

El poder sobre el derecho

El caso de la consulta popular
para juzgar a los expresidentes

Pedro SALAZAR UGARTE



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas



Doctor en Filosofía Política. Investigador titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es director del IJ-UNAM, profesor de la Facultad de Derecho y articulista de *El Financiero*. Su libro más reciente es *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías* (México, FCE, 2018).

Pedro

SALAZAR UGARTE

EL PODER SOBRE EL DERECHO

*El caso de la consulta popular para juzgar
a los expresidentes*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 354

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca

Apoyo editorial

José Antonio Bautista Sánchez

Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño

Elaboración de portada

PEDRO SALAZAR UGARTE

EL PODER SOBRE EL DERECHO

*El caso de la consulta popular
para juzgar a los expresidentes*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 25 de marzo de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4327-4 (versión impresa)
ISBN 978-607-30-4328-1 (versión electrónica)

CONTENIDO

Introducción	1
CAPÍTULO PRIMERO	9
CAPÍTULO SEGUNDO.	19
CAPÍTULO TERCERO	53
I. Opiniones emitidas antes de la resolución de la SCJN. .	54
II. Artículos posteriores a la resolución de la SCJN	58
Tema 1: División de poderes	59
Tema 2: Poder y derecho	68
Tema 3. Sobre la mayoría	75
Tema 4. Sobre la minoría	80
Tema 5. Sobre la materia y la pregunta.	81
CAPÍTULO CUARTO	91
I. Opiniones previas a la sesión de la SCJN	91
II. Opiniones publicadas después de la decisión de la SCJN .	94
CAPÍTULO QUINTO	109
A modo de conclusión.	129
ANEXO 1	
Pronunciamientos de Colegios de Abogados.	133

ANEXO 2

Escrito presentado el quince de septiembre de dos mil veinte, ante la Presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.	141
Exposición de motivos	141
Pregunta de la consulta popular.	147
REFERENCIAS Y FUENTES	149
Referencias y fuentes del capítulo tercero	149
Referencias y fuentes del capítulo cuarto.	155

INTRODUCCIÓN

En este breve libro —que en realidad es un ensayo extenso— reflexiono sobre la función de los tribunales constitucionales a partir de un caso concreto. Llevaba tiempo imaginando un libro breve sobre decisiones judiciales relevantes en las que la lógica del poder se impusiera a la lógica del derecho. Con esa finalidad busqué algunos casos que me parecieran emblemáticos y que pensaba reconstruir en su contexto para analizar los razonamientos de los jueces constitucionales que los condujeron a adoptar decisiones, a mi juicio, sin sustento jurídico.

Por ejemplo, pensaba retomar el análisis de la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mediante la que otorgó el registro como candidato independiente a la Presidencia de la República en 2018 a Jaime Rodríguez Calderón, alias “El Bronco”. En aquella ocasión, una mayoría de cuatro magistrados electorales, a partir de un proyecto de sentencia absurdo, decidieron otorgarle registro para contender, a pesar de que nunca se acreditó que el aspirante lograra cubrir el número de apoyos necesarios para llegar a la boleta electoral.

Se trató de una decisión que desató críticas y cuestionamientos muy severos y rigurosos por parte de analistas y estudiosos, pero, al ser una decisión de un tribunal constitucional, prevaleció. Para muchos —dentro de los cuales me cuento— se trató de una decisión arbitraria en la que la lógica del poder se impuso a las reglas del derecho. En ese sentido, el Tribunal claudicó de su función institucional y se sometió a las fuerzas de la política.

¿Qué fue lo que motivó la decisión de los magistrados?, ¿fueron presionados por algún actor político?, ¿cuáles fueron los verdaderos motivos de una decisión que, además era contradictoria con lo que decidieron ese mismo día en el caso de otro aspirante,

Armando Ríos Pitter, alias “El Jaguar”, a quien le negaron el registro a pesar de encontrarse en una situación muy similar a la de “El Bronco”? Tal vez nunca lo sabremos. Pero lo que sí sabemos es que existían reglas jurídicas claras y precisas que no fueron respetadas por ese tribunal.

Por eso consideré analizar el caso en el estudio que pretendía llevar a cabo, ya que se trata de un ejemplo emblemático: por lo que estaba en juego; porque fue decidido en un contexto de polarización política y tensión social —el proceso electoral nacional de 2018—, y en el que el derecho vigente fue derrotado por la política. Con ello no solamente se debilitó al Estado de derecho, sino que se mancilló, de manera relevante, la credibilidad y la legitimidad del Tribunal Electoral.

Sin embargo, mientras realizaba el estudio de ese y otros casos similares inició la pandemia de la COVID-19 y el gobierno mexicano comenzó a adoptar una serie de decisiones sobre temas muy relevantes que a juicio de algunos, dentro de los cuales también me cuento, vulneran el marco jurídico nacional.¹ A

¹ Sergio López Ayllón, Saúl López Noriega y Javier Martín Reyes en un artículo con un título implacable —“Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben)”— han registrado esas y otras acciones y decisiones adoptadas en los dos primeros años del gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador. Por ejemplo, recuerdan el decreto presidencial en el que se establecen medidas de austeridad del 23 abril de 2020. Con ese documento se pretendía que el presidente de la República pudiera disponer de manera unilateral y discrecional de partidas presupuestales aprobadas para otros fines por la Cámara de Diputados. Ello sin respetar las facultades del Poder Legislativo ni los procedimientos de la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Para colmo, el documento —que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*—, recogía textualmente las palabras del presidente Andrés Manuel López Obrador durante su conferencia matutina del día anterior con lo que a la ilegalidad se le sumaba la frivolidad. Otro ejemplo es el “Acuerdo” mediante el cual el presidente de la República decidió que las Fuerzas Armadas se encargarían de las tareas de seguridad pública durante todo el gobierno de López Obrador. También en este caso existen argumentos sólidos para cuestionar la constitucionalidad de la decisión que fueron expuestos por muchos estudiosos y analistas. *Cfr.* López Ayllón, Sergio *et al.*, “Todo por la razón y el derecho (hasta que estorben)”, en Becerra, Ricardo y Woldenberg, José (coords.), *Balance Temprano*, Grano de Sal, 2020. Véase tam-

la luz de esas decisiones confirmé la importancia de reflexionar sobre la relación entre el poder y el derecho —que, como decía Bobbio, son las dos caras de una misma moneda—, y decidí enfocar mi atención en un solo caso emblemático.

El presidente de la República piensa que el derecho puede ser —y en ocasiones incluso debe ser— desplazado por lo que él llama “la justicia”, que no es otra cosa que las consideraciones del poder. Con sus palabras:

Quando hay que optar entre el derecho o la justicia, tiene que prevalecer la justicia, la ley es para el hombre, no el hombre para la ley, hablando en términos de género, las leyes para el hombre y la mujer para hacerlo más claro.

Esa declaración fue realizada cuando Jaime Cárdenas renunció a la titularidad del Instituto para Devolverle al Pueblo lo Robado. En ese mismo contexto, el propio Cárdenas realizó declaraciones públicas que confirman esa postura del presidente de México hacia las normas y sus rigores. Esto fue parte de lo que dijo:

El Presidente ‘cuestionó mi formación de abogado, mi carácter formalista, mi insistencia en los procedimientos’...

El Presidente piensa que la política es de resultados, y que lo que vale es conseguir resultados. Yo estoy de acuerdo con ello, pero también, como abogado, insistía en procedimientos administrativos, en el cumplimiento de las normas administrativas y a veces eso se veía como un obstáculo para la toma de decisiones y para conseguir los resultados.²

En situaciones como esta, cuando el presidente de la República piensa que el principio de legalidad es un obstáculo, ad-

bién “Gobernar por discurso”. Cfr: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/juan-jesus-garza-onofre-sergio-lopez-ayllon-issa-luna-pla-javier-martin-reyes-y-pedro-0>. Sobre el segundo ejemplo, puede consultarse: <https://www.nexos.com.mx/?p=48138>.

² “No renuncié por fatiga; AMLO dudaba de mí como abogado: Cárdenas”, entrevista en *La Jornada*, 24 de septiembre de 2020, p. 4.

quiere especial relevancia la judicatura y, en particular, la justicia constitucional. Del compromiso de las y los juzgadores con el derecho depende el principio de imparcialidad que es la salvaguarda del Estado constitucional ante los embates de la política.

Nunca está de más recordar la advertencia de C. H. McIlwain: “La única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.³

Con esta premisa en mente reconstruiré y analizaré la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad de la consulta popular para “juzgar a los ex-presidentes”.

Recordemos que, después de un fallido intento por reunir las firmas necesarias para solicitar la consulta en los términos de la constitución y la ley (que exigen la firma de al menos el dos por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores), el presidente ejerció su facultad constitucional para solicitar que se llevara a cabo dicha la consulta.

En efecto, el 15 de septiembre de 2020, López Obrador solicitó al Senado de la República preguntar a la ciudadanía de México lo siguiente:

¿Está de acuerdo o no con que a las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen y en su caso sancionen la presunta comisión de delitos por parte de los ex presidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto, antes, durante y después de sus respectivas gestiones?

A partir de dicha solicitud, por mandato constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se abocó a resolver “previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre

³ McIlwain, C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, 1947, p. 62.

la constitucionalidad de la materia de la consulta” (artículo 35, fracción VIII, 3º, CPEUM).

Muchos estudiosos y analistas sostuvimos que se trataba de un caso fácil de inconstitucionalidad flagrante y supusimos que en la SCJN se lograría una votación unánime en contra de la pretensión presidencial. En mi caso, el 16 de septiembre, publiqué en mi columna quincenal de *El Financiero* lo siguiente:

En estricto sentido, la respuesta a la pregunta que intitula este artículo —¿es constitucional la consulta?— sólo puede provenir de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De hecho, tendrá que venir desde ahí porque la constitución señala que la SCJN ‘resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta’. Por eso no tuvieron lugar la consulta en materia energética y para eliminar a los diputados plurinominales hace algunos años. Los jueces constitucionales concluyeron que las preguntas contradecían a la constitución y punto.

En los párrafos que siguen comparto mi opinión académica sobre el asunto. Adelanto que mi conclusión es que la consulta es inconstitucional. Lo cual, de ser atinado, pondrá a los integrantes de la SCJN en una situación hartamente complicada. Pero, para eso están; para frenar los excesos del poder con el derecho. Aquí mis argumentos:

1. Es cierto que el Presidente tiene la facultad de pedir al Congreso de la Unión que convoque a una consulta. Hasta aquí no hay problema. Pero hay materias que no pueden ser consultadas. Entre ellas se cuenta ‘la restricción de los derechos humanos reconocidos’ por la Constitución. Y, a mi parecer, la pregunta que propone el Presidente atenta contra del principio de presunción de inocencia y las garantías del debido proceso penal que son derechos constitucionales.

2. Lo que propone el Presidente es equiparable a una norma privativa y eso está prohibido por la Constitución. Me lo advirtió Ezequiel González y lo ha expuesto Miguel Ángel Antemate en un artículo de *Nexos*. Recurro al diccionario jurídico: ‘las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho

de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia'. Al señalar con nombre y apellido a ciertos ex-presidentes y circunscribir a ellos los efectos de la consulta se violenta un derecho fundamental. El Art. 13 de la constitución es inequívoco: 'nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales'. Esa prohibición —hay que decirlo— es uno de los pilares de eso que llamamos Estado Constitucional de Derecho.

3. Al Presidente no le corresponde procurar justicia ni ordenar que se procure. Mucho menos le toca al 'pueblo' hacerlo. Esa delicada tarea —a nivel federal— es potestad exclusiva de la Fiscalía General de la República (FGR) que es un órgano público autónomo. Eso establece el artículo 102 de la constitución. En todo caso, si el Presidente de la República o alguna persona tienen indicios o pruebas de la comisión de delitos deben presentarlas ante la fiscalía. De hecho, ningún ex-presidente tiene fuero constitucional así que pueden ser investigados como cualquier ciudadano.

Este último punto desnuda la banalidad jurídica y muestra la obscenidad política del ejercicio. Al final lo que se está preguntando es si las autoridades del estado mexicano deben hacer lo que tienen obligación de realizar. ¿Debe el Estado, la FGR, investigar la posible comisión de delitos? Sí, por supuesto; pero siempre y cuando existan denuncias y elementos que justifiquen la investigación y se respeten escrupulosamente los procedimientos establecidos en la constitución y en las leyes. Para ello no es necesaria —de hecho sobra— una consulta popular.

Además, de realizarse, el resultado de la consulta, sea cual sea, tendría dos consecuencias bifurcadas: a) que se investigue y se juzgue a los ex-presidentes; o b) que no se investigue ni se juzgue a los ex-presidentes. La primera alternativa no puede pender del resultado de la consulta sino de los elementos objetivos que tenga la FGR para iniciar las investigaciones correspondientes. La segunda alternativa —que es la que ha defendido el Presidente— supondría que la FGR no debe ejercer sus facultades aun cuando existan motivos para hacerlo. Mal en todo caso. Si a los resultados de la consulta —sean los que sean—, después de las investigaciones del caso, no los acompañan sentencias, habrá indignación y descontento. Si ni siquiera se inicia una investigación,

habrá indignación y descontento. La sentencia popular existe y el Presidente ha sido el juzgador.

Al Primer Mandatario le gustan las encerronas. En esta ocasión subió al ruedo a la SCJN y a la FGR. El acertijo más intrincado le cayó a la primera. Ojalá se acuerden de la importancia de domesticar al poder a través del derecho. Kant, Otero, Kelsen, Fix-Zamudio, dixit.

El 24 de septiembre se hizo público el proyecto con el que el ministro ponente del caso, Luis María Aguilar, proponía la declaración de inconstitucionalidad de la materia de la solicitud de consulta. El proyecto era claro y contundente. Al menos eso nos pareció a diversos estudiosos y analistas.

Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, el 10 de octubre en sesión pública, virtual y televisada, una mayoría de seis ministros y ministras, declaró la constitucionalidad de la materia y, posteriormente, utilizando una facultad que otorga la ley a la SCJN cambiaron de manera sustantiva la pregunta.

Las páginas que siguen están dedicadas a indagar cómo llegaron los jueces constitucionales a esa decisión y cuáles han sido algunos de los efectos y reacciones que la misma ha provocado.

Primero haré una reflexión sobre la relación entre el poder y el derecho en el ámbito de la justicia constitucional. Acto seguido analizaré los posicionamientos de los ministros en aquella histórica sesión pública. Posteriormente, recogeré algunas de las reacciones en medios escritos que se fueron publicando en los días previos y posteriores. Finalmente, analizaré el engrose del caso. Al final se ofrecen como anexos los posicionamientos de los tres principales colegios nacionales de abogados y el escrito que presentó el presidente de la República ante el Senado.

La clave de lectura general será la relación entre el poder y el derecho.

Ciudad de México, 25 de diciembre de 2020.

Annus Horribilis

CAPÍTULO PRIMERO

Una sentencia o decisión jurisdiccional no hace, ni deshace a un Tribunal Constitucional. Pero una buena decisión puede contribuir mucho a su credibilidad, legitimidad y arraigo institucional. En sentido opuesto, una decisión errada puede tener efectos lesivos para la credibilidad de una institución que está llamada a ser la última válvula de garantía de los Estados constitucionales.

No estoy pensando en decisiones ordinarias sobre cuestiones de relevancia relativa o de interés solo para las partes involucradas, o para grupos de interés concretos por más relevantes que estos sean.

Me refiero a decisiones en casos emblemáticos que, por el contexto en el que se adoptan, o por la materia de la que tratan, generan un amplio interés en la sociedad y/o tienen efectos de impacto estructural que trasciende a los actores directamente involucrados.

Esos efectos e impactos pueden ser de carácter social. Por ejemplo, es común citar como ejemplo de una decisión jurisdiccional transformadora y progresista a la decisión de la Corte de los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education* de 1954.

Pero también pueden ser efectos e impactos de carácter político. Un buen ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional español en el caso del Estatuto de Cataluña de 2006 y publicada hasta 2010.

También hay ejemplos de casos con un impacto en ambas esferas. Por ejemplo, en sede convencional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “*Campo Algodonero*” (*González y otras vs. México*).

En este espacio no realizo una valoración de los méritos o defectos de esas decisiones. Lo que me interesa advertir es que se

trata de casos judiciales que, por su temática y contexto, resaltan sobre muchos otros decididos por esos tribunales y quedan como referentes para pensar y analizar el papel de los tribunales en el constitucionalismo contemporáneo.

De hecho, los primeros dos casos, en su momento y para algunos hasta la fecha, fueron motivo de fuerte polémica en los respectivos países. La sentencia sobre *Campo Algodonero*, en cambio, en general, fue bien recibida por la sociedad nacional e internacional.⁴

Lo que ahora me interesa subrayar es que existen asuntos que llegan a los tribunales constitucionales o convencionales que destacan sobre otros y que generan expectativas, debates y fuertes polémicas. No hago referencia a la clasificación —por demás interesante— que se ha elaborado desde la filosofía jurídica entre casos fáciles, difíciles y trágicos⁵ que tiene más que ver con las dificultades que pueden encontrarse las y los juzgadores al tener que lidiar con marcos normativos ambiguos, dilemas morales inevitables o hechos confusos, sino a casos de relevancia político-social que inevitablemente nos conducen por la senda de la problemática relación entre poder y derecho.

“Derecho y Poder son las dos caras de una misma moneda” repetía, con frecuencia y tino, Norberto Bobbio. Para él, la relación entre derecho y política —trasfondo de la frase citada— era una relación inevitablemente compleja de interdependencia recíproca.

El derecho es producto del poder político y en los Estados modernos —como enseñaba el propio Bobbio, siguiendo la tra-

⁴ Pero no se puede decir lo mismo de otras decisiones también relevantes de la misma Corte Interamericana en casos sobre fecundación in vitro (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*); sobre desaparición, leyes de amnistía y referéndum populares (*Gelman vs. Uruguay*). Por sus temáticas y contextos, estos dos casos, además de relevantes, fueron altamente polémicos.

⁵ Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, y Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, pp. 7-30.

dición weberiana—, se pretende que ese poder ostente legitimidad. Solo de esa manera las reglas y normas jurídicas serán propiamente derecho. Es decir, las imposiciones que provienen de un poder de hecho nunca se considerarán jurídicas.

La fórmula moderna en la que poder y derecho se conjugan supone, entonces, legitimidad del poder y también adecuación del mismo al derecho que ha creado. De esta manera, si bien es su principal fuente de creación, el poder se somete al derecho. Actúa *sub-lege* y *per leges*. Solo entonces es posible hablar de un “Estado de derecho”.

Por eso decimos que, en los Estados constitucionales el poder se encuentra jurídicamente limitado y debe respetar los vínculos que le impone el derecho. De esta manera, puede parecer paradójico, pero no lo es: el poder es la fuente del derecho y éste es el límite del primero. De ahí que los actores estatales deban ceñir su actuación a los procedimientos y reglas jurídicamente establecidas.

Dentro de esas reglas se encuentran los límites también de sustancia a las decisiones que provienen del poder. Típicamente, para citar a Ferrajoli, los límites sustanciales son los derechos fundamentales de las personas. Ambos límites —formales y sustantivos— se materializan en el llamado “principio de legalidad”.

En los estados absolutos, aunque existan reglas jurídicas para el proceder estatal, el poder se impone y modula al derecho sin respetar límites o vínculos procesales o sustantivos. De ahí la sugerente tesis propuesta por Elías Díaz, en el sentido de que “todo estado es un estado jurídico, pero no todo estado jurídico es un Estado de Derecho”. Insisto: en estos últimos el derecho limita y acota al poder.

En el fondo de la distinción anterior descansa el viejo dilema clásico entre el “gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes”. El poder absoluto se identifica con el primero y es nido de opresión y arbitrio. El estado de derecho, en cambio, se propone como fuente de certeza, seguridad y libertad.

El problema es que los actores políticos —también dentro de los estados constitucionales (de derecho)—, con frecuencia, bus-

can formas para superar los límites y escapar de los vínculos que les imponen las normas jurídicas. El principio de legalidad ya mencionado que supone la autoridad solo puede realizar aquellas acciones para las que se encuentra expresamente autorizada, estorba a los poderosos.

De ahí la enorme relevancia del Poder Judicial en general y los tribunales o jueces constitucionales en particular. La función jurisdiccional es la válvula de garantía para la vigencia del Estado constitucional. La eficacia del derecho pende en buena medida de las decisiones judiciales.

De hecho, las y los juzgadores, tienen como función prioritaria velar por la vigencia del principio de legalidad. Es verdad que no es la única tarea que tienen encomendada —por ejemplo dirimen los conflictos entre las personas—, pero sí es la principal. Al revisar la actuación de las diferentes autoridades del Estado, para velar que se ajusten a lo que el ordenamiento les permite, las y los juzgadores, garantizan que el derecho se imponga al poder.

Por eso es tan importante que los propios juzgadores y juzgadoras ciñan sus decisiones a lo que establece el ordenamiento jurídico. Esto no siempre es fácil, pero es un mandato irrenunciable. Por supuesto que, al momento de decidir, deben ponderar consideraciones e informaciones ajenas al instrumental jurídico, pero éste debe ser el sustento principal de su actuación. De lo contrario son los propios guardianes del derecho los que abren la puerta al gobierno de los hombres.

