya liderada por Jacinto Canek en 1761.

Summary:

The Novohispanic province of Yucatán went from having four to more than one hundred and fifty Town Councils after the promulgation of the Cádiz Constitution in 1812. One of the powers of the new political institutions was to propose plans for the management of the so-called “*propios*”, that is, the property of the towns, and the collection of the “*arbitrios*”, namely the taxes. The objective of this article is to understand this process in the Mayan towns of the *Beneficios Bajos*’ sub-delegation, which had been the center of the Mayan uprising led by Jacinto Canek in 1761.

¹ Investigador del Centro de Estudios Mayas, del Instituto de Investigaciones Filológicas, de la UNAM. Su campo de estudio es la historia del área maya durante la época colonial. Es autor del libro *Del buen cautivo y del mal salvaje. Naufragios y cautiverios de Jerónimo de Aguilar*, publicado por el Centro Peninsular en Humanidades y Ciencias Sociales de la UNAM en el año 2013. También es coeditor del libro *Encuentros y desencuentros en las costas del Yucatán (1517)*, editado por el Centro de Estudios Mayas de la UNAM en el año 2020.

Palabras clave: Yucatán, Constitución de Cádiz, propios y arbitrios, Ayuntamientos, mayas.

Keywords: Yucatán, Cadiz Constitution, *propios* and *arbitrios*, Town Councils, mayas.

I. Introducción

El objetivo del presente artículo es analizar las propuestas de “propios y arbitrios” de los Ayuntamientos constitucionales de la Subdelegación de Beneficios Bajos, ubicada en el sureste de la provincia novohispana de Yucatán, elaboradas durante los años de 1813 y 1814, en el marco del primer periodo de vigencia de la llamada “Constitución de Cádiz”. La promulgación y jura de la carta magna abrió las puertas a un breve, pero intenso, periodo de actividad política en todos los ámbitos de la sociedad novohispana. Como parte de ella, para los pueblos de indios, implicó la conformación de los Ayuntamientos constitucionales, que, por lo menos en teoría, debían remplazar a los cabildos indígenas instituidos en el siglo XVI. De este modo, se organizaron más de 150 Ayuntamientos en todas aquellas poblaciones de Yucatán que superaran los 1, 000 habitantes, requisito mínimo conforme a la propia Constitución. La mayoría de los cuerpos de representación política locales quedó bajo el control de un sector social en ascenso, los llamados “vecinos rurales”, españoles radicados en los términos de los distintos pueblos de indios. Se ha planteado que este grupo social, conformado en su mayoría por comerciantes y hacendados, estaba interesado en acceder a los bienes de comunidad de los poblados mayas. Por lo que el proceso de formulación y aprobación de los planes de “propios y arbitrios”, es decir de venta o renta de los bienes de comunidad, así como del cobro de los diferentes impuestos locales, resulta de una gran trascendencia histórica. Cabe mencionar que la elección de la jurisdicción de Beneficios Bajos para analizar el proceso no fue hecha al azar; esta región peninsular había sido el epicentro de la afamada sublevación liderada por Jacinto Canek en 1761. Por lo que resulta de gran interés comprender las pugnas políticas entre las comunidades mayas y los grupos de vecinos rurales durante el periodo constitucional, prácticamente una generación después de aquella rebelión que hizo tambalear el orden colonial en Yucatán.

II. El bienio 1812-1814: un tiempo de cambios políticos para los habitantes de Yucatán.

La provincia novohispana de Yucatán tenía una población de aproximadamente 500, 000 personas al empezar la centuria decimonovena, de las cuales cuatro quintas partes eran indígenas

mayas. Las almas se distribuían en las ciudades de Mérida y Campeche, las villas de Bacalar y Valladolid, así como en 220 pueblos de indios. El sector agropecuario era el más importante de Yucatán, desarrollado tanto por los pueblos mayas como por las cada vez más numerosas haciendas.²

Espanoles, mayas, pardos y castas de Yucatán fueron sorprendidos, como sus similares del resto de la Nueva España, ante las noticias de las abdicaciones de Bayona en 1808.³ Celebraron la convocatoria a Cortes, instituidas en Cádiz en 1810, y nombraron al religioso Miguel González Lastiri como su diputado.⁴ De igual modo, recibieron con entusiasmo la Constitución Política de la Monarquía Española, llamada popularmente la “Constitución de Cádiz” o “la Pepa”, la cual fue promulgada en esa ciudad el 19 de marzo de 1812.⁵

Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 fueron de una trascendencia histórica imponderable para la América Española.⁶ Para la provincia novohispana de Yucatán, ante todo, significaron la abrogación del tributo, de las obvenciones religiosas, de la servidumbre y de otras cargas fiscales que aquejaban a los mayas.⁷ De igual importancia, inauguraron un lapso de

² QUEZADA, Sergio, *Yucatán. Historia breve*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México, Fideicomiso de Historia de América, México, 2011, p. 105.

³ Para mayores detalles sobre el periodo *vid.* HAMNETT, Brian R., *La política española en una época revolucionaria 1790-1820*, PIZARRO, Mercedes y PIZARRO SUÁREZ, Ismael (traducción), Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

⁴ Para mayores detalles sobre el personaje *vid.* MACHUCA GALLEGOS, Laura, “Diputados yucatecos y campechanos en Cádiz y su idea sobre la Península de Yucatán, 1810-1814”, *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 69, núm. 2, 2012, pp. 695-722.

⁵ La bibliografía sobre la famosa “Constitución de Cádiz” es grande. Sobre su trascendencia en el proceso de independencia de México, pueden consultarse: TORRES AGUILAR, Manuel, La influencia de la Constitución de Cádiz en el pensamiento de Morelos y en los inicios del proceso de independencia en la Nueva España, en ORTIZ ORTIZ, Serafín y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coords.), *Los sentimientos de la nación de Morelos en Tlaxcala: Coloquio Internacional de Derecho*, IJ-UNAM, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México, 2014, pp. 13-39. HERNÁNDEZ MORA, Juan Ignacio, Influencia de la Constitución de Cádiz en la Constitución de Apatzingán, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y ORTIZ ORTIZ, Serafín (coords.), *La Constitución de Apatzingán. Edición crítica (1814-1824)*, IJ-UNAM, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México, 2014, pp. 273-297.

⁶ Para una visión general *vid.* GULLON ABAO, Alberto y GUTIÉRREZ ESCUDERO, Antonio (Coords.), *La constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2012, 2 vols.

⁷ La abolición de la tributación indígena estuvo en el centro de las pugnas entre realistas, autonomistas e insurgentes por ganar la lealtad política de este amplio sector social, fuera significativo o no para las arcas regionales, en la América Española entre 1808 y 1825. El proceso comenzó en Perú, en 1809, cuando Miguel de Eyzaguirre, protector de los naturales, propuso la eliminación del tributo indígena en su escrito “Ideas acerca de la situación del indio”. El Consejo de Regencia consideró oportuno abrogar el tributo indio en Nueva España el 26 de mayo de 1810. Miguel Hidalgo, extendió esta supresión a los afrodescendientes y las castas en sus proclamas del 16 de septiembre y el 19 de octubre del mismo año. Las Cortes de Cádiz decretaron el final del tributo indígena en toda América el 13 de marzo de 1813, ante la proliferación de las insurgencias. Para más detalles sobre la materia, *vid.* POLLACK, Aaron, *Dividir y cobrar, unir y cobrar: categorías fiscales y sociales en Chiapas y Guatemala, 1800-1850*, Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur, UNAM, San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, 2021, pp. 139-165.

apasionada controversia política para toda la población, durante el cual sobresalió una agrupación liberal conocida como “los Sanjuanistas”. Lorenzo de Zavala, uno de sus integrantes más importantes, fundó *El Aristarco*, el cual se cuenta entre los periódicos más tempranos de la península.⁸

La jura de la Constitución también causó tres procesos muy importantes en Yucatán, como en el resto de la Nueva España. El primero fue la conformación de una Diputación Provincial, la cual era el máximo órgano de gobierno regional. El segundo fue la elección de diputados provinciales para las Cortes durante el periodo 1813-1814, cuya convocatoria se decretó el 23 de mayo de 1813.⁹ El tercero fue la organización de los Ayuntamientos en todas las poblaciones que superaran los 1, 000 habitantes.¹⁰

Conforme al último proceso, se formaron 156 Ayuntamientos en los pueblos de Yucatán, de un total de 220, entre 1812 y 1814.¹¹ De gran trascendencia histórica, su conformación permitió a un grupo social, hasta entonces marginado políticamente, acceder al poder en los pueblos de indios, los llamados “vecinos rurales”. Estaba constituido principalmente por españoles asentados en los poblados y su comarca, sobre todo como estancieros, hacendados y rancheros. No se encontraban bajo la jurisdicción de la república indígena, por lo que no podían decidir sobre la tenencia o usufructo de sus tierras y las aguas.¹²

Ahora bien, una de las atribuciones más importantes de los Ayuntamientos fue el establecer “arbitrios”, o impuestos, y disponer de los “propios”, o bienes de la comunidad.¹³ Es

⁸ ACERETO, Albino, Historia política desde el descubrimiento europeo hasta 1920, en ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., *Enciclopedia yucatanense*, Gobierno del Estado de Yucatán, vol. 3, México, 1947, pp. 150-155.

⁹ MOLINA SOLÍS, Juan Francisco, *Historia de Yucatán durante la dominación española*, Imprenta de la Lotería del Estado, vol. 3, Mérida, 1906, pp. 389-391.

¹⁰ Que los pueblos que no tenían más de 1, 000 almas recurrieron a varias estrategias para conformar un Ayuntamiento. Una de las más habituales fue que dos pueblos se confederaran para solicitar la institución de un Ayuntamiento conjunto. MACHUCA GALLEGOS, Laura, *Poder y gestión en el Ayuntamiento de Mérida, Yucatán (1785-1835)*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2016, p. 170.

¹¹ La elección de los miembros de los Ayuntamientos no estuvo libre de conflictos. Por ejemplo, los indígenas de Bacalar fueron excluidos de la primera vuelta, por lo que el intendente de Yucatán ordenó el 18 de abril de 1814: “Habiéndose presentado a su Majestad que en la 1ª Junta parroquial celebrada en ese partido para el nombramiento de compruciaros y electores, fueron excluidos los indios de ella. Deberá recopilar el testimonio de 12 testigos sobre la materia”. Carta de Manuel Artazo Torre de Mer [intendente de Yucatán] al alcalde de Bacalar, Mérida, 18 de abril de 1814, Archivo Histórico del Estado de Yucatán (en adelante AHEY), Colonial, Correspondencia de los gobernadores, vol. 2, exp. 1, f. 12.

¹² FARRIS, Nancy M., *La Sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia*, SETÓ, Javier y FORSTALL-COMBER, Bridget (versión española), Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 569-570.

¹³ GUILLAMÓN ÁLVAREZ, Francisco Javier y PÉREZ-HERVÁS, J., “Aproximación al estudio de las haciendas locales bajo Carlos III: los propios del consejo murciano”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, núm. 4, 1989, p. 341.

preciso explicar que el rey Carlos III había centralizado la administración de ambos durante la segunda mitad del siglo XVIII.¹⁴ Poco tiempo después, el soberano encomendó a José de Gálvez, visitador general de la Nueva España, la organización de las finanzas de los pueblos y villas del rico virreinato. Cabe destacar que Yucatán fue una de las entidades novohispanas en la cual se avanzó más en el programa de reforma financiera.¹⁵ Las Cortés de Cádiz, sobre la base del Antiguo Régimen y en el contexto de la Guerra de Independencia Española, transformaron a los Ayuntamientos en la piedra angular para la recaudación fiscal; los cuales debían transferir los fondos a las tesorerías provinciales, que a su vez los harían llegar a la Tesorería General de la Nación.¹⁶

Los Ayuntamientos tuvieron varias responsabilidades, conforme a la Constitución de 1812, que debían financiar con los recursos obtenidos por medio de los propios y arbitrios. Respecto a la materia, Arturo Güémez Pineda ha destacado lo siguiente:

En cuanto a sus funciones, los Ayuntamientos se encargaban de mantener las buenas condiciones de salubridad y comodidad; prestar el auxilio a las personas y a los bienes de los vecinos y conservar el orden público; administrar e invertir los caudales propios y arbitrios de acuerdo con los reglamentos del ramo respectivo y nombrar depositarios de dichos bienes; repartir y recaudar las contribuciones y enviarlas a la tesorería; cuidar las escuelas de primeras letras y todos aquellos establecimientos sostenidos con fondos del común; ocuparse de los hospitales, hospicios, casas de expósito y otras instituciones de beneficencia según las reglas prescritas; vigilar la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes, cárceles, así como

¹⁴ La iniciativa detonante del proceso fue el *Real Decreto e Instrucción que manda S.M. observar para la administración, cuenta y razón de los propios y arbitrios del reino*, promulgado el 30 de julio de 1760. Su principal innovación fue la creación de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reino, cuyas principales funciones fueron revisar, reglamentar y aprobar los planes de propios y arbitrios municipales. MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, “El municipio controlado. Los reglamentos de propios y arbitrios en las reformas carolinas”, *América Latina en la Historia Económica*, vol. 4, núm. 7, 1997, pp. 9-17.

¹⁵ Gálvez instituyó la Contaduría General de Propios, Arbitrios y Bienes de Comunidad en la Ciudad de México a mediados de 1766. La principal consecuencia fue el control de una entidad central sobre las finanzas de la mayoría de los poblados novohispanos, a través de reglamentos elaborados para cada uno de ellos. De hecho, unos 1, 929 pueblos, distribuidos en siete intendencias, tuvieron reglamentos interinos. TANCK DE ESTRADA, Dorothy, *Pueblos de indios y educación en el México colonial, 1750 – 1821*, El Colegio de México, México, 1999, pp. 17-28.

¹⁶ SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest, “Constitucionalizar el orden fiscal en Nueva España: de la ordenanza de intendentes a la constitución de Cádiz (1786-1814)”, *Historia Mexicana*, vol. LXV, núm. 1, 2015, p. 144. Sin embargo, el mismo autor, matizó esta afirmación en una publicación posterior. De hecho, planteó que: “La irrupción del liberalismo político en el ámbito local, con la Constitución política de la Monarquía Española de 1812 como elemento paradigmático, permitió el establecimiento de ayuntamientos constitucionales entre 1812 y 1814, y entre 1820 y 1821, si bien con una temporalidad y una geografía muy desiguales. Esta ruptura con el antiguo orden institucional novohispano dotó a los pueblos de un nuevo instrumento de resistencia fiscal ante los embates de las autoridades virreinales que pugnaban por detraer mayores niveles de renta a los causantes. Una resistencia que encontró una fuerte motivación en el rechazo que provocaba que los recursos fiscales locales se erogasen en cuerpos militares y en operaciones de guerra ajenos a sus intereses directos, ante la posibilidad de ser empleados en otros territorios”. SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest, *La imperiosa necesidad. Crisis y colapso del erario de Nueva España (1808-1821)*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, El Colegio de Michoacán, México, 2016, p. 81.

de los montes y plantíos del común. En fin, todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato.¹⁷

Ahora bien, es preciso explicar que esta autonomía fiscal de los Ayuntamientos de Yucatán se desarrolló durante una crisis de la Real Hacienda local, la cual tuvo lugar durante el quinquenio comprendido entre 1810 y 1815. Los ingresos fiscales yucatecos descansaban sobre las alcabalas de tierra y los impuestos a las tiendas, las alcabalas de mar y almojarifazgos, la producción local de aguardiente y el tributo indígena a inicios del siglo XIX. Además, la Real Hacienda contaba con las transferencias de recursos desde las cajas del centro del virreinato, llamadas “situados”.¹⁸ Sin embargo, la abolición del tributo en la Nueva España en 1811 causó la caída en un 17% de los ingresos fiscales yucatecos. De igual modo, el situado cayó de un promedio de 108, 000 pesos durante el quinquenio comprendido entre 1805 y 1810, al de 18, 000 pesos durante el lapso de 1811 a 1815. Las iniciativas de la Real Hacienda local para sortear la crisis fueron diversas. Se redujo el gasto en el ejército veterano y las milicias, principalmente al recortar en un 50% los sueldos de toda la oficialidad en 1812. Los ministros y oficiales reales de las cajas de Campeche y Mérida también experimentaron la reducción de sus sueldos a la mitad. Además, se dejaron de pagar las pensiones a los encomenderos que subsistían en Yucatán durante los años 1812 a 1814. Sin embargo, la medida más importante fue la apertura de los puertos yucatecos al comercio franco con las potencias neutrales y amigas en abril de 1814.¹⁹

Sin embargo, pese a la crisis hacendaria, los Ayuntamientos constitucionales, con sus facultades ejecutivas y su libertad para el manejo de la fiscalidad local, representaron, en el contexto novohispano, un instrumento muy valioso para la Corona. Con regiones amplias bajo el control de las fuerzas insurgentes, los municipios constituyeron un mecanismo de renovación del pacto colonial entre el rey y sus súbditos.²⁰ En el caso de la provincia de Yucatán, donde no existía una insurgencia en pie de lucha, el proceso despertó una inusitada actividad política en

¹⁷ GÜÉMEZ PINEDA, Arturo, Gobierno municipal y privatización de las tierras en Yucatán. 1812-1847, en QUEZADA, Sergio, CASTILLO CANCHÉ, Jorge y ORTIZ YAM, Inés (coords.), *Historia general de Yucatán*, Universidad Autónoma de Yucatán, vol. 3, Mérida, 2014, p. 99.

¹⁸ MARICHAL, Carlos, GRAFENSTEIN, Johanna von (coords.), *El secreto del imperio español: los situados coloniales en el siglo XVIII*, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, México, 2012, 373 pp.

¹⁹ Para todos los detalles, *vid.* SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest, “Los impactos fiscales de una guerra distante: crisis y restauración de la Real Hacienda en la provincia de Yucatán”, *Revista de Historia Económica*, vol. 30, núm. 3, 2012, pp. 323-352.

²⁰ GÜÉMEZ PINEDA, Arturo, *op. cit.*, p. 97.

los pueblos de todas las Subdelegaciones. De todas ellas, una de las más importantes era la de Beneficios Bajos, dado que había sido el núcleo de la famosa sublevación de Jacinto Canek en 1761.

III. Beneficios Bajos, epicentro de la sublevación de Jacinto Canek.

La Subdelegación de Beneficios Bajos, también llamada de Sotuta, se localizaba en el sureste de la provincia de Yucatán (véase la figura 1). Su territorio coincidía con el espacio que habían pertenecido a los *cuchcabales* mayas del Posclásico Terminal de Hocabá y Sotuta.²¹ Los dirigentes indígenas de cada una de estas entidades políticas reaccionaron de un modo diferente ante los invasores españoles a mediados del siglo XVI. Los Iuit de Hocabá prefirieron pactar y servir como auxiliares a la hueste comandada por Francisco de Montejo, mientras que los Cocom de Sotuta destacaron como organizadores de la resistencia peninsular frente al avance español.²² Una vez finalizado el proceso de conquista, hacia 1545, los habitantes de la región fueron congregados en aproximadamente 20 pueblos: Cantamayec, Cuzamá, Hocabá, Hoctún, Homún, Huní, Mopilá, Seyé, Sotuta, Tabi, Tacibichen Tahmek, Tibolón, Tixcaltuyú, Tzanlahcat, Usil, Yaxcabá, Xocchel y Zahcabá.²³ Tanto el clero regular como el secular se encargaron de administrar las almas de la región desde el siglo XVI. El primero instituyó el beneficiado de Sotuta durante la década de 1550, mientras que la Orden de los Hermanos Menores fundó un convento en Homún en 1561.²⁴

Los mayas de la región desplegaron diversas estrategias de resistencia durante los siglos XVI al XVIII. Basta recordar que los señores de Sotuta estuvieron entre los principales organizadores del gran levantamiento maya de 1546 contra los españoles. De igual modo, los mayas persistieron en sus prácticas religiosas y fueron severamente castigados por fray Diego de Landa durante el auto de fe de Maní de 1562. Los cruentos castigos no impidieron que los

²¹ ROYS, Ralph L., *The Political Geography of the Yucatan Maya*, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1957, pp. 55-60, 93-102.

²² CHAMBERLAIN, Robert S., *Conquista y colonización de Yucatán*, RUBIO MAÑÉ, José Ignacio (prólogo), DOMÍNGUEZ PEÓN, Álvaro (traducción), Porrúa, México, 1974, pp. 227-238.

²³ GERHARD, Peter, *La frontera sureste de la Nueva España*, MASTRANGELO, Stella (traductora), IIH-UNAM, México, 1991, pp. 68-70.

²⁴ *Ibidem*, p. 68.

naturales persistieran en sus llamadas “idolatrías” durante los siglos XVII y XVIII. Además, los habitantes de Sotuta planearon dos intentos de rebeliones en 1584 y 1607.²⁵

Sin embargo, el proceso de resistencia de los mayas de Beneficios Bajos más destacado ocurrió en el siglo XVIII. Los indígenas de la región fueron los protagonistas de la célebre sublevación liderada por Jacinto Canek, la cual tuvo como núcleo el pueblo de Cisteil, parte de la parroquia de Tixcaltuyú, a finales de 1761. Los habitantes del poblado habían padecido, como buena parte de la población de Yucatán, el hambre, la enfermedad, los abusos de los encomenderos, la amenaza de la Real Hacienda y el fantasma de la guerra durante la década de 1750. Ante una situación cada vez más desesperada, enviaron invitaciones a diferentes repúblicas indígenas de la provincia para iniciar una rebelión durante el mes de octubre de 1760. Tras una nueva convocatoria pregonada por Jacinto Canek, en noviembre de 1761, la respuesta de los pueblos comarcanos, particularmente de la Subdelegación de Beneficios Altos, fue entusiasta. Miles de indígenas se concentraron en Cisteil para organizar un reino que desafió al gobierno provincial. Las autoridades locales determinaron, antes que pactar con los insurrectos, movilizar al ejército veterano y a las milicias en una operación militar a gran escala en diciembre del mismo año.²⁶

Posteriormente, los pueblos de Beneficios Bajos fueron pacificados por medio de una intensa campaña misional protagonizada por la Orden de los Hermanos Menores.²⁷ De igual modo, la Subdelegación atravesó, como en otras regiones novohispanas, el proceso de asentamiento de numerosos vecinos rurales en sus diferentes pueblos, los cuales fundaron ranchos y haciendas, durante la segunda mitad del siglo XVIII.²⁸ Sin embargo, el proceso de la Guerra de Independencia de España implicaría una coyuntura de renegociación del orden social a inicios del siglo XIX.

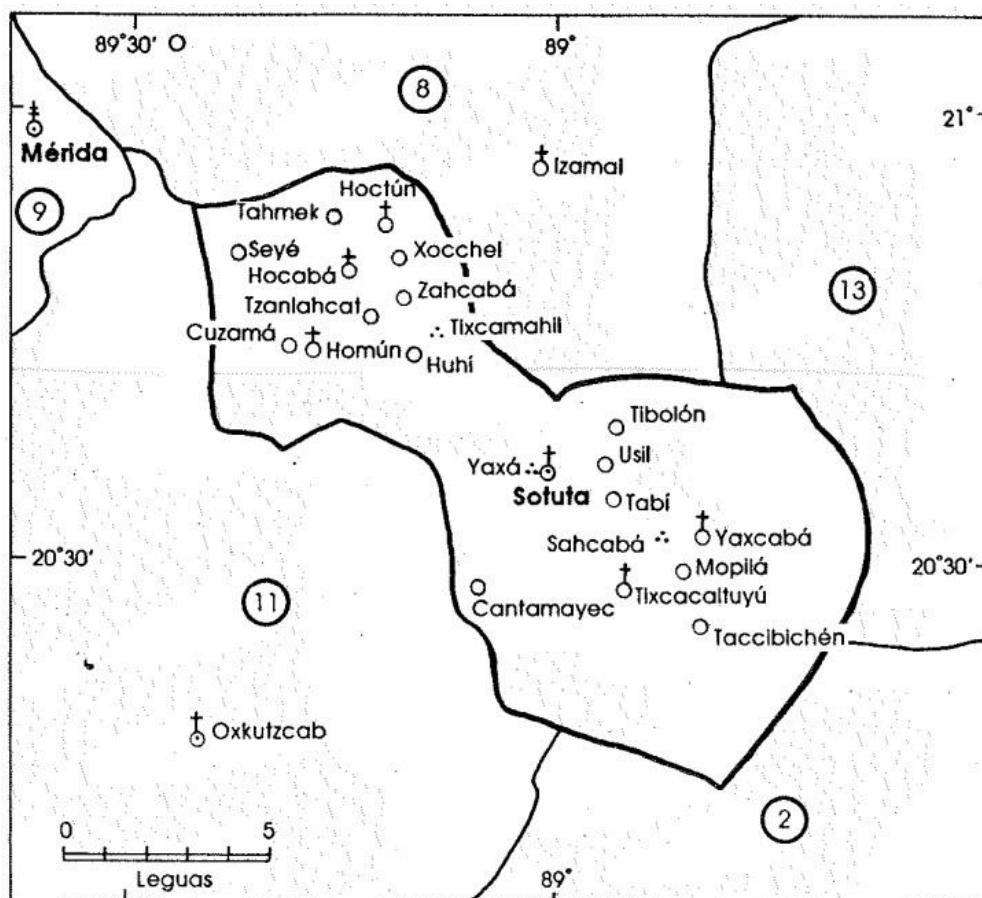
²⁵ BRACAMONTE Y SOSA, Pedro, *La conquista inconclusa de Yucatán. Los mayas de las montañas, 1560-1680*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2001, pp. 58, 65, 68, 153.