Cuando pensamos en las cortes constitucionales este imperativo adquiere mayor relevancia y, en una aparente paradoja, es más difícil de satisfacer. Lo primero se debe a que, como se adelantaba, las juezas y jueces constitucionales son la última válvula de garantía del Estado de derecho. Si fallan, falla el sistema jurídico y se pone en vilo al estado constitucional.

Decía que el imperativo es difícil de satisfacer porque la mayoría de las Constituciones contienen disposiciones que requieren ser interpretadas previo a su aplicación. Esas interpretaciones, cuando se trata de normas ambiguas o con una fuerte carga

axiológica, pueden ser controvertidas. De ahí que la teoría haya distinguido entre “casos fáciles” y “casos difíciles” o incluso “casos trágicos”.

Sobre estos se ha escrito mucho en los años recientes por lo que no abundé en las dificultades que enfrentan los tribunales constitucionales cuando deben aplicar las llamadas “normas de principio”. El prolijo e interesante debate sobre el garantismo y el constitucionalismo pende de esa cuerda.⁶

Pero las dificultades de la interpretación no eximen a los tribunales constitucionales de su obligación de fundar sus decisiones en las disposiciones constitucionales y motivarlas con razones jurídicas. Con ello no garantizarán que las decisiones sean incontrovertibles —en ocasiones no es posible encontrar la única decisión correcta— pero sí deben lograr que sean sólidas, razonables y aceptables.

La legitimidad de las decisiones y, en algunos casos, las circunstancias de los propios tribunales penden en gran medida de ello. Por eso se espera que los tribunales constitucionales sean “de derecho”, no “de justicia” ni “de política”. Solo en el primer caso es posible aproximarse a la máxima de brindar certeza y seguridad jurídicas a los gobernados.

En el caso de los tribunales que pretenden ser “justos”, la certeza y la seguridad se esfuman porque las sentencias y decisiones dependen de las convicciones personales de quienes las adoptan —de su moral individual— y no de las normas positivas. En el caso de los tribunales “de poder” la falencia consiste, simple y llanamente, en la sumisión del derecho ante la política. En ambos casos se esfuma el gobierno de las leyes y se camina por la senda del gobierno de los hombres.⁷

⁶ Véase *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2011), Madrid, 2012.

⁷ Sobre este punto, aclaro que al referirme al “gobierno de los hombres” hago uso de la noción clásica sobre las distintas formas de gobierno. Véase Bobbio, Norberto, “¿El gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres?”, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 120-136.

Se trata de una regla general pero que adquiere mayor relevancia cuando deciden casos de especial complejidad y/o relevancia política, social, económica, etcétera. En esos contextos los tribunales constitucionales deben ser especialmente rigurosos y ajustar su actuación a los principios de los que pende su legitimidad y su utilidad institucional. También sobre este tema existe mucha literatura así que me limito a enunciar solo aquellos que interesan en este trabajo.

En primer lugar —como ya he advertido— deben ceñir sus decisiones al marco constitucional y legal vigente. Si las juezas o jueces constitucionales están o no de acuerdo con las disposiciones jurídicas vigentes es irrelevante. Su misión es explicar el derecho válido y vigente aunque no compartan su sentido. Lo que los tribunales constitucionales deben hacer es juzgar con y desde el derecho, no juzgar al derecho.⁸ Esto último le toca a la ciudadanía, a la academia e incluso a los actores políticos que pueden impulsar cambios constitucionales o legales.

Lo que debe evitarse en un Estado constitucional es el llamado decisionismo judicial. Al menos esta es la tesis medular de la teoría jurídica más sólida —a mi juicio— sobre estos temas: el garantismo.

Bien, tampoco omito mencionar que la noción correcta, de acuerdo con un uso neutro del lenguaje, sería “gobierno de las personas” a fin de no perpetuar una exclusión de las mujeres y demás identidades no binarias, con respecto de las posiciones de poder político. Véase Pateman, Carole, *El contratado sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, y Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabal, Luisa (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, CESO, 2005.

⁸ Con esto no quiero decir que las juezas y los jueces deben adoptar posturas rígidas o formalistas, con las que la función jurisdiccional se limite a un mero ejercicio de subsunción. Más bien, considero que la decisión judicial debe motivarse sólidamente sobre la interpretación de las normas vigentes, a fin de evitar que la discrecionalidad judicial se convierta en una discrecionalidad meramente política. Véase Gascón Abellán, Mariana, “Justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994.

El garantismo es una de las teorías jurídicas más complejas y rigurosas que se hayan desarrollado en el pensamiento contemporáneo. Su origen proviene del derecho penal y su autor es Luigi Ferrajoli. Cuando en 1989 publicó su libro *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, revitalizó los debates entre los juristas de su generación.

En los primeros años de este siglo sus tesis desembarcaron en América Latina. Su impacto en el debate académico fue indiscutible. México no fue la excepción. De hecho, en 2007, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM otorgó a Ferrajoli el Premio Internacional de Investigación en Derecho, Héctor Fix-Zamudio.

El problema fue que el impacto del garantismo también marcó el inicio de su distorsión. Al no poder evitar aludir a dicha teoría para decorar sus decisiones, diversos operadores jurídicos echaron mano del concepto sin estudiarlo ni entenderlo. Sobre todo en sede jurisdiccional, algunos jueces utilizaron el término acuñado por el jurista italiano, pero sin atenerse a los rigores y exigencias que supone la teoría a la que aluden. De esta forma fueron devaluando su sentido normativo.

Sobre el particular, publiqué un breve ensayo intitulado “garantismo espurio” para denunciar esa práctica de utilizar de manera retórica el concepto para adoptar decisiones injustificadas pero, de esa manera, en apariencia legitimadas. En aquella ocasión centré mi atención en decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el que arraigó —como el caso de la sentencia de “El Bronco” demuestra— con fuerza esa distorsión.

¿Cuál es el sentido genuino del garantismo? Leamos a Marina Gascón: “El garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho”. Esto último es fundamental para los fines que me interesan. Esta teoría reivindica, ante todo, el respeto al principio de legalidad.

El mandato apunta sobre todo hacia los jueces: “El juez, para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad,

no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”, explica Gascón. El desempeño de un buen juzgador, según esta teoría, debe aferrarse a la verdad factual (los hechos) y a la verdad jurídica (el apego a lo que la ley mandata).⁹

Corresponde al legislador democrático cambiar el contenido de las disposiciones jurídicas y con ello alterar de alguna manera las “reglas del juego”. Siempre y cuando se respete el marco constitucional —si se trata de leyes secundarias o incluso de actos administrativos— el viraje jurídico será válido.

Cuando se trate de cambios a la Constitución, además de los procedimientos normalmente agravados en comparación con las reformas legales —rigidez constitucional—, deben respetarse las cláusulas pétreas —en caso de que la Constitución las contemple— y las normas y límites convencionales —tratados internacionales— cuando el Estado en cuestión se haya obligado a respetarlas. Pero, en todos los casos, los tribunales constitucionales deberán ceñir sus decisiones al derecho vigente.

Además, los tribunales constitucionales deben respetar sus precedentes. Esta es la única manera de generar certeza y seguridad jurídicas. Es verdad que cada caso tiene particularidades y que los tribunales constitucionales deben valorar y ponderar los elementos en cada caso concreto, pero también lo es que los casos similares deben resolverse de manera consistente.

Si bien los tribunales constitucionales pueden separarse de sus precedentes, deben hacerlo argumentando y justificando de manera satisfactoria sus razones. Eso permite a los actores que recurren a la justicia prever de manera razonable cuál será la decisión de los tribunales o, en su defecto, conocer las razones por las que el sentido de una línea jurisprudencial cambió. De ahí la importancia de la coherencia entre los criterios para decidir. Cuando un tribunal constitucional trata dos casos similares de manera distinta existen motivos para desconfiar de sus razones.

⁹ Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo: estudio sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

La imparcialidad es un imperativo para cualquier juzgador y, sobre todo, para un Tribunal Constitucional. Si la justicia pretende operar como “el tercero por encima de las partes” debe hacerlo garantizando un trato igual a los contendientes. De lo contrario pierde credibilidad y legitimidad.

En el caso de los tribunales constitucionales ese atributo adquiere mayor valor porque se trata de la última instancia de decisión y en ocasiones debe dirimir conflictos entre poderes o, lo que es más delicado, entre poderes y gobernados. La credibilidad en la imparcialidad de los tribunales es una condición para su legitimidad.

La objetividad de un Tribunal Constitución pende del apego a las normas vigentes en el momento de decidir. Mucho se ha escrito sobre las dificultades que encaran los juzgadores para despojarse de sus convicciones subjetivas a la hora de impartir justicia. Ello sobre todo en casos controvertidos que involucran cuestiones disputadas en términos de moral pública. Por eso es muy relevante —como se ha insistido de manera reiterada en estas páginas— que recurran al derecho vigente como asidero fundamental. Solo de esta manera logran combinar la imparcialidad con la objetividad y, de esta manera, impartir justicia constitucional.

Finalmente, y en primer lugar para los efectos que aquí interesan, la independencia. Lo advertía al citar al politólogo e historiador Charles McIlwain, la independencia de la justicia frente a los poderes —en este caso es atinado ampliar el conjunto hacia todos los poderes (políticos, económicos, ideológicos)— es crucial para la vigencia de un Estado de derecho. De ella depende el principio de imparcialidad y, como hemos visto, de éste dependen los demás principios y derechos que caracterizan a un Estado constitucional. Si las decisiones judiciales responden a los mandatos, pretensiones o intereses de otros actores se materializa la derrota del derecho por el poder y se desmorona la promesa del gobierno de las leyes.

CAPÍTULO SEGUNDO

En las páginas que siguen analizaré los posicionamientos de los once integrantes de la Suprema Corte de la Nación de México al posicionarse sobre la (in)constitucionalidad de la materia de una consulta popular solicitada por el presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, para emprender investigaciones y eventualmente llevar a la justicia a cinco ex-presidentes del país.

La mañana del 1o. de octubre tuvo lugar un seminario virtual (webinario) en el que, bajo la coordinación activa de Jimena Moreno, Miguel Carbonell, Salvador Nava y quien esto escribe analizamos el proyecto presentado por el ministro Aguilar y coincidimos en su solidez y pertinencia. Ninguno de los participantes dudaba de la inconstitucionalidad de la materia de la consulta solicitada por el presidente y, al término del evento, auguramos una votación unánime en ese sentido por parte las ministras y ministros de la SCJN.

Horas más tarde inició la sesión virtual y televisada probablemente con mayor audiencia de los tiempos recientes. El presidente Zaldívar inició el debate trazando una ruta metodológica que terminaría resultando determinante para el resultado de la votación:

En este momento, se discutirá el proyecto del Ministro ponente, que versa, exclusivamente, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta. No se va a analizar o a votar en este momento la pregunta que acompaña a la consulta, solamente la materia: si es constitucional o no. Como es público, porque fue subido a la página de la Suprema Corte el proyecto respectivo, el proyecto del Ministro Luis María Aguilar propone que la materia de la consulta es inconstitucional.

De esta manera, desde ese momento, se escindió la materia de la formulación de la pregunta y con ello se condujo la discusión a un plano abstracto que permitió que cada integrante de la Corte abordará el tema como le pareció mejor hacerlo. O, para decirlo de otra manera, cada quien habló de una materia distinta que ya no estaba anclada a una pregunta sino a un ámbito temático difuso y confuso.

I

Una vez fijada la ruta metodológica, el presidente Zaldívar otorgó la palabra al ministro ponente, Aguilar Morales, para que presentara los ejes principales de su proyecto. Dado que se trata de una intervención relativamente breve que sintetiza los argumentos principales de su propuesta para declarar la materia de la consulta inconstitucional, conviene reproducirla integralmente:

Gracias, señor Presidente. Voy a ser muy breve. El proyecto —que ya se conoce, en general, desde luego por ustedes, señoras y señores Ministros—, que tiene aproximadamente cuarenta y tres o cuarenta y cuatro cuartillas de tamaño oficio —por cierto—, yo voy a hacer una presentación muy breve de solo tres cuartillas tamaño carta, para no —pues— modificar ya nada de lo que está puesto en mi propuesta.

En el proyecto sujeto a consideración se analiza la petición de consulta hecha por el Presidente de la República de la siguiente manera. Como expresamente dispone el artículo 26, fracción II, inciso a), de la Ley Federal de Consulta Popular, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá, en primer lugar, definir si la materia u objeto de la consulta es constitucional conforme a los requisitos y parámetros que establece el artículo 35 de la Constitución Federal.

En segundo lugar, para el caso —como bien ya lo ha señalado el señor Presidente— de que este Tribunal Pleno considerara que la materia es válida, es constitucional, se tendría que verificar que la pregunta propuesta deriva directamente de la materia de

la consulta, que no sea tendenciosa ni tenga juicios de valor, que emplee un lenguaje neutro, sencillo y comprensible, que esté relacionada con el tema de la consulta y formulada de tal manera que las personas solo deban responder sí o no.

Por el contrario —como se señala en esta resolución o en esta propuesta—, esa determinación debe corresponder a quien tenga los elementos, las pruebas, los indicios para formular una denuncia ante la autoridad correspondiente.

El objeto o finalidad de la petición, que es la materia que está proponiéndose en el proyecto, señala, primero y fundamentalmente, que se reconoce que la finalidad de la consulta popular consiste, precisamente, en empoderar las voces y la voluntad de la ciudadanía, así como también proteger los derechos humanos y el estado de derecho; esa es la finalidad de la consulta popular. En segundo lugar, se propone establecer que el objeto integral de la petición formulada es consultar al pueblo de México si está de acuerdo o no en que las autoridades competentes investiguen y, de resultar probada y fundada alguna causa, se sancione penalmente a los expresidentes de México referidos en el escrito de solicitud, y en esa vía, precisamente, en materia penal, como se señala en el texto de la petición formulada en sus considerados, especialmente décimo y décimo tercero.

Así, del análisis que se sigue y detalla en este proyecto, hay consideraciones por las que se estima que el objeto de la consulta popular es inconstitucional por cinco razones, tanto en forma individual como —desde luego— en su conjunto.

En primer lugar, el proyecto señala que la consulta, por sí sola, se considera inconstitucional, pues condiciona la eficacia y validez de los derechos humanos y sus garantías a lo que determina un sector de la población en una consulta pública, lo cual se considera que no es constitucionalmente posible porque no es posible realizar una consulta popular que condicione la vigencia de los derechos humanos a lo que decida un grupo de la población, ya que los derechos humanos y sus garantías son indisponibles y, mucho menos, pueden ser restringidos en una consulta popular ni por nadie.

Segundo, como segunda razón, en el proyecto se considera que el objeto de la consulta popular solicitada es inconstitucional

porque pone en riesgo los derechos de las víctimas y de las personas ofendidas por los hechos presuntivamente sancionables a los que se refiere la solicitud y, en su caso, la pregunta.

En este sentido, debe de recordarse que tanto toda persona como las autoridades del Estado Mexicano se encuentran obligadas a denunciar cualquier hecho y, con ello, a que se lleven a cabo todas las investigaciones necesarias para llegar a la verdad y sancionar cualquier delito cometido por cualquier persona: sea un expresidente, un funcionario o cualquier otra persona.

En tercer lugar, en esta propuesta se dice que el objeto de la consulta popular, al identificar y señalar con claridad a las personas a las que se propone investigar penalmente puede estimarse contrario al principio de presunción de inocencia y del debido proceso penal de esas personas, lo que evidentemente vulnera los derechos humanos.

Conforme a diversos precedentes de esta Suprema Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las violaciones a la presunción de inocencia pueden generar la ilicitud de pruebas o, en casos más graves, la inconstitucionalidad de todo el proceso.

En el proyecto se considera que la consulta popular, en los términos planteados, puede viciar los procesos penales en curso y aún los futuros, lo que puede imposibilitar que los jueces se pronuncien sobre la responsabilidad penal de esos delitos y, al final de cuentas, de existir tales delitos puedan quedar impunes, lo que atenta contra los derechos de las víctimas y de los afectados directos, pero también en contra de todo el pueblo de México.

En cuarto lugar y del mismo modo, la materia de esta consulta se estima inconstitucional porque involucra la restricción de las garantías o mecanismos para la protección de los derechos humanos, toda vez que la investigación, persecución y sanción de los delitos es una función esencial del Estado Mexicano, que no puede someterse a la decisión popular. Los derechos humanos no son negociables, por tanto, se considera que no es procedente una consulta popular para hacer exigibles los derechos humanos ni el cumplimiento de sus garantías de protección.

La quinta razón que se expone en el proyecto considera que la consulta popular es violatoria del principio de igualdad, debido a que no está justificado por qué a unas personas —en este caso, ex-

presidentes— se les someta al escrutinio público para determinar si se les debe investigar o no penalmente, mientras que al resto de las personas de este país no se les da ese mismo tratamiento.

Finalmente, en el proyecto se prevé que si la mayoría de las personas consultadas, siempre que participe al menos el cuarenta por ciento del padrón electoral, se decidieran por el “no”, o sea, por no iniciar procesos de investigación, el resultado sería vinculante para todas las autoridades y, precisamente, para no vulnerar la autonomía y correcto funcionamiento de los órganos del Estado, es que se considera inconstitucional la consulta misma, de considerarse que la respuesta por un “no”, no fuera vinculante, esto demostraría entonces que la consulta popular sería innecesaria y realizarla llevaría a desnaturalizar la esencia de este tipo de ejercicios democráticos, pues el artículo 35, fracción VIII, apartado 2, de la Constitución, expresamente señala: “el resultado será vinculatorio para los Poderes Ejecutivo y Legislativo Federales y para las autoridades competentes”.

Con base en lo anterior —como ya lo adelanté—, en el proyecto que someto a su consideración se propone concluir que la materia de esta consulta popular es inconstitucional.

Y ya para terminar, únicamente quiero enfatizar que, en este caso, la tarea de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene nada que ver con decidir si debe investigarse o no a los presidentes de México por los delitos que supuestamente cometieron antes, durante y después de su gestión.

A la Suprema Corte no le corresponde decidir, en este caso, si existen pruebas o si debe abrirse una investigación, sino solo analizar la constitucionalidad de los fundamentos de una pregunta que se sometiera a la consulta popular. Muchas gracias, señor Presidente.

Una vez concluida la intervención de Aguilar, el presidente Zaldívar dio la primera sorpresa de la tarde al anunciar que sería el primero en fijar su postura “en este importante asunto”. Es decir, hablaría antes de ofrecer la palabra a los demás integrantes del Pleno de la SCJN. Esto resultó desconcertante porque la práctica suele ser la opuesta y el presidente tradicionalmente habla hasta el final. Pero la verdadera sorpresa provino del conte-

nido —tengo para mí que también del tono— de su posicionamiento.

II

El ministro presidente, primero, sostuvo que se trataba de un caso en el que la SCJN no realizaba una función jurisdiccional, “en la medida en que la consulta popular es un instrumento de democracia y, como tal, de naturaleza política”. El punto es interesante y sería retomado por otros integrantes del Pleno y quedaría reflejado —como veremos más adelante— en el engrose final pero no resulta del todo convincente.

Lo que la Constitución exige a los ministros es un pronunciamiento sobre la (in)constitucionalidad y eso es un juicio jurídico de competencia exclusiva para la SCJN. De lo contrario, si se concede el argumento del ministro presidente, prácticamente todas las decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación serían de naturaleza política y no jurisdiccional. Esto es así porque ese tribunal (que también es constitucional y de última instancia) decide múltiples asuntos que tienen que ver con reglas, instrumentos y procedimientos sobre la democracia.

A juicio del presidente Zaldívar: “la Constitución nos [les] encomendó la tarea de desplegar una función político-constitucional, en el sentido de que nos corresponde abrir las puertas de la vida institucional a quienes históricamente han estado excluidos de ella”. El argumento es desconcertante al menos por dos motivos. En primer lugar, porque reitera la tesis de que la SCJN no debe pronunciarse como juez constitucional sino como decisor político y, en segundo lugar, porque habla de la exclusión de los titulares de los derechos políticos que son, nada más y nada menos, que las ciudadanas y ciudadanos mexicanos que participan y votan regularmente en elecciones para integrar órganos de representación y gobierno en todos los órdenes de la Federación mexicana.

Más adelante argumentó que “el espíritu de la consulta es dar cauce, sin intermediarios, a la opinión ciudadana... y, con ello avanzar hacia una democracia participativa”. El argumento es interesante pero carece de asideros constitucionales. La Constitución establece que la propia SCJN debe actuar, precisamente, como un intermediario entre quienes solicitan la consulta —en este caso el presidente de la República— y quienes ordenan su realización (los legisladores). Esa es su función constitucional expresa en el caso de las consultas populares.

Afirmo lo anterior sin detenerme en la interesante discusión entre los modelos de democracia representativa o participativa y en la declarada inclinación del presidente Zaldívar a favor de esta última. Esa discusión puede conducirnos por sendas teóricas muy interesantes, pero no me parece que sea la discusión constitucional que debía orientar el análisis sobre esa consulta popular en particular. Lo que estaba sobre la mesa era la procedencia constitucional de la materia de una pregunta en concreto y no el debate sobre las diversas modalidades de democracia y su lugar en el constitucionalismo mexicano.

De hecho, los argumentos posteriores expuestos por el presidente de la Corte estuvieron dedicados a subrayar los efectos positivos que tienen las consultas populares como mecanismos de inclusión, participación y pacificación. Para el presidente, “a través de la democracia participativa, nuestro constitucionalismo le da cauce a los anhelos de paz y tranquilidad de nuestra sociedad”. Esa postura lo llevaría a proponer una “aproximación deferente a la consulta” y a interpretar las prohibiciones establecidas en el artículo 35 constitucional “de manera estricta”. Desde entonces, para desconcierto de muchos de quienes seguíamos la transmisión, empezaba a delinearse el sentido de su voto: “debemos interpretar la materia de la consulta y la formulación de la pregunta de tal manera que se favorezca su procedencia en armonía con todos los principios constitucionales aplicables”.

Bajo la tesis de que a la SCJN “no le corresponde ser una puerta cerrada” se posicionó en contra del proyecto del ministro

Aguilar, negando que la consulta solicitada podía materializar las violaciones de derechos identificadas por el ponente. Pero el punto más cuestionable y controvertido —a mi juicio— emergió cuando abordó el tema de la vinculatoriedad del resultado de la consulta.

Esto es así porque la Constitución en su artículo 35 es clara al respecto:

Quando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes;

Sin embargo, el ministro presidente de la SCJN considera que, con base en esa disposición, la “Constitución prevé la existencia tanto de consultas vinculantes como no vinculantes”. A su entender, el hecho de que se requiera un porcentaje de participación para que sean vinculantes se traduce en que “los efectos vinculantes son meramente contingentes”.

El argumento es desconcertante porque, desde mi perspectiva, la lectura correcta es la que afirma que todas las consultas pueden ser vinculantes aunque ello dependa de un hecho contingente. Lo que importa desde un punto de vista jurídico es que todas, sin excepción, tienen potencialmente efectos vinculantes.

Es posible que el ministro presidente advirtiera las debilidades de su argumento y por ello intentó reforzarlo con una interpretación que me resulta difícil de acompañar. Desde su perspectiva, aunque la Constitución no contempla de manera expresa excepción alguna, ésta existe. Prefiero citarlo textualmente para no distorsionar su argumento:

(a mi juicio) hay otro supuesto en el que los resultados de una consulta no tendrán vinculatoriedad para todas las autoridades relacionadas con el tema de consulta, a saber, cuando involucre autoridades cuyas atribuciones solo pueden ejercerse o no ejercerse en los casos y supuestos estrictamente señalados en la Cons-

titución y las leyes, es decir, cuando las autoridades competentes estén constreñidas, a actuar o no actuar en función de supuestos normativos de observancia obligatoria.

Dentro de esas autoridades, según el ministro presidente, se encuentran las de procuración e impartición de justicia. Esta tesis no está en la Constitución ni en la ley de la materia, así que es el producto de una interpretación del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Acto seguido, de manera congruente con su advertencia preliminar, el presidente de la SCJN ignoró los términos de la pregunta solicitada por el presidente de la República para concluir que: “la materia de esta consulta se limita a pronunciarse sobre el diseño y el rumbo de la política criminal del Estado”. A esta conclusión no argumentada le siguieron algunas sentencias discutibles. Con las palabras del presidente de la Corte: “La justicia criminal es un área especialmente sensible a la participación pública”. Y para rematar: “entre mayor inclusión y participación ciudadana exista en el diseño de la política criminal, mayor aceptación y legitimidad obtiene de la sociedad”.

No sin tensión con sus premisas iniciales, el presidente Zaldivar, concluyó afirmando que la Suprema Corte tenía ese día: “la oportunidad histórica de actuar como un auténtico Tribunal Constitucional para darle un sentido verdaderamente democrático al mecanismo de consulta popular”. Ese argumento de corte político, a pesar de la paradoja que suponía aludir a la función de garante constitucional de la Corte, sirvió al presidente para sellar su postura e inclinarse por la constitucionalidad de la materia.

Merece un último comentario un desliz del ministro presidente hacia el final de su intervención. Para sostener que la materia de la consulta no viola la presunción de inocencia de los cinco expresidentes, el ministro presidente, tuvo que referirse a los términos de la pregunta. De hecho, se vio compelido a aludir a los exmandatarios —sin pronunciar sus nombres— para afirmar que:

...como ocurre con la protección dual en materia de libertad de expresión, los límites del escrutinio público son más amplios y se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin protección pública alguna.

No podemos obviar que los expresidentes son personalidades públicas que ocupan una dimensión política e histórica en nuestro país y, por tanto, se convierten en sujetos de interés para la deliberación pública.

La contradicción es inevitable. La estrategia de analizar la materia sin tomar en cuenta la pregunta —ni los considerandos de la solicitud de consulta enviada por el presidente al Senado—, al final, no pudo ser sostenida siquiera por quien la propuso. La única manera de intentar sortear uno de los temas más cuestionables de la solicitud y mejor sustentados en el proyecto —la violación al principio de presunción de inocencia— fue aludiendo a los términos de la pregunta. Al final, a mi juicio, el presidente Zaldívar no logró sortear la objeción ni ofrecer sustento a su voto.

III

El segundo ministro en fijar postura fue Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Adelanto que fue uno de los seis ministros que se pronunciaron por la constitucionalidad de la materia. Sin embargo, el método y la lógica con la que llegó a esa conclusión difirieron de manera significativa de las que orientaron al ministro presidente y a los otros cuatro integrantes de la Corte con los que conformarían una mayoría.

Para empezar, Gutiérrez Ortiz Mena sí considera que la SCJN juega un papel de intermediario entre los solicitantes de la consulta —en este caso el presidente de la República— y la ciudadanía. Con sus palabras:

El Constituyente Permanente decidió otorgarnos una nueva facultad y ponernos en medio de los peticionarios y la población. Solo si decidimos que la materia de la consulta es constitucional, los ciudadanos pueden acceder a un derecho; si decidimos que es inconstitucional, los ciudadanos no lo tienen, no lo tendrán.

Posteriormente, en este caso en coincidencia con Zaldívar, sostuvo que en el asunto concreto, la SCJN, no ejerce una función jurisdiccional porque no dirime controversia alguna ni ejerce un control de constitucionalidad concretado. Acto seguido expuso una distinción entre lo que llamó democracia indirecta y democracia semidirecta sin reparar en la extensa literatura que existe en la teoría política moderna sobre esos términos. Más de las dificultades teóricas para el uso preciso de los conceptos, el ministro encuadró la función de los tribunales constitucionales dentro del primer modelo (democracia indirecta) y concluyó que ese no era el referente que debían tener en mente para resolver el caso sino el segundo (democracia semidirecta) que tiene dos objetivos: “instituir mecanismos de empoderamiento de las mayorías y ver con sospecha los órganos de representación indirecta”.

Sobre estas premisas construyó el núcleo de su argumentación que, si no me equivoco, está sintetizado en este párrafo:

Así, nuestra función —en este caso— es ponernos en medio de la población y los peticionarios, entendiendo con base en esas premisas que nuestro papel es el de ser garantes de un nuevo modelo constitucional de democracia semidirecta, desde el cual debemos facilitar a las mayorías a impulsar los mecanismos de ese constitucionalismo del Siglo XIX que no se quiso desplazar.

Después de realizar algunas interesantes referencias de derecho comparado —en particular al caso “Miller” en Inglaterra—, de nuevo en contraposición con lo sostenido por Zaldívar, Gutiérrez Ortiz Mena afirmó que, a su juicio, no pueden existir consultas que no vinculen. Es importante dejar asentado el dife-

rendo por su relevancia para el debate y por la manera en la que el tema sería tratado en el engrose definitivo del caso.

El ministro Gutiérrez Ortiz Mena, después de algunos razonamientos algo circulares, llegó a su pronunciamiento de fondo. En el mismo, inevitablemente, como le había sucedido a Zaldívar, tuvo que aludir a la pregunta planteada por el presidente de la República:

(en el proyecto) Se destaca que la pregunta sugerida requiere determinar si las autoridades competentes deben o no investigar y, en su caso, sancionar a los expresidentes de México de mil novecientos ochenta y ocho a dos mil dieciocho. Así, el primer punto que destaco es que existe indeterminación en los términos utilizados en la petición, ya que el escrito no precisa nunca a qué autoridades competentes se refiere específicamente.

De esta manera abrió las puertas para distanciarse del proyecto del ministro Luis María Aguilar —a pesar de coincidir en que la investigación y persecución de los delitos no pueden depender de la opinión pública— y, paradójicamente, también del argumento medular del ministro presidente. Con sus palabras:

En mi opinión, su materia (de la consulta) no es preguntar a la población si ciertos delitos merecen una amnistía o si las autoridades tienen permitido no investigarlas. Tampoco considero que la pregunta tenga un elemento de política criminal.

Desde su punto de vista, el *quid* del asunto está en determinar cuál es la autoridad destinataria de la consulta. Conviene citarlo de manera directa:

A mi entender, el objeto de la petición son las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo para destinar recursos humanos y materiales para recabar y allegarse de elementos necesarios, que le permitan analizar la actuación y desempeño en los titulares del Poder Ejecutivo Federal en los sexenios comprendidos de mil

novecientos ochenta y ocho al dos mil dieciocho y, a partir de ello —de ser el caso—, impulsar los procedimientos legales procedentes. Bajo esta interpretación, se debe excluir el objeto de la petición a las autoridades de procuración y administración de justicia.

A decir de Gutiérrez Ortiz Mena, a diferencia de lo que sostuvo Zaldívar, aunque la consulta sea vinculante —porque reconoce que todas lo pueden ser—, dado que el destinatario de la pregunta es el propio Poder Ejecutivo, no debe entenderse como un potencial mandato para las autoridades de procuración y administración de justicia. El siguiente párrafo no es muy útil para aclarar el sustento de la tesis, pero sí para evidenciar el argumento:

Aunque la pregunta haga referencia a las autoridades competentes, no es obvio que esto deba interpretarse como una intención de necesariamente incluir a la Fiscalía o a los jueces en términos técnicos y restringidos, tan es así que, en los considerandos, el peticionario afirma que, con independencia de los juicios que en su caso ocurran, lo relevante es esclarecer la actuación de los titulares del Ejecutivo y, en todo momento, subraya la dimensión histórica y política que supondría conocer los sucesos acontecidos.

De nuevo, en el centro de la reflexión aparece la pregunta elaborada por el presidente de la República que, según el ministro Gutiérrez Ortiz Mena, después de referir los considerandos de la solicitud presentada por éste, no va dirigida a las autoridades mencionadas. Desde su particular perspectiva:

Por tanto, en mi opinión es posible interpretar que el objeto de la consulta son las facultades discrecionales del Ejecutivo para iniciar un proceso de recopilación de datos y procesamiento de información, para efectos de obtener conclusiones sobre el período que describe, pues es esa área donde existen facultades discrecionales de ese poder para actuar o no actuar, es decir, lo relevante es que, en ese marco de atribuciones, desde el cual se podrían

conocer los hechos del pasado con las implicaciones históricas y políticas, que el Ejecutivo ahora destaca como centrales.

...

Así, cuando en la pregunta se hace referencia a las autoridades competentes, debe entenderse que son aquellas pertenecientes al Poder Ejecutivo y no a las instituciones de procuración y administración de la justicia.

Y para rematar:

En consecuencia, mi propuesta sería por interpretar la materia de la consulta de esta forma alternativa y, solamente bajo esta premisa, reconocer la validez de la misma, pasando, entonces —necesariamente—, a reformular la pregunta.

En caso contrario, si este Tribunal Pleno considera que la materia de la consulta sí vincula a la procuración de justicia y a la administración de justicia, entonces mi voto sería con el proyecto.

Como puede observarse, Gutiérrez Ortiz Mena se pronunció abiertamente por reformular la pregunta y condicionó su voto a que el Pleno coincidiera en su postura en el sentido de que el destinatario de la decisión popular fuera el Poder Ejecutivo y no las autoridades responsables de procurar y administrar justicia. Cabe advertir desde ahora que sus colegas nunca se pronunciaron sobre el particular y, sin embargo, el ministro votó por la constitucionalidad de la materia.

IV

Tras estas intervenciones, tocó el turno a la ministra Margarita Ríos Farjat quien también votaría a favor de la constitucionalidad de la materia, pero con algunos argumentos distintos a los que expusieron sus colegas que la antecedieron en el uso de la palabra.

Después de manifestar su acuerdo con la lógica del proyecto presentado por el ministro ponente en el sentido de que “la

protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías” —ella misma retomó la cita de la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso *Juan Gelman vs. Uruguay*— se separó del mismo porque, desde su punto de vista, se ofrecía “una lectura restrictiva al derecho humano a la consulta y (no se atendía) a la especial naturaleza de estos procedimientos democráticos”. Sobre esta premisa que —de manera similar al razonamiento del ministro presidente— adopta una postura deferente con la consulta popular en abstracto, desarrolló el resto de sus argumentos.

El más interesante y —como ya he insistido— polémico razonamiento se centró en la necesidad de escindir la materia de la pregunta. Vale la pena citar directamente a la ministra:

Esta es la pregunta que se propone consultar, pero no constriñe la materia de la consulta.

Creo que no se toma en cuenta que esta Suprema Corte posee justamente la atribución de realizar las modificaciones conducentes a la pregunta a fin de garantizar que la misma sea congruente con la materia de la consulta, tal y como dispone el artículo 26, fracción II, inciso b), de la Ley Federal de Consulta Popular.

Si fusionáramos la materia de la consulta con la consulta misma, ¿sobre qué bases podríamos modificar la pregunta para hacerla congruente con la finalidad de la consulta? Más que un aparente juego de palabras, se genera una paradoja en la que el proyecto no presenta una alternativa posible a la consulta popular. Deja intocada la pregunta y la interpreta desde su enfoque más restrictivo: a través de ella, interpreta así la materia de la consulta.

Esta Suprema Corte posee la facultad de modificar la pregunta y, siendo esto así, me parece que no puede juzgar la materia de la consulta sin antes haber agotado las posibilidades de modificación, de manera que no se impida el derecho a participar en estos ejercicios necesarios para la vida democrática.

Creo que esto es lo que el proyecto no lleva a cabo y, por lo tanto, muy respetuosamente considero que se claudica en el papel que a esta Suprema Corte le es dado para dotar de funcionalidad

constitucionalidad a estos ejercicios, no de impedirlos juzgando la materia desde su aspecto más restrictivo posible.

De nuevo, el fantasma de la pregunta elaborada por el presidente de la República rondaba al razonamiento de la ministra y lo enredó en una reflexión difícil de acompañar.

Si entiendo bien, a juicio de la ministra Ríos Farjat, la materia de la consulta no pende de lo que se pretende consultar, sino de otro asidero etéreo que permite a la SCJN reformular la pregunta para garantizar la constitucionalidad de la primera. Si esto es así tendríamos que, ni la materia ni la pregunta, están delimitadas por el documento en el que consta la solicitud de consulta presentada por el presidente de la República, sino de otra fuente que la ministra Ríos Farjat no nos ayuda a identificar. Lo interesante es que ella misma repara en lo extraño —y jurídicamente infundado— de su argumentación:

No soslayo que estamos tratando de seguir un método donde primero se resuelva la constitucionalidad de la materia de la consulta y después se realicen las modificaciones conducentes a la pregunta; sin embargo, no pierdo de vista que esa elección metodológica no está establecida en la Constitución ni tampoco en la ley reglamentaria y que bien podemos asomarnos a nuestras atribuciones para idear con creatividad cómo hacer prosperar este derecho humano, pero encuentro que el proyecto invalida esa posibilidad desde el momento en que convierte a la pregunta en la materia a consultar.

Es interesante el esfuerzo argumentativo de la ministra Ríos Farjat para determinar la materia de la consulta abstrayéndose de la “pregunta que el peticionario plantea”. Ella misma reflexiona sobre la posibilidad de diversificar las materias a partir de modificar las preguntas: “Pienso que, si una pregunta admite modificaciones, es un indicativo de que la propuesta puede tener diversas lecturas”. O sea que, como terminó sucediendo, el presi-

dente de la República quiere preguntar una cosa pero los jueces constitucionales pueden decidir que se pregunte otra. De nuevo, ella misma pareció reparar en el escollo:

No estoy calificando la pregunta de ninguna forma —y esto lo quiero subrayar—, me he referido a ella y a la posibilidad de modificación, justamente, para establecer que en el análisis sobre la materia se implica una flexibilidad interpretativa.

Después de esa advertencia procedió a glosar el contenido del documento enviado por el presidente de la República al Senado de la República, el cual ella misma consideró “un documento político” en el que entrevió “el propósito (de) dar cauce democrático a una demanda social orientada hacia el esclarecimiento y la justicia”. Y tras una reflexión sobre la libertad de expresión, el derecho a opinar y la consulta popular, se adentró:

a uno de los elementos más complejos en el análisis de este tipo de procedimientos, y que es el relativo al carácter vinculatorio del resultado de la consulta popular, una vez que esta se lleve a cabo si reúne determinada votación.

Para sortearlo, la ministra Ríos Farjat se refirió la experiencia de otros países como España o Argentina —sobrevolando el hecho de que tienen legislaciones con reglas propias y distintas a las mexicanas—, y concluyó que la regla constitucional que establece la fuerza vinculante de las consultas que superan el 40% de participación ciudadana “ha terminado por provocar lo que en política pública se conoce como ‘un efecto perverso’ y es que ninguna consulta popular se ha realizado desde la reforma constitucional de dos mil doce”.

Me abstengo de calificar el argumento y me limito a señalar que la ministra Ríos Farjat pasó por alto que la razón por la que los intentos previos de consulta —que han sido solamente cuatro— no se realizaron porque —según la propia SCJN— la

materia estaba expresamente prohibida en el artículo 35 de la Constitución.¹⁰ Pero, según la ministra:

... las consultas, las movilizaciones sociales son expresiones de una sociedad que busca sentirse parte de la toma de decisiones políticas

(y)

la Suprema Corte no puede mantenerse ajena a esa realidad ni mantener una visión tan restrictiva que provoque que esas expresiones ciudadanas no puedan transitar por el cauce diseñado para ello y encuentran desfogue por medios no regulados.

En su exposición no ofreció una explicación de lo que debe entenderse por “medios no regulados” pero el argumento citado sirvió de base para sostener que:

...el constitucionalismo democrático, que no solo cuestiona el papel de los tribunales, sino también propone una orientación judicial hacia el progresismo, sosteniendo doctrinariamente que el derecho constitucional se configura a partir de las interacciones entre la gente y no solo entre los magistrados.

Sobre esa base y, aunque no se posicionó sobre cuál era la materia de la consulta, votó en contra del proyecto y, en consecuencia, se pronunció por la constitucionalidad de la primera.

V

Tocó el turno de la ministra Esquivel Mossa. Para entonces, el proyecto del ministro Aguilar tenía tres votos en contra y se anunciaban el mismo número de votos a favor de la constitucionalidad de una materia, que cada uno había interpretado de manera diferente. La ministra Esquivel hizo lo propio.

¹⁰ Tres de ellas versaban, según determinó la propia SCJN, sobre “el sistema financiero, ingresos, gastos y el Presupuesto de Egresos de la Federación” y otra sobre “materia electoral”.

En la primera parte de su exposición recordó el origen y los cambios constitucionales sobre la materia de la consulta popular en México. En particular, recordó que el 20 de diciembre de 2019, al publicarse la reforma constitucional que adicionó la figura de revocación del mandato, también se modificó la fracción relativa a los límites materiales a la consulta popular especificándose que no pueden ser objeto de la misma “la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte ni las garantías para su protección”.

Tras esa introducción, que también tomó en cuenta la exposición de motivos de las reformas mediante las cuales se introdujo y modificó la figura a la Constitución, advirtió que:

...el Constituyente delineó con precisión cuáles no pueden ser objeto de consulta popular, generando un catálogo cerrado de supuestos en los que no cabe el ejercicio de este derecho ciudadano, pero tampoco es viable hacer alguna interpretación extensiva en perjuicio de la participación ciudadana.

De esta manera, perfiló sus argumentos por la senda de quienes ya habían sostenido que las restricciones materiales a la consulta deben interpretarse de manera rigurosa para permitir la procedencia de esos ejercicios democráticos, salvo en casos de clara inconstitucionalidad.

Acto seguido, desvió sus argumentos hacia la creación en 2015 del Sistema Nacional Anticorrupción que cuenta con un Comité de Participación Ciudadana y concluyó que:

...de la lectura de la solicitud de calificación de constitucionalidad de la materia de la consulta advierto que se trata de la materia de responsabilidad de los servidores públicos para poder actuar en contra de los expresidentes.

Para la ministra Esquivel, entonces, la materia de la consulta era la responsabilidad de los servidores públicos y el combate a la corrupción. Conviene citar textualmente sus razones:

Para llegar a ese convencimiento, considero necesario señalar algo que me parece importante, respecto del compromiso que asumimos todos los servidores públicos al desempeñar cualquier tipo de gestión gubernamental y aún después de que concluimos nuestro encargo, es decir, como exservidores públicos, y que consiste en la aceptación voluntaria a un escrutinio colectivo más exigente del que tendrían otras personas del sector privado.