²⁶ Para todos los detalles sobre la rebelión *vid.* BRACAMONTE Y SOSA, Pedro, *La encarnación de la profecía. Canek en Cisteil*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Miguel Ángel Porrúa Librero Editor, Instituto de Cultura de Yucatán, México, 2004, 206 pp.

²⁷ ROCHER SALAS, Adriana, “Un Baluarte diferente: Iglesia y control social en Yucatán durante el periodo colonial”, *Península*, vol. 3, núm. 1, 2008, pp. 73-74.

²⁸ PATCH, Robert W., *Maya and Spaniard in Yucatan, 1648-1812*, Stanford University Press, Stanford, 1993, p. 217.

Figura 1. La Subdelegación de Beneficios Bajos, Yucatán, a comienzos del siglo XIX



Aproximadamente 29,000 personas vivían en los 19 pueblos de la Subdelegación de Beneficios Bajos, también llamada Sotuta, a comienzos del siglo XIX. La Subdelegación era de una gran importancia económica dado que sus poblados abastecían de alimentos a la ciudad de Mérida. Imagen tomada de Peter Gerhard, *La frontera sureste de la Nueva España*, p. 68.

IV. Las propuestas de propios y arbitrios de los Ayuntamientos de Beneficios Bajos.

Los mayas de los pueblos de Beneficios Bajos desplegaron diversas estrategias de negociación política durante el primer bienio de aplicación de la Constitución de Cádiz, la mayoría para enfrentar los abusos de los miembros del clero secular. Como ejemplo, un primer hecho tuvo lugar por la desafortunada muerte de la hija de Diego Pech, un maya del pueblo de Cuzamá. En medio de su dolor, el indígena acudió a su iglesia para gestionar el entierro, pero el cura se negó a ofrecer los servicios porque el demandante carecía del dinero para saldar su pago. Pech solicitó el habitual crédito para satisfacer los derechos de entierro y, ante la negativa, determinó viajar a Mérida para poner el cuerpo de su difunta hija a los pies del intendente como forma de protesta.

Un segundo proceso importante fue la organización de comitivas de varios pueblos que viajaron a Mérida para contratar abogados y presentarse ante el intendente con la finalidad de defender sus intereses frente a las autoridades civiles y religiosas. Como parte de ellas, los mayas de Tixcaltuyú, acusaron al alcalde Santiago Tzeb de comportarse como un déspota que violaba la Constitución.²⁹

Sin embargo, cuando los mecanismos de apelación a las máximas autoridades provinciales no prosperaban, los indígenas recurrían a la desobediencia. Como primer ejemplo, puede mencionarse un caso en el pueblo de Xocchel, parte del curato de Hochtún. El motivo del conflicto fueron los huevos y el aceite que los niños mayas tenían que entregar al cura local como pago por las clases de doctrina. Después del decreto del intendente Artazo que prohibía los servicios personales, Raymundo Pérez, el cura de Hochtún, continuó demandándolos. Tres indios del pueblo de visita, llamados Francisco Dzul, Nicolás Chay y Salvador Ma, se quejaron con el obispo sobre la conducta de su párroco. Al no tener una respuesta favorable, arengaron a sus vecinos para dejar de prestar los servicios personales. Por su parte, el sacerdote Pérez justificó la continuación de las extracciones con bases legales dudables, y posteriormente se puso en contacto con Luís Gamboa, el Subdelegado. Este identificó a Francisco Dzul como el cabecilla que había azuzado a casi todos los indios del pueblo a la desobediencia, por lo que ordenó su detención.³⁰ Como segundo ejemplo, puede citarse el testimonio de Juan Pío Albarado y Domínguez, cura de Tixcaltuyú, que escribió lo siguiente en 1814: “La falta de obediencia, subordinación y respeto que manifiestan los indígenas debe ser en parte el efecto de la influencia de ciertos seductores; pero la principal causa es que ellos ahora se consideran a sí mismos exceptuados de todo castigo, la única cosa que ellos temían”.³¹

En este contexto de intensa movilización política, fue de gran trascendencia histórica la organización de los Ayuntamientos constitucionales. Siete pueblos, de los diecinueve que conformaban la Subdelegación de Beneficios Bajos, tuvieron este cuerpo de representación. Estos fueron: Cantamayec, Hocabá, Sotuta, Tabi, Tacibichen, Tixcaltuyú y Yaxcabá. De ellos, cuatro fueron cabeceras de doctrina, Sotuta, Hocabá, Yaxcabá y Tixcaltuyú. Mientras que tres

²⁹ RUGELEY, Terry, *Yucatán's maya peasantry & the origins of the Caste War*, University of Texas Press, Austin, 1996, ps. 42, 43.

³⁰ *Ibidem*, pp. 46-47.

³¹ CAPLAN, Karen D., “The legal revolution in town politics: Oaxaca and Yucatán, 1812-1825”, *Hispanic American Historical Review*, vol. 83, núm. 2, 2003, p. 282.

eran visitas, Cantamayec, Tabi y Tacibichen. Por tanto, el curato donde hubo más Ayuntamientos fue el de Sotuta, donde la cabecera y dos de los cuatro pueblos de visita contaron con la instancia del poder Ejecutivo.

Respecto al número total de integrantes de los Ayuntamientos de la región, estos fueron 46. El promedio de municipales fue de 6, siendo Sotuta el ayuntamiento con menos miembros, apenas 4, mientras que los máximos fueron Yaxcabá y Tacibichen, con 8 cada uno. En cuanto a la conformación étnica, la abrumadora mayoría de los partícipes fueron los llamados “vecinos rurales”, unos 41, frente a tan solo 5 mayas. Respecto a los últimos, debe remarcarse que 3 formaban parte del cabildo de Tacibichen, uno de los más grandes de la región: Pablo May, Ignacio Coox y Luciano Zul. Por otra parte, Julio Cha era secretario del Ayuntamiento de Cantamayec, mientras que Vicente Puc formaba parte del Ayuntamiento de Tabi. Llama la atención que los dos pueblos estaban ubicados al sur de Beneficios Bajos, y que el segundo formaba parte de la parroquia de Tixcaltuyú.

En cuanto a las fechas de las propuestas de propios y arbitrios, la más temprana fue la de Sotuta, firmada el 8 de junio de 1813. La última fue la remitida por Tacibichen, el 4 de febrero de 1814. También es importante destacar que Hocabá hizo una consulta el 18 de agosto, pero no se conoce su propuesta de arbitrios. Por otra parte, las fechas de aprobación de las propuestas están comprendidas entre el 21 de junio de 1813, la de Sotuta, y el 14 de junio de 1814, la de Yaxcabá. Por tanto, el promedio del tiempo de aprobación de las propuestas de los Ayuntamientos de la Subdelegación fue de 5 meses. Sotuta tuvo el tiempo récord de aprobación de 14 días, mientras que Yaxcabá tuvo que esperar 7 meses.

Ahora bien, en cuanto a los arbitrios, los principales fueron los relativos al sacrificio de reses, así como a sus productos derivados. Cantamayec y Sotuta sugirieron el cobro de medio real por cada cabeza de ganado sacrificado, mientras que Tixcaltuyú, Yaxcabá, Tacibichen y Tabi propusieron un real. Los únicos productos derivados de la res que se grabaron fueron las “cabezas de suela curtida”, a medio real. Cabe mencionar que los únicos en imponer un arancel a la extracción de ganado vacuno del pueblo fueron los miembros del ayuntamiento de Tabi, que lo consideraron más oneroso que el sacrificio, dado que cobraron un real.

Los arbitrios relativos al cerdo fueron los siguientes en relevancia regional. En Sotuta, Yaxcabá y Tabi se planteó cobrar medio real por el marrano sacrificado; mientras que en Tixcaltuyú, Tacibichen y Cantamayec se consideró recaudar un real por lo mismo. En el último

poblado se aclaró que sólo se cobraría por los animales cuyo valor pasara de dos pesos. Respecto a las cabezas extraídas para otros pueblos, en Yaxcabá se propuso que debía ser medio real, al igual que el sacrificado para el consumo local; mientras que en Tabi se enunció que debía cobrarse un real. En cuanto a los derivados del puerco, en Tacibichen se estipuló que debía sufragarse medio real por cada cántaro de manteca extraído; mientras que en Tabi y Yaxcabá se estimó que debía ser un real por cada cajón de sebo o cántaro de manteca. Además, en Tabi se recolectó un impuesto por los tambos de los gochos: “13. Que los conductores de cochinos paguen por el corral u real por el día o noche”.³²

Entre los diversos animales que eran cazados por los mayas, los ayuntamientos de Tabi y Tacibichen decidieron cobrar medio real por cada cabeza de venado “que se tire”. Las autoridades de Tabi, también especificaron que: “Por cada docena de cueros de venado que se extraiga de la comarca siendo de los grandes, se pagara un real y siendo de los pequeños medio”.³³ Además de los venados, los productos de las abejas fueron gravados en tres pueblos. En Yaxcabá, cada arroba de cera blanca que se sacara debía pagar un real. En Tacibichen, por cada diez colmenas debía abonarse un real. En el mismo pueblo, así como en Tabi, debía satisfacerse medio real por cada botija de miel que saliera.

La compraventa de caballos y yeguas constituyó otro rubro gravado en tres poblados. En Yaxcabá, medio real por un caballo de cuadrilla que se sacara, y medio real por un caballo de trotar que se vendiera. En Tacibichen, por cada mula era necesario satisfacer el impuesto de dos reales. Mientras que en Sotuta se especificó lo siguiente: “Parece bien a este Cabildo que para los fines indicados, se imponga un medio real de contribución, por entrada, y otro por salida, por cada venta de arriería de las de este pueblo, los sitios y haciendas de la comarca, sin incluir los de Tabi y Cantamayec, porque aunque son del curato, tienen ayuntamientos separados”.³⁴

El comercio de licores fue otra actividad económica que ameritó la implantación de arbitrios. Los Ayuntamientos de Yaxcabá y Cantamayec consideraron cobrar un real por cada barril de aguardiente que se vendiera, mientras que el de Tabi, que fueran cuatro. Por su parte,

³² Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

³³ Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

³⁴ Expediente “1813. Sotuta, Proyecto de arbitrios municipales, con adiciones y modificaciones en el acuerdo aprobatorio”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 6, f. 1.

los miembros del cabildo de Tacibichen estipularon que cada taberna debía pagar un real cada mes y que cada ventero de licor que llegara a la casa real satisficiera dos reales por barril. Otro derivado de la caña de azúcar en ser gravado fue la panela, dado que en Yaxcabá se consideró que se sufragara medio real por un cajón de la misma.

Los Ayuntamientos también propusieron arbitrios relacionados con la posesión de tierra y ganado. El de Tacibichen planteó cobrar dos reales por cada sesenta mecatas de maíz. El de Cantamayec deseó que cada hacienda de campo, sitio de ganado o caballar contribuyera anualmente con el 2% de su valor. El de Yaxcabá sugirió que cada hacendado solventara un peso por cada cien reses que tuviera. Finalmente, el de Tabi especificó lo siguiente: “Por cada cien mecatas de tierra que se den arrendados en la comarca a vecino de otro pueblo pagara éste dos reales, siendo roza. Y un real siendo [roto] pero repitiendo el cultivo que llaman [hubche, balché] pagará los mismos dos reales”.³⁵

Diversas manufacturas también fueron sujetas a arbitrios. En Yaxcabá, se consideró cobrar un real por cada fondo de pati, por la venta de un tercio de algodón o por un tercio de cuadrillos que se extrajera de la localidad. Mientras que en Tabi, se deseó imponer el arbitrio de un real por cada caja de jabón. El comercio de aceite derivado de la higuierilla también sufrió un arbitrio. En Tacibichen, medio real y en Tabi un real por cada cajón que saliera.

Los Ayuntamientos también propusieron gravámenes para algunos trámites y servicios. El de Yaxcabá: “Por cada solar que se venda y mengue su valor a 25 pesos un medio real y así sucesivamente respecto a ver cesado la alcabala, y sea rancho o hacienda”.³⁶ El de Tacibichen: “Por cada escritura pagaran por cada cinco pesos del valor de lo vendido o testado dos reales”.³⁷ El de Tabi formuló un arbitrio al hospedaje: “Medio real al día a todo pasajero que demore más de un día en el mesón del pueblo, salvo que se encuentre enfermo”.³⁸ Incluso, se propusieron impuestos por el carcelaje. Yaxcabá y Tabi cuatro reales a cada individuo que estuviera 24 horas

³⁵ Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

³⁶ Expediente “1813. Yaxcabá. Proyecto de arbitrios municipales y aprobación del mismo”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 18, f. 2.

³⁷ Expediente “1814. Tacibichen. Plan de arbitrios municipales aprobado por la Diputación”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 32, f. 1.

³⁸ Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

en la cárcel. Mientras que en Tacibichen “Por cada preso, seis reales y uno para el alcalde de la cárcel”.³⁹

Los Ayuntamientos también propusieron arbitrios para artesanos, comerciantes, toreros y fandangueros. En Yaxcabá, medio real por cada fragua de herrero corriente; así como medio real al mes a las tiendas de platería, carpintería, sastrería, pulpería y zapatería. En Tabi, un real por cada tercio de algodón o pimienta de la tierra que entrara a venderse en el pueblo; así como dos reales y medio por cada carga de sal y fardos. En el mismo pueblo también se propuso cobrar cuatro reales para los tendejones que se ponían en las fiestas, y dos para las mesas. De igual modo se consideró cobrar: “Por la licencia de corridas de toros cuatro reales, y un real por la de cualquier fandango u otra diversión”.⁴⁰

Finalmente, los miembros de algunos Ayuntamientos tuvieron iniciativas, hicieron afirmaciones o platearon preguntas que resultan trascendentes. Destacan los miembros del cabildo de Cantamayec, que informaron lo siguiente sobre uno de los principales modos de supervivencia colectiva de las comunidades mayas: “Que restableciéndose la tan antigua como útil costumbre de milpa común, cada ciudadano, sin distinción de clases cultive medio mecate de milpa de maíz, cuyo total producto estará a cargo del ayuntamiento para administrarlo en beneficio del pueblo, bajo las reglas que prescriben los artículos 321 y 323 de la misma Constitución”.⁴¹

Por su parte, los capitulares de Tabi especificaron que ellos no tenían propios, ni deseaban introducir la capitación universal, por lo que consideraron una gran variedad de arbitrios. Mientras que los de Sotuta, desearon proteger a los “labradores”, es decir a los vecinos rurales, del cobro de arbitrios: “...a los labradores nada p[roto] de imponérseles no os parece porque como ya la libertad de los contra[ros] con los indios exigen otro y pagas separadas de las que señalan los aranceles y órdenes superiores que se observan, saldrían más caros los cultivos de maíz y otros granos de primera necesidad, y que sostienen la subsistencia de los pueblos”.⁴²

³⁹ Expediente “1814. Tacibichen. Plan de arbitrios municipales aprobado por la Diputación”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 32, f. 1.

⁴⁰ Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

⁴¹ Expediente “1813. Cantamayec. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 1, exp. 29, f. 1.

⁴² Expediente “1813. Sotuta, Proyecto de arbitrios municipales, con adiciones y modificaciones en el acuerdo aprobatorio”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 6, f. 2.

Finalmente, los integrantes del municipio de Hocabá hicieron las siguientes preguntas, de gran trascendencia:

1ª. Que sí a imposición que se ha de hacer a las casas, están, o no, comprendidas las curales.

2ª. Que sí la imposición que se ha de hacer a cada cabeza de ganado vacuno que se mate bien para [foto], ha de ser fuera de la alcabala acostumbrada.

3ª. Que sí se debe entender por realengas aquellas tierras y solares que solo los posean los indios, por el derecho de posesión de sus antepasados, sin que conste hayan sido jamás vendidas. Y sí aquellas tierras realengas, vendidas por los indios [abreviatura prales, particulares], sin permiso del Superior Gobierno, son o no validas dichas ventas.

4ª. Si las haciendas de campo que están en otro territorio, y los dueños viviendo en otro, si la imposición se debe hacer en el territorio en que se hallan las haciendas en el territorio de la vecindad del dueño.⁴³

La pregunta tercera era muy importante, porque expresa con claridad el deseo por reducir las tierras controladas por los pueblos mayas. En cuanto a los propios, solo hubo dos propuestas en la Subdelegación. Los municipales de Tabi pusieron a consideración la venta de una hacienda del común; mientras que los capitulares de Tixcaltuyú expresaron lo siguiente:

por el rédito del cinco por ciento de una casa de piedra de valor de quinientos pesos, doce reales al año; por otra de igual valor de doce pesos, ibidem; por una Hacienda, valor de un mil y dos cientos pesos reputado, en tres pesos cinco reales al año; asimismo 3 mulas que costó el común de indios y vecinos para el servicio de la noria y como ésta está varada y retirada, se deben vender dichas mulas de media vida, y lo mismo de una mula del común del pueblo.⁴⁴

La Diputación Provincial analizó las propuestas de Propios y Arbitrios de los Ayuntamientos de Beneficios Bajos en el lapso comprendido entre los veranos de 1813 y de 1814. Los integrantes del máximo órgano de gobierno a nivel regional hicieron modificaciones prácticamente a todos los planes.

Respecto a las propuestas del Ayuntamiento de Cantamayec, cabe destacar que la Diputación Provincial reprobó, precisamente, el artículo quinto, referente a la milpa del común. En su lugar sugirió que, de ser necesarios más recursos, se introduzca la capitación universal.

⁴³ Expediente “1813. Hocabá. Proyecto de arbitrios municipales y aprobación del mismo”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 18, f. 1.

⁴⁴ Expediente “1813. Tixcaltuyú. Proyecto de árbitros del Ayuntamiento aprobado por la Diputación”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 11, f. 8.

En cuanto al plan de propios y arbitrios de Sotuta, la cabecera de la Subdelegación, la Diputación Provincial reprobó lo relativo a las mulas, y aumentó a un real el derecho por sacrificio de res o cerdo. Lo expresado relativo a las mulas fue lo siguiente: “A la 1ª proposición para que contribuyan con medio real los arrieros a su entrada y salida por cada [roto] de arria: negado”.⁴⁵

En cuanto a la propuesta de Tabi, la Diputación Provincial aprobó la venta de propios, específicamente de la:

Hacienda que se dice pertenecer al común con las 16 cabezas de ganado, y todo lo demás anexo, supuestas las indicadas formalidades y requisitos de derecho que han de constar en el respectivo expediente que se deberá instruir; advirtiéndose que si la finca tuviere alguna responsabilidad que esté ligada por disposición del fundador, u otro motivo, como reconocimiento de alguna hipoteca, quedará siempre afecta.⁴⁶

Por otra parte, la Diputación Provincial aprobó los arbitrios de Tacibichen, con algunas variaciones. Homologó la capitación a los seis reales del resto de los pueblos. Respecto a las tiendas de licor o comercio, todas aquellas cuyo valor pasara de 100 pesos, pagarían cuatro reales mensuales. Además, especificó una política fiscal gradual para el resto de los comercios dedicados a la venta de bebidas alcohólicas, incluyendo las mesas que se ponían en los distintos ranchos de la comarca.

La Diputación Provincial también modificó el plan del Ayuntamiento de Tixcaltuyú. Reprobó lo relativo a las casas, haciendas y mulas; mientras que aprobó lo relativo al sacrificio de reses y cerdos. Sugirió introducir la capitación universal masculina de seis reales, la cual fue aceptada por los integrantes de la municipalidad.

Finalmente, la Diputación Provincial introdujo cambios en la propuesta del Ayuntamiento de Yaxcabá. Ante todo, varió lo referente al barril de aguardiente, elevando el arbitrio a cuatro reales por cada uno que se consumiera. Respecto a las tiendas, en vez del medio real al mes para plateros, sastres, pulperos y carpinteros, propusieron otro esquema. Las tiendas mestizas que tuvieran 500 pesos de capital, debían pagar cuatro reales mensuales. Mientras que

⁴⁵ Expediente “1813. Sotuta, Proyecto de arbitrios municipales, con adiciones y modificaciones en el acuerdo aprobatorio”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 6, f. 3.

⁴⁶ Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, f. 1.

las tiendas cuyo capital no llegara a dicha suma, solo debían contribuir con dos reales. Por su parte, las mesas de venta que solían ponerse en los sitios públicos contribuirían con solo un real.

V. Conclusiones

Las propuestas de propios y arbitrios de los Ayuntamientos de la subdelegación de Beneficios Bajos, hechas en el contexto de aplicación de la Constitución de Cádiz, son de trascendencia histórica. El principal motivo es que constituyen un valioso ejemplo para conocer las pugnas internas en los pueblos por el control de los bienes de las comunidades, así como por la determinación sobre los sectores sociales que llevarían el mayor peso de las contribuciones fiscales. En el caso de Beneficios Bajos, epicentro de la sublevación de Jacinto Canek en 1761, sorprende el avance de los llamados vecinos rurales sobre los propios de los pueblos, ya fueran casas ubicadas en las plazas centrales, tierras que deseaban se consideraran realengas o haciendas hasta ese momento bajo el control de los mayas. De igual modo, llama la atención la gran cantidad de arbitrios que se impusieron a las diversas actividades agropecuarias. Los impuestos al sacrificio de cabezas de cerdo, la caza y procesamiento de venados, los productos apícolas, el comercio del algodón y la compraventa de ganado caballar, debieron afectar a las comunidades indígenas de la demarcación. Este avance de los vecinos rurales sobre los mayas fue respaldado por la Diputación Provincial, la cual además reprobó mecanismos de supervivencia colectiva tradicionales de las comunidades indígenas como las llamadas “milpas del común”. Sin embargo, los mayas de la región aprovecharon los mecanismos de negociación política o de resistencia para procurar la salvaguarda de sus derechos. Los aprendizajes realizados durante la coyuntura constitucional permitieron una vida política cada vez más intensa durante la primera mitad del siglo XIX, hasta desembocar en la llamada “Guerra de Castas de Yucatán”.

VI. Bibliografía Consultada

Documentos inéditos

AHEY, Archivo Histórico del Estado de Yucatán

- Carta de Manuel Artazo Torre De Mer al alcalde de Bacalar, Mérida, 18 de abril de 1814, AHEY, Colonial, Correspondencia de los gobernadores, vol. 2, exp. 1, 1 f.

- Expediente “1813. Cantamayec. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 1, exp. 29, 5 fs.
- Expediente “1813. Hocabá. Proyecto de arbitrios municipales y aprobación del mismo”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 18, 4 fs.
- Expediente “1813. Sotuta, Proyecto de arbitrios municipales, con adiciones y modificaciones en el acuerdo aprobatorio”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 6, 3 fs.
- Expediente “1813. Tixcaltuyú. Proyecto de árbitros del Ayuntamiento aprobado por la Diputación”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y Arbitrios, vol. 1, exp. 11, 8 fs.
- Expediente “1813. Yaxcabá. Proyecto de arbitrios municipales y aprobación del mismo”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 18, 5 fs.
- Expediente “1814. Tabi. Proyecto de arbitrios del Ayuntamiento”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 31, 7 fs.
- Expediente “1814. Tacibichen. Plan de arbitrios municipales aprobado por la Diputación”, AGEY, apartado Colonial, ramo Propios y arbitrios, vol. 2, exp. 32, 4 fs.