De esta manera se sumó a la tesis —ya expresada por el ministro presidente— de que “las personas con responsabilidades públicas tienen un umbral distinto de protección que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público”.

Como puede observarse, una vez más, la pregunta apareció sin aparecer como el referente ineludible de la inescrutable argumentación de la ministra. De hecho, para la ministra Esquivel, a diferencia de la ministra Ríos Farjat:

Precisado lo anterior, —en mi opinión— la pregunta que se somete a consulta no puede desmembrarse de las razones que se expusieron para formularla, sino que debe interpretarse en función de los motivos desarrollados en la solicitud, en los cuales se aprecia que responde a expresiones relacionadas con la responsabilidad de los servidores públicos en que pudieran haber incurrido, y esta materia no está prohibida en la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución General.

Es decir que, para la ministra Esquivel, la materia sí se desprende de la pregunta y se trata de la responsabilidad de los servidores públicos. Cabe recordar que ninguno de los tres ministros que —hasta entonces— se separaban del proyecto habían siquiera explorado esa posibilidad. Pero, al hacerlo, al menos la ministra Esquivel sí identificó una materia y la consideró constitucional. Por eso resultó desconcertante que, al votar en contra del proyecto del ministro Aguilar, propuso que:

Se declare constitucional la materia de la consulta y se proceda a examinar y, en su caso, modificar si la pregunta que se formula se ajusta a los requisitos previstos en la Ley Federal de Consulta Popular.

La ministra Esquivel no aclaró por qué sería necesario modificar la pregunta si la materia que se desprende —según su razonamiento— no solo era clara sino, a la vez, constitucional.

VI

La siguiente intervención correspondió al ministro Pérez Dayán quien, después de una breve introducción formal, afirmó que existen “por separado una materia de la consulta y una pregunta que le da eficacia” y que son “dos elementos de un mismo componente”.

Es decir, también para este ministro la pregunta y la materia, aunque no son lo mismo, son indisociables. Por eso, según se desprende de su argumentación, es tan relevante para la SCJN identificar la materia de la que deriva la pregunta. Con sus palabras:

En resumen, la materia es sustantiva y la pregunta es adjetiva o formal, y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde ocuparse de los aspectos jurídicos en este proceso, no de los políticos ni de los ideológicos, simplemente de los jurídico—constitucionales.

Hasta ese punto su exposición identificaba con precisión la responsabilidad jurídica del Tribunal Constitucional del que forma parte. Pero poco más adelante las cosas ya no serían tan claras. Conviene una cita textual aunque sea extensa:

Si este ejercicio solo se practicara a la pregunta, traería como consecuencia un examen sesgado. De tal manera que yo suscribiría de modo absoluto el proyecto muy escrupulosamente elabora-

do por el señor Ministro ponente. Si esto se circunscribiera única y exclusivamente a esa pregunta, pues —como él también— yo considero que la interrogante propuesta arrastra a la materia, volviéndola tendenciosa, inquisitoria, al incluir personas específicas. No está formulada en un lenguaje neutro, contiene juicios de valor y lleva más de un hecho integrado, de manera que no produciría una respuesta única y categórica en sentido positivo o negativo, en suma, sería violatoria de derechos humanos como lo apunta el proyecto; sin embargo, analizando en su contenido objetivo el escrito de petición presentado por el Presidente de la República y despojándolo, desde luego, de la carga ideológica que contiene, coincido en entender que la petición —efectivamente— conduce y reconoce —como lo expresó la Ministra Esquivel— a la materia o género más próximo, que es el de las responsabilidades de los servidores públicos, contenida en el título cuarto constitucional y, bajo ese estándar, no es de aquellas —a mi juicio— que la propia Carta Fundamental excluyó en la base 3a del ya citado artículo 35 y, por tanto, es válida constitucionalmente.

A la mitad del párrafo citado emerge un “sin embargo”, que serviría de sustento para el voto del ministro que también apoyaría la constitucionalidad de la materia. Su breve intervención —en la que expresó que la consulta y su materia le parecían ociosas e innecesarias desde el punto de vista constitucional— fue la que se inclinó con mayor claridad por la modificación de la pregunta. Es importante subrayar el hecho porque el ministro Pérez Dayán también afirmó haber “descubierto” la materia de una pregunta que después, él mismo, propuso modificar.

VII

Llegó el turno del ministro González Alcántara Carrancá, quien comenzó su intervención advirtiendo que su postura coincidía con la del ministro Gutiérrez Ortiz Mena. Su punto de partida fue claro y puntual:

De una lectura conjunta en la exposición de motivos y la pregunta planteada por el ciudadano Presidente de la República, se extraen razones suficientes para considerar que la materia de la consulta consiste en que la ciudadanía determine si las fiscalías y órganos jurisdiccionales competentes deben investigar y perseguir delitos o infracciones presumiblemente cometidos por expresidentes, tal como lo expone el proyecto. Adelantando mi postura, si la materia es así, delimitada, podría coincidir en que la misma resulta inconstitucional.

Acto seguido, planteó un argumento que ya había sido utilizado por otros de sus colegas. A su parecer, la Corte, debe garantizar la constitucionalidad de la materia pero, al mismo tiempo: “...garantizar la efectividad del derecho a ser consultado como un derecho humano que constituye un elemento central en nuestra democracia participativa”.

Sobre esta base propuso una “conceptualización distinta del objeto de la consulta”, con lo que se adentró en el resbaloso terreno de colindancia entre la pregunta y la materia a consultar, y terminó pronunciándose por la pertinencia de reformular a la primera. De hecho, sostuvo que los términos de la pregunta presentada por el presidente la República y la materia que pendía de la misma era inconstitucional.

De esta manera, el ministro González Alcántara parecía ser el primero que apoyaría el proyecto del ministro Aguilar. Conviene citar algunos párrafos de su intervención de manera directa:

Como expresé al inicio de esta presentación, concuerdo con que existen razones suficientes en la exposición de motivos y —ciertamente— en la formulación de la pregunta para considerar que el objeto de la consulta es saber si el pueblo mexicano está de acuerdo o no con que las autoridades competentes investiguen y, en su caso, sancionen penalmente a ciertos funcionarios y expresidentes.

De ser esta la definición de la materia, podría coincidir con la propuesta que presenta el Ministro ponente respecto de su inconstitucional.

...

La pregunta, tal como está planteada, abre la posibilidad de que no se lleve a cabo las investigaciones correspondientes, respaldando con ello la impunidad y quedando sin reparación las violaciones que pudieron haber sido cometidas.

Lo anterior se erige como una restricción al derecho humano de acceso a la justicia efectiva e imparcial y —particularmente— al derecho de las víctimas a ser reparadas en forma integral. Y es por esa razón que la materia de la consulta me parece inconstitucional.

...

Por estas razones, si me obligara por la mayoría en relación con cuál es el objeto de la consulta, coincidiría con que el proyecto en que este es inconstitucional. Es cuanto, Ministro Presidente.

En el aire —y en los mensajes de texto entre quienes seguimos la sesión— quedó la duda sobre si se trataba del primer ministro que se decantaba por la inconstitucionalidad de la materia. La postura del ministro González Alcántara había sido ambigua pero, como muestran los párrafos citados, teniendo la pregunta como ancla, había manifestado con nitidez su desacuerdo con la pretensión presidencial.

Por lo mismo, cuando votó a favor de la constitucionalidad de la materia, generó sorpresa y desconcierto. Sobre todo, como se verá más adelante, por la razón que esgrimió.

VIII

Las decisiones de los tribunales constitucionales son un asunto de votos pero también de argumentos. En el caso que nos ocupa sabemos ya que la votación terminó seis a favor de la constitucionalidad y cinco en contra. Pero las cuestiones que deciden los jueces constitucionales deben sustentarse en normas, razonamientos, interpretaciones convincentes y precedentes.

Hasta ahora he reconstruido las posturas que quienes quedaron en mayoría, porque en ese orden fueron las intervenciones de aquél día en el seno de la Suprema Corte mexicana.

Cuando tomó la palabra el ministro Pardo Rebolledo finalmente emergieron argumentos —pocos y concisos— a favor del proyecto del ministro Aguilar. Para empezar, sin ambages y con claridad, Pardo sostuvo que: “el análisis del objeto de la consulta y la pregunta respectiva se encuentran necesariamente vinculados..., es muy complicado hacer una diferencia en el análisis entre el objeto y la pregunta”.

Sobre esa base, simple y llanamente, el ministro Pardo manifestó estar de acuerdo en lo fundamental con el proyecto presentado por el ministro Aguilar.

Aunque, hacia el final de su participación, realizó una serie de reflexiones sobre la posibilidad de abordar la problemática desde la perspectiva de la figura de la amnistía, al final, manifestó que si el Pleno no adoptaba ese enfoque, él votaría con el proyecto. Con sus palabras:

Si no es así, yo estaría de acuerdo con el proyecto porque tanto la materia de la consulta como la pregunta me parecen interpretados adecuadamente, atendiendo a los antecedentes y a los términos en que se plantearon por parte del Ejecutivo Federal.

La intervención de Pardo fue breve y puntual. Se trató del primer voto a favor del proyecto del ministro Aguilar. Así las cosas, hasta ese momento existían dos votos por la inconstitucionalidad (Aguilar y Pardo), cinco a favor de la constitucionalidad de la materia (Zaldívar, Gutiérrez Ortiz Mena, Ríos Farjat, Esquivel y uno, en principio, incierto (González Alcántara).

IX

A mi juicio, la postura más sólida, contundente y fundada en argumentos constitucionales fue la del ministro Javier Laynez. Desde

que abrió su participación anunció que no compartía ninguno de los argumentos que se habían expuesto antes de su intervención. Para empezar fijó su postura en favor de las consultas populares como expresión de derechos humanos fundamentales. Pero, con claridad, advirtió que en el caso de México el artículo 35 constitucional establece reglas claras y precisas que deben observarse. Una de ellas tiene que ver con la vinculatoriedad de sus resultados. Sobre este punto fue claro y enfático, tomando distancia de la postura expuesta por el ministro presidente. Conviene citar a ministro Laynez:

Desde este punto de vista, y en una primera aproximación, me separo totalmente de la posibilidad de interpretar que la consulta no será vinculatoria a pesar de una participación de más del 40% (cuarenta por ciento), porque las instituciones de procuración no pueden dejar a un lado el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, si esto es así, entonces ya está contestada la pregunta, la consulta, la materia de la consulta es inconstitucional. Por sí sola, mi pregunta estaría siendo contestada.

La consulta popular está regulada en la Constitución precisamente porque tiene consecuencias jurídicas, no podemos señalar que, a pesar de que se cumpla con uno de los requisitos constitucionales, esta no vaya a ser vinculante.

Sus argumentos eran los de un juez constitucional. Sin rodeos y con asideros jurídicos, el ministro Laynez desarrolló el sentido de lo que en el proyecto el ministro Aguilar había llamado “concierto de inconstitucionalidades”. Su razonamiento abrevaba de la Constitución y la Ley de Consulta Popular a las que recurrió y citó puntualmente. Pero, además, construyó su alegato en abierta polémica con quienes lo habían antecedido en la palabra al afirmar que:

Si vamos a considerar, para poder llegar a la conclusión que es constitucional la materia, que no es vinculatoria, porque no puede obligar a las instituciones de procuración, señores pues enton-

ces al artículo, perdón, el inciso tercero de la Constitución pierde todo su sentido. ¿Qué está entonces haciendo la Suprema Corte? Analizando las prohibiciones del inciso tercero, si estas no son vinculatorias; si la consulta popular del artículo 35 no tiene consecuencias jurídicas, entonces, —perdón—, se puede consultar sobre cualquier cosa y sobre cualquier materia, ¿por qué no consultar si no hay efectos vinculatorios sobre los principios del artículo 40? y que la ciudadanía se exprese si en lugar de ser República preferiría ser una monarquía, o por qué no preguntarle sobre los ingresos, los gastos y el presupuesto de egresos, por ejemplo, si debe desaparecer el impuesto sobre la renta y mantener sólo impuestos indirectos.

En tono polémico y de abierto cuestionamiento a los planteamientos que se habían expuesto con anterioridad, el ministro Laynez no divagó en argumentos técnicos e inaccesibles sino que ancló el sentido de su voto en una lógica constitucional simple y puntual. De hecho, advirtió que quería expresarse de manera accesible porque: “... creo que es muy importante que la ciudadanía conozca con claridad cuáles son las razones por las que estimo que esta consulta no debe llevarse a cabo”.

En su exposición también señaló el despropósito constitucional que suponía consultar si las autoridades de procuración de justicia debían realizar las tareas que tienen encomendadas. El ministro Laynez recordó la importancia de que las instituciones encargadas de las investigaciones criminales —en este caso la Fiscalía General de la República— actúen con independencia e imparcialidad y la consulta propuesta colocaría: “bajo la sombra de la sospecha el ejercicio de las facultades de procuración de justicia”.

Además, sin centrar su atención en los expresidentes, expuso las razones por las que la consulta afectaría los derechos de las víctimas y de los ofendidos de los posibles delitos que serían —o no— investigados. También expuso que la consulta violentaría el principio de igualdad —“¿por qué entonces se consulta a los ciu-

dadanos en unos casos sí y en otros no?”— y, finalmente, pondría en vilo la presunción de inocencia.

Citando y cuestionando los argumentos expuestos por el ministro Gutiérrez Ortiz Mena y la ministra Esquivel, el ministro Laynez expuso con soltura el núcleo de su argumento: “la justicia no se consulta porque resulta que afecta los mecanismos protectores de los derechos humanos y los derechos humanos propiamente dichos”.

La premisa vale tanto para la justicia penal, como para la justicia administrativa, dijo. Para finalizar recordó a sus colegas, ministras y ministros, el papel que le corresponde a un Tribunal Constitucional digno de ese nombre. Conviene reproducir esa parte del discurso:

Señoras Ministras, señores Ministros, yo sé que esta no es una decisión fácil y que sé que posiciones como la mía no son populares, es muy probable que una decisión de esta naturaleza, si permaneciera el apoyo al proyecto, no sea apoyada por la mayoría de la población mexicana; sin embargo, los jueces constitucionales no somos nombrados para ser o para ganar popularidad, los Poderes Ejecutivo y Legislativo sí, además de sus competencias y su *expertise* están ahí para recoger y actuar conforme al deseo de las mayorías, nunca el Poder Judicial, nunca las fiscalías.

La Suprema Corte tiene como función esencial salvaguardar la supremacía de la Constitución y garantizar el respeto de los derechos humanos de cada mexicana o mexicano, aún muchas veces contra el deseo de las mayorías.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo órgano de protección de los derechos y libertades de las personas, de la separación de Poderes, de la fortaleza de las instituciones y de la protección de los grupos minoritarios, que muchas veces son minoritarios, endebles y discriminados, precisamente por decisiones de la mayoría.

Así, el sentido de esta decisión no tiene nada que ver —insisto— con que se trate de expresidentes de la República, ni intereses personales, podrían ser seis, siete, diez o cien, eso no avalaría

el que no puede consultarse y que la materia no es constitucionalmente consultable.

En mi punto de vista, —y lo digo con mucho respeto para quienes difieren— este Tribunal Constitucional, como órgano protector de la Constitución, no puede ni debe avalar una consulta cuya materia es contraria a los derechos humanos, insisto, no solamente los expresidentes, sino de todos, y que se afecten las garantías para su protección.

Si la consulta no es eficaz, si su procedimiento es tortuoso, si debido a ello no se ha podido llevar alguna, eso no es imputable a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, eso corresponde resolverlo y reflexionarlo al Constituyente de este país. Muchísimas gracias, Ministro Presidente.

Desconozco lo que pensaron sus colegas al escucharlo, pero sus palabras tuvieron eco en muchos analistas y estudiosos.

X

Tocó su turno al ministro Fernando Franco González Salas quien, con la sobriedad y la concreción que caracterizan a sus intervenciones, en pocas palabras también se decantó por la inconstitucionalidad de la materia. Su argumentación fue simple pero sustantiva:

...estimo que la consulta formulada conlleva la violación y, por consiguiente, la restricción de algunos de esos derechos, en particular, los que deben ser respetados a toda persona en nuestro país, sin excepción, conforme a nuestra Constitución, como son los de presunción de inocencia hasta no ser sentenciado y a un debido proceso para ello. No debe perderse de vista que lo que estamos juzgando ahora es la materia de la consulta que se formuló, esto quiere decir que —en mi opinión— debe analizarse a la luz de la expresión textual que contiene y no de su interpretación.

Vale la pena subrayar el argumento implícito en la última frase: existe una pregunta con texto claro del que se desprende

una materia, y ésta es inconstitucional. Así que, separándose de varias consideraciones del proyecto, votó con el mismo.

XI

La ministra Piña Hernández se inclinó en la misma dirección con argumentos puntuales. De manera simple y con ecos metafóricos recordó a sus colegas que el artículo 35 constitucional está ahí porque así lo decidió el pueblo de México que: “confirió a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la responsabilidad última de vigilar que su voluntad plasmada en la Constitución no sea defraudada”.

Su postura a favor del proyecto y, por ende, por la inconstitucionalidad de la materia, se basó en dos razones puntuales:

la primera, porque se pretende consultar si las víctimas de delitos tienen derecho a que se respeten las garantías de sus derechos humanos, como el derecho a la verdad, el derecho a el acceso a la justicia, a que se castigue al culpable y a la reparación del daño.

Y, en segundo lugar:

Porque se pretende consultar si el Estado debe cumplir con su deber de investigar y perseguir el delito, lo que implica someter a consulta la vigencia de dos derechos, dos principios fundamentales del estado de derecho: la obediencia a la ley y la igualdad de las personas ante ella.

La ministra Piña continuó su razonamiento con argumentos jurídicos pero también de sentido común. Ni la Constitución ni las leyes, según afirmó: “establecen obstáculo alguno para llevar ante la justicia penal a los expresidentes que hubieren cometido algún delito conforme a las leyes ordinarias del derecho penal”.

La tesis de fondo era que procurar justicia es un mandato constitucional que no tiene que ser sometido a ninguna consulta

popular. Pero también, la ministra Piña aprovechó para recordar a sus colegas que:

Nuestra función como Tribunal Constitucional es, en este caso, analizar si la pregunta que se propone a consulta resulta acorde o no con lo establecido en dicho artículo (35 constitucional), y nuestro actuar solo debe obedecer al mandato que el propio pueblo nos otorgó en nuestra Carta Fundamental.

Más adelante rechazó la tesis de que existen consultas vinculantes y “consultas consultivas” y advirtió que: “cambiar la materia propuesta no es maximizar el derecho, sino apropiarse de él.” A la SCJN no le corresponde definir la materia, esa es atribución de quién la propone, sentenció.

Hacia el final, al igual que lo había hecho el ministro Laynez, la ministra Piña, retomó la reflexión sobre el papel de los jueces y tribunales constitucionales. Merece la pena reproducir esa parte del discurso:

La Corte solo ejerce un control constitucional no político respecto de los actores y respecto del debate político que le corresponde a los ciudadanos.

En este sentido —a mi juicio—, es claro que, en este caso, la ley no permite que esta Suprema Corte modifique la materia sobre la que versará la pregunta, pues solo puede hacer modificaciones formales para ajustar la pregunta a la materia propuesta...

Concluyo: mi responsabilidad, hoy, es verificar si la pregunta en cuestión viola la Constitución. Mi obligación constitucional es votar sin perseguir otro objetivo que el cumplir con mi deber. Mi responsabilidad como Ministra de la Suprema Corte es no ceder a más presiones que las que provienen exclusivamente del cumplimiento de mi mandato como jueza constitucional.

Señoras y señores Ministros, estoy convencida que mi responsabilidad es muy clara y consiste —ni más ni menos— en vigilar que se acaten los límites que la Constitución vigente y las leyes marcan para el uso de la consulta popular, como un verdadero instrumento de democracia directa. Muchas gracias.

La ministra Piña no aclaró ni desarrolló su alusión al tema de las “presiones”, pero la mención nos remite a la relevancia que tiene para las democracias constitucionales que las y los jueces no se sometan a la lógica y los intereses de los poderes, y ciñan sus decisiones a lo que establecen la Constitución y las leyes.

XII

Para concluir, después de una breve intervención del ministro ponente, Luis María Aguilar, el ministro presidente realizó una intervención en la que de alguna manera adelantó el sentido del voto del ministro González Alcántara —que, como pudimos constatar, no había sido definido con claridad— y reconoció que la mayoría no había coincidido sobre cuál era la materia de la consulta.

Es decir, supimos que cada quien votaría en un sentido o en otro pero por razones y consideraciones distintas. De hecho, lo que es peor, sobre materias diferentes. Reproduzco la parte del discurso final del ministro presidente Zaldívar:

De las intervenciones que se han formulado hasta este momento, veo que hay una mayoría de Ministros y Ministras que consideran que la materia de la consulta es constitucional, si bien entendida de distinta forma y con argumentos diversos.

Algunos se han manifestado que es un tema de responsabilidad de servidores públicos, otros han dicho de que es un tema de que haya elementos, que se allegue de elementos el Poder Ejecutivo para poder —eventualmente— llevar esto a las autoridades competentes.

El Ministro Pardo habló, incluso, que podría ser un tema de amnistía, y yo hablé que era un tema de política criminal.

Entonces, voy a someter a votación la constitucionalidad de la materia y cada uno puede decir si es constitucional o no, con cualquiera que sean los argumentos que los lleven a esa conclusión.

Después de escucharlo, y de saber que reformularían la pregunta, quedó en el aire un cuestionamiento recurrente: ¿cuál era la

materia de la consulta? Ante esa indeterminación los jueces constitucionales terminarían redactando una pregunta sin materia.

La votación se escuchó así aquel día:

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: La materia es constitucional, en el entendido que no vincula a las autoridades de procuración de justicia, pero sí vincula —necesariamente tiene que vincular— al Ejecutivo.

SEÑOR MINISTRO GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ: Es constitucional porque versa sobre el esclarecimiento de la verdad.

SEÑORA MINISTRA ESQUIVEL MOSSA: Es constitucional por las razones que referí.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: No es constitucional.

SEÑOR MINISTRO AGUILAR MORALES: No es constitucional, es inconstitucional.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: Estoy a favor del proyecto y la propuesta alterna que yo hacía era solo en el sentido que hubiera mayoría en el Pleno por ella. Como advierto que no la hay, estoy con el proyecto.

SEÑORA MINISTRA PIÑA HERNÁNDEZ: Estoy con el proyecto. Haré un voto concurrente. Me voy a apartar de algunas consideraciones y la materia de la pregunta es inconstitucional.

SEÑORA MINISTRA RÍOS FARJAT: Es constitucional por las razones que expresé en mi intervención.

SEÑOR MINISTRO LAYNEZ POTISEK: Con el proyecto, es inconstitucional.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: La materia a consulta es constitucional y pertenece al género de las responsabilidades de los servidores públicos.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE ZALDÍVAR LELO DE LARREA: Es constitucional.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe una mayoría de seis votos en el sentido de que la materia de la consulta es constitucional.

Después de conocer los votos —de los que destaco el del ministro González Alcántara porque se motivó hasta entonces—

se decretó un receso que duró 50 minutos. Al cabo del mismo, reaparecieron las y los jueces constitucionales en la transmisión de aquella inverosímil sesión pública para informar que habían llegado a un acuerdo mayoritario sobre el texto de una pregunta reformulada. El secretario general de acuerdos la dio a conocer a México y al mundo:

¿Estás de acuerdo o no que se lleven a cabo las acciones pertinentes, con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?

Me limito a recoger, en las palabras del propio secretario, la votación mediante la cual se aprobó la intrincada interrogante:

Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe una mayoría de ocho votos a favor de la pregunta; el señor Ministro Franco González Salas, obligado por la mayoría, con reserva de criterio y anuncia voto; el señor Ministro Pardo Rebolledo, también obligado por la mayoría; el señor Ministro Pérez Dayán, con reserva sobre la temporalidad; con voto en contra del señor Ministro Aguilar Morales, de la señora Ministra Piña Hernández y del señor Ministro Laynez Potisek.

La sesión concluyó a las 15:30 horas.

CAPÍTULO TERCERO

Desde el mismo día en que tuvo lugar la votación pública de las y los ministros de la SCJN se desencadenó un acalorado debate público. De hecho, varias personas, estudiosas y analistas, —como fue mi caso— se habían pronunciado sobre el tema, incluso antes de que el ministro Aguilar hiciera público su proyecto.

A continuación, reconstruyo y comento de manera sucinta algunas de las opiniones que cuestionaron la constitucionalidad de la materia o, simplemente, la pertinencia de la consulta. Son textos que pude rescatar de la prensa y de algunos medios electrónicos —en una búsqueda rigurosa, pero que no pretende ser exhaustiva—,¹¹ en los que se muestra una postura crítica de la decisión adoptada.

Como es de suponerse, no todas las opiniones adoptan la misma perspectiva, ni se expresan desde planos de análisis similares. Algunas se basan en argumentos técnicos —sobre todo jurídicos— y otras son opiniones periodísticas que no pretenden analizar el fondo del asunto, sino advertir sus implicaciones simbólicas y políticas.

En la reconstrucción, evito editorializar, pero subrayo algunos énfasis que me parecen importantes. Como he advertido desde el inicio de este trabajo, para el análisis, adopto la perspectiva de la compleja relación entre poder y derecho.

Al realizar citas textuales las entrecomillo y, en ocasiones, solo reproduzco argumentos muy cercanos a lo expresado por los analistas y estudiosos que sirven de referencia. Siempre indico entre paréntesis el nombre de los mismos. Al final del libro ofrez-

¹¹ Agradezco a Carlos Alonso, Dulce Sebastián, Valeria Romero y Ángel Carmona.

co una lista con las fuentes y referencias de las que he obtenido las opiniones.

Cabe advertir que los primeros textos y entrevistas que menciono se hicieron públicas antes del pronunciamiento de la SCJN. En su mayoría, tienen como referentes principales la solicitud de consulta presentada por el presidente López Obrador o el proyecto de resolución elaborado por el ministro ponente, Luis María Aguilar. En ese sentido, sirven para reconstruir un contexto previo a la decisión, y evidencian las expectativas de algunos —me atrevo a decir, la mayoría— de quienes siguieron el caso.

I. OPINIONES EMITIDAS ANTES DE LA RESOLUCIÓN DE LA SCJN

Las objeciones a la solicitud de consulta, en los días previos a la resolución de la Corte, pueden agruparse en ejes temáticos cercanos y coincidentes con los argumentos del proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar. Roberto Lara Chagoyán los agrupa de la siguiente manera:

La imagen que queda al lector después de leer el proyecto es la de un edificio apoyado en cinco gruesos y poderosos pilares, a saber: a) la consulta es contraria al contenido del artículo 35 constitucional, porque se refiere a una restricción de derechos humanos y garantías; b) pone en riesgo los derechos de las víctimas y ofendidos de los delitos; c) vulnera la presunción de inocencia; d) afecta negativamente las funciones constitucionales de procuración e impartición de justicia, así como del debido proceso legal; y e) rompe con el principio de igualdad (Roberto Lara Chagoyán).

Para Lara Chagoyán, lo que decidiría la SCJN, lejos de ser un caso difícil, era:

[un caso] rutinario que se resuelve con un sencillo ejercicio de subsunción bajo el *modus ponens*: 1) Las consultas sobre restriccio-

nes de derechos están constitucionalmente prohibidas; 2) la consulta del presidente López Obrador es una consulta sobre restricción de derechos; por lo tanto; 3) dicha está constitucionalmente prohibida. Un alumno de lógica a nivel preparatoria lo podría resolver sin mayores problemas (Roberto Lara Chagoyán).

Para muchos juristas se trataba de un caso fácil, que no debía ser objeto de mayores controversias entre los ministros y ministras de la SCJN. Salvo algunas contadas voces cuyas opiniones se recogen en el capítulo siguiente, creo que es posible sostener que esa fue la opinión generalizada cuando se conoció el proyecto.

El tema de los derechos y el debido proceso fue retomado por otros analistas. Javier Aparicio, por ejemplo, sostuvo lo siguiente:

si observamos procesos judiciales alejados del debido proceso, no sólo se violarían las garantías individuales de los inculpados, sino, que, además, estaríamos presenciando —una vez más— un uso político del aparato judicial (Javier Aparicio).

Para este mismo autor, “la simple idea de someter a consulta popular un posible juicio a expresidentes —o a cualquier otra persona o servidor público— es contraria al debido proceso señalado en el artículo 20 constitucional” (Javier Aparicio).

A esa misma convicción llegaron Rodrigo Romero y Felipe Neri, quienes se atrevieron a pronosticar un resultado contundente:

Es posible anticipar que la Suprema Corte determinará que es inconstitucional preguntarle a los ciudadanos si desean que los expresidentes sean ‘juzgados’. Según el artículo 35, fracc. VIII, 3o de la Constitución, no podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales de los que México sea parte (como la presunción de inocencia), ni las garantías para su protección (como los derechos inherentes al proceso penal acusatorio) (Rodrigo Romero Sánchez y Felipe Neri Navarez).

Se trata de argumentos jurídicos que se basaban en una lectura de la Constitución, pero tenían como brújula el sentido de la propuesta presidencial. Como si leyendo ambas cosas fuera imposible llegar a una conclusión diferente. La misma convicción se encuentra detrás de esta reflexión de Miguel A. Meza:

La consulta propuesta por el presidente López Obrador es inconstitucional por tantas razones que el ministro Aguilar la califica como un ‘concierto de inconstitucionalidades’. Sin embargo, como también aclara su proyecto, una sola de estas razones sería suficiente para que la solicitud de consulta sea negada por ir en contra del texto constitucional. Por ello, comparto el sentido de su proyecto: la consulta solicitada por el presidente debe ser rechazada porque viola de muchas formas nuestra Constitución (Miguel Alfonso Meza).

Tal vez no se trataba de un proyecto perfecto —me parece que era la tesis de Meza—, pero sí era concluyente. De nuevo, conviene retomar el razonamiento de Lara Chagoyán y la elocuente referencia clásica a la respuesta negativa que da Sócrates a su discípulo Critón cuando le sugiere que escape de la cárcel en lugar de ingerir la cicuta:

La resolución que será analizada y votada próximamente por la Corte es tan sólida y contundente que no deja lugar a posibles subterfugios como los que sugería Critón a Sócrates. Antes que las preferencias políticas, las filias o fobias hacia la figura presidencial, está la obediencia y el sometimiento al orden constitucional. Confiamos en que la Suprema Corte se comporte más como Sócrates que como Critón (Roberto Lara Chagoyán).

Debo confesar que yo pensaba algo muy similar —como consta en el texto que reproduzco en la introducción—, y que no entreví los argumentos en los que podría sustentarse una interpretación opuesta.

En otra tesitura, autores que miraban el caso desde una perspectiva más política que jurídica —como el propio Javier Apari-

cio—, advertían que la propuesta presidencial tenía otros efectos nocivos como poner en jaque la autonomía de la FGR:

...cuando el Presidente propone que juzgar expresidentes sea sometido a consulta, o que depende de su voluntad personal, debilita a una incipiente Fiscalía y, además, va contra su propio mandato constitucional por guardar y hacer guardar las leyes (Javier Aparicio).

Tras esas interpretaciones —me parece— gravitaba una preocupación por el poco aprecio del presidente, y su gobierno, hacia la ley. Además, una preocupación por la presión que había decidido ejercer sobre las y los integrantes de la SCJN. Esa misma era la inquietud, por ejemplo, de Francisco Garfias:

El Presidente ya presiona a los ministros de la SCJN para que no ratifiquen el proyecto que declara inconstitucional la consulta popular sobre el juicio a los expresidentes (Francisco Garfias).

El columnista se refería a las declaraciones que el presidente había realizado en su conferencia matutina, en la víspera de la decisión judicial. El propio Garfias citaba las declaraciones en su colaboración periodística:

No se dejen intimidar. Tomen en cuenta el sentimiento del pueblo. Yo considero que no existe ninguna violación a los derechos humanos [...] no existe violación a derechos humanos ni a garantías, porque, en el caso de que se lleven a cabo estos juicios, los tiene que hacer la autoridad competente en el marco de la legalidad que prevalece, dándole al implicado las garantías de defensa (AMLO, citado en Francisco Garfias).

En efecto, el presidente decidió anticipar con declaraciones políticas la decisión de la SCJN y, podemos suponer que, con ello buscó generar un contexto de exigencia que elevara el costo a los jueces constitucionales, en caso de que decidieran declarar la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.

El desapego presidencial a la legalidad —incluso su menosprecio al instrumental jurídico en general— también fue advertido por otros columnistas que retomaron los argumentos del doctor Jaime Cárdenas al renunciar al Instituto para Devolverle al Pueblo lo Robado. Ese fue el caso de Jorge Fernández Menéndez:

Las declaraciones de Jaime Cárdenas Gracia, luego de su renuncia al Instituto para Devolver al Pueblo lo Robado exhiben con toda claridad el mayor de los conflictos que enfrenta este gobierno: quiere cumplir objetivos sin respetar leyes, procedimientos y normas (Jorge Fernández Menéndez).

Retomo la reflexión del columnista, aunque, prevengo a los lectores que, después de la decisión de la SCJN, fue de las pocas voces que valoraron de manera positiva la decisión (por consideraciones de índole política). Pero lo que me interesa advertir es que, en el ánimo de algunos observadores, gravitaba la preocupación sobre la relación del presidente de la República con la legalidad. Ese también era el caso de Lara Chagoyán:

La consulta popular propuesta por el presidente de la República sobre el posible juicio a los expresidentes de México constituye un claro ejemplo de desprecio a la ley (Roberto Lara Chagoyán).

Pero, quiero subrayar que, hasta ese momento, la preocupación tenía un posible remedio que terminaría siendo un paliativo: la intervención de la corte constitucional para que colocara las cosas en su debido orden y lugar.

II. ARTÍCULOS POSTERIORES A LA RESOLUCIÓN DE LA SCJN

Las opiniones que se reproducen a continuación fueron emitidas una vez que tuvo lugar la sesión de la SCJN, en la que una mayoría de seis jueces constitucionales decretó la constitucionalidad de

la consulta y cambió los términos de la pregunta elaborada por la Presidencia de la República.

En este caso he decidido conjuntar las opiniones por temas, a fin de evidenciar cuáles fueron las principales críticas o preocupaciones suscitadas por la decisión.

Tema 1: División de poderes

Una de las preocupaciones que varios articulistas manifestaron fue la salud de la división y el equilibrio entre los poderes de la República. En un contexto en el que el Presidente López Obrador cuenta con mayorías legislativas en ambas cámaras, ha mostrado tendencias centralistas con las que no duda en embestir a críticos y organizaciones intermediarias —como las ONG de la más diversa naturaleza. Por ello, cobró fuerza la preocupación respecto de controlar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Martín Vivanco, por ejemplo, advirtió lo siguiente:

Lo que presenciamos hoy fue como la Corte se autoadscribió facultades que la Constitución no le da. Tal vez por ser deferente a la voluntad popular, acaso por ser deferente con el presidente López Obrador. Sin embargo, lo cierto es que tenemos al guardián de la Constitución actuando de forma inconstitucional. Lo cual, sobra decir, no es grave, es gravísimo. Sin exagerar: quizá con esta decisión hemos perdido el último contrapeso de nuestro sistema constitucional (Martín Vivanco Lira).

El tema de los contrapesos institucionales y del papel de la SCJN ante los poderes políticos ya había sido objeto de debate público. Meses antes, el propio presidente de la Corte había sostenido que la Corte no era oposición (lo cuál me parece correcto), ni tampoco un contrapeso (lo cuál es, por lo menos, discutible). En todo caso, lo que más preocupaciones despertó fue que la Corte hubiera perdido su autonomía ante el Poder Ejecutivo.

Por ejemplo, en esa dirección, Salvador Camarena advirtió:

Porque en el sexenio de simulaciones que ni Dalí habría deformado tanto, la Suprema Corte de Justicia (es un decir) de la Nación ayer no quiso quedarse afuera del, parafraseemos, concierto de aberraciones que vivimos.

Por mayoría de votos, la Corte renunció a su capacidad de poder autónomo y con tal de no contradecir al señor presidente se inventaron un argumento huisachero: aceptamos la consulta que vulnera derechos, pero para tapar el ojo al macho ayudamos al ‘presi’ cambiando la redacción de la pregunta (Salvador Camarena).

En el mismo sentido se expresaron los redactores de la columna *Arlequín* del Universal:

Que diferencia, ahora sí la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya está entendiendo que en el país está en marcha una transformación, la Cuarta, y se decidieron a entrar de lleno en ella y apoyar al presidente... (Arlequín de *El Universal*).

En ese mismo espacio, se expresó la preocupación puntual en torno a que estuviera en vilo el principio de separación de poderes: “Desde luego que el Presidente, el titular del Ejecutivo, cuenta con la lealtad ciega de su mayoría en el Poder Legislativo, pero faltaba el Poder Judicial” (Arlequín de *El Universal*).

Una buena síntesis de esa misma preocupación, y de su contexto en el México contemporáneo, la expresó en su columna periodística Pascal Beltrán del Río con las siguientes palabras:

Claro, le faltaba el Poder Judicial, cuyos integrantes no los decide la democracia directa. Pero eso no desanimó al Presidente. En una serie de movimientos, logró que la Suprema Corte fuese presidida por el ministro que él deseaba, y luego obtuvo la renuncia de uno de sus integrantes y el nombramiento de otros tres.

Con eso, dejó a la Suprema Corte con un equilibrio a su favor, cosa que se acabó de demostrar ayer...

La decisión resultó sorpresiva porque la enorme mayoría de los expertos constitucionalistas reprobaron la propuesta de consulta desde que ésta se dio a conocer, cosa con la que coincidió el ministro Luis María Aguilar, encargado de elaborar el proyecto que ayer fue sometido a votación en el pleno.

Con ello, López Obrador acabó por doblar a un Poder que aún no se había mostrado como incondicional y se había cuidado de no portarse tan sumiso como la mayoría de los legisladores (Pascal Beltrán del Río).

Como ya he advertido, para algunos columnistas la prueba del desequilibrio entre los poderes a favor del Ejecutivo estaba en las advertencias, insinuaciones y admoniciones que el propio presidente López Obrador había externado los días previos a la decisión de la SCJN, pero la tesis de Pascal Beltrán es diferente. Desde su perspectiva, el presidente, estaba tomando el control de la SCJN mediante renunciaciones, designaciones y apoyos. El argumento es relevante porque desplaza la dimensión jurídica por consideraciones netamente políticas.

Para hacer notar la diferencia y los matices, resulta útil e interesante esta reflexión de Rafael Cardona:

Sometida a presiones visibles desde la semana pasada cuando el ministro Luis María Aguilar presentó su dictamen sobre el ‘concierto de inconstitucionalidad’ con el cual el gobierno arrojó su propaganda consultiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, perdió la noción jurídica de las cosas y en retribución (o búsqueda) de favores políticos, entregó en una charola de plata su autonomía e independencia (Rafael Cardona).

El autor traza la frontera entre política y derecho, si bien no alude a los nombramientos, renunciaciones y (posibles) apoyos, hace expreso el desbalance a favor de la primera.

En un sentido similar nos pronunciamos algunos académicos en un artículo de coautoría. Esta fue parte de nuestra reacción ante la decisión de la SCJN:

Lo primero que habría que decir es que, con esta decisión, se afecta el sistema de pesos y contrapesos. La Suprema Corte es tribunal constitucional, último intérprete de la Constitución, garante de los derechos fundamentales, pero también es árbitro de los conflictos políticos, que tiene que salvaguardar el equilibrio de poderes. Frente a casos políticamente controvertidos, el papel de la Corte no es el de agradar, ni ser populares, sino el de fungir como un órgano que tenga la capacidad de hacer valer los límites que marca la Constitución, por más impopulares que sean. Y, en este sentido, parece evidente que esta decisión mueve el centro de gravedad hacia el Poder Ejecutivo. Los dichos del Presidente en su conferencia de prensa mañanera, un día después de lo decidido, hablan por sí solos (Juan Jesús Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Pla, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte).

Dos de estos autores, en otro artículo, centraron su opinión en el papel de la SCJN como contrapeso institucional:

Frente a todo pronóstico, ayer la Suprema Corte puso de manifiesto una tristísima realidad: no tenemos un tribunal constitucional, sino una oficialía que valida los anhelos de un presidente tan poderoso como caprichoso.

La Corte renunció así a su función de contrapeso, y de paso se convirtió en el nuevo tribunal de las tres mentiras. Hoy podemos decir que no es ni Corte, ni Suprema, ni de Justicia. Tenemos, en cambio, una Oficialía de Gestiones Presidenciales (Juan Jesús Garza Onofre y Javier Martín Reyes).

También Luis Rubio reflexionó sobre la importancia de la autonomía de la SCJN y, al hacerlo, reflejó el impacto que —desde su perspectiva— tuvo la decisión sobre la imagen pública del propio Tribunal Constitucional:

En un sistema de poderes divididos, la Suprema Corte constituía el único poder capaz de evitar la consolidación de una dictadura. Lamentablemente, la Corte se quedó corta.

Cuando un poder dotado de semejantes facultades abdica su responsabilidad, le falla a la sociedad y abre la puerta a cualquier tropelía que pudieran querer avanzar los otros poderes. En nuestro caso, con un ejecutivo que domina al poder legislativo y lo subordina a sus intereses y preferencias de manera rutinaria, la Corte era el único reducto que le quedaba a la ciudadanía como fuente de protección constitucional. Con su decisión de endosar la consulta para procesar judicialmente a los expresidentes, la Corte cedió, se doblegó y perdió toda credibilidad (Luis Rubio).

Más allá de las hipérboles y conclusiones categóricas que conlleva la opinión periodística, la opinión de Rubio permite entrever la veta más costosa desde la perspectiva política de la decisión judicial. Me refiero a la credibilidad y legitimidad del Tribunal Constitucional.

También Carlos Elizondo, citando a Madison, advirtió lo siguiente:

‘La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía’. Son palabras de James Madison, uno de los redactores de la Constitución de Estados Unidos.