Libros, capítulos y artículos

ACERETO, Albino, Historia política desde el descubrimiento europeo hasta 1920, en ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., *Enciclopedia yucatanense*, Gobierno del Estado de Yucatán, vol. 3, México, 1947, pp. 5-388.

BRACAMONTE Y SOSA, Pedro, *La conquista inconclusa de Yucatán. Los mayas de las montañas, 1560-1680*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2001.

_____, *La encarnación de la profecía. Canek en Cisteil*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Miguel Ángel Porrúa Librero Editor, Instituto de Cultura de Yucatán, México, 2004.

CAPLAN, Karen D., “The legal revolution in town politics: Oaxaca and Yucatán, 1812-1825”, *Hispanic American Historical Review*, vol. 83, núm. 2, 2003, pp. 255-293.

CHAMBERLAIN, Robert S., *Conquista y colonización de Yucatán*, RUBIO MAÑÉ, José Ignacio (prólogo), DOMÍNGUEZ PEÓN, Álvaro (traducción), Porrúa, México, 1974.

FARRIS, Nancy M., *La Sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia*, SETÓ, Javier y FORSTALL-COMBER, Bridget (versión española), Alianza Editorial, Madrid, 1992.

- GERHARD, Peter, *La frontera sureste de la Nueva España*, MASTRANGELO, Stella (traductora), IIH-UNAM, México, 1991.
- GÜÉMEZ PINEDA, Arturo, Gobierno municipal y privatización de las tierras en Yucatán. 1812-1847, en QUEZADA, Sergio, CASTILLO CANCHÉ, Jorge y ORTIZ YAM, Inés (coords.), *Historia general de Yucatán*, Universidad Autónoma de Yucatán, vol. 3, Mérida, 2014, pp. 97-133.
- GUILLAMÓN ÁLVAREZ, Francisco Javier y PÉREZ-HERVÁS, J., “Aproximación al estudio de las haciendas locales bajo Carlos III: los propios del concejo murciano”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, núm. 4, 1989, pp. 341-356.
- GULLON ABAO, Alberto y GUTIÉRREZ ESCUDERO, Antonio (coords.), *La constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2012, 2 vols.
- HAMNETT, Brian R., *La política española en una época revolucionaria 1790-1820*, PIZARRO, Mercedes y PIZARRO SUÁREZ, Ismael (traducción), Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- HERNÁNDEZ MORA, Juan Ignacio, Influencia de la Constitución de Cádiz en la Constitución de Apatzingán, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y ORTIZ ORTIZ, Serafín (coords.), *La Constitución de Apatzingán. Edición crítica (1814-1824)*, IJ-UNAM, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México, 2014, pp. 273-297.
- MACHUCA GALLEGOS, Laura, “Diputados yucatecos y campechanos en Cádiz y su idea sobre la Península de Yucatán, 1810-1814”, *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 69, núm. 2, 2012, pp. 695-722.
- _____, *Poder y gestión en el Ayuntamiento de Mérida, Yucatán (1785-1835)*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2016.
- MARICHAL, Carlos, GRAFENSTEIN, Johanna von (coords.), *El secreto del imperio español: los situados coloniales en el siglo XVIII*, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, México, 2012.
- MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, “El municipio controlado. Los reglamentos de propios y arbitrios en las reformas carolinas”, *América Latina en la Historia Económica*, vol. 4, núm. 7, 1997, pp. 9-17.
- MOLINA SOLÍS, Juan Francisco, *Historia de Yucatán durante la dominación española*, Imprenta de la Lotería del Estado, Mérida, 1906, 3 vols.
- PATCH, Robert W., *Maya and Spaniard in Yucatan, 1648-1812*, Stanford University Press, Stanford, 1993.

- POLLACK, Aaron, *Dividir y cobrar, unir y cobrar: categorías fiscales y sociales en Chiapas y Guatemala, 1800-1850*, Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur, UNAM, San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, 2021.
- QUEZADA, Sergio, *Yucatán. Historia breve*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México, Fideicomiso de Historia de América, México, 2011.
- ROCHER SALAS, Adriana, “Un Baluarte diferente: Iglesia y control social en Yucatán durante el periodo colonial”, *Península*, vol. 3, núm. 1, 2008, pp. 65-81.
- ROYS, Ralph L., *The Political Geography of the Yucatan Maya*, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1957.
- RUGELEY, Terry, *Yucatán's maya peasantry & the origins of the Caste War*, University of Texas Press, Austin, 1996.
- SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest, “Los impactos fiscales de una guerra distante: crisis y restauración de la Real Hacienda en la provincia de Yucatán”, *Revista de Historia Económica*, vol. 30, núm. 3, 2012, pp. 323-352.
- _____, “Constitucionalizar el orden fiscal en Nueva España: de la ordenanza de intendentes a la constitución de Cádiz (1786-1814)”, *Historia Mexicana*, vol. LXV, núm. 1, 2015, pp. 111-165.
- _____, *La imperiosa necesidad. Crisis y colapso del erario de Nueva España (1808-1821)*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, El Colegio de Michoacán, México, 2016.
- TANCK DE ESTRADA, Dorothy, *Pueblos de indios y educación en el México colonial, 1750 – 1821*, El Colegio de México, México, 1999, pp. 17-28.
- TORRES AGUILAR, Manuel, “La influencia de la Constitución de Cádiz en el pensamiento de Morelos y en los inicios del proceso de independencia en la Nueva España”, en ORTIZ ORTIZ, Serafín y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coords.), *Los sentimientos de la nación de Morelos en Tlaxcala: Coloquio Internacional de Derecho*, IJ-UNAM, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México, 2014, pp. 13-39.

Perspectiva de discapacidad frente a la Constitución de la Tierra. Crítica a la concepción ferrajoliana

Perspective of disability in front of the Constitution of the Earth. Criticism of the Ferrajolian conception

Gabriela Hernández Islas
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Estudios de Posgrado
Universidad Autónoma de Tlaxcala
gabys19_88@hotmail.com

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 13 de septiembre de 2022

Resumen:

La propuesta de Ferrajoli de la creación de una Constitución de la Tierra ha hecho eco en muchas concepciones que se tienen hasta ahora de los ordenamientos normativos y ha proporcionado una mirada novedosa por cuanto a los límites que han de fijarse a los Estados soberanos en pro de la presente y futura existencia de la humanidad. Los procesos de globalización han llegado a los ordenamientos normativos desde el siglo pasado; sin embargo, estos procesos arrastran, en demasiadas ocasiones, fenómenos de discriminación y exclusión de grupos vulnerados. Este trabajo se propone analizar el proyecto ferrajoliano de la Constitución de la Tierra a través de una perspectiva de discapacidad que es necesaria en la consecución de protección, garantía de los derechos humanos y de alcanzar la inclusión de este grupo vulnerable.

Summary:

Ferrajoli's proposal for the creation of a Constitution of the Earth has echoed in many conceptions that have been held up to now of the normative systems and has provided a novel look at the limits that must be set for sovereign States in favor of the present and future existence of mankind. The processes of globalization have reached the normative systems since the last century; however, these processes drag, on too many occasions, phenomena of discrimination and exclusion of vulnerable groups. This work aims to analyze the Ferrajolian project of the Constitution of the Earth through a disability perspective that is necessary in order to protection, warranty of the human rights and achieve the inclusion of this vulnerable group.

Palabras clave: Dignidad. Derechos Humanos. Perspectiva de Discapacidad. Nuda vida. Exclusión.

Keywords: Dignity. Human rights. Disability Perspective. Bare life. Exclusion.

I. Introducción

De las personas con discapacidad se ha escrito muchísimo y también de los modelos paradigmáticos a través de los cuales se ha comprendido todo lo que versa sobre discapacidad (prescindencia, médico-rehabilitador, social); sin embargo, de un tiempo a la fecha han surgido miradas diferentes a las que aplauden el modelo social de discapacidad (bajo el que hoy se centra el entendimiento de discapacidad), han ido emergiendo nuevos idearios respecto de la concepción y comprensión de la discapacidad.

De este modo, hay autores y autoras que atribuyen al modelo social logros que no ha alcanzado, al menos en México, y hay quienes opinan que la perspectiva de discapacidad (de la que hablaremos) deviene del modelo en mención; empero, la contrastación con la realidad nos demuestra que no es así y que el modelo social, al igual que sus predecesores tiene sus propios límites los cuales deben o bien eliminarse o bien rediseñar el núcleo del modelo, esto a efecto de que cumplir con la ineludible inclusión se haga una realidad y no continúe sólo en el ideario, pero estas críticas han de ser motivo de un análisis por aparte del tema que nos ocupa hoy.

Pues bien, la inclusión es uno de los objetivos primordiales, sino es que el más importante, del paradigma social ya que a través de ella se desea que las personas con discapacidad gocen y ejerzan todos y cada uno de sus derechos en igualdad de oportunidades a las demás personas y que todo esté pensado para todos y todas. Una sociedad que pretenda alcanzar en su realidad el discurso de igualdad y de dignidad requiere no dejar a nadie atrás ni fuera de la misma, requiere de inclusión de todos y todas, de pensar y concebir todo para todos y todas. Cuestión contraria es la constitución de un orbe donde las personas con discapacidad y otros grupos vulnerados no se encuentren representados, atendidos, protegidos en igualdad de condiciones a las demás personas, esto sería tanto como decir que, de facto, nos encontraríamos aún en la sociedad del modelo de la prescindencia de aquellos.

De esta exigencia de inclusión poco a poco se fue moldeando una concepción que actualmente se conoce como perspectiva de discapacidad, la cual ha de ser baluarte y timón en la dirección de planes, políticas, programas, legislaciones, evaluaciones y demás, para que se logre la igual dignidad en todos los países. Sin la perspectiva de discapacidad no podrá alcanzarse la inclusión y sin inclusión ¿qué futuro, o peor aún, ¿qué presente, les está destinado a las personas con discapacidad?

Y es que la cuestión de la inclusión es reconocer la diversidad sin la necesaria creación de dicotomías destructivas y generadoras de una otredad que, en ocasiones, genera enemizar al otro hasta concebirlo como una *no persona*, a tal cuestión Zaffaroni presenta una ejemplificación mencionando que

El otro enemigo siempre es una no persona. El vocablo persona evoca la máscara del teatro griego; insistimos en que el derecho sólo construye la máscara, pero no el rostro que la porta. La norma máxima positiva ordena que se provea de una máscara de persona a cada ser humano, que ningún rostro quede sin máscara, que ningún humano deje de ser tratado como persona. Por ende, insistimos en que sólo es admisible la afirmación de que persona es un concepto jurídico, a condición de que ese concepto respete estrictamente la base óptica del ser humano. El derecho positivo no admite un ser humano no persona. (...) Por eso, la máscara de enemigo que oculta al ser humano y le inventa una subjetividad irreal, está siempre construida con argamasa de debilidad subjetiva y odio, y es común a todas las discriminaciones y semilla de todos los genocidios.¹

Esta mirada del *Otro* permite que las personas con discapacidad (en adelante PcD) continúen, permanezcan y se eternicen en la periferia social sin que se lleve a cabo la verdadera inclusión más que a través de discursos vacíos y sin acciones palpables que generen oportunidades de alcanzar la igualdad y la dignidad en las mismas condiciones que todos los seres humanos.

Además, habremos de mencionar que las construcciones sociales, legislativas, judiciales, económicas etc., se han edificado sin la perspectiva de discapacidad necesaria para arribar a la inclusión de este grupo, y sin una perspectiva de discapacidad hay “otros” que piensan en cómo incluir a las PcD pero sin poseer ni poner en práctica una mirada que sólo puede ser dotada con la perspectiva de discapacidad, es decir, pensar en todo para que las PcD gocen, accedan y ejerzan todos y cada uno de los derechos humanos de los que todos somos beneficiarios. Es por ello que cuando surgen propuestas de gran envergadura como lo es la *Constitución de la Tierra* debemos preguntarnos sobre sus implicaciones, pero antes de sus implicaciones, debería verificarse que, con estas propuestas, efectivamente, nadie queda atrás ni fuera de los proyectos globalizadores pues de lo contrario no será un avance el que se logre sino un terrible retroceso para las diversidades humanas.

¹ ZAFFARONI, E. Raúl, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, INEJ, Chile, 2016, pp. 68-69.

II. Perspectiva de discapacidad

La génesis de la perspectiva de discapacidad es un tanto difusa, nadie sabe dónde, cómo, por qué ni quién la propuso, pero todos conocen de la necesidad de su existencia. La perspectiva de discapacidad puede equipararse, y de hecho se menciona por Palacios, al surgimiento de las ideologías de la perspectiva de género; desde luego con sus diversos matices, pero casi de manera idéntica.²

Palacios refiere que a la perspectiva de discapacidad se la podría definir como una herramienta conceptual y procedimental que entiende y pretende visibilizar que la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran inmersas las personas con discapacidad son la consecuencia de las barreras físicas, comunicacionales, actitudinales y hasta legales, que impiden el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.³ De esta forma, la perspectiva de discapacidad obliga al Estado y a la sociedad, en sus respectivos ámbitos, a modificar los mecanismos, normas, prácticas y valores que reproducen esta desigualdad estructural.

Es evidente que la perspectiva de discapacidad requerirá del enfoque de derechos humanos para lograr su objetivo; este enfoque es el instrumento *sine qua non* de la perspectiva de discapacidad pues forma un marco conceptual y procedimental para el proceso de desarrollo humano basado normativamente en estándares internacionales de derechos humanos, y se dirige a promover y proteger los derechos humanos. De acuerdo con la ONU, el objetivo del enfoque es analizar desigualdades y corregir prácticas discriminatorias de las que son receptores los grupos vulnerados. Así mismo reitera que bajo el enfoque de derechos humanos

los planes, políticas y procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y obligaciones correspondientes establecidas por el derecho internacional, incluidos todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, y el derecho al desarrollo. Por otro lado, el enfoque de referencia estará colmado de los ya conocidos principios de derechos humanos (universalidad, indivisibilidad, igualdad y no discriminación, participación, rendición de cuentas).⁴

² PALACIOS, Agustina, “Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva”, *Pensar, Revista de Ciencias Jurídicas*, vol. 24, núm. 4, pp. 1-13, octubre-diciembre 2019, en <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10225/pdf>

³ *Idem*.

⁴ ONU, *Del enfoque de los derechos humanos*, disponible en <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>

En otras palabras, la perspectiva de discapacidad es la ruta a seguir y el enfoque de derechos humanos el vehículo que nos llevará a concebir realmente el todo para todos y todas.

III. Los ejes de la perspectiva de discapacidad

Desde nuestro punto de vista, hay tres ejes que sustentan a la perspectiva de discapacidad (esto es una mirada propia, una propuesta nueva y no un dogma, por tanto, hay que leerla y comprenderla como tal y no como imposiciones ideológicas): transversalidad,⁵ interseccional,⁶ y la hiper-disciplinarietà (más allá de la transdisciplinarietà).

La transversalidad es una cualidad, de acuerdo con el diccionario de la RAE, y si se busca el término “*transversal*” se verá que es un adjetivo para designa a algo que se halla o se extiende atravesado de un lado a otro; que se cruza en dirección perpendicular con aquello de que se trata; que atañe a distintos ámbitos o disciplinas en lugar de un problema concreto, etcétera. Así, la transversalidad se refiere a lo que atraviesa en forma transversal varios campos sin pertenecer exclusivamente a alguno de ellos, ésta cualidad en la perspectiva de discapacidad constituye uno de los ejes puesto que es necesaria para garantizar la igualdad y la no discriminación de las PcD en todos los ámbitos e incluir a la discapacidad en la planificación, elaboración, ejecución y evaluación de las agendas, planes, programas y proyectos de índole política, económica, social, cultural y cualesquiera otras. Entonces, la perspectiva de discapacidad requiere estar revestida por esta cualidad, puesto que atraviesa un sinfín de materias, disciplinas, ciencias, hechos y realidades, lo cual no podría ser diferente porque esta perspectiva a la que nos referimos tiene sustento en la diversidad humana.

⁵ Para más información de la transversalidad como eje de la perspectiva de discapacidad véase BRU, Gabriela Silvina, “La Interdisciplina como utopía”, en *Revista Margen*, núm. 67, diciembre 2012, disponible en <https://www.margen.org/suscri/margen67/bru.pdf>; y PALACIOS, *op. cit.*, nota 2.

⁶ Terminología utilizada en diversos documentos y por diversos artículos, al efecto véase: Crenshaw, Kimberlé. “Gender-related aspects of race discrimination (EGM/GRD/2000/WP.1). BACKGROUND PAPER for the United Nations EXPERT MEETING.”, *Gender and Racial Discrimination*, November, Zagreb, Croacia, 2000, pp. 21-24. Barrere Unzueta, María Ángeles, “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 87-88, 2010, pp. 225-252, disponible en: <https://doi.org/10.47623/inap-rvap.87.88.2010.07>. Méndez, Rubens R, “El Acceso a... ¿dónde? La “domesticidad” como elemento de análisis sobre la “intersección” existente entre mujer y discapacidad”, *Revista Universitas*, Madrid, núm. 23, 2016, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2948/1650>, PALACIOS, *op. cit.*, nota 2.

Ahora, la interseccionalidad fue un término eclosionado en Estados Unidos, muchos se lo atribuyen a Crenshaw;⁷ sin embargo, hay un par de autoras feministas americanas como Bell Hooks, Angela Davis, Audre Lorde, Elizabeth Spelman, entre otras quienes manifestaron y analizaron la diversidad del grupo mujeres y cómo sus experiencias de desigualdad social y política se construían tanto en función de la desigualdad de género como de la raza, la clase social, la discapacidad y/o la orientación sexual.⁸ Crenshaw en diversas obras analiza la “*interseccionalidad estructural*” que indica la experiencia de la desigualdad interseccional en la vida de las personas y los grupos sociales. A partir del análisis de la experiencia de desigualdad vivida por las mujeres afroamericanas, Crenshaw muestra cómo estas mujeres se encuentran, a menudo, afectadas a la misma vez por la desigualdad de raza, género y clase social, en ámbitos como, por ejemplo, el de la violencia o el laboral; así, el enfoque interseccional debe ser considerado como requisito *sine qua non* para lograr una reducción integral de la discriminación de las PcD.

La interseccionalidad como eje de la perspectiva de discapacidad es un pilar analítico para estudiar, comprender y responder a las maneras en que la discapacidad se cruza con otras identidades (género, preferencia sexual, edad, raza, entre otras) y cómo estos cruces contribuyen a tener y vivir experiencias únicas de opresión; en consecuencia, la perspectiva de discapacidad precisa de la interseccionalidad ya que la discapacidad y la diversidad humana generan puntos de encuentro con áreas e identidades que a su vez crean mayores índices de discriminación, violencia, exclusión y una acumulación sin igual de desventajas, lo que hace más cruenta la vulneración de este grupo.

Por último, el eje de la hiper-disciplinarietà que es aún mayor que el que se encuentra en boga: la transdisciplinarietà. La transdisciplinarietà es un concepto que vio luz a través de Jean Piaget en los años setentas, el filósofo y psicólogo a decir de ésta menciona que es un nivel relacional que no se limita a reconocer las interacciones y reciprocidades entre las investigaciones especializadas, sino que busca ubicar esos vínculos dentro de un sistema total, sin fronteras estables entre las disciplinas;⁹ no obstante, esta perspectiva ha sido criticada por Nicolescu quien

⁷ CRENSHAW, Kimberlé. “Gender-related aspects of race discrimination (EGM/GRD/2000/WP.1). BACKGROUND PAPER for the United Nations EXPERT MEETING.”, *Gender and Racial Discrimination*, November, Zagreb, Croacia, 2000, pp. 21-24.

⁸ LA BARBERA, María Caterina, “Interseccionalidad”, *Revista Voces de cultura de la legalidad*, núm. 12, abril-septiembre, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3651>.

⁹ PIAGET, Jean, *La epistemología de las relaciones interdisciplinarias*, disponible en <https://docplayer.es/89461382-La-epistemologia-de-las-relaciones-interdisciplinarias.html>.

aduce que la propuesta de Piaget es en realidad un sistema cerrado lo que implica marcar fronteras en las disciplinas, aunque reconoce, más adelante, que el término para su época era novedoso.¹⁰ Piaget propuso, en 1985, que transdisciplinariedad significase “*más allá de las disciplinas*” y estatuye que la cuestión de la transversalidad concierne a aquello que está entre las disciplinas, a través de las diferentes disciplinas y más allá de toda disciplina y cuya meta es la comprensión del mundo presente para el cual uno de sus imperativos es la unidad del conocimiento.

La cuestión es que la transdisciplinariedad ya no alcanza para el conocimiento del mundo actual, un conocimiento que no es unívoco, un conocimiento holístico y que es cada día empujado por aquello que se ha solido llamar como progreso. Nos gustaría traer en este momento las palabras de Walter Benjamin en la tesis IX de sus “*Tesis de Filosofía de la Historia*”:

Hay un cuadro de Klee que se llama Angelus Novus. En él se muestra a un ángel que parece a punto de alejarse de algo que le tiene paralizado. Sus ojos miran fijamente, tiene la boca abierta y las alas extendidas; así es como uno se imagina al Ángel de la Historia. Su rostro está vuelto hacia el pasado. Donde nosotros percibimos una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única que amontona ruina sobre ruina y la arroja a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado, pero desde el Paraíso sopla un huracán que se enreda en sus alas, y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras los escombros se elevan ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso.¹¹

Así es el conocimiento, que mientras la transdisciplinariedad intenta captarlo en el “presente” éste ya ha avanzado y la fotografía que podría hacerse de él se ha modificado; en consecuencia, la perspectiva de discapacidad es solícita de una hiper-disciplinariedad que, desde nuestro punto de vista, se comprende como aquella que es superior y rebasa a la transdisciplinariedad ya que no se acota en disciplinas presentes sino en un enfoque holístico de lo humano, enfoque en el que todas las disciplinas, ciencias, experiencias, formas de vida¹² y el *ser aquí* se complementen proporcionando una óptica robustecida y cimentada en realidades ya no sólo en dogmas y teorías

¹⁰ NICOLESCU, Basarab, “Transdisciplinariedad: pasado presente y futuro, primera parte”, *Revista Visión docente con-ciencia*, año VI, Núm. 31m julio-agosto 2006, <https://www.tercercongresomundialtransdisciplinariedad.mx/wpcontent/uploads/2019/08/Transdisciplinariedad-PASADO-PRESENTE-FUTURO-.pdf>

¹¹ WALTER, Benjamin, *Tesis de Filosofía de la historia*, disponible en: anticapitalistas.org/IMG/pdf/Benjamin-TesisDeFilosofiaDeLaHistoria.pdf

¹² AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Palestra Editores, Lima, 2016, p. 297.

desconectadas de la condición humana, porque realmente esa ha sido una de las grandes fallas de la investigación y construcción del conocimiento: la desconexión con lo humano, en palabras de Tenorio Tagle, la desconexión de la conciencia implica la creación de un mundo insensato, sinsentido, una racionalidad extraviada.¹³

La perspectiva de discapacidad no puede encasillarse en un discurso vacío, hermético, transdisciplinario, es necesaria una trascendencia ya que la misma discapacidad es un concepto vivo, enriquecido con muy diversas voces, las cuales han sido acalladas durante siglos, la discapacidad debe enmarcarse en nuestra condición de humanos, de aquí la razón de la propuesta de la hiper-disciplinarietà como tercer eje rector de la perspectiva de discapacidad.

Resulta inconcebible un país, un mundo, en el que se pretenda continuar dejando en la periferia a las PcD, en el que los ordenamientos no observen el principio de progresividad de los derechos humanos, esa prohibición de no dar marcha atrás sobre terreno ganado ¿quién podría imaginarse vivir en un mundo en que las personas con discapacidad volviesen a ser considerados como seres humanos de segunda categoría? ¿quiénes apoyarían tal moción? ¿no sería tanto como regresar a las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial? Pues lo que a continuación se verá es cómo la propuesta de uno de los grandes filósofos jurídicos de nuestros tiempos pretende (desde nuestra perspectiva), sin decirlo directamente, una visión excluyente y de eliminación de las personas con discapacidad.

IV. La constitución de la tierra. Una propuesta ferrajoliana

A primera vista pareciera que la propuesta de Luigi reviste una importante trascendencia, nos va a parecer, desde luego, una perspectiva sin precedentes, algo que dentro de poco tiempo bien podría alcanzarse, sin utopías, desde las realidades transnacionales y dejando atrás la concepción restringida de democracia, de constitucionalismo y de soberanía.

Presentamos a continuación una brevísima exposición de lo aludido por Luigi para que, posteriormente, estemos en aptitud de analizar y reflexionar las implicaciones de la misma para la periferia social, en particular para las PcD.

¹³ TENORIO TAGLE, Fernando, *Ciudades Seguras I. Cultura, sistema penal y criminalidad*, UAM-CONACYT, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 308.

Los problemas a los que se enfrenta la sociedad, desde la perspectiva de Ferrajoli, ya no son limitados a un territorio nacional, han trascendido y debido a esto ahora los ordenamientos locales no son suficientes y tampoco poseen la fortaleza jurídica para lograr una protección adecuada de derechos humanos, económicos, sociales, culturales, y demás que forman parte del catálogo de derechos de todos los seres humanos.¹⁴

Luigi refiere en su obra que la pandemia marcó un antes y un después por diversas situaciones: 1.- Hecho que perturbó la economía de todos los países, 2.- Su terrible saldo de infectados y acaecidos en todo el mundo lo cual hizo evidente la falta de adecuadas instituciones de garantías de la salud, 3.- Espectro colateral de múltiples cuestiones adversas para la humanidad como el calentamiento global y 4.- Ha demostrado los nexos que enlazan la salud de la persona a la salud del planeta, el cual revela una interdependencia y no puede ser indiferente a nadie.

Estas situaciones pueden ser enfrentadas sólo si se produce un salto de civilización en la política, en la legislación, en la economía y en todos los aspectos de la vida global; y debe entenderse que la supervivencia depende de la solución de los problemas globales que aquejan a todos, por ello propone una *Constitución de la Tierra* que será capaz de imponer límites y vínculos a los *poderes salvajes* de los Estados soberanos y de los mercados globales, en garantía de los derechos.

Ferrajoli considera que existe una ausencia de respuesta política e institucional a la altura de la situación, debido al hecho de que las emergencias globales no forman parte de las agendas políticas de los gobiernos nacionales (por dos razones: localismo y temporalidad), de aquí que sólo podrán afrontarse a escala global, ampliando el paradigma constitucional, garantista, y a través de la refundación del pacto de convivencia pacífica entre todos los pueblos de la Tierra, lográndose no sólo de *iure* sino de *facto* a través de funciones e instituciones de garantías (primarias y secundarias) de carácter supranacional. Por si estas justificaciones no bastasen, también alude a que puede considerarse que los Estados nacionales se encuentran en un estado de naturaleza del que hablaba Hobbes y menciona: “*Los pueblos pueden considerarse, en cuanto Estados, como individuos que en su estado de naturaleza (es decir independientes de leyes externas), se perjudican unos a otros por su mera coexistencia*”.¹⁵

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2022, versión electrónica.

¹⁵ *Idem*.

Por otro lado, Luigi reconoce que las desigualdades en las condiciones de vida de las personas no sólo han aumentado, sino que se han hecho bastante más visibles para todos y con ello más intolerables debido a su evidente contradicción con las Cartas de Derechos Humanos que pueblan el ordenamiento internacional.

Ahora, parece ser que la receta es la ampliación del constitucionalismo rígido, la creación de garantías y con ello la emisión de la *Constitución de la Tierra*. La ampliación a escala planetaria del paradigma aludido, acorde al autor, limitaría y vincularía a los poderes de los Estados y de los mercados (que ahora parecen ser quienes dirigen la política nacional).

Ferrajoli reconoce que existen cinco emergencias a las que se debe hacer frente: 1.- Catástrofes ecológicas, 2.- Guerras nucleares y la producción y tenencia de armas, 3.- Las lesiones de las libertades fundamentales y de los derechos sociales, el hambre y las enfermedades no tratadas (aunque curables), 4.- La explotación ilimitada del trabajo y 5.- Migraciones masivas.¹⁶

Las violaciones masivas a los derechos humanos y las emergencias aludidas constituyen una *macrocriminalidad* que no han contado con oponentes que las mermen; empero, Luigi refiere que esta *macrocriminalidad* de sistemas sólo puede prevenirse por una política a su altura, imponiendo rígidas reglas y controles constitucionales a los poderes salvajes de la política y la economía. Se llega así a la segunda y más relevante (desde la perspectiva del autor) cuestión suscitada por las emergencias planetarias (a las que comienza a llamar *crímenes de sistema*): la de la respuesta institucional capaz de afrontarlas y de impedir las. Tal respuesta sólo puede consistir en un adecuado sistema de límites y vínculos normativos a los poderes globales, que únicamente puede provenir de la ampliación paradigmática.

Ferrajoli alude que la cuestión ineludible es que el constitucionalismo propuesto no será homogéneo ni se basaría en la idea del pueblo como totalidad política y la homologación (o asimilación) de las minorías a la mayoría, sino en el principio de heterogeneidad, esto es, igual valor asociado a todas las diferencias como presupuesto de su recíproco respeto y de su civil confrontación, y por eso la defensa de los derechos de libertad que, en último término, son todos derechos a la tutela y a la afirmación de las propias diferentes identidades.

Hay una parte muy interesante respecto de lo anterior pues Ferrajoli menciona que “todos los nacionalismos -con sus agresivas pretensiones de superioridad o de no contaminación

¹⁶ *Idem.*

de las correspondientes naciones y, con sus consiguientes derivas racistas, belicistas y totalitarias-son los principales obstáculos a este tipo de constitucionalismo, intrínsecamente antinacionalista y antifascista en cuanto universalista y virtualmente global por vocación y lógica interna”,¹⁷ es por esto que considera que la creación de la *Constitución de la Tierra* se encuentra legitimada y además es necesaria y urgente a causa de las diferencias profundas, heterogéneas y conflictivas y reafirma que servirá no para unificar, hacer homogéneo, sino para garantizar los derechos fundamentales de todos, incluso contra las mayorías. Tal parece que con esta afirmación podrían cubrir lo que pasaría con las periferias; pese a ello, sabemos de sobra que la realidad y la legislación distan siempre demasiado, por muy buenas intenciones y por más garantismos que se tengan; además, debe recordarse que la propuesta de Luigi, tal como él reconoce, no es ni siquiera propia o de nueva creación, sino que obedece a bases y pensamientos kantianos, a pactos del mismo tipo, mismos que han sido debatidos en el nuevo siglo por grupos de PcD al considerarlos discriminatorios, excluyentes y eliminatorio, de lo cual hablaremos más adelante.

Así mismo, Ferrajoli reconoce que una *Constitución de la Tierra* que desee estar a la altura de la globalización, deberá contar con dos órdenes de innovaciones estructurales de las actuales cartas internacionales de derechos (aptas para impedir o reparar sus violaciones): 1.-La introducción de garantías primarias consistentes en las prohibiciones de lesión y en las obligaciones de prestación correlativas a los derechos fundamentales estipulados en ella y 2.-Garantías secundarias encargadas de la reparación jurisdiccional de las lesiones de las garantías primarias.

Para las garantías primarias Luigi contempla las siguientes necesidades:

1. Prever la introducción de rígidas garantías de los derechos de libertad y de inmunidad, a través de la tutela de todas las diferencias personales (esto es lo que nos interesa) como el sexo, etnia, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones sociales y otras; así como la prohibición de cualquier represión y discriminación (esto no concuerda con el pacto kantiano).
2. Reforzar las instituciones ya existentes de garantía de los derechos sociales (como la OMS, OIT, OMC, etc.).

¹⁷ *Idem.*

3. Prever una demanio planetario para la tutela de bienes vitales (como el agua, aire, glaciares, masas forestales) y la prohibición de bienes mortíferos como las armas, en garantía de la paz y de la seguridad.
4. Transformar las actuales instituciones económicas y financieras (como el BM, FMI, OMC) en instituciones independientes del control de los países ricos para ponerlas en condiciones de cumplir los fines enunciados en sus propios estatutos.

Para las garantías secundarias, Luigi menciona que a fin de conferir a la *Constitución de la Tierra* de la rigidez como conjunto de normas supraordenadas a todas las demás fuentes (estatales e internacionales) será decisiva la creación de un tribunal constitucional global, competente para declarar la invalidez de todas las normas que la contradigan (aunque quién tendría la calidad humana, moral, jurídica para formar parte de tal tribunal sin que lo corrompa el poder), y menciona que "sólo un Tribunal Internacional supraestatal podría hacer tomar en serio los principios y los derechos establecidos por tantas cartas internacionales como hasta ahora que existen sólo en el papel",¹⁸ esto no toma en cuenta la experiencia del continente americano, y vuelve a hablar desde la perspectiva puramente occidental, dejando fuera lo que ocurre de este lado del mundo, porque la experiencia con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido que, pese a que existe y sanciona, las condiciones no mejoran y se realizan meros *tokenismos*, simulaciones, sin alcanzar verdaderas protecciones e incluso las Cortes nacionales se oponen a perspectivas internacionales con lo que truncan el avance y en la realidad los Poderes en todos los niveles se coluden y no se logra el cometido, y desde luego cuentan como garantías secundarias jurisdiccionales.

Siguiendo esta perspectiva, el autor menciona que sería necesario instituir una jurisdicción internacional, únicamente de la verdad, en orden a los crímenes de sistema y a los previstos por el estatuto del tribunal penal internacional. Y para financiar estas instituciones y funciones globales de garantía, será necesario prever una *fiscalidad mundial*, la *tasa tobin* sobre las transacciones internacionales, una *carbon tax* sobre la extracción y el uso de recursos energéticos que emiten gases de efecto invernadero, un gravamen por el enriquecimiento ilícito de los bienes comunes de la humanidad, etc. A esto añade la creación de verdaderos y propios impuestos globales de carácter progresivo.

¹⁸ *Idem*.

El proyecto constitucional ferrajoliano estaría constituido por cien artículos y dividido en dos partes:

Parte Uno: Principios de la justicia que expresan los fines y la razón de la Constitución, ésta a su vez tendría cuatro títulos: 1.- principios supremos, 2.- derechos fundamentales, 3.- bienes fundamentales, 4.- bienes ilícitos.

Parte dos: Instituciones globales o sea los instrumentos para asegurar la realización de los fines. Subdividida en cuatro títulos: 1.- Papel y funciones de la Federación de la Tierra; 2.- Instituciones y funciones globales de gobierno (Asamblea general, consejo de seguridad, consejo económico y social; Secretariado); 3.- Instituciones y funciones globales de garantía (primarias y secundarias), 4.- Instituciones económicas y financieras.

Hasta aquí hemos expuesto, casi en la literalidad, las ideas ferrajolianas de la *Constitución de la Tierra*, pero en el apartado siguiente habremos de ponerlo bajo la lupa de la perspectiva de discapacidad, lo que nos permitirá reflexionarlo y analizarlo con un enfoque de derechos humanos que sea bastión del estudio crítico-constructivo que ha de realizarse.

V. Las cuestiones de un pacto social discriminatorio en la constitución de la tierra

El pacto surgido a través de teorías como las de Hobbes o Rousseau ha servido como un dispositivo de control social, recordemos que Agamben reconoce que los dispositivos existen desde que el *homo sapiens* apareció y que no hay un solo instante en la vida de los individuos que no sea modelado, contaminado o controlado por un dispositivo;¹⁹ así, el pacto social se ha configurado como uno de los tantos dispositivos que han controlado el devenir social de nuestro ahora.

Diversos autores, desde su ámbito, se han percatado que es momento de una transición a un modelo de pacto más inclusivo, no invasivo, excluyente, asimilatorio ni mucho menos de exterminio; al respecto, Tenorio Tagle expone que “en el contrato social hay desiguales y mientras los haya seguirán las políticas de exclusión (comunidad-inmunidad), los inmunes serán

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio, “¿Qué es un dispositivo?”, trad. de Roberto J. Fuentes Rionda, *Revista Sociológica*, año 26, núm. 73, mayo-agosto 2011, pp.249-264.

aquellas castas superiores, exentas de la aplicación del orden del cual son promotores²⁰; las partes débiles del pacto convendrían su sobrevivencia a cambio de la condena de su identidad.

Al igual que Tenorio Tagle, Nussbaum²¹ y Sen²² han expuesto que el pacto social es discriminatorio y excluye desde el inicio a aquellos seres que se consideraban no racionales o, en palabras de Zaffaroni,²³ *no personas*.

La convergencia de los puntos de vista de los autores enunciados no puede ser ignorada puesto que ha habido intentos de adoptar un pacto inclusivo y diverso al que se tiene en la actualidad. El Pacto Social sobre el que se erige la propuesta de la *Constitución de la Tierra* es de exclusión, se vuelca sobre discursos vacíos e inalcanzables para las PcD, quienes quedan, una vez más, relegadas a las periferias sociales, y los derechos humanos de éste grupo vulnerado se tornan en irrealizables, disparatadas, trayendo nuevamente palabras de Zaffaroni, “el *ser* debe poder *llegar a ser* como lo manda el *deber ser*, así *un deber ser* imposible no es un derecho, sino un *disparate*”.²⁴

El retomar, sin pensar en más, el Pacto Social es contrario a la perspectiva de discapacidad a la que hemos hecho referencia al inicio, es contrario a los tres pilares de la misma y, desde luego, contraría la promoción, protección, goce, ejercicio y garantía de los derechos humanos de y para las PcD. Preguntábamos en apartados previos si esto sería posible, si alguien aún pensaría de este modo; esta es la problemática cuando no se posee una *conciencia de las palabras*.²⁵

VI. Brevísimos análisis de algunas propuestas concretas de la constitución de la tierra frente a la dignidad y perspectiva de discapacidad

En este apartado exponemos algunos pocos artículos que forman parte de la propuesta ferrajoliana y explicamos por qué, desde nuestro horizonte de comprensión y de conocimiento, son contrarios tanto a la perspectiva de discapacidad como a la misma dignidad humana.

²⁰ TENORIO TAGLE, *op.cit.*, nota 13.

²¹ NUSSBAUM, Martha C, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Albino Santos Mosquera y Ramón Villa Vernis, Paidós. Estado y sociedad, México, 2006, pp. 32-42.

²² SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Taurus, México, 2009, p. 15.

²³ ZAFFARONI, Raúl E., *op. cit.*, p. 92.

²⁴ *Ibidem*, p. 86.

²⁵ CANETTI, Elías, *La conciencia de las palabras*, 2016 disponible en https://www.academia.edu/36053181/LA_CONCIENCIA_DE_LAS_PALABRAS

VI.I Artículo 2

El segundo artículo estatuye los fines de la Federación de la Tierra y en su penúltimo párrafo menciona: “Promover relaciones amigables de solidaridad y cooperación entre los pueblos, para la solución de los problemas globales de carácter ecológico, político, económico y social y, con este fin, garantizar la igual dignidad de todos los pueblos y de todas las personas y la conservación y la tutela de todos los bienes vitales”.²⁶ Concluye mencionando que también tiene como fin “realizar la igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales y, con este fin, introducir, a cargo de adecuadas instituciones y funciones globales de garantía, las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación que, como garantías, corresponden a tales derechos”.²⁷

A pesar de que habla de garantizar igual dignidad y la igualdad de todos los seres humanos lo cierto es que se contradice con un artículo que posee en su redacción una terminología despectiva como lo es el artículo 29 y otros más que hablan de incapacidad y de invalidez para referirse a las PcD, que no son ni lo uno ni lo otro. Pero más allá de la redacción debemos preguntar ¿cómo alcanzaríamos la igual dignidad que propugna Ferrajoli si el pacto adoptado deja fuera a diversos seres humanos? ¿no resultaría absurdo y vacío un discurso que pretenda alcanzar, pero más que alcanzar, garantizar, dignidad a todos y después negar esa misma condición a las PcD y otros grupos vulnerados? Existen serias contradicciones respecto de lo que comienza a mencionar en este artículo y lo que realmente planea alcanzar, es decir, hay un abismo entre las funciones manifiestas y las funciones latentes²⁸ que son las no expresadas, sino que más bien se encuentran ocultas, pero que saltan a la vista.

Dijimos ya que el pacto social que adopta Ferrajoli para su propuesta es contrario a la perspectiva de discapacidad y el enfoque de derechos humanos de los que se deben colmar teorías, planes, prácticas, programas, políticas, leyes, al menos si se jactan de estar dirigidas a la protección y desarrollo de la humanidad, con todo lo que ello implique. Sin esta perspectiva de discapacidad se atenta, y dejamos que se atente, contra la dignidad ya no de un grupo de personas (PcD) sino contra la dignidad humana misma ¿acaso aquellos (PcD) no gozan de la misma dignidad, o nivel de dignidad, o calidad de dignidad, que nosotros? Si no gozasen de la igual dignidad se podría permitir este discurso de sustentar teorías y propuestas globales en

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ MERTON, K. Robert, *Teoría y estructuras sociales*, FCE, México, 1992, pp. 60-79.

perspectivas occidentales que perpetúen la *nuda vida*²⁹ de aquellos que no somos nosotros, ese otro que hemos construido en las periferias sociales, que no son promotores del orden y que, por tanto, vendrían a ser -o peor, continuarían siendo- el *homo sacer* de la humanidad.

Aunado a lo mencionado, y comprobando que se trata de una perspectiva demasiado occidental, Ferrajoli obvió que de este lado del mundo no existiesen instituciones internacionales tendientes a realizar funciones de garantía como las describe en su artículo en comento; es decir, no tomó en cuenta que existe un Sistema Interamericano de Derechos Humanos que en nuestros países no occidentales ha funcionado medianamente bien y, por tanto, envió al olvido una rica trayectoria jurisdiccional que pudo haberle proporcionado una mirada diversa, aprendiendo de los aciertos y desaciertos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto contrario a lo que él mencionó en todo lo extenso de su obra, respecto a que no sería una cuestión homogénea ni de imposición sino heterogénea donde las diversidades humanas serían participantes; quizás se refería a las diversidades meramente occidentales.

Nos parece que si deseamos dejar de ser el patio trasero de los modelos de occidente debemos repensar nuestra realidad y posición en el orden mundial; acallar las voces y perspectivas de nuestras epistemologías del sur³⁰ ha sido el bastión de muy diversos ordenamientos y órganos internacionales, es tiempo de visiones holísticas de la humanidad.

VI.II Artículo 3

Este numeral contempla las disposiciones de la dignidad de la persona y estatuye que "La dignidad de la persona es inviolable. Es deber de todos respetar y tutelar a los seres humanos, como individuos y en las relaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad (...)"³¹

Las premisas filosóficas de la dignidad en Ferrajoli devienen de una mirada kantiana como él mismo explica en su obra de referencia, empero, esta visión debe superarse, y decimos "debe" porque realmente es obligatorio que se supere ya que en esta concepción kantiana no tiene cabida una perspectiva de discapacidad y, mucho menos, un enfoque de derechos humanos pensado para todos y todas.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Tomo I, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-textos, Valencia, 2006, en <https://tac091.files.wordpress.com/2008/12/agamben-giorgio-homo-sacer.pdf>

³⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar la universidad. El desafío de la justicia cognitiva global*, trad. de Paula Vasile, Clacso, Buenos Aires, 2021, pp. 36-37

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

Y es que la dignidad en Kant debe ser siempre racional, o sea, requiere seres dotados de "racionalidad" dejando fuera de esta dignidad a quienes no gozan de tal en los estándares kantianos (por ejemplo, PcD intelectual) luego entonces su dignidad se vería mermada y no serían consideradas como personas. Kant afirma, en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* que “aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad (...) la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional”.³²

Por esto el pacto kantiano propuesto desde las primeras líneas de la obra de Luigi adolece de exclusión y de una falta total de perspectiva de discapacidad, pero también de falta de perspectiva de diversidad humana, esa diversidad que forma parte de nuestra condición humana.³³

Para el logro de la ineludible inclusión de las PcD -y de cualquier grupo vulnerado- es menester reivindicar la dignidad, repensarla, comprenderla más allá de los dogmas y teorías, fuera de los mercantilismos, lejos de la homogeneidad; sería necesario pues, volver a conectar la comprensión de la dignidad con la conciencia de diversidad humana, la cual desde luego no encontramos representada mínimamente en el discurso de la *Constitución de la Tierra*.

VI.III Artículo 27. En oposición a los artículos 4 y 5

Para comprender por qué decimos que el numeral 27 se contrapone a lo mencionado por los artículos 4º y 5º, debemos presentar primero éstos últimos.

El artículo 4 erige el principio de igualdad al mencionar que “Todos los seres humanos son iguales ante las leyes (...) Todos los seres humanos son iguales en los derechos fundamentales.”,³⁴ de inicio aquí ya se presenta una clara oposición entre lo que manifiesta este artículo y la posición kantiana adoptada por el autor por las razones aducidas en líneas precedentes; por otra parte, el artículo 5, también en oposición a teorías kantianas de dignidad y teorías de otredad, teorías de “capacidades diferentes” respecto a la PcD, establece que "Todos los seres humanos son ciudadanos de la Tierra. Todos, desde el momento del nacimiento están

³² KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Madrid, 2007, p.48, disponible en https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf

³³ ARENDT, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Editorial Paidós, España, 1993.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

dotados de personalidad y de capacidad jurídica. Nadie puede ser privado de la personalidad, la capacidad jurídica o el nombre".³⁵

Al respecto de este artículo es menester reconocer que constituye una necesidad para todas las PcD que han sufrido de la pérdida de capacidad y personalidad por legislaciones locales y nacionales a través de figuras como la tutela y la curatela que vienen a suprimir su voluntad por aquello que su tutor o curador desea; sin embargo, este avance, reiteramos y subrayamos, debe darse de una manera correlativa al abandono de la perspectiva de Kant de la dignidad y la racionalidad requerida para ello.

Debe comprenderse, además, que no basta con que se plasme en el papel y Luigi lo ha reconocido, y no podemos dejar de lado la nutrida experiencia internacional con respecto a este grupo vulnerable porque continuamos perpetuándolos como los *homo sacer*. Tan es así que, pese a toda la preparación del documento, el artículo 27, el 29 y algunos otros (37 y 38 capacidad de obrar) utilizan terminología despectiva en cuestiones tan necesarias como lo es el derecho a la educación.

Recapitulando, los numerales 4 y 5 tienen ideales de igualdad y dignidad, pero con las acotaciones mencionadas; ahora, por si ello fuera poco o desestimable para decir que el discurso latente de la *Constitución de la Tierra* no eliminará la discriminación ni propiciará la inclusión de las PcD, entonces podemos leer lo que el numeral 27 de dicho proyecto nos presenta al disponer que “Los capaces y que cuenten con los méritos precisos, tienen derecho a ser dotados de los medios necesarios para alcanzar los grados más altos de los estudios. (...)”,³⁶ esto trae a nuestra mente una terrible tiranía del mérito³⁷ y desde luego las dicotomías de normal/anormal de las que trataba Foucault,³⁸ así como la mirada tan certera de Paz cuando refería que “Cada sociedad se asienta en un nombre, verdadera piedra de fundación; y en cada nombre la sociedad no sólo se define, sino que se afirma frente a las otras. El nombre divide al mundo en dos; cristianos-paganos, musulmanes-infieles, civilizados-bárbaros, toltecas-chichimecas ... nosotros-ellos”,³⁹ la dicotomía latente es capaz/incapaz, merecido/inmerecido, sigue siendo la construcción de *Otro*;

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ SANDEL, Michael J, *La tiranía del mérito ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, México, 2020.

³⁸ FOUCAULT, Michel, *Los anormales*, trad. de Horacio Pons, FCE, Argentina, 2000.