Nuestro Congreso ya responde a casi todos los deseos de AMLO. El miércoles pasado AMLO, tras criticar a la Suprema Corte por haber impedido la democracia directa en el pasado, le advirtió: ‘Entonces, ¿vamos a seguir con lo mismo? Yo me deslindo y que cada poder asuma su responsabilidad [...]’.

La Corte tiene pendientes 17 acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales en la congeladora. Puede decidir conforme a derecho y mostrar que sigue siendo independiente (Carlos Elizondo Mayer-Serra).

De nueva cuenta, en su opinión emerge la preocupación por la situación en la que ya se encontraba la relación del Poder Le-

gislativo ante el Poder Ejecutivo, pero hay una crítica adicional hacia la SCJN que es muy relevante. Elizondo no se limita al caso de la consulta, sino que advierte que el Tribunal Constitucional llevaba tiempo siendo omiso para entrar al estudio de algunas acciones jurídicas en contra de otros actos —decretos, acuerdos— del Poder Ejecutivo, así como de piezas legislativas impulsadas desde la mayoría en el Congreso de la Unión.

Esa omisión puede ser peor que la sumisión ante la voluntad presidencial en un caso concreto, porque deja a los promotores —y, en general, a la ciudadanía— en total estado de indefensión. Piénsese, por ejemplo, en el silencio que ha prevalecido durante meses —uso ese tiempo verbal porque al escribir estas líneas dicho silencio prevalece— en el caso de la controversia constitucional presentada por la presidenta de la Cámara de Diputados, en contra del acuerdo presidencial mediante el que se decidió la militarización de la seguridad pública durante todo el sexenio del presidente López Obrador.¹²

Por su parte, Juan Carlos López Aceves retomó una interrogante del juez Breyer en su libro *Cómo hacer funcionar nuestra democracia* (2017), prologado por el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena: “¿Qué tanta deferencia debe tener en sus resoluciones el Poder Judicial, con los asuntos del Poder Ejecutivo?” y él mismo respondió aludiendo —como otros de los autores— al tema de la personalización del poder: “La SCJN debe ser un valladar insumiso y contrapeso efectivo frente al poder presidencial, que tiende a concentrarse y personificarse en los regímenes populistas como el de la 4T” (Juan Carlos López Aceves).

Aceves se refiere a la personalización en sede del Poder Ejecutivo, pero también se expresaron preocupaciones sobre el desempeño y el papel realizado por el presidente de la SCJN. Una de las plumas más críticas a la decisión fue la de Jesús Silva Herzog Márquez, quien puso el reflector sobre la figura del ministro presidente:

¹² Casar, María Amparo y López Noriega, Saúl (coords.), *Los pendientes de la Suprema Corte*, México, Ediciones Cal y Arena, 2021.

La discusión sobre la constitucionalidad de la consulta popular para enjuiciar a los expresidentes puso a prueba la independencia, la lucidez y el decoro de la Suprema Corte de Justicia. No salió airosa de ninguna de ellas. Tres fracasos de un tribunal que se muestra sumiso, enredado e indigno.

La argumentación del ministro Zaldívar fue una lúcida defensa de la subordinación. La inteligencia puesta al servicio de la obsecuencia. El juez concibe a la Corte como un acompañante del proyecto del presidente López Obrador. Lo dijo con todas sus letras poco después de la elección del 18: los jueces debemos escuchar el mensaje de las urnas. Lo defendió el jueves pasado con su voto. El juez caminando tras la pista del gobernante. Que las formalidades de la ley no estorben la marcha de la Justicia (Jesús Silva Herzog).

Esa misma línea de argumentos adoptó José Miguel Alcántara Soriano:

Es exigible en quienes desempeñan un cargo público de juez —y más presidente de la Corte—, considerar que por encima de filias y fobias políticas, y de tesis ideológicas, hay un marco normativo ético-jurídico obligatorio en los garantes de la Constitución y los derechos humanos, por lo que deben sub-optimizar su ideología personal. Hoy la Corte hace política, y el presidente pretende impartir justicia (José Miguel Alcántara Soriano).

De nuevo el argumento de la politización de la justicia aparece en esta opinión y lo hace en sus posibles vertientes: la politización de la justicia y la judicialización de la política. Es decir, los jueces haciendo política y los políticos entremetiéndose en las decisiones judiciales.

También Ma. Amparo Casar centró sus críticas, y preocupaciones, en una parte de la intervención del presidente Zaldívar:

Los efectos de la sorpresiva —al menos para mí— decisión, tomada por mayoría en la Corte, durarán por muchas décadas. Los ministros y ministras que votaron en favor de la consulta popular

le han dado una vuelta de tuerca al proceso de desinstitucionalización de la democracia representativa, ésa plasmada en el artículo 40 de la Constitución como forma de gobierno: ‘Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal...’.

En algún momento el presidente de la SCJN dijo: ‘El Poder revisor de la Constitución diseñó un instrumento que puede ser concebido como una válvula de escape frente al descontento popular dirigido a generar una mayor participación social y, con ello, mayor legitimidad del sistema político’ y que no le corresponde a la Corte ‘ser una puerta cerrada, sino el puente... para consolidar una democracia más plural, más abierta, más incluyente, más accesible y más efectiva’. No conocía esa función de la Corte y no la encuentro en ningún precepto constitucional del Capítulo IV dedicado al Poder Judicial.

Cuarto, la Corte no sólo reformuló la pregunta de la consulta, sino también su materia. Estamos, entonces, frente a una nueva y auto otorgada facultad de la SCJN. No se consultará sobre los expresidentes, sino sobre todos los actores políticos y todas sus decisiones en todos los años para todas las víctimas (María Amparo Casar).

Resulta interesante y agudo el argumento planteado por Casar sobre el carácter pretoriano de algunas de las decisiones adoptadas en ese día. El argumento reaparecerá más adelante cuando se recojan las opiniones sobre la decisión de la Corte de modificar la pregunta, pero el filo de Casar reside en su objeción a la manipulación del tema de la materia de la consulta. Esa línea argumentativa ya se vislumbra en la siguiente crítica —también centrada en el ministro presidente Zaldívar— de Luis de la Barrera:

La Suprema Corte de Justicia claudicó en su misión de tribunal de control constitucional y contrapeso del Poder Ejecutivo, misión indispensable y de la más alta relevancia en un régimen democrático.

Capturados el Poder Legislativo federal y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Suprema Corte era ya el único bastión contra el autoritarismo de un Presidente de la República que pretende que todo lo público se someta a sus designios y anatematiza cualquier crítica a sus medidas.

Los planteamientos del presidente de la Corte, Arturo Zaldívar, para defender la constitucionalidad de la consulta popular propuesta por el Presidente de la República son insostenibles jurídicamente.

Lo sabían al momento de votar los seis ministros de la Corte que aprobaron por mayoría apretadísima (6-5) la consulta. Su deber era, entonces, declararla inconstitucional sin más. En vez de eso, cambiaron la pregunta de tal manera que lo que se estará consultando es algo totalmente diferente de lo que se sometió a su consideración. La pregunta que se les envió sufrió una metamorfosis que la distorsionó como los espejos deformantes de las ferias.

El presidente de la Corte ha pretendido justificar la maniobra señalando que en la nueva pregunta ya no se mencionan nombres ni se habla de procedimientos penales, sino de actores políticos, decisiones políticas y esclarecimiento de los hechos, pero en la mente de todos los votantes —y en la del Presidente de la República!— estará presente que el propósito de la consulta es la pretensión de juzgar a los expresidentes, por lo que el resultado de la votación podrá interpretarse en ese sentido para ‘legitimar’ la persecución (Luis de la Barreda Solórzano).

El uso político de la decisión que subraya De la Barreda, también fue otro argumento de Salvador Camarena para cuestionar la decisión:

Al atropello a la Constitución, sin embargo, hay que añadir la irresponsabilidad de una mayoría de ministros que entregaron al presidente de la República un instrumento político con el que manipulará no sólo las elecciones venideras, sino lo que en última instancia les tocaba resguardar: la justicia (Salvador Camarena).

Una preocupación similar condujo a Luis Carlos Ugalde y a Paulina Creuheras hacia la siguiente conclusión:

La Corte existe para defender la Constitución aquí y ahora, no para hacer cálculos políticos de cómo defenderla en el futuro. Cuando cedes hoy, cedes mañana. No solo es un asunto de legalidad, también es un asunto de contrapesos políticos —la Corte es la última aduana para evitar el abuso de los poderes públicos. Y hay algo que ha pasado desapercibido: la exhibición de servilismo es un mal ejemplo. Cientos de magistrados y jueces federales y locales se sentirán desamparados sin la guía moral y el respaldo institucional de un Tribunal Constitucional que renunció a su responsabilidad no solo legal, sino democrática y republicana. Si su máximo referente claudicó, ¿por qué ellos habrían de dar la batalla?

Retomo para cerrar este apartado la última preocupación manifestada por Ugalde y Creuheras. En este texto se ha centrado la atención, sobre todo, en la Suprema Corte en sus vestes de Tribunal Constitucional. Pero no debe olvidarse su rol como Tribunal Supremo y, en esa dimensión, su liderazgo jurisdiccional e institucional ante magistradas/magistrados y jueces/juezas. El principio de imparcialidad depende de la actuación de cada uno de ellos/ellas. De ahí que sea tan importante el ejemplo que reciben de los once integrantes de la SCJN. A la luz de su *expertise* jurídica saben bien cuando, en las decisiones de ésta última, prima el poder sobre el derecho.

Tema 2: Poder y derecho

En un interesante artículo sobre este caso, en el que retoma los precedentes en los que la Corte se había pronunciado sobre otras solicitudes de consultas populares, y centra su atención en los argumentos esgrimidos por el entonces ministro Arturo Zaldívar, Carlos R. Asúnsolo Morales sostiene lo siguiente:

Los jueces son malos meteorólogos políticos. La frase corresponde a Stephen Breyer, juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en referencia a que el trabajo de los jueces constitucionales debe realizarse sobre una base jurídica sólida y su consideración por los derechos y la democracia, y no tanto sobre cálculos políticos.

Dicho esto, nadie puede negar el papel que las cortes constitucionales tienen como contrapeso institucional encargado de hacer valer las reglas democráticas y proteger los derechos de las personas. No se trata de negar la dimensión política del tribunal, sino de entender que precisamente el derecho es su mejor herramienta para intervenir en dicha realidad (Carlos R. Asúnsolo Morales).

En efecto, como he argumentado en el primer capítulo de este libro, la fuerza de las cortes pende de su compromiso con el derecho vigente. Cuando se trata de cortes constitucionales es inevitable que muchas de sus decisiones tengan una dimensión política, pero la legitimidad de éstas, y en última instancia de las cortes mismas, dependerá de que se apeguen a las normas y a sus propios precedentes. Asúnsolo nos recuerda que los tribunales pueden cambiar de criterio pero, con sus palabras:

...el abandono de un precedente o cambio de criterio debe estar plenamente justificado y debidamente argumentado. De no hacerlo, se corre el riesgo no sólo de caer en incongruencias, sino de contribuir a la incertidumbre y minar la confianza en la función judicial.

Un juez que abandona decisiones previas sin una justificación razonable, da lugar a sospechar que son los intereses políticos, y no el derecho, los que determinan el resultado de los casos (Carlos R. Asúnsolo Morales).

Esa sospecha se despertó en muchos de los críticos a la decisión de la SCJN. Tal es el caso, por ejemplo, de Salvador Camarena quien escribió lo siguiente:

Y, finalmente, la consulta sobre procesar a los expresidentes no será una consulta sobre eso. Será un arma propagandística del régimen, una aberración jurídica, una oportunidad perdida, pero no una consulta (Camarena).

Algo similar sostuvo Miguel Alfonso Meza. En un texto sólido y bien construido, alude a la función de las cortes como actores contramayoritarios que deben ceñirse a la Constitución para no perder el rumbo. Para ilustrar el argumento, recurrió a la metáfora recurrente en la literatura jurídica sobre Ulises atado al mástil —en este caso del derecho— para no seguir el canto de las sirenas. Con sus palabras:

La decisión de la Corte no se puede explicar con razones jurídicas, sino políticas, como reconoció inesperadamente el mismo ministro Arturo Zaldívar en la discusión. Estas razones políticas deben entenderse como una sola cosa: la intención de complacer a la actual mayoría política y evitar confrontaciones, sin importar que se viole nuestra Constitución y distintos derechos humanos...

Tal vez el punto más preocupante de la decisión de la SCJN no está en sus argumentos carentes de lógica jurídica o en su deformación de la consulta popular, sino en un cambio mucho más profundo a nuestra vida pública: la transformación de la Suprema Corte hacia un tribunal político

Sin embargo, la Corte parece haber renunciado, al menos parcialmente, a sujetar a la mayoría y prevenirla contra sus propias decisiones.

De esta forma, la Suprema Corte abandonó explícitamente, por lo menos cuando se trate de consultas populares, su obligación de sujetar a la política dentro de los límites de la Constitución, abandonando su labor de juzgar y resolver conflictos aplicando el Derecho, y entrando en el juego del cálculo político y los deseos mayoritarios (Miguel Alfonso Meza).

Obviamente, para algunos de los columnistas que comparaban esa preocupación, el factor determinante para inclinar la

balanza hacia el lado del poder, fue la voluntad del presidente de la República y su presión sobre la SCJN. Esa es la tesis, por ejemplo, de José Buendía:

Las votaciones en el Congreso y en la Corte dejan ver una exhibición de poder del presidente López Obrador. En un derroche de poder, sus palabras se han vuelto política pública. Las leyes, la jurisprudencia y la política se confeccionan desde Palacio Nacional con su discurso y el inmenso recurso del control de las cámaras, lo que a su vez le permite extender influencia al poder judicial. La alineación de la Cámara de Diputados y del máximo tribunal constitucional con su proyecto es una muestra clara del uso de todos los mecanismos a su alcance para consolidar el ejercicio del mando fuerte que le dieron las urnas (José Buendía Hegewish).

En el mismo sentido, Carlos Elizondo subrayó el potencial beneficio político que la decisión de la Corte abonaría al proyecto político del presidente:

AMLO se encargará de hacerles a los mexicanos la pregunta que los ministros desecharon. Tendrá su ansiada propaganda electoral, a un costo de 8 mil millones de pesos (Carlos Elizondo Mayer-Serra).

El monto referido provenía de un cálculo estimado por un consejero del Instituto Nacional Electoral, lo que agregó otra dimensión al debate que no analizaré en este trabajo, pero que no deja de ser relevante: la fecha y el costo de la consulta.

También Leo Zuckermann se inclinó por la tesis de que la SCJN —o, para ser precisos, la mayoría de las y los ministros— se alineó con la voluntad presidencial:

Lo que vimos el jueves pasado es una maniobra política de la Corte. No interpretaron la Constitución, sino que hicieron una chicana para quedar bien con AMLO.

Algunos ministros entraron ahí para seguir las instrucciones presidenciales. Otros simplemente le tienen pavor al Presidente. No es gratuito. AMLO tiene mucho poder para doblarlos (Leo Zuckermann).

El argumento merece subrayarse porque este autor no supone que exista, necesariamente, una afinidad ideológica de la mayoría de ministros con el proyecto del presidente, sino temor a su poder. En otros casos, los argumentos simplemente se centraron en la dimensión política de la decisión y en la deriva populista que, a juicio de algunos, estaría detrás de la consulta. Es el caso de Crespo y Gabriel Quadri:

No se requiere ser genio para saber que la consulta promovida por el presidente López Obrador tiene menos que ver con la democracia participativa o la justicia, que con su uso político-electoral (José Antonio Crespo).

Destaca la captura de la Suprema Corte de Justicia, ahora aquiescente a los caprichos demagógicos del presidente, dispuesta a atropellar derechos humanos y a acceder a la caricaturización de la justicia a través de consultas populares, todo, con finalidades de propaganda electoral. Le sigue la captura del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que ahora otorga el registro sólo a partidos satélites del gobierno, mismo que niega a partidos de oposición. “Los signos de una dictadura populista son incontrovertibles”. No hay peor ceguera que la que deliberadamente no quiere ver (Gabriel Quadri de la Torre).

En el mismo sentido, y en abierta respuesta a otros —pocos— columnistas que habían celebrado la decisión como si se tratara de una inteligente y hábil maniobra de la mayoría de la SCJN —en particular, como se verá en el siguiente capítulo, Enrique Quintana—, Jesús Silva Herzog volvió centrar sus críticas en la figura del ministro Zaldívar:

La Corte debe ser otro agente político y no un mero defensor de la constitucionalidad. Los argumentos del ministro (Zaldívar)

aplican un ligero barniz jurídico a la retórica lopezobradorista... Cuando el juez constitucional habla con la misma voz que usan los políticos, cuando permite que su lenguaje sea secuestrado por la retórica del palacio y de la plaza, cuando es incapaz de aportar la palabra del derecho, su intervención más que trivial, es nociva.

Para respaldar al Ejecutivo, la mayoría de los ministros decidió servir de intérprete, no de la Constitución, sino de la intención del Presidente... No veo habilidad política ni mucho menos inteligencia en la salida política de los jueces (Jesús Silva Herzog).

El artículo aludido de Enrique Quintana será comentado en el apartado siguiente, en el cual se estudiarán las opiniones a favor de la decisión de la Corte, pero es importante advertir desde ahora que, aun en caso de que esa interpretación y no la de Silva Herzog fuera la adecuada, estaríamos en un terreno propio de la política y no en el del derecho. Es decir, celebraríamos la decisión porque fue políticamente astuta y no por ser jurídicamente sólida. Esta observación también está presente en la siguiente reflexión de Enrique Rodríguez:

Es emocionante observar que un órgano colegiado de gran jerarquía, argumente, discuta y reflexione. Es triste que en sus deliberaciones se impongan los criterios políticos sobre la claridad y certeza del derecho. Los integrantes del pleno de la Suprema Corte de Justicia han definido el calibre de su dignidad ante el poder presidencial y de eso sólo ellas y ellos son responsables ante el país para asumir las consecuencias de sus votos.

Los ministros Arturo Zaldívar, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Alberto Pérez Dayán serán responsables ante el país y la historia por aceptar el populismo penal del Presidente Andrés Manuel López Obrador. Yasmín Esquivel, Margarita Ríos Farjat y Juan Luis González Alcántara Carrancá simplemente le cumplieron a quien les facilitó la toga y así confirmaron lealtad al Ejecutivo Federal en detrimento de su independencia. Las presiones y mensajes desde el púlpito de Palacio Nacional surtieron efecto en la mayoría que validó una intención política a costa de la credibilidad del Poder Judicial de la Federación.

Difiero con absoluto respeto de quienes opinan que el Máximo Tribunal fue pragmático y salvó su estabilidad para no confrontarse con AMLO, el Consejero Jurídico de la Presidencia hizo bien su trabajo.

El daño está hecho, la Corte dejó de ser suprema, su imagen quedó afectada de forma irreversible, perdió México (Enrique Rodríguez).

La mención y distinción en dos grupos entre los ministros y ministras que votaron a favor de la constitucionalidad de la materia de la consulta merece una mención. Rodríguez supone que el voto de tres de ellos se explica en todo, o en parte, porque fueron designados durante el mandato del presidente López Obrador. Es decir, en el fondo del argumento subyace la tesis de la captura de la SCJN por parte del Poder Ejecutivo.

Pamela San Martín y Ana Lorena Delgadillo también consideran que la “Corte politizó la justicia argumentando una falsa ampliación de derechos”, y manda un mensaje peligroso: “la justicia se negocia, es lo que la gente vote y no lo que resulte de aplicar la ley” (Pamela San Martín y Ana Lorena Delgadillo).

Para otros, como Diego Romo Rivero, lo que hizo la Corte fue una suerte de “mutación constitucional” porque para decidir lo que decidió tuvo que trastocar —más allá de interpretar— el texto de la constitución. Con sus palabras:

En este caso, me parece que el ministro presidente Arturo Zaldívar ha pretendido unificar la lógica del devenir político actual con la lógica constitucional, a través de una interpretación constitucional que bien podría calificarse de *mutación* constitucional... consistente en la creación (por interpretación) de *otro* tipo de consulta popular además de la prevista en el texto, en la cual el resultado de la consulta en ningún caso puede ser vinculante para las autoridades, aun y cuando se cumpla el requisito de participación mínima (Diego Romo Rivero).

Según este autor, la teoría que está detrás de esa estrategia es el llamado constitucionalismo transformador que:

...fue introducido por primera vez en 1997 por el académico norteamericano Karl Klare, para quien el poder judicial es una rama de creación del derecho en sociedades democráticas, puesto que los jueces nunca están del todo atados de manos por los materiales jurídicos que tienen a su disposición para resolver (Diego Romo Rivero).

Más allá del tino de la vinculación entre esa teoría y la decisión de la SCJN, lo que me interesa advertir es que, si se concede que Romo tiene razón, se estaría aceptando que es válido que sean las razones del poder y no las del derecho las que determinan las decisiones de los tribunales constitucionales.

En síntesis, para muchos críticos de la decisión de la SCJN, “lo que vimos fue al Poder Judicial tratar de legitimar las decisiones del Presidente” (Azul Etcheverry).