³⁹ PAZ, Octavio, “La revuelta al futuro”, en *Los hijos del Limo. Del romanticismo a la vanguardia*, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1990, p. 41.

hay paradojas que la postmodernidad ha heredado de la modernidad que Rafael Farfán considera irresolubles al mencionar que

la apreciación de un mundo homogéneo que apunta hacia una única forma de civilización, lo cual imposibilita concebir -y sobre todo aceptar- el derecho a la diferencia, a la alteridad, a la diversidad de sentidos; en segundo lugar, la formación de nuevas y excluyentes élites basadas en el saber y la competencia técnica y, finalmente, el que ningún sistema político se califique de democrático puede mantenerse y reproducirse sin las contradicciones de la modernidad.⁴⁰

Las paradojas a las que he hecho mención son proporcionalmente inversas a la perspectiva de discapacidad y de la dignidad humana; la diversidad no se enriquece a través de dicotomías y perspectivas erróneas de otredades innecesarias que son contrarias a nuestra condición humana.

VI.IV Artículo 29. Cuando el lenguaje es fondo

El texto que propone Ferrajoli en su multicitada obra para el artículo 29 es: “Todos tienen derecho a una renta básica (...) que les garantice una existencia digna. En caso de (...) invalidez (...), todos tienen derecho a que les sean asegurados medios para garantizarles una existencia libre y digna.”⁴¹

La terminología y el lenguaje tratándose de grupos vulnerados como las PcD siempre juegan un papel preponderante al momento de eliminar estigmas, prejuicios, discursos discriminatorios y demás, o, por el contrario, de perpetuarlos; lo mismo que para establecer una sociedad inclusiva o excluyente. No se extraña que las periferias sociales sean tomadas poco en cuenta en este proyecto y que además se utilice un lenguaje no apropiado para hacer referencia a los mismos.

El lenguaje es una de las áreas que la transversalidad y la hiper-disciplinariedad toman en cuenta para que la perspectiva de discapacidad no prolongue ni eternice los males que se enraizaron con el modelo médico-rehabilitador al considerar a las PcD como seres humanos de segunda categoría.

⁴⁰ TENORIO TAGLE, Fernando, *Ideas contemporáneas en torno al uso de drogas y sus consecuencias en materia legislativa*, INACIPE, México, 1989, p. 38.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

VII. Conclusiones

Expusimos a la perspectiva de discapacidad como piedra angular para llevar a cabo y dilucidar todas las reflexiones anteriormente expuestas y la razón es simple: sin perspectiva de discapacidad el discurso de los derechos humanos y de la inclusión constituyen un mero idealismo, irrealizable, inaccesible e inexistente.

A través de las líneas reflexivas se construyó una línea argumentativa crítica del proyecto de la *Constitución de la Tierra*. Coincidimos con Ferrajoli en diversas cuestiones, como las emergencias globales climáticas, la falta o escasez de agua, las cuestiones de salud mundial, la ciudadanía global ya que somos habitantes del mismo planeta y como tal merecemos transitar por él libremente (con la salvedad de las cuestiones de seguridad); sin embargo, la propuesta debería edificarse en un pacto social diferente al modelo kantiano que es al que él recurre, lo mismo que la dignidad.

La *Constitución de la Tierra* es un proyecto completamente pensado en occidente, pese a que el autor pretende presentarlo como uno inclusivo mencionando que pueblos originarios, PcD y demás grupos vulnerados, no quedarían fuera del mismo.

No obstante, la realidad demuestra que el proyecto, meramente teórico, se encuentra falto de realidades epistemológicas del Sur, relegando nuevamente a quienes ya se encuentran en las periferias sociales.

La perspectiva de discapacidad que es tan necesaria para lograr no sólo la inclusión sino la igualdad (la igual dignidad de la que nos habla Sen) es la ausencia mayor que grita, que se exalta, que se siente en el proyecto ferrajoliano; y al permanecer en tal abandono aquel proyecto que desea ser fértil, no transita ni cambia el terreno árido de la perpetuidad de la Otredad, de la dicotomía, de la exclusión y la eliminación.

La propuesta, desde nuestro particular pensamiento, se encuentra viciada de forma y fondo; nos resulta impensable secundar el proyecto ferrajoliano, en toda su extensión, si éste deja fuera a los grupos vulnerados, si éste permite la construcción y perpetua existencia de las dicotomías excluyentes, discriminatorias y eliminatorias de las PcD.

Propiciar, promover y aceptar la construcción del proyecto de la *Constitución de la Tierra* (tal y como está propuesto actualmente) es permitir una dignidad humana de discurso, de dogma,

de irrealidad, una dignidad edificada sin conexión con la condición humana, pecando de irracional.

VIII. Referencias bibliográficas

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. trad. de Ernesto Garzón Valdés. Lima, Palestra Editores, 2016.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Tomo I, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia, Pre-textos, 2006. Recuperado el 5 de marzo de 2022, de <https://tac091.files.wordpress.com/2008/12/agamben-giorgio-homo-sacer.pdf>

AGAMBEN, Giorgio. “¿Qué es un dispositivo?”. trad. de Roberto J. Fuentes Rionda. *Revista Sociológica*, año 26, número 73, mayo-agosto, 2011, pp. 249-264.

ARENDT, Hannah. *La condición humana*. trad. de Ramón Gil Novales, España, Editorial Paidós, 1993.

BARRERE UNZUETA, María Ángeles. “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”. *Revista Vasca de Administración Pública*. España, núm. 87-88, 20003, pp. 225-252. Recuperado el 20 de junio de 2022, de <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.87.88.2010.07>

BRU, Gabriela Silvina. “La Interdisciplina como utopía” en *Revista Margen*, núm. 67, diciembre 2012, Recuperado el 17 de junio de 2022, de <https://www.margen.org/suscri/margen67/bru.pdf>

CANETTI, Elías. *La conciencia de las palabras*. 2016. Recuperado el 6 de mayo de 2022, de https://www.academia.edu/36053181/LA_CONCIENCIA_DE_LAS_PALABRAS

CRENSHAW, Kimberlé. “Gender-related aspects of race discrimination” en BACKGROUND PAPER for the United Nations EXPERT MEETING”. *Gender and Racial Discrimination*, Noviembre 21-24. Zagreb, Croacia, 2012,

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Descolonizar la universidad. El desafío de la justicia cognitiva global*. trad. de Paula Vasile. Buenos Aires, Clacso, 2021.

Diccionario en línea de la Real Academia de la Lengua Española <https://dle.rae.es/transversal?m=form>

FERRAJOLI, Luigi. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2022, versión electrónica.

FOCAULT, Michel. *Los anormales*. trad. de Horacio Pons, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2000.

- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. trad. de Manuel García Morente, Madrid, 2007. Recuperado el 8 de mayo de 2022, de https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf
- LA BARBERA, María Caterina. “Interseccionalidad” en *Revista Voces de cultura de la legalidad*, núm. 12, abril-septiembre 2017. Recuperado el 23 de marzo de 2022, de <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3651>
- MENDEZ, Rubens R. “El Acceso a...¿dónde? La “domesticidad” como elemento de análisis sobre la “intersección” existente entre mujer y discapacidad”. *Revista Universitas*, Madrid, núm. 23, 2016. Recuperado el 1 de junio de 2022, de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2948/1650>
- MERTON, K. Robert. *Teoría y estructuras sociales*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- NICOLESCU, Basarab. “Transdisciplinariedad: pasado presente y futuro, pimera parte”. *Revista Visión docente con-ciencia*, año VI, núm. 31m julio-agosto, 2006. Recuperado el 30 de mayo del 2022, de <https://www.tercercongresomundialtransdisciplinariedad.mx/wp-content/uploads/2019/08/Transdisciplinariedad-PASADO-PRESENTE-FUTURO-.pdf>
- NUSSBAUM, Martha C. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. trad. de Albino Santos Mosquera y Ramón Villa Vernis. México, Paidós. Estado y Sociedad, 2006.
- Organización de las Naciones Unidas. *Del enfoque de los derechos humanos*. Recuperado el 4 de junio de 2022, de <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>
- PALACIOS, Agustina. “Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva”. *Pensar. Revista de Ciencias Jurídicas*. vol. 24, núm.4, 2019, pp. 1-13. Recuperado el 28 de mayo de 2022, de <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10225/pdf>
- PAZ, Octavio. “La revuelta al futuro”, en *Los hijos del Limo. Del romanticismo a la vanguardia*. Barcelona, Editorial Seix Barral, 1990.
- PIAGET, Jean. *La epistemología de las relaciones interdisciplinarias*. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de <https://docplayer.es/89461382-La-epistemologia-de-las-relaciones-interdisciplinarias.html>
- SANDEL, Michael J. *La tiranía del mérito ¿Qué ha sido del bien común?*. México, Debate, 2020
- SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Trad. de Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2009.
- TENORIO TAGLE, Fernando. *Ciudades Seguras I. Cultura, sistema penal y criminalidad*. México, UAM-CONACYT, Fondo de Cultura Económica, 2007.

-----, *Ideas contemporáneas en torno al uso de drogas y sus consecuencias en materia legislativa*. México, INACIPE, 1989.

WALTER, Benjamin, *Tesis de Filosofía de la historia*, disponible en: anticapitalistas.org/IMG/pdf/Benjamin-TesisDeFilosofiaDeLaHistoria.pdf

ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Chile, INEJ, 2016.

¿a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa? El caso de México

What are the real interests behind the instauration and increase of the ex-officio preventive detention? The case of Mexico

Daniel Juárez Hernández
Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
lic.dan.specter@gmail.com

Fecha de recepción: 30 de marzo 2022

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2022

Resumen:

La reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del 2008, instaure el sistema de justicia penal acusatorio y oral en México, con características específicas; implementa diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos; y establece, específicamente en el artículo 19 constitucional, la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, catálogo de delitos que se amplió en abril del 2019. Estos hechos derivaron en diversos debates, análisis y estudios, donde se cuestiona la prisión preventiva oficiosa y se plantean sus problemáticas. Para dar respuesta a las preguntas, para analizar y aproximarnos a resolver las problemáticas, es preciso, como un buen punto de partida y como objetivo central de este trabajo, saber a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, en México y en cualquier parte del mundo.

Summary

The constitutional reform on Security and Justice, published in the Official Gazette of the Federation on June 18, 2008, establishes the accusatory and oral criminal justice system in Mexico, with specific characteristics; implements various legal instruments, principles and precepts; and establishes, specifically in article 19 of the Constitution, the ex-officio preventive detention for certain crimes, a catalog of crimes that was expanded in April 2019. These facts led to various debates, analyzes and studies, where ex-officio preventive detention is questioned and its problems are raised. In order to answer the questions, to analyze and approach to solve the problems, it is necessary, as a good starting point and as a central objective of this work, to know what are the real interests behind the instauration and increase of the ex-officio preventive detention, in Mexico and anywhere in the world.

Palabras clave: Prisión preventiva oficiosa, intereses reales, marco de poder actual, funciones manifiestas, funciones latentes.

Keywords: Ex-officio preventive detention, real interests, current power framework, manifest functions, latent functions.

I. Introducción

La realidad actual en México es que vivimos en una sociedad con altos índices de violencia, violación de derechos humanos a todas horas y con presencia del fenómeno delictivo en cualquier lugar del país. Para hacer frente a esta situación, en el terreno de lo formal, la reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio del 2008, instauró el sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral en México, con características específicas. Asimismo, esta reforma implementó diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos, y establece, específicamente en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, un catálogo de delitos que se amplió con la reforma constitucional que tuvo lugar en el mes de abril del año 2019.

A partir de los hechos referidos, se ha cuestionado todo lo relacionado con la prisión preventiva oficiosa y se plantean sus problemáticas en diversos y distintos debates, análisis y estudios. El objetivo central de los presentes escritos es saber a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, en México y en cualquier parte del mundo, como un buen punto de partida para dar respuesta a los cuestionamientos sobre esta medida cautelar, para analizar y aproximarnos a resolver sus problemáticas.

En el primer apartado se ponen de relieve los intereses declarados tras la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa: es declarada como una medida cautelar para hacer frente al fenómeno delictivo. Por eso resultó fundamental analizar su proceso legislativo, ir en busca de la justificación en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 2008, así como examinar cualquier elemento que nos permita saber qué intereses están relacionados con el establecimiento de dicha medida cautelar y, sobre todo, identificar los intereses a los que, de manera manifiesta, dice responder.

Para el segundo apartado, se aborda la ubicación de la prisión preventiva oficiosa en el aquí y el ahora, es decir, el actual momento de poder en el que se inscribe esta medida cautelar. Para cumplir con el objetivo central, no puede dejarse de lado el contexto mundial y regional con relación al poder imperante en la actualidad. Diversos autores identifican este poder desde diferentes perspectivas y con diferentes nombres: *totalitarismo financiero*, *podere salvajes*, entre otros.

Finalmente, en el tercer apartado, se analizan los intereses a los que realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa. Diversos escritos realizados desde diferentes perspectivas (teoría crítica, sociología jurídico-penal, criminología crítica, e incluso posturas abolicionistas del sistema penal) han analizado muy bien el derecho penal, el sistema de justicia penal y sus instituciones, y han llegado a conclusiones importantes: estos nacen bajo los intereses y la visión del mundo del poder que impera en cierta época histórica.

II. Intereses declarados tras la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa

La reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia de 2008,¹ estableció, en el terreno de lo formal, un nuevo paradigma con relación al sistema de justicia penal en México, es decir, un modelo garantista, de corte acusatorio y oral, con características específicas, diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos, con base en el respeto a los derechos humanos, para tratar de consolidar, gradualmente, nuestra cultura y tradición jurídica, el impulso de la justicia alternativa y promover una efectiva reparación del daño, en aras del combate al fenómeno delictivo; instauró la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, un catálogo de delitos que fue ampliado con la reforma constitucional que tuvo lugar en abril de 2019.

Así, la prisión preventiva oficiosa es declarada como una medida cautelar para hacer frente al fenómeno delictivo. Al analizar el proceso legislativo, sobre todo la justificación en la exposición de motivos, de la reforma constitucional de 2008, se puede identificar qué tan sólida es la argumentación que se utiliza, qué tipo de argumentos se usan, saber si son una importación legislativa con los mismos argumentos planteados en otros países, indagar si atienden a las tendencias internacionales que hoy se imponen, identificar las bases o las características de la política criminal que se emprende, pero sobre todo, este análisis nos permite sacar a la luz los

¹ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio del 2008, que recae en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 73 en sus fracciones XXI y XXIII, 115 en sus fracciones VII y artículo 123 fracción XIII del apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

intereses a los que, de manera manifiesta, dice responder la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, e incluso se puede alcanzar a ver bajo qué visión del mundo o paradigma se fija esta medida cautelar.

Al examinar el contenido y la exposición de motivos de las iniciativas de reforma constitucional de 2008, podemos observar que, en general, todas estas iniciativas convergen en proponer todo lo que se requiere para el nuevo paradigma. Y en cuanto a la prisión preventiva, se sugiere que ésta, como medida cautelar, es la más drástica y, por ende, ya no debe ser empleada como regla, pues afecta al imputado, afecta su entorno social más cercano y vulnera diversas garantías, por lo que sólo debe aplicarse cuando se estime estrictamente necesario. Existe un catálogo de delitos donde la prisión preventiva se sugiere que se aplique en todos los casos, es decir, que tome lugar la prisión preventiva oficiosa.² Hoy, el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, establece:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.³

Resulta deficiente el intento de plantear una justificación y motivación para el establecimiento de la prisión preventiva oficiosa; se prevé que el juez la aplique si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por los delitos

² “Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Cuaderno de Apoyo, SAD-07-08, junio, 2008, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 4 de junio de 2022, pp. 117-118.

³ Véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Constitución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, Texto Vigente, Última reforma publicada DOF 28-05-2021, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> Consultado el 28 de junio de 2022, p. 21.

establecidos;⁴ este nuevo diseño planteado sobre prisión preventiva oficiosa es declarado acorde con el principio de presunción de inocencia, pero a la vez se reconoce la existencia de la antinomia consistente en afectar los derechos de las personas al someterlas a prisión preventiva, sin haber derrotado con anterioridad su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso; pero expresamente, en el proceso legislativo se dice que se trata de una antinomia inevitable: “La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional”.⁵ En el propio proceso legislativo se evidencian las contradicciones de la prisión preventiva oficiosa, y para aproximarnos a develar los intereses a los que realmente responde la misma, es preciso estudiar el contexto mundial y regional en que se inscribe, es decir, el marco de poder actual.

III. Su ubicación en el aquí y el ahora: el actual momento de poder

Es preciso evidenciar el marco de poder actual, mundial y regional, bajo el que estamos en pleno siglo XXI y en el que se desarrolla tanto la sociedad actual como el derecho y sus institutos, dentro de los cuales se encuentra la prisión preventiva oficiosa. Este análisis da cuenta de la realidad actual y nos permite identificar los intereses y las funciones a las que verdaderamente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa.

La realidad actual es que estamos en presencia de un totalitarismo, que como bien dice Zaffaroni⁶, es entendido como aquello que queda al descubrir, es decir, al quitarle la máscara al neoliberalismo. Este último se constituye en una ideología encubridora que implica una promesa de un paraíso futuro, pero detrás se oculta el ejercicio de poder de las grandes *transnacionales*. “Y lo cierto es que, cuando se quita la máscara carnavalesca del neoliberalismo, queda el descubierto rostro macilento y ajado de un viejo conocido: el totalitarismo. En este caso armado del poder financiero, es decir, un totalitarismo financiero. Solo en este nivel se alcanza a tocar la realidad del poder mundial y regional”.⁷

⁴ “Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, *op. cit.*, p. 136.

⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶ Véase ZAFFARONI, E. Raúl, “¿Neoliberalismo o totalitarismo financiero?”, *Viento Sur*, Revista de la Universidad Nacional de Lanús, Opinión, 16 de julio, Núm. 19, UNLa, Buenos Aires, 2019, disponible en: <http://vientosur.unla.edu.ar/index.php/neoliberalismo-o-totalitarismo-financiero/> Consultado el 22 de mayo del 2022.

⁷ *Idem*.

En *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*⁸, Zaffaroni y Dias dos Santos plantean que, el marco de poder actual está protagonizado por un totalitarismo financiero planetario, que instauro un programa de concentración ilimitada de riqueza; caracterizado por la hipertrofia del aparato financiero con relación al productivo. De manera similar, Christian Marazzi afirma que, “Estamos así en un período histórico en el que el elemento financiero es consustancial a toda la producción de bienes y servicios”.⁹

Raúl Zaffaroni y Ílson Dias dos Santos evidencian que este poder resguarda una ideología totalitaria, con pretensión de erigir una ciencia única y pura, basada en la idolatría del mercado y del poder punitivo; ideología que se presenta como neoliberal pero que encubre un poder totalitario, colonizador; poder que establece sociedades con un porcentaje mínimo de incluidos y la mayor parte de excluidos: la sociedad 30/70; un poder político y económico que afecta a países latinoamericanos con un colonialismo, pero esta vez en una fase avanzada: *tardocolonialismo*, que busca dejar a nuestros países en el subdesarrollo permanentemente;¹⁰ un poder que somete a los Estados y vacía la política, en términos de soberanía: los Estados ya no son los que toman las decisiones estructurales para su población, ahora toman las decisiones quienes están al frente de las corporaciones transnacionales; autócratas que someten a los Estados y los reducen a cumplir con el sistema establecido; los autores hablan de un poder mediático con características específicas, medios comunicacionales que hoy pertenecen al totalitarismo financiero. Esto deriva en la criminología mediática actual, que fija su atención en los excluidos estructurales, en los opositores y *molestos*, que propone extrema prevención, tolerancia cero, vigilancia y control tecnológico, así como un programa totalitario y un monopolio mediático que difunde desprecio por la política y crea al *enemigo* que habrá de justificar la guerra contra la delincuencia; para estos autores, es un poder de naturaleza delictiva, pues sus operadores realizan conductas que encuadran en tipos penales, donde la humanidad y el medio ambiente sufren terribles daños; para el totalitarismo financiero, el poder punitivo es elemento esencial porque permite controlar a las sociedades, y es que a su modelo excluyente le interesa contener la desviación para no atentarse contra la funcionalidad del sistema; sin dejar de lado la

⁸ Véase ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílson, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Quito, 2019.

⁹ MARAZZI, Christian, La violencia del capitalismo financiero, en FUMAGALLI, Andrea, LUCARELLI, Stefano, MARAZZI, Christian, MEZZADRA, Sandro, NEGRI, Antonio, VERCELLONI, Carlo, *La gran crisis de la economía global. Mercados financieros, luchas sociales y nuevos escenarios políticos*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009, p. 30.

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílson, *op. cit.*, p. 58.

actual criminalización. Con palabras de Zaffaroni y Dias dos Santos: “En síntesis: la criminalización secundaria no recae ahora sólo sobre los excluidos, sino que también se observa la marcada tendencia a la criminalización de opositores políticos y disidentes”,¹¹ recae sobre jueces y policías con características propias del momento de poder actual; se apuesta por la represión aunque llegue a genocidio, destrucción masiva, crímenes contra la humanidad, difusión de ideas que quieren al delincuente muerto: *política criminal del horror*.¹²

Luigi Ferrajoli identifica este poder político y económico en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*,¹³ donde examina *la crisis por arriba de la democracia política y la crisis por abajo de la democracia política*. Conflictos de intereses con relación al Estado; las instituciones; el papel de los partidos políticos; el control y la manipulación de la información; denigración del disidente y del diferente; despolitización masiva y crisis de la participación política: estos son puntos centrales en los que Ferrajoli encuentra la injerencia de los *poderes salvajes*.

Lo que en la actualidad se observa es algo que Alesandro Baratta ya ratificó, al sostener que el crimen en realidad se convierte en una cuestión política a partir de que quienes detentan el poder tienen a su vez el poder de la definición: “*La criminalidad es un status social que le es atribuido a cualquier persona por quien tiene en sus manos el poder de definición*”.¹⁴

Con base en los planteamientos de Zaffaroni y Dias dos Santos, México se encuentra hoy bajo un *tardocolonialismo*: una colonización pero esta vez en su fase avanzada, donde los agentes ejecutivos del actual poder global financiero son quienes toman las decisiones importantes sobre la cuestión política, económica y, sin duda, sobre la cuestión criminal: “...la cuestión criminal siempre fue un tema central para quienes ejercieron o disputaron el poder...”;¹⁵ estos agentes cometen crímenes de gran magnitud, reconfiguran la política general del Estado y su política criminal, llegando así a derivar en un derecho penal y un sistema de justicia penal que, en el marco de poder actual, responden a funciones distintas de las declaradas.

¹¹ *Ibidem*, p. 146.

¹² *Ibidem*, p. 120.

¹³ Véase FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

¹⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, compilación in memoriam, colección criminológica, No. 1, B de F, Uruguay, 2004, p. 258.

¹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. *La cuestión criminal*, Planeta, 2ª ed., Buenos Aires, 2012, p. 122

En *La alternativa de la justicia restaurativa*,¹⁶ Godínez Elisa sostiene que, en México existe una sistemática violación de derechos humanos y una descomposición del sistema judicial así como de su propio sistema carcelario; el sistema judicial mexicano es desigual e injusto, donde no tener recursos económicos es igual a ser excluido y no tener acceso a la justicia; la autora pone de relieve el desprestigio y la ineficacia de las policías, así como la violación de derechos humanos por parte de policías, Ministerios Públicos, el Ejército y la Marina; Godínez Elisa observa que en México las cárceles no reinserstan a la sociedad al detenido y destaca la complicidad autoridad-criminal, la gran cantidad de presos sin sentencia, la sobrepoblación, el abuso de la prisión preventiva, el incremento de la comisión de delitos de narcotráfico y de crimen organizado, sin dejar de lado el proceso judicial que considera lento y sin alternativas. Para esta autora, el crimen organizado tiene una clara relación con la corrupción, y esta última se encuentra en todos los niveles de autoridad; afirma que en nuestro país resalta la justicia por mano propia, existe más individualización y menos socialización, esto produce y reproduce las violencias. “En México, la injusticia y la impunidad son dos formas de violencia perpetradas o solapadas por el Estado”.¹⁷

IV. Intereses a los que realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa

El hecho de establecer y después aumentar la prisión preventiva oficiosa ha derivado en diversos debates, análisis y estudios, donde se plantean preguntas con referencia a si es o no es válido que dicha medida cautelar se imponga de manera oficiosa, si va o no va en contra del espíritu que impulsó la implementación del sistema penal acusatorio, si contradice o no nuestra Constitución, si su aplicación es o no es violatoria de derechos humanos, entre muchos cuestionamientos más. Visto ya, en el apartado 1, lo referente a los intereses a los que se declara responde la prisión preventiva oficiosa, y expuesto, en el apartado 2, el contexto mundial y regional, en términos de poder, en que se desenvuelve, es decir, su ubicación en el aquí y el ahora, en este apartado se indagan los intereses a lo que realmente responde la prisión preventiva oficiosa.

¹⁶ Véase GODÍNEZ, Elisa, “La alternativa de la justicia restaurativa”, en BECK, Humberto, LEMUS, Rafael (Eds.), *El futuro es hoy. Ideas radicales para México*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, pp. 205-227.

¹⁷ *Ibidem*, p. 207.

Derivado del análisis previo, podemos afirmar que la prisión preventiva oficiosa responde realmente a los intereses del poder político y económico imperante, es decir, al totalitarismo financiero, al *tardocolonialismo*, a los *poderes salvajes*. No es nuevo el hecho de afirmar y demostrar que las figuras jurídicas, instituciones, el sistema penal y el propio derecho penal, nacen bajo los intereses y la visión del mundo del poder político y económico que impera en cierta época histórica: los trabajos académicos de teoría crítica, sociología jurídico-penal y de criminología crítica lo han argumentado muy bien, incluso han hecho lo propio las posturas abolicionistas del sistema penal.

Al poder político y económico que impera actualmente le son funcionales el impulso de la venganza, la fabricación del *enemigo*, la creación y reproducción de criminalidad, la prisionización innecesaria, la prisionización masiva, las políticas sobre criminalidad que apuestan por la represión y, sin duda, le es funcional también la prisión preventiva oficiosa. Todo esto para seguir bajo una sociedad de *incluidos* y *excluidos*, con un programa de concentración ilimitada de riqueza y con la fe puesta en el mercado y en el poder punitivo, o sea, para el mantenimiento del poder imperante y de la actual estructura social global. Tómese en cuenta que el control social punitivo cuenta hoy con uno de sus elementos más importantes: el poder mediático, que crea realidad y deriva en criminología mediática, algo que no es nuevo pero que se actualiza esta vez con más fuerza debido a un avance científico y tecnológico sin precedentes.

Esto se puede comprender si atendemos las reflexiones de Foucault: “Debemos cesar de una vez por todas de describir los efectos del poder en términos negativos: «excluye», «reprime», «censura», «separa», «disfraz», «encubre». De hecho, el poder produce; produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad”¹⁸.

En México se produce, reproduce e impulsa la venganza, respecto a los comportamientos que se consideran *desviados*, al grado de que las mismas personas sobre las que recae el poder punitivo excluyente son quienes exigen más poder punitivo, por considerar que eso dará soluciones a dichos comportamientos *desviados*. La venganza hacia comportamientos *desviados*, en México como en América Latina, se alimenta con la violencia que se vive todos los días.

¹⁸ FOUCAULT (*Discipline and Punish*), cit. por: COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, Colección: El Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1988.

Para hablar de violencia, de venganza, de la producción y reproducción de criminalidad, se debe contemplar la actividad del crimen organizado. Es un tema muy bien examinado por Elena Azaola, que da cuenta del reclutamiento de niñas, niños y adolescentes por parte del crimen organizado en México: personas que a temprana edad son incorporados con facilidad a organizaciones criminales debido a que durante toda su vida sufrieron violencia, desintegración familiar, entre muchas situaciones más, al punto de lograr la introyección de *no ser nadie para nadie*, lo cual es aprovechado por el crimen organizado, ofreciéndoles *ser alguien*, pero en realidad son utilizados para la producción y reproducción de violencia y de criminalidad, y al final, a su corta edad, se encuentran en conflicto con la ley penal.¹⁹

Como bien argumentan Zaffaroni y Dias dos Santos, le es tan funcional la criminalidad al totalitarismo financiero en nuestra región que hasta se ejerce poder punitivo sin delito, lo cual se acredita de diferentes formas en países latinoamericanos, donde destacan la prisión preventiva en sus diferentes expresiones y por diferentes motivos, y la prisionización masiva.²⁰ Esto resulta en una prisionización innecesaria que se busca incrementar para producir criminalidad y fabricar delincuentes. A juicio de Zaffaroni, aproximadamente el 70% de los presos en los países latinoamericanos no han sido condenados, sino que son sometidos a medidas cautelares: prisión preventiva, y por supuesto, a la prisión preventiva oficiosa; entre el 20% y el 25% será absuelto o caerá en el supuesto de sobreseimiento: una privación de la libertad por nada y para nada; para el autor, en nuestra región se esconde la pena sin condena como medida cautelar, y este último término se utiliza como eufemismo (lo cual se demuestra en el análisis de los intereses declarados que se hizo en el primer apartado de estos escritos), pero que en realidad resguarda un lenguaje encubridor propio del poder punitivo inquisitorial, resguarda *peligrosidad* vista en épocas anteriores. “Las tasas de prisionización latinoamericanas no varían por las penas previstas en los códigos penales, sino por las disposiciones procesales que amplían o limitan la prisión preventiva”.²¹

Operadores jurídicos reproducen la ideología y las prácticas del actual momento de poder: buscan concentrar riqueza, se apropian de los postulados establecidos por la criminología

¹⁹ Véase el análisis que hace Elena Azaola sobre niños, niñas y adolescentes y su relación con el crimen organizado, así como sus postulados acerca de jóvenes en conflicto con la ley penal, en: DOCUMENTAL. “*No ser nadie para nadie*”, UNODOC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Creado en México, 2018.

²⁰ ZAFFARONI y DIAS DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 118.

²¹ ZAFFARONI, *op. cit.*, 2012, p. 313.

mediática, tienen una visión individualista y, por esto y más, es por lo que dejan de lado el cumplimiento de las funciones manifiestas del sistema de justicia penal. Esto deriva, en México, en reproducción ideológica y prácticas contrarias al nuevo paradigma erigido después de la 2da Guerra Mundial, es decir, un modelo con base en los derechos humanos y sus garantías.

La prisión preventiva oficiosa no cumple la función que declara porque la prisión en general no previene el delito, ni reinserta a la sociedad al detenido, sino que produce criminalidad, inicia carreras criminales: cuestión ya analizada y comprobada por diversas obras hechas desde la perspectiva de la criminología crítica y desde la de la sociología jurídico-penal, lo cual se verifica en México y a nivel mundial. “La conclusión es clara: el mayor uso de la prisión no tiene efecto preventivo de los homicidios, y cabe sospechar que tiene un efecto contrario”.²²

Esto nos lleva a hacer afirmaciones importantes, y es que si hoy el ejercicio del poder punitivo está dirigido a los actuales *enemigos*: jóvenes de barrios precarios, ciertos jueces, disidentes, políticos *corruptos*, migrantes, etcétera, es válido afirmar que estos mismos *enemigos* son sobre los que recae la prisión preventiva oficiosa. “El fuerte movimiento a favor de la prisionización masiva de adolescentes que cunde por la región expresa como objetivo manifiesto la prevención de la violencia, pero su función latente es la de fabricar criminales desde etapas más prematuras”.²³

En México se han hecho diversas investigaciones sobre prisión preventiva oficiosa: para unos es viable que se establezcan en la normativa mexicana delitos que ameriten este tipo de prisión, para otros implica violación a los derechos humanos, y otros autores se enfocan más en la transgresión que se da a la jurisdicción del juez. Antonio Salcedo Flores, en *El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades*,²⁴ sostiene que la Constitución y su reglamentación instalan un nuevo marco jurídico que es acusatorio y oral, cuya regulación es establecida por principios rectores, es decir, plantea lo que aquí ubicamos en el terreno de lo manifiesto en el apartado 1. Sin embargo, en el terreno de lo latente, señala el autor que hoy los acusadores deciden a quién se debe juzgar y a quién no, por qué delito y cuándo, lo que hace que incremente la corrupción, la impunidad, la ineficacia y la incidencia delictiva: procesados y víctimas del delito son perjudicados por la simulación de una negociación con el Ministerio Público, que en realidad

²² *Ibidem*, p. 311.

²³ *Ibidem*, p. 319.

²⁴ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 94, septiembre-diciembre, 2016, pp. 603-624.

es una extorsión, una tortura y sometimiento para confesar y aceptar las condiciones que él impone.²⁵ Vemos que el sistema de justicia penal en México, en lugar de prevenir el delito, cumple la función latente de producir criminalidad, y que en realidad no importan los medios, sean legales o ilegales, pero se busca que más personas se encuentren bajo prisión preventiva oficiosa.

En *La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad*,²⁶ Antonio Salcedo Flores argumenta que, la medida tomada que incorpora y después aumenta la lista de delitos a los que se les impone la prisión preventiva oficiosa, derivada de reformar el artículo 19 de la Constitución mexicana, está prohibida por la propia Constitución y por diversos instrumentos internacionales, además trae como consecuencia la encarcelación sistemática y generalizada, otras privaciones graves de libertad física, y trasgrede normas fundamentales establecidas en derecho internacional, pero sobre todo, actualiza el tipo de *crímenes de lesa humanidad*. En *La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales*,²⁷ Antonio Salcedo Flores refuerza sus postulados anteriores, al decir que expertos nacionales e internacionales tienen al menos un punto en común: advertir que en México se violan los derechos humanos de manera generalizada y de forma sistemática, y pone de relieve que hay muchas voces autorizadas que insisten en que el Estado mexicano derogue la prisión preventiva oficiosa, debido a que, aseguran, es gravemente violatoria de los derechos humanos, así como de varios tratados internacionales que nuestro país ha firmado. “La prisión preventiva oficiosa se mantiene, y en febrero de 2021 se aumentó en nueve leyes federales más”.²⁸

Esto se relaciona perfectamente con lo sostenido por Nils Christie: “Los sistemas penales contienen profundos mensajes. Transmiten información sobre características centrales de los Estados que representan”.²⁹ Podemos ver las características del Estado mexicano a través de su sistema de justicia penal, en el terreno de lo teórico y en el de lo práctico: podemos observar un aumento del ejercicio del poder punitivo a través del establecimiento y el aumento de la

²⁵ *Ibidem*, p. 606.

²⁶ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”. *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 102-103, mayo-agosto/septiembre-diciembre, 2019, pp. 239-264.

²⁷ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 107, enero-abril, 2021, pp. 97-125.

²⁸ *Ibidem*, p. 97.

²⁹ CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 151.

prisión preventiva oficiosa; se puede analizar su política criminal, su derecho penal y ver la concepción del delito y del delincuente que se tiene.

La clase dominante, señala Alessandro Baratta, está interesada en contener la desviación para no atentar contra la funcionalidad e intereses del sistema económico-social; mantener la hegemonía en el proceso selectivo de definición y persecución de la criminalidad.³⁰ Para el autor, existen zonas socialmente nocivas y, además, inmunes al proceso de criminalización y de una penalización efectiva: criminalidad económica, atentados contra el medio ambiente, criminalidad política de los detentadores del poder. Esto resulta en un daño social de enorme magnitud.³¹

V. Conclusiones

El Estado mexicano, en lo formal, instituye un sistema penal acusatorio y oral, con base en los derechos humanos y sus garantías, en la prevención del delito y en la eliminación o reducción de la criminalidad; mientras que, en el terreno de las realidades, no sólo no se cumplen las funciones declaradas, sino que se cumplen funciones contrarias, por parte de las instituciones y de los operadores jurídicos del sistema de justicia penal, a través de diversos mecanismos, herramientas procesales o figuras jurídicas.

Si la reforma constitucional de 2008 se llevó a cabo porque, como bien señala la propia exposición de motivos, era necesario un cambio estructural e integral en el sistema de justicia penal, debido a la falta de un sistema garantista, por violación a derechos humanos, debido a la corrupción, violencia, impunidad, injusticias, personas inocentes en prisión, por la incapacidad de operadores jurídicos, ¿qué nos hace pensar que con la reforma ahora ya es diferente? En el mundo del *deber ser*, esta reforma es un avance importante para evolucionar a un sistema garantista, sin embargo, en el mundo del *ser*, ¿qué nos hace pensar que con la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa será diferente? Le tenemos mucha fe a las reformas, y es que reformar la Constitución es como un ritual que refuerza nuestra fe en el derecho, pero que se queda en el *deber ser* que no es.

³⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Argentina, 2004, p. 209.

³¹ *Ibidem*, p. 210.

Lo grave está en apostar por la prisión preventiva oficiosa como si nuestro sistema de justicia penal sometiera a proceso sólo a personas que realmente cometieron estos delitos, como si no hubiera presos inocentes, como si los operadores jurídicos no tergiversaran la naturaleza de las figuras jurídicas o instituciones, como si no se seleccionara sólo a los excluidos, a la pobreza, como si el poder punitivo recayera sobre las personas por igual, como si el sistema de justicia penal cumpliera la función que declara, como si las cárceles respetaran derechos humanos y realmente reinsertaran a la sociedad a las personas privadas de su libertad.

Si la prisión preventiva oficiosa ha logrado implementarse en la Constitución, si hay personas que están convencidas de que es lo mejor y de que el fenómeno delictivo se enfrenta con el aumento del ejercicio del poder punitivo, si se opta por la venganza en lugar de la reparación del daño, si se busca emprender una guerra contra el *enemigo* creado hoy, si la población reproduce la ideología de querer a todo delincuente privado de su libertad e incluso muerto, entonces el poder político y económico imperante cumple muy bien con sus objetivos, con su programa, y mantiene vigente su visión del mundo.

Se necesita analizar más a fondo antes de tomar la postura de que la prisión preventiva oficiosa es una muy buena medida cautelar para combatir el fenómeno delictivo, se necesita una visión no reduccionista, sino más bien interdisciplinaria y sensible al contexto mundial y regional actual con relación al poder político y económico imperante.

La prisión preventiva oficiosa responde a intereses del totalitarismo financiero, del *tardocolonialismo*, de los factores reales de poder, de los *poderes salvajes*, esto en el marco de poder actual. La prisionización masiva, la criminalidad y la prisión preventiva oficiosa son funcionales al actual momento de poder, porque ayudan a reproducir el sistema, porque se convierten en oportunidades de negocio, porque se configura control social, porque, como señala Fernando Tenorio Tagle, la cárcel nació para el gobierno de la pobreza: la cárcel hace muy bien su trabajo.

Saber a qué intereses realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa es el punto de partida para analizar y decidir qué hacer ante esta situación. La solución real frente al fenómeno delictivo no está en hacer sólo reformas ni está en el aumento del ejercicio del poder punitivo, se encuentra en otro lado, nos toca investigar en dónde.

Es preciso ir en busca de responder, como plantea Tenorio Tagle, ¿por qué sucede lo que sucede? Para esto hay que dialogar con distintas disciplinas, como la sociología, la antropología, la epistemología, e incluso con la estética.

Investiguemos la cuestión criminal, a nivel mundial y regional, desde diferentes perspectivas.

VI. Fuentes de consulta

Bibliográficas

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, compilación in memoriam, colección criminológica, No. 1, B de F, Uruguay, 2004.

CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, Colección: El Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1988.

FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

GODÍNEZ, Elisa. La alternativa de la justicia restaurativa, en BECK, Humberto, LEMUS, Rafael (Eds.), *El futuro es hoy. Ideas radicales para México*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, pp. 205-227.

MARAZZI, Christian, La violencia del capitalismo financiero, en FUMAGALLI, Andrea, LUCARELLI, Stefano, MARAZZI, Christian, MEZZADRA, Sandro, NEGRI, Antonio, VERCELLONI, Carlo, *La gran crisis de la economía global. Mercados financieros, luchas sociales y nuevos escenarios políticos*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009.

SALCEDO FLORES, Antonio, “El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 94, septiembre-diciembre, 2016, pp. 603-624.

SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”. *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 102-103, mayo-agosto/septiembre-diciembre, 2019, pp. 239-264.

SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 107, enero-abril, 2021, pp. 97-125.

ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílison, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Quito, 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl, *La cuestión criminal*, Planeta, 2ª ed., Buenos Aires, 2012.

Electrónicas

“Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Cuaderno de Apoyo, SAD-07-08, junio, 2008, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 4 de junio de 2022.

ZAFFARONI, E. Raúl, “¿Neoliberalismo o totalitarismo financiero?”, *Viento Sur*, Revista de la Universidad Nacional de Lanús, Opinión, 16 de julio, Núm. 19, UNLa, Buenos Aires, 2019, disponible en: <http://vientosur.unla.edu.ar/index.php/neoliberalismo-o-totalitarismo-financiero/> Consultado el 22 de mayo del 2022.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Texto Vigente, Última reforma publicada DOF 28-05-2021, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> Consultado el 28 de junio de 2022.

Otras fuentes

DOCUMENTAL. “*No ser nadie para nadie*”, UNODOC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Creado en México, 2018.

“Con Acuerdo de la Real Audiencia”. El Tribunal de la Acordada: breve acercamiento a los orígenes, funcionamiento y disolución de una institución novohispana excepcional.

"With Agreement of the Real Audiencia". The Acordada Tribunal: a briefs approach to the origins, operation and dissolution of an exceptional New Spain institution.

Sebastián Daniel Ojeda Bravo.
Facultad de Filosofía y Letras, Colegio de Historia
UNAM
sdojeda90@gmail.com

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2022

Resumen:

Las particulares situaciones sociopolíticas y económicas de Nueva España, así como su vasta extensión territorial, hicieron que todo el territorio sufriera de altos niveles de crímenes y bandolerismo. La Real Audiencia, la Sala del Crimen y la Santa Hermandad novohispana, eran las instituciones encargadas de hacer frente a los elevados índices de criminalidad, no obstante, resultaron ser incapaces de hacer valer la ley. Ante tal situación, surgió el tribunal de la Acordada, una institución con atribuciones extraordinarias que se dedicó a combatir el crimen de manera eficaz desde su conformación en 1719 hasta su disolución en 1813. El presente artículo da un lacónico vistazo a los orígenes de tal tribunal, así como su funcionamiento y las causas que provocaron su desaparición.

Summary:

The particular sociopolitical and economic situations of New Spain, as well as its vast territorial extension, caused the entire territory to suffer from high levels of crime and banditry. The Real Audiencia, the Crime Chamber and the Holy Brotherhood of New Spain, were the institutions in charge of dealing with the high crime rates, however, they turned out to be incapable of enforcing the law. In such a situation, the Acordada Tribunal arises as an institution with extraordinary powers that was dedicated to fighting crime effectively from its creation in 1719 until its dissolution in 1813. This article takes a laconic look at the origins of said tribunal, as well as its operation and the causes that caused its disappearance

Palabras clave: Tribunal de la Acordada, Nueva España, Miguel Velázquez de Lorea, Historia de las Instituciones, criminalidad

Keywords: Acordada Tribunal, New Spain, Miguel Velázquez de Lorea, Institutions history, criminality

I. A manera de introducción

“Uno de los renglones de la historia del derecho que de más utilidad puede resultar —escribe José Luis Soberanes Fernández en su libro *Los Tribunales de la Nueva España*— es la llamada historia de las instituciones [pues] al estudiar las instituciones públicas del México colonial vemos que tradicionalmente han sido contempladas a través de cuatro grandes perspectivas: gobierno, justicia, guerra y hacienda”.¹ Y ciertamente Soberanes Fernández no se equivoca, pues un tema que ha apasionado a juristas e historiadores es el estudio de las instituciones novohispanas. No obstante, el análisis de dichos organismos, y por ende del derecho, en la época colonial es una labor que tiene sus complejidades.

¿Cuáles son las complicaciones de indagar acerca de las instituciones del México colonial? La respuesta es un tanto complicada, pues tras la caída de Tenochtitlán en 1521 y el establecimiento de los españoles en las tierras recién conquistadas se optó por establecer una serie de normas que dictaran la vida en América, de tal suerte que se aplicó el derecho castellano, no obstante —y como bien apunta Luis René Guerrero Galván— las condiciones particulares del nuevo continente, así como la lejanía con España tuvieron como consecuencias que las normas castellanas fueran insuficientes,² de tal suerte que las pautas legales de Castilla tuvieron que adaptarse, transformarse, y nutrirse de aquellas medidas legales que yacían en el nuevo mundo.³

¹ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los Tribunales de la Nueva España*, IJ-UNAM, México, 1980, p. 7.

² Cfr. GUERRERO GALVÁN, Luis René, *Manual de historia del derecho mexicano*, IJ-UNAM / FCE, 2018, pp. 47-48.

³ A propósito del derecho aplicado en Nueva España, también llamado derecho indiano, Beatriz Bernal apunta que este nace formalmente con las capitulaciones de Santa Fe, en abril de 1492. A decir de Bernal, el nacimiento del derecho indiano se debe a la incapacidad de las normas castellanas de poder cumplirse cabalmente en el nuevo mundo lo cual generó “una legislación cambiante en extremo; una legislación que se va a formando a medida que los problemas se suscitan con el objeto de resolverlos con la mayor celeridad posible”. Véase, BERNAL Beatriz, “Las características del derecho indiano”, *Historia Mexicana*, El Colegio de México, México, vol. 38, no. 4, abril-junio, 1989 pp. 663, 665.

Este derecho cambiante que imperó en Nueva España tuvo como consecuencia la aparición de tribunales especiales, siendo uno de los más interesantes el Tribunal de la Acordada,⁴ creado para combatir y erradicar el crimen en el vasto territorio novohispano. Durante los tres siglos que perduró el gobierno español, Nueva España fue azotada por una cantidad enorme de delitos, robos, asesinatos, violaciones, apuestas ilegales, pleitos, motines, secuestros, etcétera.

El Tribunal de la Acordada fue uno de los organismos más antiguos dedicados a combatir el crimen y a mantener el orden en el reino. La supresión de las transgresiones por parte de la Acordada lo convirtió en una de las instituciones más importantes en todo el territorio novohispano, por lo cual no resulta sorprendente la gran cantidad de asuntos en los que dicha institución tenía injerencia.

El presente texto tiene por objetivo dar un lacónico acercamiento a dicha institución, su fundación, su funcionamiento y, sobre todo, su disolución en el marco de la revolución de independencia debido a que la Acordada fue una de las instituciones que más se vio afectada por dicho movimiento ya que, a un par de años después de que éste insurgiera, el tribunal desapareció. Esto nos lleva a plantearnos las siguientes preguntas: ¿Qué tanto afectó el movimiento insurgente al tribunal? ¿Cuál fue la acción de dicha institución durante la gesta independentista? Interrogantes que hemos de responder someramente.

II. Breve bosquejo de la criminalidad novohispana: orígenes y consecuencias

A decir de Alicia Bazán Alarcón, los orígenes de la delincuencia en el territorio Novohispano responden a una serie de factores y circunstancias bastante específicas; particularmente a la gran extensión territorial, los vicios de la administración gubernamental, y a las marcadas diferencias entre castas, que se traducían en maltratos y abusos a indígenas, negros y (aunque en menor cantidad) a mestizos y criollos. El vasto territorio de Nueva España (que comprendía la actual

⁴ Al respecto del Tribunal de la Acordada, a lo largo de los años muchos investigadores han dedicado sendas investigaciones sobre dicha institución. Destacan las obras publicadas por Colin MacLachlan (publicada en español en la ya extinta colección SepSetentas, la cual ciertamente requiere una nueva edición con una traducción más adecuada), Alicia Bazán Alarcón y Adriana Terán Enríquez, textos de gran validez académica y que fueron indispensables para la realización de este artículo. Véase, MACLACHLAN, Colin M., *La justicia criminal del siglo XVIII en México. Un estudio sobre el tribunal de la Acordada*. México, SEP, 1976; BAZÁN ALARCÓN, Alicia, “El real tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España”, *Historia Mexicana*, El Colegio de México, México, vol. 13, núm. 3, enero-marzo, 1964; TERÁN ENRÍQUEZ, Adriana, *Justicia y Crimen en la Nueva España, siglo XVIII*. México, Porrúa/Facultad de Derecho UNAM, 2007.

zona de México, parte de los Estados Unidos y Centroamérica y algunas islas del mar de las Antillas)⁵ favorecía al robo y al bandolerismo debido a los pocos lugares poblados que contrastaban con la enorme región⁶, de forma que los salteadores podían ocultarse rápidamente en despoblado después de haber realizado algún atraco.