Tema 3. Sobre la mayoría

Conocemos el duro juicio de Enrique Rodríguez sobre la postura de la mayoría. También algunas opiniones —como las de Jesús Silva Herzog Márquez— que centraron sus críticas en la postura del ministro presidente. A continuación se retoman otras opiniones que centraron sus argumentos en cuestionar a los ministros que determinaron la constitucionalidad de la materia de la consulta.

Por ejemplo, Juan Pablo Becerra subrayó con desconcierto el hecho de que el presidente se posicionara antes que sus pares:

El ministro presidente, Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea, que argumentó primero en la Corte, parecía que pretendía intimidar a sus pares, imponerles la línea del Sr. Presidente, que durante dos días los presionó públicamente, como jamás lo había hecho el más insolente de los expresidentes mexicanos que usted pueda recordar. Evoqué las peores épocas de abyección del Poder Judicial ante los manotazos presidenciales priistas.

No es popular llevarle la contra al Presidente pero los ministros no son nombrados para ganar popularidad sino para ser garantes y resistir presiones, incluso de la opinión mayoritaria de la gente. Lo que hicieron esos seis ministros en términos de sumisión y miedo sienta un pésimo precedente (Juan Pablo Becerra-Acosta).

El argumento del miedo como causa de la sumisión, y lo inólito que resultó para algunos el orden en el que se posicionaron los ministros también fue señalado por Sergio Sarmiento:

Sorprende que seis ministros de la Corte avalaron esta simulación de justicia, que no es otra cosa que la legalización del linchamiento. Quizá se entiende. El presidente López Obrador los fustigó constantemente desde su púlpito. El propio Arturo Zaldívar, presidente de la Corte, que por tradición vota al final de las sesiones del pleno para eliminar empates sin influir sobre sus colegas, lo hizo desde el principio. El propósito era marcar una línea a los ministros (Sergio Sarmiento).

José Woldenberg también aludió al temor como posible causa de las dos decisiones —la declaratoria de constitucionalidad y la reformulación de la pregunta— que él mismo llamaría deshonrosas:

Amedrentados quizá, serviles sin duda, seis de los ministros y ministras fueron incapaces de apuntalar la independencia del Poder Judicial y de aparecer como un ancla de legalidad en el turbulento escenario de la política y cedieron al deseo presidencial declarando constitucional una pretensión ominosa en sí misma, que construye un precedente aún más preocupante. Bastaría revisar las intervenciones de los seis para detectar las piruetas discursivas y por cierto no afinadas entre ellas (más bien un coro disonante) (José Woldenberg).

También Garza Onofre y Martín Reyes centraron parte de sus argumentos y objeciones en la postura y estrategia del presidente Zaldívar:

A la Corte le urgía hablar con una sola voz. Optó, por el contrario, por la indeterminación y la confusión, mostrando que está muy lejos de funcionar adecuadamente como cuerpo colegiado. La actuación del presidente Zaldívar fue bochornosa. Estructuró la discusión a conveniencia, fue el primero en hablar después del ponente (algo atípico para un presidente), manipuló la votación y generó un falso consenso sobre una nueva pregunta que apareció por generación espontánea.

Pero seis ministros, incluido Zaldívar, torturaron el texto de la pregunta de López Obrador hasta hacerla decir lo que no dice. Cada uno creó su fantasía constitucional (Juan Jesús Garza Onofre y Javier Martín Reyes).

Junto con esos autores, Issa Luna Pla, Sergio López Ayllón y el que escribe, abundamos en el argumento final del texto recién citado, colocando nuestra mirada en la forma en la que se construyó la votación mayoritaria:

...las seis ministras y ministros que votaron en contra del proyecto de Aguilar ‘discreparon de sus discrepancias’. En sus intervenciones expusieron argumentos tan variopintos como diversos. Se alegó, por ejemplo, que no todas las consultas son vinculantes (a pesar de lo que expresamente dice la Constitución). O que, por ejemplo, la política criminal del Estado debía tomar en cuenta los sentimientos de justicia de la ciudadanía para no perder su legitimidad. O que la materia de la consulta no tenía que ver con sanciones penales sino con responsabilidades administrativas (a pesar de que el texto de la pregunta mencionaba explícitamente la ‘presunta comisión de delitos’).

Así, el entendimiento de la materia de la consulta incluyó desde la amnistía y la búsqueda de la verdad, hasta las responsabilidades administrativas y las facultades discrecionales del Ejecutivo, pasando por la política criminal y el combate a la corrupción. Hubo, pues, de chile, de dulce y de manteca. A pesar de las profundas divergencias en las razones, hubo una lógica común: los seis ministros coincidieron que la materia de la consulta era constitucional, jaunque algunos lo condicionaron a reconstruir la ma-

teria! (Juan Jesús Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Pla, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte).

En un sentido similar se expresó Armando Salinas:

(El Presidente de la República) Amenazó y sometió a sus órdenes a la Suprema Corte y, aun así, a nadie dejó satisfecho el resultado, remiendos institucionales del traje ordenado.

Lamentablemente, seis ministros del más alto tribunal de nuestro país decidieron darle al Poder Ejecutivo Federal lo que consideraron una respuesta políticamente correcta, a pesar de que dejaran en el camino la dignidad del cargo para el cual fueron nombrados.

Con los argumentos expuestos en la sesión, la votación emitida, y la reformulación de la pregunta de la consulta popular, los ministros, que, supuestamente ganaron, perdieron la poca legitimidad que se había tratado de conseguir en las últimas décadas y terminaron con uno de los peores absurdos de la historia en nuestro país (Armando Salinas Torre).

Con un tono similar, Alejandro Echegaray sostuvo que:

El primero de octubre quedará marcado de manera indeleble en la memoria de los mexicanos. Será un día que vivirá en la ignominia por la actitud abyecta de seis de los once ministros que conforman la Suprema Corte de la Nación (Alejandro Echegaray).

Leo Zuckermann, apuntando su opinión también hacia la mayoría, retomó la tesis de la utilidad política que el presidente de la República daría a la consulta autorizada:

Lo increíble es que una mayoría de ministros de la SCJN haya validado esta maniobra electoral. Que haya privilegiado consideraciones políticas que la defensa del Estado de derecho.

Perfecto. Pero ganó una mayoría que presentó argumentos similares para darle al Presidente su consulta (Leo Zuckermann).

El punto que ahora me interesa subrayar es, que estas opiniones, están centradas en la dinámica a través de la cual se conformó la mayoría. Al respecto, en un tono más periodístico y coloquial, Luis Cárdenas escribió:

Aunque, como argumentación jurídica evoca a los grandes trapezistas del circo más estrambótico, considero que deja mucho que desear la postura del ministro presidente y de sus compañeros, que hicieron tremenda maroma para imaginarse constitucional el sambenito y el capirote.

Tan pequeños, tan nimios y tan débiles ante el embate institucional, prefirieron dar a luz un arlequín jurídico de palacio, chistoso y barato, que comportarse a la altura de su investidura.

Poco a poco todos terminan genuflexos ante el país de un solo hombre... (Luis Cárdenas).

La síntesis de todo lo anterior queda —me parece— encapsulada en la siguiente cita de un artículo de Salvador Camarena:

Al atropello a la Constitución, sin embargo, hay que añadir la irresponsabilidad de una mayoría de ministros que entregaron al presidente de la República un instrumento político con el que manipulará no sólo las elecciones venideras, sino lo que en última instancia les tocaba resguardar: la justicia.

La votación de la semana pasada en la Corte, que con voto dividido aprobó una consulta que nadie sino seis ministros —con endeble justificaciones— consideraron constitucional, tendrá consecuencias serias, pero de eso no podemos culpar a López Obrador, sino a Zaldívar.

Porque el macarrónico argumento del presidente de la Corte de que había que atender algo más que la Constitución para revisar la petición de López Obrador, ha dado por resultado que le regalaran al tabasqueño la redacción de una pregunta que puede ser usada para todo, mas no necesariamente para avanzar en la justicia.

Claro, habrá quien culpe de todo este garlito al Ejecutivo. Sin duda éste intentó la jugada, pero fue la incapacidad de ministros

como Zaldívar, de ser quienes en el pasado fueron, lo que abrió de par en par a Andrés Manuel la portería (Salvador Camarena).

Fue así como el presidente de la Suprema Corte —por su posicionamiento y por su protagonismo aquél día—, y cinco de sus pares, fueron el centro de duras críticas que pueden mermar la legitimidad del máximo tribunal. Esa fue la advertencia de José Woldenberg con la que cierro este apartado:

El prestigio y la confianza se construyen en un muy lento y complicado proceso. En el caso de la Corte son fruto de la consistencia y del apego a la Constitución. Por desgracia se pierden en un mal día (José Woldenberg).

Tema 4. Sobre la minoría

También se publicaron algunas opiniones que destacaron y reconocieron los argumentos, y la postura, de la y los ministros que quedaron en minoría. Por ejemplo, Miguel Alfonso Meza retomó el tema de la valentía como atributo necesario para votar como votaron, y resaltó la postura del ministro Laynez y la ministra Piña. Estas fueron algunas de sus tesis:

...los votos de estos ministros no solo son un ejemplo de ética e independencia judicial: también son un acto de valentía.

Entre ellos, el ministro Laynez asumió el papel que todas las democracias necesitan cuando una mayoría intenta pisotear a la minoría: el de un *juez constitucional* que defiende derechos humanos y resiste a los *jueces políticos*, quienes deciden sumarse al estruendo popular en lugar de contenerlo. Aunque no estuvo solo, su participación, junto con la de la ministra Piña, resalta entre todas las demás por la contundencia de sus argumentos.

Layneze hizo tres cosas que muestran todo lo que la Corte debió hacer, y no hizo, en este caso. Primero, desmanteló los argu-

mentos de los ministros que avalaron la consulta, mostrando que su postura es abiertamente inconstitucional, y no corresponde a un simple desacuerdo razonable. Además, mostró que la Corte deformó la institución de la consulta popular, ya que aprobó una ‘consulta’ que no es consulta, pues la decisión del pueblo, sin importar la que sea, no tendrá ningún efecto jurídico. Por último, defendió el lugar de la SCJN como tribunal constitucional, contra la tentación de algunos de sus compañeros de convertirla en un tribunal que trabaja para obtener el aplauso popular, y no para hacer justicia (Miguel Alfonso Meza).

Es importante recordar que, en efecto, muchos de los argumentos esgrimidos por esos ministros —en particular por Laynez— estuvieron orientados a desmontar las argumentaciones de los colegas que habían intervenido con anterioridad. Eso también fue subrayado por Leo Zuckermann:

El jueves pasado, los mejores argumentos los presentaron los ministros que estaban en contra de la constitucionalidad de la consulta. Claros, contundentes y bien fundamentados. En una nuez: la justicia no puede consultarse, sino aplicarse (Leo Zuckermann).

En síntesis, para algunos analistas la minoría perdió la votación pero ganó en la argumentación.

Tema 5. Sobre la materia y la pregunta

Desde mi perspectiva, los tres argumentos, o aspectos más controversiales de la sesión pública, fueron la postura —defendida por el presidente Zaldívar— en torno a la (no) vinculatividad de algunas consultas; los diferendos sobre la materia de que trataba la solicitud de consulta, y la formulación de la nueva pregunta redactada por los propios ministros. En este apartado

rescato algunas opiniones publicadas sobre estas cuestiones pero en particular sobre la última.

Carlos R. Asúnsolo analizó los precedentes votados en la SCJN sobre consultas populares y concentró su atención en un voto del entonces ministro Zaldívar, el cual resulta contradictorio con la postura que adoptó ahora en 2020. Esta es la reconstrucción del autor:

El precedente más cercano en el tiempo, así como en términos de su relevancia política, es la consulta popular 2/2014.

...

El antes y después: consultas populares 2/2014 y 1/2020

Los días 29 y 30 de octubre, el pleno de la SCJN discutió la constitucionalidad de dos consultas. Por un lado, la relacionada con la reforma energética, impulsada por el PRD y Morena y; por otro lado, la impulsada por el PAN, relativa a fijar el salario mínimo acorde a la línea de bienestar determinada por el Coneval. Me centro en la segunda, que es sobre la cual el ministro Zaldívar emitió un voto particular.

La pregunta original sometida a consideración de la SCJN fue la siguiente: ‘¿estás de acuerdo en que la Ley Federal del Trabajo establezca que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos fije un nuevo salario mínimo que cubra todas las necesidades de una familia para garantizar al menos la línea de bienestar determinada por el Coneval?’

El proyecto elaborado por el ministro Cossío proponía declarar la constitucionalidad de la materia, aunque modificando la consulta. El ministro Zaldívar votó con la mayoría por la inconstitucionalidad de la consulta, pero por consideraciones distintas que aclaró en un voto particular.

Lo que llama la atención de dicho voto es que, al referirse a la constitucionalidad del objeto de la consulta, el ahora ministro presidente consideró que su análisis no podía ir separado de la pregunta, misma que consideró restrictiva de derechos humanos, ya que la protección conferida por el artículo 123 constitucional era mucho más amplia que la que se pretendía incorporar a través de las mediciones del Coneval. En concreto, señaló: ‘La

determinación del objeto de la consulta popular se realiza analizando de manera conjunta, la materia que se señala como tal en la petición ciudadana y la pregunta que en ésta se formula. Es la pregunta la que se someterá a votación de la ciudadanía, por lo que el análisis de la constitucionalidad de una consulta popular no puede estar disociado del estudio de la pregunta (Carlos R. Asúnsolo Morales).

El vínculo entre la pregunta y la materia —que es el *quid* de aquel voto del ministro Zaldívar— quedó recogida en la siguiente interrogante planteada por Garza Onofre y Martín Reyes: “¿Cómo saber si la pregunta era congruente con la materia, si ni siquiera se definió cuál era la materia de la consulta?” (Juan Jesús Garza Onofre y Javier Martín Reyes). Sobre el particular también abundaron Arteaga y Charbel:

Estamos muy lejos de pensar que nuestro actual Alto Tribunal lo sea. Pero, visto lo resuelto el jueves 1 de octubre, parece —sólo parece— que también lo es. Lo decimos con todo respeto a la alta investidura y con reconocimiento a los valientes e ilustrados ministros que se opusieron al despropósito presidencial.

El Pleno de la Suprema Corte resolvió la consulta; lo hizo en violación de su competencia. No la tiene para cambiar la materia. En las consultas propuestas por el presidente de la República, a la Corte le corresponde resolver sobre la constitucionalidad de ellas (artículo 35, fracción VIII, numeral 3o constitucional).

Ante la diversidad de interpretaciones, era necesario generar un consenso sobre la materia. No es correcto resolver sobre algo en lo que no había claridad.

En violación de sus competencias, la Corte modificó la pregunta; intentó dotarla de constitucionalidad.

La Suprema Corte sólo podía modificar la pregunta con vistas a garantizar su congruencia con la materia de la consulta (artículo 26, fracción II, de la Ley Federal de Consulta Popular); no podía modificarla para dotarla de constitucionalidad. La Corte actuó al margen de su competencia (Elisur Arteaga Nava y Sergio Charbel Olvera Rangel).

Esa línea de argumentación centra su atención en la indefinición de la materia que fue declarada —paradójicamente— constitucional. Pero, también se emitieron muchas críticas a la pregunta redactada por la SCJN. Con Garza Onofre, López Ayllón, Luna Pla y Martín Reyes escribimos lo siguiente:

Las diferencias entre la pregunta original y la nueva propuesta son notorias. Cambian, por un lado, las acciones propuestas. Ya no se habla de ‘investigar y sancionar’ sino de ‘llevar a cabo las acciones pertinentes’. Cambia también la materia, pues su objeto ya no son los ‘delitos presuntamente cometidos’, sino el ‘esclarecimiento de decisiones políticas’. Cambian además los sujetos, en tanto ya no se habla de los ex presidentes Salinas, Zedillo, Fox, Calderón y Peña Nieto, sino de ‘los actores políticos’. Cambia igualmente la temporalidad, pues ya no se refiere a las acciones cometidas por los ex presidentes ‘antes, durante y después de sus respectivas gestiones’, sino de ‘los años pasados’. Y cambia, por último, la finalidad de la consulta, pues en vez de consultar sobre posibles sanciones penales, se habla de ‘garantizar la justicia y los derechos de las probables víctimas’.

La Corte propuso así una pregunta radicalmente distinta, ambigua y vaga. Incluso resulta posible sostener que estamos frente a una ‘nueva consulta’, muy distinta a la impulsada por AMLO, y que presenta serios problemas jurídicos, prácticos y políticos.

...

El nuevo fraseo es problemático, además, porque la misma ley exige que las preguntas estén formuladas en un ‘lenguaje neutro, sencillo y comprensible’ y que sea de ‘trascendencia nacional o regional’. Y, como se ha visto, es tal la ambigüedad y vaguedad de la formulación que es muy complicado comprender a qué tipo de ‘acciones pertinentes’ se refiere la consulta, qué implica precisamente un ‘proceso de esclarecimiento’, qué tipo de ‘decisiones políticas’ están involucradas, quiénes son los ‘actores políticos’ (Juan Jesús Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Pla, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte).

En un tono más coloquial, Gustavo Gordillo escribió:

La resolución de la Suprema Corte de la Nación es el típico caso del cohetero. No queda bien con nadie. Unos, porque consideran que la iniciativa que propone el Ejecutivo es anticonstitucional; otros, porque la pregunta churrigueresca con la que salen los jueces supremos se acerca más al reino del realismo mágico que al de una consulta pública (Gustavo Gordillo).

También Diego Valadés cuestionó, con argumentos jurídicos constitucionales, la redacción de la nueva interrogante:

Los problemas jurídicos se refieren a dos cuestiones centrales: la constitucionalidad de la consulta popular promovida por el presidente de la República, y la pregunta formulada por la Corte.

La iniciativa presidencial fue declarada constitucional a pesar de la afectación del principio de presunción de inocencia y de sujetar la investigación de presuntos hechos delictivos a una decisión plebiscitaria.

En cambio, el segundo tema era insalvable pues el Ministerio Público está obligado a investigar todo hecho delictivo del que tenga conocimiento.

En ese punto la inconstitucionalidad de la propuesta era evidente. Para sortearla se echó mano de una argumentación forzada. El ejercicio retórico se desvió hacia la procedencia de la consulta popular en abstracto, que no era el tema central, y se tendió un velo sobre la pregunta enviada por el Presidente. Luego se la sustituyó por otra, también inconstitucional.

La pregunta elaborada por la Corte plantea: 1) Realizar ‘las acciones pertinentes... para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos’, y 2) ‘garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas’. Lo que pasó inadvertido a la Corte es que esos objetivos afectan los artículos 6º, 20 y 21 de la Constitución.

El 6º se refiere al derecho de acceso a la información, el 20 contiene una larga enunciación de los derechos de la víctima y el 21 alude al deber de investigar y perseguir los delitos. Es inconstitucional sujetar a un plebiscito el ejercicio del derecho a la infor-

mación, el deber del Estado acerca de la indagación de delitos y el resarcimiento a las víctimas del delito.

Lamento el desacierto. Un tribunal constitucional tiene a su cargo preservar la integridad de la norma suprema, y cuando sucede algo como lo que ahora ocurrió no queda instancia nacional alguna que pueda remediar la violación.

La Corte cometió un error, y se lo debemos hacer ver; pero no cometamos la equivocación de además lapidarla, pues la necesitamos más que nunca. Si la Constitución se volviera irrelevante estaríamos ante el riesgo de ir a la dictadura o a la anarquía. Es tiempo de templanza (Diego Valadés).

La última advertencia de Valadés es por demás pertinente y necesaria. Mantener la vigencia del derecho como instrumentos civilizatorio, que permite superar los conflictos en las sociedades complejas como la nuestra, es de la máxima importancia. En esa misma dirección entiendo el hilo conductor de la siguiente reflexión de Miguel Carbonell, que no se pronuncia de manera crítica sobre la pregunta y de alguna manera acompaña la estrategia de la SCJN al momento de cambiarla:

Vaya por delante una primera e insoslayable aclaración: desde que fue dada a conocer la redacción de la pregunta propuesta por el Presidente de la República para la consulta popular, teniendo por objeto investigar y juzgar a cinco expresidentes, me pronuncié sobre su evidente inconstitucionalidad. Luego de la sesión de la Suprema Corte de la semana pasada, me reitero en el mismo criterio: tal como estaba planteada la pregunta resultaba violatoria de nuestra Carta Magna.

Al revés de lo que han dicho algunos analistas, creo que la Corte nos dio la razón a los que argumentamos sobre la inconstitucionalidad. Tan es así que la pregunta finalmente aprobada por los ministros y ministras atiende a varios de nuestros cuestionamientos.

De modo que estimo que la Corte claramente rechazó la pregunta presentada por el Presidente y zanjó en seco el deseo de lanzar una campaña de linchamiento contra cinco personas. Lo

ideal hubiera sido que, una vez llegados a ese punto, la Corte hubiera prohibido realizar consulta alguna para ver si se cumple o no la ley, punto sobre el cual ya se han pronunciado con gran claridad varios de los mejores juristas del país (como José Ramón Cossío, Diego Valadés e incluso Sergio García Ramírez en estas mismas páginas de *El Universal*), aduciendo argumentos que suscribo en términos generales.