De igual manera, dentro de las zonas pobladas, es posible destacar los factores sociales y económicos, sobre todo “la heterogeneidad de la población que estaba dividida en razas y castas”⁷. La enorme desigualdad de derechos generó problemas que rápidamente fueron escalando hasta convertirse en crímenes: robos, asaltos, peleas, asesinatos, etc. Asimismo, los rumores surgidos de la “gran riqueza” de Nueva España, atraieron a una gran cantidad de inmigrantes provenientes de la península⁸ los cuales, en su mayoría eran personas de bajos recursos en busca de empleo, pero al no hallarlo “ambulaban por los caminos y las ciudades sin oficio ni beneficio”⁹. Muy pronto al número de españoles vagabundos se unieron, negros indios y mestizos, también sin una fuente de empleo estable y que aumentaban de forma exponencial el número de desocupados que rondaban las ciudades.¹⁰

Las pulquerías, vinaterías, tepacherías y demás centros que despachaban bebidas alcohólicas eran otro punto de desorden y criminalidad dentro de la ciudad:

[...] Muchos de los problemas de conducta antisocial eran provocados por la embriaguez, no solo de los indios, mestizos y castas, sino incluso de los españoles. La ebriedad era un vicio muy extendido entre toda la población de la Nueva España, hombres y mujeres de todas las edades, condiciones y calidades [...] casi todas las pulquerías lejos de ser solo puestos públicos, tenían un local espacioso y cubierto, con asientos fijos y poyos alrededor de las paredes, dando albergue a 50, 60 o más personas [...] las vinaterías y tabernas, que no eran tan concurridas

⁵ A propósito de la extensión territorial de Nueva España, es indispensable a citar a Alejandro de Humbolt, quien nos da indicios del tamaño del territorio en el siglo XIX, “comparemos por curiosidad la extensión y población del imperio de México con la [que] se encuentra unida [...] La España es cinco veces más pequeña [...] El reino de Nueva España, que es la parte más septentrional de toda la América española, se extiende desde el grado 16 hasta el 38 de latitud [...]. Véase, HUMBOLDT, Alejandro de, *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 2014, pp, 6-7.

⁶ BAZAN ALARCON, *óp. cit.*, p. 319

⁷ *Ídem.*

⁸ LOZANO ARMENDARES, Teresa, *La Criminalidad en la ciudad de México. 1800-1821*, México, IHH-UNAM, 2010, p. 31.

⁹ BAZÁN ALARCÓN, Alicia, *El Real Tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España*. (Tesis de maestría en historia, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM). México, 1963, p. 7.

¹⁰ A propósito de los migrantes que llegaban al territorio de Nueva España, Teresa Lozano argumenta que estos solían residir en la ciudad con algunos parientes, no obstante, la dificultad de conseguir un trabajo estable provocaba que el número de personas desocupadas aumentara de forma considerable. Véase, LOZANO ARMENDARES, *óp. cit.*, p. 31.

como las pulquerías y había por ellos menos concurrencia y sus excesos eran menores en número.¹¹

Frente al grave problema que representaba el alto crecimiento de las actividades delictivas en la Nueva España, se tomaron una serie de medidas para intentar resolver dichos problemas, dentro de las cuales destacó la creación de la Santa Hermandad.

III. Medios para combatir el desorden social y el crimen: La Sala del Crimen y la Santa Hermandad novohispana

En Nueva España la justicia era impartida por el máximo tribunal jurídico, que ejercía su autoridad en la mayoría de los ámbitos del territorio: la Real Audiencia. Dicha institución, se encontraba dividida en dos salas: civil y del crimen: “en el área inmediata a su residencia y a un radio de cinco leguas en torno a la capital, la Audiencia, a través de la sala del crimen, legalmente ejercía justicia de primera instancia”,¹² aunque por necesidad, casi siempre se traspasaba ese límite.

Como bien apunta Adriana Terán, “la Audiencia fungía como tribunal de primera instancia y como órgano de apelación en contra de las decisiones tomadas por autoridades regias, y además aprobaba antes de su ejecución las condenas”,¹³ mientras que el procedimiento mediante el cual operaba la Sala del Crimen era el siguiente:

Los agentes de la sala patrullaban las calles, aprehendiendo a los delincuentes y llevándolos ante los alcaldes de crimen de la corte. Los delitos, cometidos en cualquier parte de [sic] virreinato, que cayeran dentro de la categoría considerada casos de corte, tales como el asesinato, la violación, el incendio, la traición, los actos delictuosos de magistrados inferiores, así como las ofensas contra viudas y huérfanos también podrían ser procesados por la Audiencia en primera instancia.¹⁴

Las penas que se ejecutaban a los criminales atrapados eran casi siempre públicas (que usualmente eran azotes o la horca) pero “a pesar de las penas ejecutadas públicamente como escarmiento para evitar nuevos delitos, quienes violentaban el orden tenían poco respeto a las autoridades”.¹⁵

¹¹ *Ibidem*, pp. 33-34.

¹² MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 38.

¹³ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 57.

¹⁴ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 38. *Apud*, John Leddy Phelan, *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century*, Madison, 1967, p. 197.

¹⁵ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 57.

Ahora bien, las leyes y las normas correspondientes a la Sala del Crimen eran bastante ambiguas, el sistema de fueros no era cuestionado y permitía a caballeros o funcionarios de alto rango que requerían prisión, alojarse en los hogares de algunos ministros, de igual forma los pobres gozaban del cuidado de la iglesia y podían salir de prisión por este mismo hecho.¹⁶ Esta situación provocó que las actividades delictivas crecieran de forma incontrolable por Nueva España; fueron muchas las medidas utilizadas para intentar guardar la paz: regulaciones en materia de posesión de armas, providencias para evitar la vagancia, castigos severos para evitar motines, iluminación de las calles al anochecer, toques de queda, prohibición de la embriaguez, los juegos y el contrabando, entre otras cosas.¹⁷

Dichos intentos de control, no lograron disminuir la delincuencia y solo evidenciaban la incapacidad de la sala del crimen por mantener el orden, por lo cual se optó por fundar, a la usanza española, la Santa Hermandad en 1631.¹⁸

Según narra Óscar Cruz Barney, los orígenes de las hermandades se remontan a la España de los Reyes Católicos, como una institución que surgió con el objetivo de inhibir el crimen en la península Ibérica.¹⁹ La organización de dicha institución surgió, en primera instancia, como fraternidades de voluntarios locales, reorganizándose en 1476 bajo la reina de Castilla.²⁰ Ahora bien, la Santa Hermandad tenía plena autoridad y jurisdicción sobre todo tipo de crímenes, asimismo, contaba con el total poderío para juzgar y castigar a las personas sin necesidad de alguna otra autoridad.²¹

Los antecedentes más remotos sobre la Santa Hermandad novohispano los hallamos en una Real Cédula publicada el 7 de diciembre de 1543 donde se invitaba a los alcaldes ordinarios a “hacer justicia como Alcaldes de la Hermandad”.²² A dicha cédula siguió una provisión dictada por la Audiencia en 1603, en la cual se instigaba a los alcaldes a cumplir su función como

¹⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸ BAZÁN ALARCÓN, *óp. cit.*, p. 8.

¹⁹ CRUZ BARNEY, Óscar, “La suspensión de garantía constitucionales a salteadores y plagiarios ¿un tribunal de la acordada en 1871?”, *El Proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 227.

²⁰ *Ídem*, pp. 227-228.

²¹ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 69.

²² *Ibidem*, p. 72.

miembros de la hermandad²³, pero como bien apunta Edith García Ramírez, “los alcaldes ordinarios no acataron la orden y continuaron sin interesarse en casos de la Hermandad”.²⁴

Para 1631, el rey Felipe IV de España creó el oficio de Provincial de la Hermandad para las Indias, no obstante la figura no prosperó del todo y su labor para inhibir el crimen no funcionó.²⁵ La situación se agravó de tal forma, que para 1710 el ascenso de actividades criminales se había vuelto imposible de controlar, es por eso que el entonces virrey, el marqués de Valero decidió fundar una nueva “institución judicial en base a la antigua jurisdicción de la hermandad [...] para mantener el orden”²⁶, dicha institución recibió el nombre de Tribunal de la Acordada.

IV. El nacimiento del Tribunal de la Acordada

El virreinato se hallaba a pocos pasos de entrar totalmente en la anarquía, la Sala del Crimen y la Santa Hermandad novohispana poco podían hacer ante la creciente ola de malhechores que azotaba el reino. En 1710, con el fin de acabar con los bandidos que azotaban Querétaro, el virrey “a solicitud de los vecinos de Querétaro, nombró [...] alcalde provisional de la hermandad en aquel distrito, a D. Miguel Velázquez de Lorea,²⁷ nativo de aquella ciudad”.²⁸

²³ *Idem.*

²⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Edith Natalia, “El Tribunal de la Acordada”, *Epíkea. Revista del departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, Universidad Iberoamericana León, no. 23, primavera-verano, 2014, p. 3. En: <https://epikeia.leon.uia.mx/numeros/23/el-tribunal-de-la-acordada.php> (Consultado 23 de diciembre de 2021).

²⁵ Al respecto, Adriana Terán hace mención de que dicho oficio era uno de los llamados “vendibles” lo cual aunado a la corrupción existente en Nueva España provocó descontentos en la población, pues no veían que los niveles de delincuencia bajaran. Véase TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 73.

²⁶ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 55.

²⁷ En las distintas fuentes consultadas, Velázquez de Lorea recibe nombres distintos que no resultan ser más que simples variaciones: Miguel de Velázquez Lorea, Miguel Velázquez de Lorea y Miguel Velázquez Lorea. Para evitar mayores confusiones y por mayor comodidad he optado por colocar su nombre tal y como aparece en la *Historia de México* de Lucas Alamán: Miguel Velázquez de Lorea.

²⁸ Si bien Lucas Alamán, al igual que la gran mayoría de los autores contemporáneos que han trabajado el tema, concuerdan en el hecho de que Miguel Velázquez de Lorea era el Alcalde Mayor de Querétaro antes de ser nombrado provincial de la Hermandad, William Davis Robinson, en sus *Memorias de la Revolución de México* afirma que Velázquez de Lorea era el líder de un grupo de bandidos que aterrorizaban Querétaro, quien al ser atrapado por la Hermandad, optó por capturar a sus antiguos colaboradores y a los demás criminales del reino, ganando así el favor del virrey y convirtiéndose en el primer juez de la Acordada. ALAMÁN, Lucas, *Historia de México, desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. México, Instituto Cultural Helénico/Fondo de Cultura Económica, 1985. Vol. I. P. 42. *Cfr* ROBINSON, Davis. *Memorias de la revolución Mexicana. Incluyen un Relato de la expedición del general Xavier Mina*. Estudios introductorios, edición, traducción y notas de Virginia Guedea. México, IHH-UNAM, 2003

Velázquez logró restablecer el orden en Querétaro, lo cual atrajo la atención del virrey quien le pidió que desalojara a un grupo de bandidos de una hacienda ubicado en los alrededores de Valladolid, ante lo cual el oriundo de Querétaro protestó, argumentando que no realizaría acción alguna sin que antes le fuera permitido también ejecutar sentencias.²⁹ Ante tal aseveración, el virrey le concedió los poderes necesarios para dictar sentencias a los bandidos y ahorcarlos.

Si bien los actos de Velázquez eran extremadamente eficaces, eran también ilegales, por lo que a fin de regular sus operaciones sin inhibir su eficacia, el virrey convocó a junta a tres oidores y a un alcalde de la sala del crimen, quienes se congregaron el nueve de noviembre de 1719, acordando lo siguiente:

1-Que por las malas consecuencias que estaba produciendo, se suspendiera el efecto restrictivo del Auto Acordado de 1ro de marzo de 1601, por el cual se prohibía a las justicias que ejecutaran penas corporales, especialmente la de muerte, sin consultar previamente a la sala del crimen. 2- Que el virrey confiriera comisión a persona de su mayor confianza y satisfacción para que, en calidad de juez, y asesorado por abogados expertos, procediese contra todos y cualesquiera delincuentes, ladrones o salteadores en despoblado y en poblado, los aprendiera, substanciara sus causas en forma sumaria y con la brevedad posible, ejecutara las sentencias, aunque fuesen de muerte, sin consulta previa a la Real Sala del Crimen y que, después de la ejecución, diese cuenta con los autos a su excelencia y a la Real Sala, a lo cual se llamó Comisión Acordada por la Audiencia.³⁰

Bajo el acuerdo de la Real Audiencia surgió el tribunal de la Acordada, organismo que se encargaría de llevar a cabo la mayoría de los procesos judiciales de Nueva España.

V. La Organización y el financiamiento de la Acordada

Con base a la Real Cédula y al Real Acuerdo expedidos en 1719, Miguel Velázquez de Lorea fue nombrado Juez de la Comisión Acordada³¹ lo cual le concedía facultades amplias y extraordinarias que le permitían combatir el crimen de una forma eficaz:

[...] siendo su primer Juez Don Miguel Velázquez, a quien mandó el Rey por otra de 26 de junio de 1724 se mantuviese y continuase con las facultades que le estaban concedidas, disponiendo lo propio en las de 10 de Noviembre del mismo año [...] Y por otra de 26 de

²⁹ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 56.

³⁰ BAZÁN ALARCÓN, *óp. cit.*, p 61.

³¹ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 75.

noviembre de 1747 al empleo de Alcalde Provisional y Juez de la Acordada de las Gobernaciones de esta Nueva España, Nueva Galicia y Nueva Vizcaya.³²

Como es posible observar, la Acordada ejercía jurisdicción no solo en Nueva España, sino también en la Nueva Galicia y la Nueva Vizcaya, siendo su única excepción el marquesado del Valle, jurisdicción en donde los descendientes de Hernán Cortés tenían derecho de administrar justicias por disposición del rey.³³

El nuevo tribunal se ubicó en la ciudad de México,³⁴ lugar donde Velázquez lo organizó de la siguiente forma: un secretario, su ayudante, un asistente médico, un capellán y un carcelero. Alrededor de estos funcionarios existía un grupo de voluntarios interesados por proteger la ciudad de los criminales.³⁵ Cabe destacar que si bien el punto de reunión de la Acordada era la cárcel de la Acordada esta institución desempeñaba sus labores como un tribunal ambulante:

Al principio el tribunal de la Acordada era ambulante; el juez, acompañado de un escribano, sus comisarios, un sacerdote y el verdugo, precedido de clarín y estandarte, a usanza de la Santa Hermandad de Toledo, se presentaba en una población, juzgaba sumariamente a los reos, y, si la sentencia era de muerte, era ésta ejecutada sin dilación y se dejaba el cuerpo del convicto pendiente de un árbol para la debida ejemplaridad.³⁶

La falta de subordinación de la Acordada ante la Sala del Crimen convertía al tribunal en un organismo autónomo que no estaba obligado de informar a la Sala; de hecho, el único cuerpo gubernamental con el que se podía comparar la Acordada era con el propio virrey, del cual dependía directamente, respondiendo sólo ante él sus actos.³⁷

A pesar de depender directamente del virrey, la Acordada sufría de una gran cantidad de problemas económicos. Ante esta situación Velázquez de Lorea solicitó al gobernante que lo socorriera con un apoyo económico. La máxima autoridad de Nueva España respondió con un decreto mediante el cual ordenó al Real Tribunal del Consulado que diera a la Acordada el dinero

³² Como es posible observar, el nombramiento de Velázquez fue ratificado en diversas ocasiones. Véase, VENTURA BELEÑA, Eusebio. *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España...* prolog. María del Refugio González, México, IJ-UNAM, 1981, p. 71.

³³ ARRANZ LARA, Nuria. *Instituciones del derecho indiano en la Nueva España*. México, Editora Norte Sur, 2000, p. 88.

³⁴ El tribunal se ubicaba en lo que hoy es el cruce de la calle Iturbide con Avenida Juárez.

³⁵ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 78.

³⁶ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, 3ra. Ed., México, Porrúa, 2004, t. I, p. 401.

³⁷ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 77.

que necesitase, utilizando el fondo de los derechos de avería. Si bien en un inicio el Tribunal del Consulado se negó a esta petición, los dictámenes del marqués de Valero obligaron al Tribunal del Consulado a ceder 4000 pesos en oro al Tribunal de la Acordada.³⁸

Tras la muerte de Miguel Velázquez de Lorea, la Acordada se volvió a hundir en problemas económicos. Su hijo y sucesor José Velázquez de Lorea intentó remediar la situación siguiendo el modo de actuar de su padre, a quien superó en eficacia, lo cual causó que en 1747 la Guardia Mayor de Caminos se anexara a la Acordada,³⁹ generando aún más ingresos.

Fue quizá tras la muerte de José Velázquez de Lorea, y con el ascenso de Jacinto Martínez de la Concha, que el tribunal alcanzó su auge económico, ya que fue durante su gestión, en 1772, que el juzgado de bebidas prohibidas fue anexado a la Acordada, lo cual fue importante debido a la ayuda financiera que esta unión representó,⁴⁰ pues podía actuar “con facilidad contra la fábrica y venta de bebidas prohibidas”⁴¹ cosa que le permitió extender sus influencias y su poderío a otros sectores de la población; pero a medida que seguía ampliando sus facultades y sus jurisdicciones, otras autoridades veían con recelo a la Acordada, sobre todo la Sala del Crimen.

VI. La Acordada y su confrontación con la Sala del Crimen y la Real Audiencia de Guadalajara

Si bien en sus inicios la Acordada había recibido la aprobación de la Sala del Crimen, muy pronto la Sala comenzó a actuar en contra del tribunal, pues este poseía mayores facultades en materia judicial.⁴² Durante su gestión, Miguel Velázquez de Lorea fue criticado mordazmente por la Sala, pues argumentaba que el juez de la Acordada “hacía caso omiso de los procedimientos judiciales”.⁴³ Las acusaciones fueron rápidamente acalladas por la corona, que reafirmó el puesto de Velázquez y le otorgó facultades extraordinarias.⁴⁴

³⁸ *Ibidem*, p. 107.

³⁹ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁴¹ HERNÁNDEZ PALOMO, José de Jesús, *El aguardiente de caña en México, 1724-1810*. Sevilla, Escuela de estudios hispanoamericanos de Sevilla, 1974, p. 57.

⁴² TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 100.

⁴³ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 56.

⁴⁴ *Ídem*.

Aunque los intentos de ataque por parte de la Sala del Crimen a la Acordada habían sido detenidos, durante los años subsecuentes la rivalidad entre las dos instituciones seguiría haciéndose presente. Esta continua competencia pretendía demostrar la superioridad en materia judicial de una dependencia sobre la otra, pero la Sala del Crimen se hallaba siempre en desventaja contra las facultades que tenía la Acordada.

A pesar de que la Sala demostró ser el oponente más firme de la Acordada, la Audiencia de Guadalajara también se enfrentó al tribunal.⁴⁵ La jurisdicción excepcional de la Acordada que le permitía actuar en casi todo el territorio novohispano, molestaba de sobremanera a los funcionarios de la Audiencia de Guadalajara, por lo que su “forma de manifestar inconformidad fue procurando con detalles estorbar la actividad del Tribunal”,⁴⁶ usualmente cuando los agentes de la Acordada llevaban prisioneros a la cárcel de Guadalajara, la Audiencia los recibía, pero se negaba a alimentarlos, argumentando que estos gastos debían correr por cuenta de la Acordada.⁴⁷

En sus intentos por frenar el poderío de la Acordada, la Audiencia de Guadalajara intentó fundar otro tribunal de la Acordada en la Nueva Galicia, el cual sería totalmente autónomo del tribunal ubicado en la ciudad de México, pero el virrey rehusó esta propuesta alegando que no había una razón lo suficientemente importante como para que existiera una organización separada.⁴⁸ De entre todo esto hay algo que resulta de suma importante recalcar, el aparente apoyo de la corona y del virrey hacia la Acordada. El virrey como figura gubernamental resentía en muchas ocasiones las libres facultades de la Acordada, sin embargo, la necesidad de mantener el orden y la disciplina obligaban al virrey a proteger dicho tribunal.⁴⁹

La importancia por salvaguardar el bienestar del reino ocasionaba que los virreyes tomaran en cuenta la utilidad de la Acordada, hecho que causó un sinnúmero de enfrentamientos entre la Acordada, la Real Sala y la Real Audiencia de Guadalajara, enfrentamientos que se prolongaron por poco menos de un siglo, hasta que los acontecimientos acaecidos en 1808

⁴⁵ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁶ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 101.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 154.

⁴⁹ MacLachlan deja patente esto, pues basta con leer sus páginas para darse cuenta del enorme apoyo que recibió el tribunal por parte de la corona y de las autoridades coloniales. Si bien el apoyo no siempre fue constante, la necesidad por tener una institución eficaz en contra del crimen provocó que la Acordada recibiera más privilegios que otras instituciones. Véase, *Ibidem*, p. 145.

hicieron que por primera vez en su historia, los distintos organismos judiciales de Nueva España cooperaran frente a la creciente amenaza que se estaba gestando: la insurrección independentista.

VII. La gestión de Manuel de Santa María y Escobedo, el inicio del declive de la Acordada

Después de la revolución francesa se vivía un ambiente político muy tenso en Europa. Con el pretexto de llegar a Portugal, Napoleón cruzó hacia a España, donde aprovechó las circunstancias para hacer que Fernando VII se dirigiese a Bayona, lugar donde el rey español sería hecho prisionero por las tropas francesas en abril de 1808. Bajo este contexto de desosiego, el actual juez de la Acordada, Manuel de Santa María y Escobedo se encontraba lidiando con los problemas que se habían formado durante su gestión, a los cuales se sumaban la funesta noticia de la aprehensión del rey.

Durante sus inicios Santa María y Escobedo se enfrentó a Vicente de Güemes, segundo conde de Revillagigedo y virrey de Nueva España en aquel entonces. Deseoso de suprimir el tribunal debido a sus métodos y a sus amplias facultades, el segundo de estos personajes comenzó a limitar el quehacer de la institución, hecho al cual se opuso el primero.⁵⁰ Al dejar Revillagigedo el virreinato al Marqués de Branciforte, Santa María convenció al nuevo virrey de que las limitaciones impuestas por su antecesor ponían en peligro la seguridad de la Nueva España, por lo que Branciforte revocó todas las limitaciones impuestas por Güemes, devolviendo de esta manera todas las facultades extraordinarias a la Acordada.⁵¹

A pesar de esto, a la Acordada afrontó más contrariedades, siendo una de las principales la constante creación de nuevas rutas y caminos hacia la ciudad de México. Las garitas que habían sido construidas para salvaguardar los caminos ya no tenían razón de ser ya que para 1805 existían una gran cantidad de caminos que se alejaban de éstas, los cuales eran utilizados por los ladrones para escabullirse de la vigilancia de los guardias de caminos.⁵² Debido a esta situación las partidas de bandidos que atacaban a viajeros crecieron de forma exponencial, además un gran número de criminales entraban en los pueblos para realizar robos y otros desórdenes, lo cual

⁵⁰ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 118.

⁵¹ *Ídem.*

⁵² *Ibidem*, p. 119.

ocasionó que Santa María tuviese que trasladarse personalmente al lugar de los acontecimientos para combatir directamente a los criminales.⁵³

Como bien lo menciona Adriana Terán, la muerte de Santa María acaecida en septiembre de 1808 aceleró el declive del Tribunal, debido a los problemas que se habían acumulado durante sus 26 años de mandato.⁵⁴

VIII. El trienio 1808-1810, los intentos de reestructuración de la Acordada

Tras el deceso de Manuel de Santa María y Escobedo, mediante una Real Orden expedida el 3 de octubre de 1808 le fue otorgado el cargo de juez interino de la Acordada a Antonio Columna.⁵⁵

Los cambios que se estaban dando debido a lo ocurrido en la península, así como los problemas que estaban surgiendo en Nueva España provocaron fuertes transformaciones políticas y sociales que convencieron al virrey de la reorganización ineludible que debía de tener la Acordada. Prueba de ello fue el nombramiento de Columna, quien fue electo como jefe de juzgado de bebidas prohibidas y guardia mayor de caminos, lo cual confirmaba las intenciones de someter al tribunal a una fuerte reestructuración,⁵⁶ aunque la naturaleza grave de la situación en España hizo a un lado varios asuntos oficiales, entre ellos la reorganización de la Acordada.

A partir de 1810, Nueva España hizo frente a una insurrección armada lo cual agudizó la inseguridad en los caminos, las rutas eran utilizadas como escondites de los bandidos o era ocupadas por los insurgentes, esto movió al virrey Francisco Xavier Venegas a ordenar a Columna que ideara un plan para proteger los caminos principales que partían de la capital.⁵⁷ Para cumplir su tarea, éste dividió las rutas más importantes en secciones, cada una puesta bajo la responsabilidad de un teniente apoyado por una fuerza armada. El camino de Otumba a Buena Vista, virtualmente bloqueado por una banda de 70 hombres sería despejado y vigilado por un teniente y treinta hombres armados. Bajo las órdenes del teniente de Puebla, dos patrullas por semana vigilarían el camino a la ciudad de México. La principal ruta hacia el norte, así como el

⁵³ ESPINOSA ISLAS, José Antonio, *El tribunal de la acordada y bebidas prohibidas*. México, 1979, 104 p.

⁵⁴ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 119.

⁵⁵ Archivo General de la Nación. Instituciones Coloniales. Real Audiencia. Acordada. Contenedor 04, vol. 8, exp. 30, fojas 416-417.

⁵⁶ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 168.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 169.

camino a Toluca, fueron igualmente divididos en secciones, y repartidos, para su guardia, entre varios tenientes.⁵⁸ El patrullaje de caminos ordenado por Columna se convirtió en el único papel que desempeñó la Acordada para combatir a los insurrectos. A pesar de la crítica situación por la que atravesaba el reino, Columna realizó un viaje a España, para tratar asuntos personales, pretextando que eran asuntos concernientes al tribunal.⁵⁹ Una acción así estaba estrictamente prohibida y el hecho de que Columna abandonara su puesto era un síntoma más que indicaba el debilitamiento de la Acordada.

En su lugar, Columna dejó como sustituto a Juan José Flores Alatorre, quien sería el último juez de la Acordada, del 20 de febrero de 1812 al 31 de mayo de 1813, fecha en la cual el tribunal desapareció completamente.

IX. La extinción del Tribunal de la Acordada

Antonio Columna murió en febrero de 1812, situación que dejó Juan José Flores Alatorre como juez interino de la Acordada. El nombramiento de Alatorre como titular del tribunal nunca llegó y la Acordada atravesó un sinnúmero de problemas.⁶⁰ En ese mismo año la creciente insurrección obligó a la Sala del Crimen a apoyar al tribunal, proponiendo que este se dividiera en dos organismos separados, uno en México y otro en Guadalajara, con el fin que tuviera un papel mucho más activo en la supresión de la violencia resultante del movimiento armado que azotaba al reino.⁶¹

De igual forma, la Sala del Crimen proponía que la Acordada volviese a sus orígenes ambulantes, esto para dar caza a los insurrectos y los bandidos de una forma más eficaz.⁶² Sin lugar a dudas, el apoyo por parte de la Sala no fue más que un intento de convertir a la Acordada en un arma del gobierno para combatir a la insurgencia.

La promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812 reestructuró el sistema judicial en España, creando un Supremo Tribunal de Justicia al que se debían de subordinar todas las Audiencias, sin excepción alguna. La constitución también contaba con una serie de garantías

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 169-170.

⁵⁹ TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 120.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 121.

⁶¹ MACLACHLAN, *óp. cit.*, p. 170.

⁶² TERÁN ENRÍQUEZ, *óp. cit.*, p. 129.

penales entra las cuales se encontraba el fin de la Acordada, “a ningún tribunal le sería permitido emitir ningún reglamento particular con respecto a la administración de la justicia”⁶³ lo cual junto con el constante desvío de fondos para equipar a los soldados que combatían la insurgencia dejó a la Acordada sin ningún fundamento legal para subsistir.

Si bien la gran cantidad de documentos emitidos entre 1813 y 1815 anunciaban la necesidad de restablecer el tribunal para combatir a la insurrección,⁶⁴ la incomunicación entre los funcionarios de gobierno, la desviación de fondos e incluso la falta de edificios disponibles marcaron el final definitivo del tribunal de la Acordada, organismo que durante 93 años ininterrumpidos se dedicó a combatir el crimen de manera eficaz en Nueva España.

X. A manera de conclusión

Hay algo que resulta imposible negar, el movimiento independentista dio el golpe de gracia al tribunal de la Acordada, que no se encontraba preparado enfrentar un movimiento de tal magnitud, pero ¿En verdad fue el levantamiento insurgente el inicio del fin del Tribunal? La respuesta es negativa, pues años antes de que comenzara la gesta independentista, la Acordada se encontraba en un estado debilitado, tras años de servir de forma eficaz al reino de Nueva España, la Acordada por fin mostraba signos de envejecimiento; de hecho, es posible afirmar que la longevidad del tribunal fue lo que ocasionó su caída, pues después de servir casi un siglo a la vigilancia del reino de Nueva España, no había sufrido una gran reforma en todos sus años de vida.

Si bien el tribunal que vio nacer Miguel Velázquez de Lorea no fue el mismo que terminó en manos de Juan José Flores Alatorre, en realidad el funcionamiento de la institución cambió en pocas cosas. Después del mandato del tercer juez del Tribunal, Jacinto Martínez de la Concha, la estructura de la Acordada permaneció inmutable, lo que ocasionó que llegado el siglo XIX el tribunal no se pudiera adaptar a las circunstancias que traía consigo el nuevo siglo. Fue esta inadaptabilidad lo que impidió que la Acordada pudiera actuar durante la insurgencia, es de esta manera que se explica que el proceder del tribunal haya sido casi nulo de 1808 a 1810.

⁶³ *Ibidem*, p. 130.

⁶⁴ Archivo General de la Nación. Instituciones Coloniales. Real Audiencia- Acordada. Contenedor 09, vol. 22, exp. 14, fojas 299-331.

Todo lo anterior, aunado con los problemas traídos por el nuevo siglo, terminaron con la Acordada, organismo que ya se encontraba trastabillando antes de su inevitable fin en 1812. A pesar de que se pensaba rescatar el tribunal en años posteriores, los acontecimientos del siglo XIX lo impidieron, simplemente la Acordada ya no tenía lugar en el naciente país que estaba consolidándose.

XI. Fuentes consultadas

Fuentes documentales.

Archivo General de la Nación.

- Instituciones Coloniales, Real Audiencia-Acordada.

Fuentes bibliográficas.

ALAMÁN Lucas, *Historia de México, desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. México, Instituto Cultural Helénico/Fondo de Cultura Económica, Vol. I, 1985.

ARRANZ LARA, Nuria, *Instituciones del derecho indiano en la Nueva España*. México, Editora Norte Sur, 2000.

CRUZ BARNEY, Óscar, “La suspensión de garantías constitucionales a salteadores y plagiarios ¿un tribunal de la acordada en 1871?”, *El Proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM, 2007.

GUERRERO GALVÁN, Luis René, *Manual de historia del derecho mexicano*, IIJ-UNAM / FCE, 2018.

HERNÁNDEZ PALOMO, José de Jesús, *El aguardiente de caña en México, 1724-1810*. Sevilla, Escuela de estudios hispanoamericanos de Sevilla, 1974.

HUMBOLDT, Alejandro de, *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 2014.

LOZANO ARMENDARES Teresa. *La Criminalidad en la ciudad de México. 1800-1821*. México, IIH-UNAM, 2010.

MACLACHLAN, Colin M., *La justicia criminal del siglo XVII en México: un estudio sobre el tribunal de la acordada*. México, SEP, 1976. (SepSetentas 240).

ROBINSON, William Davis. *Memorias de la revolución Mexicana. Incluyen un Relato de la expedición del general Xavier Mina*. Estudios introductorios, edición, traducción y notas de Virginia Guedea. México, IIH-UNAM, 2003.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los Tribunales de la Nueva España*, IIJ-UNAM, México, 1980.

TERÁN ENRÍQUEZ, Adriana, *Justicia y Crimen en la Nueva España, siglo XVIII*. México, Porrúa/Facultad de Derecho-UNAM, 2007.

VENTURA BELEÑA Eusebio, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España...* prol. María del Refugio González, México, IJ-UNAM, t. I, 1981.

Tesis

BAZÁN ALARCÓN, Alicia, “El Real Tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España”. México, 1963. (Tesis de maestría en historia, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM).

ESPINOSA ISLAS, José Antonio, “El tribunal de la acordada y bebidas prohibidas”. México, 1979, (Tesis de Licenciatura en historia, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM).

Fuentes hemerográficas.

BERNAL Beatriz, “Las características del derecho indiano”, *Historia Mexicana*, El Colegio de México, México, vol. 38, no. 4, abril-junio, 1989.

BAZÁN ALARCÓN, Alicia. “El real tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España”, *Historia Mexicana*, El Colegio de México, vol. 13, no. 3, enero-marzo, 1964.

Fuentes digitales.

GARCÍA RAMÍREZ, Edith Natalia, “El Tribunal de la Acordada”, *Epíkeia. Revista del departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, Universidad Iberoamericana León, no. 23, primavera-verano, 2014, En: <https://epikeia.leon.uia.mx/numeros/23/el-tribunal-de-la-acordada.php> (Consultado 23 de diciembre de 2021).

José Luis Soberanes Fernández y Serafín Ortiz (coord.), *Nuevas visiones e interpretaciones del proceso emancipador, 1821-2021*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, 2022, 219 p.

Carlos Arellano González
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
carlos.arego92@gmail.com

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2022
Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2022

En 2021 se conmemoró el bicentenario de la independencia mexicana. Como resultado, se realizaron distintos eventos y publicaciones académicas que buscaron dar cuenta de aquel proceso en sus distintas vertientes, mostrando nuevas interpretaciones, actores y discusiones que aumentan nuestro entendimiento de aquel violento proceso de gestación de México como país independiente.

Sin profundizar en el recorrido historiográfico que nos permita situar la presente obra, vale la pena mencionar que, desde las aportaciones historiográficas anglófonas y las realizadas por François-Xavier Guerra, José Carlos Chiaramonte, Antonio Annino, Virginia Guedea y Jaime R. Rodríguez en 1992, la historiografía sobre la independencia tuvo una renovación que amplió los análisis hacia la irrupción de la modernidad y el liberalismo en América, “la persistencia de la sociedad corporativa”, las condiciones sociales de la revuelta popular y a enmarcar la lucha independentista en un contexto imperial que anteriormente no se habían estudiado.¹ Posteriormente, temas como el autonomismo y el gaditanismo se sumaron a los aportes de nuevas líneas, donde encontramos trabajos de Anne Staples, Mercedes de la Vega, Manuel Chust, Jaime Rodríguez, Xiomara Avedaño y Juan Ortiz Escamilla. Además, los pueblos armados, la cotidianidad y la guerra también fueron temas que fueron

¹ ÁVILA, Alfredo, “La historiografía sobre la independencia de México: un nuevo consenso”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 24, núm. 49, enero-abril 2022, pp. 571-575; IBARRA, Ana Carolina, “Hacia el bicentenario: la historiografía reciente sobre la independencia hispanoamericana”, en RÍOS MÉNDEZ, Norma de los e Irene Sánchez Ramos (comp.), *América Latina: aproximaciones multidisciplinares*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 36-40.

nutriendo los intereses de la historiografía, donde los actores populares cobraron cada vez más una mayor importancia.²

Así, dos décadas más tarde se abrieron los temas de la cultura política y de la historia conceptual, la cual aportó instrumentos de interpretación capaces de develar un nuevo lenguaje político y de las ideas. Elías José Palti, Carlos Herrejón Peredo, Alfredo Ávila y Rodrigo Moreno se sumaron a estos trabajos.³ También, la historia de las mujeres cobró la relevancia que tuvo privada por tanto tiempo, encontrando trabajos interesantes como el editado por Moisés Guzmán Pérez, *Mujeres y Revolución en la Independencia de Hispanoamérica*,⁴ sin olvidar los diversos trabajos relacionados al ámbito militar y a la insurgencia.

De esta manera, el texto coordinado por José Luis Soberanes Fernández y Serafín Ortiz Ortiz, *Nuevas visiones e interpretaciones del proceso emancipador, 1821-2021*, publicado en colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con la Universidad Autónoma de Tlaxcala, presenta 10 artículos que indagan en nuevas y continuas preocupaciones de la investigación histórica del proceso independentista mexicano.

Adriana Fernanda Rivas de la Chica en su texto “«Acantonada con el disfraz del inglés, puede ser nuestra enemiga». Milicia y crisis política en Nueva España, 1808-1810”, expone la forma en que la milicia provincial acantonada en el cantón de Xalapa, entre 1805 y 1808, fue decisiva en la destitución del virrey José de Iturrigaray, así como la influencia de aquel espacio en el fermento de las conspiraciones sucesivas. La ágil lectura y las explicaciones presentes en el aparato crítico permiten entender la amenaza que las milicias significaron para las élites comerciales de Veracruz y de México, buscando comprender su decisión de destituir al virrey en 1808, a pesar de no existir ningún lazo entre él con las milicias. Rivas también critica el falso consecuente de que los milicianos decidieron apoyar a Iturrigaray una vez destituido y presenta los casos de Valladolid, San Miguel y Querétaro, optando por la tesis de que el cantón de Xalapa fungió más como un espacio de sociabilidad y de intercambio de ideas, que como un centro planificador de la insurgencia.

² ÁVILA, *op. cit.*, pp. 575, 579; GRANADOS, Luis Fernando, “Independencia sin insurgentes. El bicentenario y la historiografía de nuestros días”, en *Desacatos*, núm. 34, septiembre-diciembre de 2010, pp. 11-26.

³ MORENO GUTIÉRREZ, Rodrigo, “La Historiografía del Siglo XXI sobre la Independencia de México”, en *Historiagenda*, núm. 38, octubre 2018-marzo 2019, p. 30

⁴ GUZMÁN PÉREZ, Moisés, (ed.), *Mujeres y revolución en la independencia de Hispanoamérica*, Morelia, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo-Secretaría de la Mujer del Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo, 2013. (Colección Bicentenario de la Independencia, v. 17).

El trabajo de Israel Ugalde Quintana, “Antonio Valdés y el Movimiento Insurgente en la costa chica de Oaxaca, 1810-1811”, presenta a algunos actores y acciones olvidadas en los papeles de los archivos. Su metodología da cuenta también de las dificultades del estudio regional y local de aquella primera etapa independentista en Oaxaca. El texto estudia el movimiento insurgente de la alcaldía de Xicayán entre 1810 y 1811, partiendo del reconocimiento del espacio geográfico, los actores económicos y sociales, así como de la situación indígena afrodescendiente tan importante para el movimiento. Resulta de interés ver a la población organizada entre la insurgencia y la contraguerrilla en defensa de sus intereses más que aquellos propugnados por el movimiento del Bajío. Ugalde sigue el movimiento de Antonio Valdés, lugarteniente de Morelos en la región hacia 1811, y la violencia desatada en Xicayán que daba el tenor de una “guerra de castas”, en tanto que distintos clérigos, entre ellos el obispo de Oaxaca Antonio Bergosa y Jordán, buscaron frenar y condenar el movimiento de Valdés. Este brote fue la chispa requerida para detonar el polvorín insurgente en Oaxaca los años venideros.

Por su parte Manuel Chust nos presenta una valiosa pieza de las discusiones gaditanas en torno a los debates de los tres primeros artículos por las Cortes reunidas en Cádiz, relacionados con la nación, la soberanía, la unión entre territorios y ciudadanos y la independencia de éstos ante cualquier potestad: la ruptura total del Antiguo Régimen ante las olas liberales que sacudían Europa. Así, en el texto “José Miguel Guridi y Alcocer, más allá del liberalismo hispano”, presenta en medio de estos debates a José Miguel Guridi, congresista novohispano y tlaxcalteca partícipe en las Cortes, donde detonó agudos y audaces participaciones. Por ejemplo, destacan aquellas en que rechazó el concepto de *nación española* y a su consideración de integrar en esta definición a otros grupos de la monarquía ultramarina, lo que permitió plantear en las Cortes la integración de las castas —de acuerdo con Chust— y el reconocimiento de distintas soberanías: un problema federalista al frente de defensores absolutistas. Así, la participación de Guridi y su análisis por Chust traen a cuenta la participación de los diputados americanos imbricados en las discusiones de las Cortes, además de reflejar la labor en apariencia contradictoria por afirmar el ideario liberal y las ambivalencias hemisféricas entre América y España.

“«Del patriotismo de usted depende la salud de la República». Xavier Mina y su desencuentro con el padre Torres”, de Gustavo Pérez Rodríguez, se aprecia con suma claridad y una ágil narrativa el desencuentro entre Xavier Mina con el padre Torres, personaje ignorado por la historiografía. En sus páginas encontramos el contexto de la resistencia en el Bajío y Guanajuato, así como la relación sostenida por Mina con los líderes insurgentes de la región, todos bajo el mando del comandante

general, el padre Torres, quien hizo oídos sordos a las peticiones de Mina de salvaguardar la integridad del fuerte de El Sombrero hacia 1817. Lo anterior ocasionó una serie de desastres que llevaron a la casi extinción de la resistencia. Finalmente, el autor concluye con una interesante reflexión sobre el estudio de los actores relegados por la historiografía.

En el texto realizado de manera conjunta por Edwin A. Álvarez Sánchez y Pedro Celis Villalba, “Indumentaria militar durante la guerra de independencia y primer imperio, 1808-1823”, se percibe una lectura del proceso independentista a través de la indumentaria empleada por los combatientes en aquellos años. La uniformología militar es un campo poco explorado en México, como indican los autores, de ahí que el texto resulte de gran interés para acercarnos a la simbología y a la jerarquía manifiesta en los uniformes, ya que éstos denotan graduación e identidad. Desde una visión general de los uniformes españoles del s. XVIII, hasta los uniformes insurgentes, trigarantes e imperiales, los autores analizan a partir de retratos militares de distintas colecciones, tanto nacionales como internacionales, la imagen de poder y la integración del uniforme presente en la obra. Lo que se lamenta de un trabajo de esta naturaleza es la ausencia de imágenes que permitan darle seguimiento a la lectura visual de las vestimentas castrenses que describen, así como las escasas referencias reglamentarias que permitan a los interesados seguir esta línea de investigación. No obstante, los autores se esmeran por hacer una descripción puntual de las obras y de su localización.

El texto de Joaquín Espinosa “Lo realista no quita lo Trigarante. La trayectoria de Anastasio Bustamante, entre la contrainsurgencia y la consumación (1810-1821)” nos trae la participación del “héroe de Juchi” en el proceso independentista, desde su contacto con Félix María Calleja hacia 1808 y su integración a los cuerpos milicianos de San Luis en 1811, hasta sus correrías en los *destacamentos volantes* del bajío y su adhesión a la trigarancia a inicios de 1821. Es en esta última etapa donde Bustamante sobresale como un líder colaborador —así como lo hizo con Luis de Cortázar—, diplomático y negociador con las élites políticas y económicas del centro de la Nueva España, lo que sin duda le valió el mérito de consagrarse como presidente de la facción centralista años después.

Los textos posteriores dejan en evidencia el creciente interés que la campaña Trigarante ha tenido entre los jóvenes investigadores, enfocándose en la captura y entrada de este ejército a la ciudad de México en septiembre de 1821. El texto de Eduardo Orozco, “La campaña militar del ejército Trigarante en el centro de la Nueva España, 1821”, complementa el anterior al presentar un esfuerzo por sintetizar el avance del Ejército Trigarante entre febrero y septiembre de 1821 hacia la capital novohispana. En este trabajo apreciamos la práctica de negociación y presión de los contingentes

trigarantes, ejecutando lo que será una dinámica militar que se buscará imitar en el México independiente por medio del pacto entre generales (Zavaleta y Tacubaya).

En el artículo “La guerra propagandística en la consumación de la independencia: los periódicos del Ejército Trigarante”, de Emmanuel Rodríguez Baca, se analizan los periódicos *El Mejicano Independiente*, *El Ejército Imperial Mejicano de las Tres Garantías*, *Busca Pies a los españoles y americanos*, y *El Diario Político Militar Mejicano*, los cuales expusieron los principios e ideas del movimiento, además de tener la intención de levantar la moral de los sublevados, destacar las victorias en el campo militar y político, compartir las proclamas y adhesiones, y desanimar a la defensa virreinal. En estos “periódicos de trinchera”, el autor destacó la función sobre la marcha que emprendieron los editores, cuyo trabajo no sólo ayudó de manera favorable a moldear la percepción pública sobre la trigarancia, sino también que, a partir de compartir las noticias puntuales sobre las negociaciones y los sitios, se establecieron paradigmas sobre el proceder de la campaña.

Serafín Ortiz Ortiz nos presenta con “La entrada del Ejército Trigarante a la ciudad de México a través del *Diario Político Militar Mejicano*” los festejos y recepción que recibieron las fuerzas trigarantes por medio de la prensa de la época, con el objetivo de moldear la percepción de este ejército entre la sociedad novohispana. A través de una clara argumentación, Ortiz Ortiz desarrolla los movimientos y adhesiones de las fuerzas trigarantes en 1821 hasta su llegada a la ciudad de México, donde la prensa de esta fuerza militar compartió manifiestos, proclamas, adhesiones y llamados a la ocupación pacífica de la ciudad. Al final, el trabajo se integra a los textos sobre el papel de la prensa durante la guerra independentista.

Finalmente, Jaime del Arenal Fenochio comparte un texto extenso, nutritivo y muy revelador en datos, análisis e información en “Una nueva lectura del Acta de Independencia de 1821”. A partir de un análisis histórico y jurídico se realiza la relectura de una de las fuentes jurídicas que dieron origen a México como nación independiente. Lo anterior condujo a la afirmación de Jaime del Arenal de que el Acta de Independencia de México no se firmó el 28 de septiembre de 1821, lo cual a resultas de parecer anatema en la historia política nacional, lo sustenta el autor con pruebas y una contundente evidencia a partir de fuentes de la época tales como Lucas Alamán, Vicente Rocafuerte, Juan López de Cancelada, así como de una amplísima historiografía que convierten el aparato crítico en un segundo texto de análisis e interpretación. A esto se suma el estudio procesal y jurídico realizado por el autor de los órganos que proclamaron el Acta que le dio origen a México.

En conclusión, *Nuevas visiones e interpretaciones del proceso emancipador, 1821-2021*, es un texto que se suma a las publicaciones realizadas en conmemoración del Bicentenario de la Consumación de Independencia. Como se revisó, los artículos aportan enfoques novedosos y que renuevan la lectura e interés histórico por uno de los periodos más significativos de la historia de México, permitiendo la construcción de la línea historiográfica que inicialmente se mencionó.

Bibliografía

- ÁVILA, Alfredo, “La historiografía sobre la independencia de México: un nuevo consenso” en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 24, núm. 49, enero-abril 2022.
- GRANADOS, Luis Fernando, “Independencia sin insurgentes. El bicentenario y la historiografía de nuestros días” en *Desacatos*, núm. 34, septiembre-diciembre de 2010, pp. 11-26.
- GUZMÁN PÉREZ, Moisés (ed.), *Mujeres y revolución en la independencia de Hispanoamérica*, Morelia, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo-Secretaría de la Mujer del Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo, 2013. (Colección Bicentenario de la Independencia, v. 17).
- IBARRA, Ana Carolina, “Hacia el bicentenario: la historiografía reciente sobre la independencia hispanoamericana” en Norma de los Ríos Méndez e Irene Sánchez Ramos (comp.), *América Latina: aproximaciones multidisciplinarias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- MORENO GUTIÉRREZ, Rodrigo, “La Historiografía del Siglo XXI sobre la Independencia de México”, *Historiagenda*, núm. 38, octubre 2018-marzo 2019, pp. 26-35.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y Serafín Ortiz Ortiz (coords.), *Nuevas visiones e interpretaciones del proceso emancipador, 1821-2021*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, 2022, 219 p.