Lo que sí debemos procurar, sin embargo, es no dejar de expresarnos respecto a la consulta que se convocará el próximo año. Yo adelanto que votaré a favor de que se cumpla la ley y se investigue todo lo que se deba investigar, incluyendo a gobernantes de sexenios anteriores y a los actuales, para no dejar pasar nada indebido que pudiera existir (Miguel Carbonell).

En contraste con esas reflexiones más mesuradas y jurídicamente ponderadas, otras voces volvieron a centrar sus críticas en la figura del presidente Zaldívar y la nueva redacción de la pregunta. En el caso de José Miguel Alcántara:

Los ministros de la Suprema Corte de Justicia resolvieron la constitucionalidad de la consulta popular pero con pregunta diferente.

El presidente de la Corte, Arturo Zaldívar, en sesión del pleno se adelantó y maniobró para, servil, obsequiar otra pregunta muy distinta, sacada de la manga, más ambigua, aprobada por 6 y reprobada por 5 ministros. No se necesita ser abogado para concluir que la nueva pregunta, además de no tener que ver con la materia propuesta por el Ejecutivo (ex-presidentes a tribunales), es estúpida, en el doble sentido de la palabra: porque causa estupor y por irracional (José Miguel Alcántara Soriano).

También Luis de la Barreda —como ya hemos podido constatar— adoptó una postura crítica hacia el presidente Zaldívar en los siguientes términos:

El presidente de la Corte ha pretendido justificar la maniobra señalando que en la nueva pregunta ya no se mencionan nombres

ni se habla de procedimientos penales, sino de actores políticos, decisiones políticas y esclarecimiento de los hechos, pero en la mente de todos los votantes —y en la del Presidente de la República!— estará presente que el propósito de la consulta es la pretensión de juzgar a los expresidentes, por lo que el resultado de la votación podrá interpretarse en ese sentido para ‘legitimar’ la persecución (Luis de la Barreda Solórzano).

Detrás de esa crítica subyace la preocupación por el uso político de la decisión de la SCJN y, por supuesto, por los usos potenciales del resultado de la consulta sin importar los términos de la pregunta. Javier Aparicio también lanzó cuatro interrogantes sobre la decisión de la Corte al modificar —o, mejor dicho, reemplazar— la pregunta:

Si la materia de la consulta era constitucional, ¿por qué tuvieron que reescribirla completamente? ¿Por qué no desecharla, tal y como ocurrió con tres propuestas de consulta popular sometidas a la Corte en 2014, igualmente apoyadas por miles de firmas ciudadanas? ¿El Presidente de la República —o bien el equipo de su consejería jurídica— necesitaban que la Corte supliera las carencias de su propuesta original? ¿Por qué se aprobó una consulta que no vincula con claridad a ninguna autoridad para hacer nada que no pueda hacer ahora mismo? ¿Por qué el ministro Arturo Zaldívar pudo defender con vehemencia el orden constitucional frente a la *Ley Bonilla*, pero prefirió no hacerlo frente a esta consulta? (Javier Aparicio).

Azul Etcheverry adoptó una postura que en el fondo —si no me equivoco— coincide con las perplejidades de Aparicio:

Esta polémica decisión acarrea una serie de suspicacias jurídicas y políticas que tendrán que ir siendo atendidas hasta el momento en que se realice este ejercicio democrático recientemente avalado.

Sin embargo, desde la perspectiva legal, el contexto y resultado son más complejos. La aprobación de la consulta, con vo-

tación dividida 6 a 5, vino acompañada de la reinterpretación decididamente ambigua que los jueces acordaron dar a la pregunta original que sería presentada a la ciudadanía, para escudar su decisión.

Aquí, la SCJN cae en una incongruencia en virtud de que, si se tuvo que hacer una modificación en la pregunta que se propuso, de origen sería anticonstitucional, no obstante, lo que vimos fue al Poder Judicial tratar de legitimar las decisiones del Presidente (Azul Etcheverry).

Mediante una curiosa alegoría Efrén Vázquez se sumó a las voces anteriores pero subrayando con razón que, por tratarse del tribunal constitucional, la decisión era definitiva:

Chueco o derecho, el derecho es lo que la SCJN dice que [es] éste. Así sea que lo dicho por el alto tribunal de la nación sea contrario a la razón universal; es decir, a lo que la filosofía jurídica, perspectiva desde la cual se debe pensar la Constitución y las leyes que nos rigen, determina qué es verdaderamente el derecho.

Permítaseme el siguiente símil: cual mago prestidigitador frente a un auditorio esperanzado en saldar cuentas con el pasado reciente para proyectar un mejor futuro y, a la vez, engrandecer el espíritu de buen ciudadano, la SCJN tomó en sus manos todos los elementos que integran el texto original de la pregunta formulada por AMLO, los metió en su sombrero color negro de copa alta, cubrió el sombrero con un pañuelo de seda, pronunció ciertas palabras mágicas e inentendibles por los mortales, luego metió la mano al sombrero y sacó una liebre de las orejas, después repitió el mismo procedimiento, pero la liebre desapareció, ahora sacó del sombrero un gato pardo tomado de la cola y lo mostró al auditorio, esperando los aplausos.

Lo que buscó la SCJN y logró es desaparecer el horizonte del texto de la pregunta formulada por AMLO, y al cambiar el horizonte original, cambia el sentido del mensaje; es decir, nos dio gato por liebre. De cualquier manera, la consulta se efectuará (Efrén Vázquez Esquivel).

Finalmente, en un tono más académico, Piero Mattei argumentó la siguiente reflexión que resulta útil para cerrar este apartado:

En la pasada sesión del primero de octubre hemos podido presentar uno de sus procederes más desventurados. El problema no recae sólo en lo controvertido de su decisión. En la teoría jurídica, Herbert Hart fue enfático en señalar que la definitividad de las decisiones judiciales no implica su infalibilidad. La doctrina constitucional contemporánea ha tomado en serio esta observación, y como el propio Juan José Moreso ha demostrado, es posible afirmar sin mayor problema que el error judicial es una realidad ineludible de la práctica del derecho, que nada obsta que un máximo tribunal se equivoque al declarar como constitucional lo que a todas luces era un ‘concierto de inconstitucionalidades’.

Un ‘error honesto’ siempre puede encontrar vía de enmienda. Lo que no es tolerable, bajo ninguna luz, es el manifiesto e innecesario protagonismo que este órgano ha asumido, sobrepasando sus funciones y, de paso, tergiversando el derecho positivo y su diseño que aspira a procurar un Estado de derecho, sumando a la confusión y desinformación jurídica del debate público.

Ha quedado patente que la *pregunta Q*, que es la Corte determinó que sea objeto de consulta popular, es sustancialmente distinta a la *pregunta P* y no conlleva necesariamente las mismas consecuencias, ni lógicas ni jurídicas (Piero Mattei-Gentili).

El siguiente capítulo está dedicado a recoger algunas opiniones que, a diferencia de las que han servido de guía para la ruta de este apartado, se expresaron en contra del proyecto del ministro de la SCJN y a favor de la decisión adoptada por mayoría en el Pleno de la SCJN.

CAPÍTULO CUARTO

En las páginas siguientes recojo algunos artículos u opiniones de articulistas y estudiosos que se pronunciaron a favor de que la SCJN declarara constitucional la consulta, o que saludaron con agrado la decisión de la misma. Es importante advertir que se trata de textos —citados también sólo en algunas de sus partes— que refieren la dimensión judicial del asunto y no de artículos publicados a favor de la realización de la consulta popular por sí misma. Esto es así, porque este trabajo se ocupa de la decisión del tribunal constitucional y no de la iniciativa del presidente como una decisión política.

Al igual que en el apartado anterior, primero me referiré a los artículos —solamente identifiqué dos— que se pronunciaron en contra del proyecto del ministro Luis María Aguilar, previo a la sesión pública de la SCJN, y posteriormente abordaré las opiniones que se publicaron después de la decisión. Las fuentes y referencias se enlistan al final del libro.

I. OPINIONES PREVIAS A LA SESIÓN DE LA SCJN

Cinco días antes de que se hiciera público el proyecto del ministro Aguilar, el columnista Fernando Rangel de León hizo pública su posición a favor de la constitucionalidad de la consulta. Con un argumento cercano a la postura que había defendido —y sigue defendiendo— el presidente López Obrador, el cual propone escindir al derecho de la justicia, Rangel de León escribió:

Los opositores a la consulta popular, con una actitud muy puritana, quisieran separar el derecho y la justicia; pretendiendo que

con el primero se deje de tener esta última; cuando el derecho es un medio para alcanzar su fin: la justicia; por eso todos los Tribunales Superiores de los Estados y la misma Suprema Corte de la Nación, se llaman de justicia, no de derecho; y por eso también distinguidos hombres que fueron más humanistas que juristas como el autor del Decálogo del Abogado, Eduardo J. Couture, afirmó que cuando estuviera en conflicto el derecho y la justicia, debería optarse por esta última porque hay que darle a cada quien lo suyo, lo que le pertenezca; y en el caso de la consulta popular hay que darle al pueblo la oportunidad de que decida no sobre la suerte judicial de un hombre cualquiera de carne y hueso, sino de ex Presidentes de la República, de trascendencia nacional y en algunos casos hasta de trascendencia histórica (Fernando Rangel de León).

Esa distinción, que podría adscribirse a ciertas versiones del iusnaturalismo, por el desplazamiento del derecho positivo a manos de algunas concepciones sobre lo que es justo, abre la puerta a una gran discrecionalidad para los juzgadores; precisamente porque los desvincula del marco normativo vigente. De hecho, si analizamos esa tesis desde la perspectiva política, se trata de una concepción que permite a los jueces incorporar elementos extrajurídicos de diversa índole en sus razonamientos y decisiones.

Este mirador es interesante para analizar el artículo de John Ackerman, publicado una vez que el proyecto del ministro Aguilar había sido conocido por la opinión pública. Para este columnista y académico, las razones subyacentes del proyecto —contrario a lo que sostuvieron muchos constitucionalistas— eran precisamente políticas. En su texto recuerda el origen del nombramiento de ministro:

Aguilar fue propuesto por Felipe Calderón para ocupar su puesto actual y durante el sexenio de Enrique Peña Nieto llegó hasta la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Con su proyecto, el Ministro ponente demuestra que prefiere quedar bien con los antiguos amos del país que abrazar los nuevos tiempos democráticos (John Ackerman).

El argumento resulta interesante porque recuerda las voces que descalificaron a tres ministros de la mayoría, precisamente por haber sido designados durante el gobierno del presidente López Obrador.

Más adelante, Ackerman desarrolla un argumento con el que se propone descartar los efectos vinculatorios que potencialmente tienen las consultas según lo establecido por el artículo 35 constitucional:

Este razonamiento es espurio e hipócrita. No existe elemento alguno en la pregunta propuesta por López Obrador que podría generar una ‘obligación’ al Fiscal General de la Nación (FGN) a ‘archivar’ o ‘determinar’ el no ejercicio de la acción penal en contra de los expresidentes.

Es decir, una respuesta afirmativa no sería otra cosa que el equivalente a la presentación de una denuncia colectiva en contra de los expresidentes. Sería una denuncia sumamente importante ya que contaría con una enorme legitimidad popular, pero materialmente no tendría mayor fuerza que cualquier denuncia de hechos presentada por un ciudadano común (John Ackerman).

El argumento de la legitimidad popular y de la importancia de consultar al pueblo reaparecerá —como tendremos oportunidad de mostrar— en otros textos laudatorios de la decisión finalmente adoptada. Más adelante, Ackerman anticipa la posibilidad —contemplada en la legislación— de que la SCJN modificara los términos de la pregunta:

Además, la normatividad en la materia permite a los Ministros de la Corte no solamente resolver con respecto a la constitucionalidad de la ‘materia’ de la consulta sino también pronunciarse con respecto a la redacción específica de la pregunta. Así que en caso de cualquier duda con respecto a la posible afectación a la presunción de inocencia de los acusados, no sería necesario desechar toda la consulta sino que los Ministros podrían simplemente ajustar la redacción del interrogante (John Ackerman).

Como sabemos, esa fue de las decisiones que adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. OPINIONES PUBLICADAS DESPUÉS DE LA DECISIÓN DE LA SCJN

Desde el título de su artículo al día siguiente de la votación —“La inteligente jugada de la Corte”—, Enrique Quintana anunciaba su valoración de la decisión. Para este columnista:

La Corte consideró que no era correcto el argumento del ministro Aguilar, pero en cambio resolvió que sí podría hacerse la consulta, siempre y cuando cambiara la pregunta.

...

A mi parecer, con esta movida, la Corte logró uno de los éxitos más rotundos de este sexenio y AMLO sufrió una de sus derrotas más grandes.

¿Cómo puede ser posible? La mayoría de los opinadores ‘progresistas’ están quemando a la Corte en leña verde, y principalmente a su presidente, Arturo Zaldívar.

Pues si Zaldívar es el autor de esta solución, me parece que es una de las mejores lecciones de política de los últimos años.

¿Qué hubiera pasado si la Corte simplemente decreta la inconstitucionalidad de la consulta propuesta por AMLO?

Hoy por la mañana, el presidente se hubiera lanzado en contra de la Corte. Hubiera reiterado su propuesta de reforma constitucional para cambiar el artículo relativo a las consultas populares.

Pero, además, hubiera tenido toda la legitimidad para convocar a una consulta hecha y organizada por él.

Durante todo el proceso electoral —sin restricciones legales— el presidente hubiera podido pronunciarse en torno a la consulta realizada sin el marco de la ley.

Ya no podrá hacerlo.

Los puristas de la ley pueden señalar que estas consideraciones no deben ser evaluadas por la Corte y que sólo debe limitarse a considerar la constitucionalidad de las propuestas.

Creo que es muy sano que tengamos una Corte que no sólo piensa en la doctrina sino también en la realidad.

La pregunta con la cual se hará la consulta nada tiene que ver con la intención del presidente López Obrador.

La Corte logró que en las boletas de la elección del próximo año haya un cuestionamiento irrelevante para los propósitos del presidente.

Pero también evitó que AMLO contara con el espacio para lanzar una consulta por cuenta propia y tener una presencia activa en la campaña.

...

Me da mucho gusto que la Corte considere que existe la posibilidad de que se pueda eludir el enfrentamiento con el presidente sin que tenga que haber un sometimiento.

Como ayer expresaron muchos, la historia juzgará a los ministros que votaron a favor esta consulta, y sobre todo a su presidente.

Qué bueno que lo haga porque se encontrará con una de las decisiones más inteligentes que se hayan operado en los últimos años (Enrique Quintana).

La argumentación es clara y no requiere interpretarse pero, más allá de su tino o desatino, en su médula descansa el problema de la justicia politizada o de la politización de la justicia. Lo que Quintana celebra es, precisamente, que la SCJN se haya desapegado del texto constitucional para, con una actitud realista, evitar el enfrentamiento entre poderes. Su elogio al ministro presidente Zaldívar no es por su solidez como ministro presidente o jurista, sino por su posible participación como estrategia político. De hecho, ese fue el artículo al que aludió Jesús Silva Herzog en su aguda crítica a la decisión que he reproducido en el capítulo anterior.

En el mismo sentido que Quintana, Manuel López San Martín escribió:

La apretada votación en la SCJN, 6-5, con la que se declaró constitucional la consulta ciudadana propuesta por el Presidente, fue una jugada maestra de la Corte que, aunque sus críticos la acusen

de corrupta y traidora, defendió la institución y la salvó de un choque frontal con el Presidente de pronóstico reservado: la votación dividida legitimó el resultado, evitó una colisión con López Obrador, pero, al mismo tiempo, matizó la intención presidencial —si no es que la desarmó— de llevar al paredón a los expresidentes. Cambiarle la pregunta, abriéndola tanto y redirigiendo el sentido de la misma, fue la cereza en el pastel (Manuel López San Martín).

Otros autores no retomaron la lógica política sino que optaron por elogiar el debate e intercambio de ideas que, desde su perspectiva, desplegaron las y los jueces constitucionales en aquella sesión pública. Pero, también abrieron la reflexión sobre el papel que le corresponde tener a un tribunal constitucional en una democracia. Ese fue el caso de Eduardo R. Huchim:

El veredicto desde la mayor parte de la academia, la política y la opinión pública está dado: al resolver el espinoso asunto de la consulta popular sobre expresidentes, la Suprema Corte de Justicia rindió el último baluarte que podía frenar al Presidente y disolvió el único contrapeso que López Obrador tenía en su ruta autoritaria.

Yo tengo una visión diferente. Veo la resolución de la Corte como producto de un debate serio y con argumentos robustos de ambas partes. La decisión se tomó por la mínima diferencia de un voto y ello ilustra la complejidad del tema.

Otra falla es considerar que la Corte debe ser necesariamente contrapeso. Dos visiones que difieren ahora sobre la reciente resolución del máximo tribunal han coincidido antes, sin embargo, en que la Corte no debe ser considerada contrapeso. Estas opiniones corresponden a dos distinguidos juristas: Arturo Zaldívar, presidente de la Corte, y Diego Valadés, constitucionalista e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Valadés lo expresó así en un tuit de hace un año, 4 de octubre de 2019: ‘La Suprema Corte de Justicia no es ni debe ser un contrapeso del gobierno. La Corte resuelve conforme a derecho y

no con criterios políticos. Los contrapesos deben estar en el Congreso. Esto es lo que se hace en toda democracia constitucional’.

Y Zaldívar coincidió en otro tuit: ‘Tiene toda la razón el distinguido constitucionalista @dvalades. La #SCJN no es, ni puede ser, un partido de oposición. No es ese su papel, ni su función en una democracia constitucional’. Y Zaldívar escribió también lo que, para él, sí es la SCJN: ‘Poder equilibrador que controla la constitucionalidad’.

...

Irónicamente, la descalificación a la Corte y su adjetivación de sumisa y controlada por el Ejecutivo provienen en buena medida de quienes otras veces han postulado la necesidad de preservar las instituciones (Eduardo R. Huchim).

Huchim no solo elogia la discusión y las razones de los votos, sino que reabre una interesante discusión que —como él mismo refiere— había tenido lugar meses atrás en torno, precisamente, al papel de los tribunales constitucionales en democracia. No es este el espacio para analizar a detalle aquel debate y el trasfondo del mismo, pero merece la pena subrayarse que no es lo mismo considerar a la SCJN como un “contrapeso” (que, a diferencia de Valadés, sostengo que sí debe serlo), que considerarla un “partido político” (en lo que coincido con el ministro presidente Zaldívar, la Corte no debe comportarse como un partido). La diferencia no es menor, porque en el primer caso se concibe a la SCJN como un actor jurídico que activa los límites constitucionales y, en esa medida, cumple con la función de control que tiene encomendada. En el segundo caso, si se comporta como partido político, corrompe su función, adentrándose en el terreno de la política. La SCJN debe ser una institución de control, no de oposición.

Pero Huchim no fue el único columnista que valoró de manera positiva y elogió el debate jurisdiccional. También fue el caso de Jorge Fernández Menéndez, quien publicó lo siguiente:

La sesión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la constitucionalidad de la consulta popular planteada por el

presidente López Obrador, me pareció un ejemplar ejercicio de ideas y contrapuntos políticos, legales, constitucionales, incluso más allá de la decisión final, tomada por el estrecho margen de seis votos contra cinco.

Creo que, en esencia, lo que proponía el ministro Luis María Aguilar era acertado. La pregunta de la consulta como estaba planteada violaba el marco constitucional. Pero lo que ocurrió ayer no fue una aprobación de la consulta a ciegas: se aprobó la consulta, pero el cambio de la pregunta modifica el sentido de la misma.

El desafío que tiene en ese ámbito la Suprema Corte es enorme. Nadie puede reemplazar el equilibrio que ella debe proporcionar a un sistema que en muchas ocasiones se tambalea por la propia acción de las autoridades. Insisto, se puede diferir con la decisión adoptada, pero no se puede negar que fue fruto de un trabajo serio y responsable donde no se terminó votando a ciegas como tantas veces lo hemos visto, por ejemplo, en el Congreso, en anteriores sexenios y por supuesto que también en éste.

Hay que apoyar a la Suprema Corte y sustraerla del clima de polarización existente. Es decisivo para el futuro político del país. No nos equivoquemos al respecto (Jorge Fernández Menéndez).

El llamado final recuerda al de Diego Valadés, que fue referido en el capítulo anterior. Ambos tienen razón, porque la SCJN es una institución muy importante para la estabilidad del país. Pero criticar sus decisiones no supone socavar su autoridad. En todo caso son sus propios integrantes quienes, a través de sus decisiones y también de otras actuaciones como el correcto manejo de sus recursos, deben apuntalar su legitimidad.

También Oswaldo Chacón Rojas celebró la estrategia adoptada por la mayoría de la integración de la Corte:

Lo cierto es que, al menos en el discurso, las ministras y los ministros superaron la controversia sobre la materia, pues al haber reformulado la pregunta superaron el escollo de someter a consulta la procuración e impartición de justicia.

...

De ahí la relevancia que la Consulta esté reconocida constitucionalmente, y que la SCJN la haya validado para que puedan ser los electores quienes se pronuncien sobre posibles replanteamientos de compromisos originales de campaña (Oswaldo Chacón Rojas).

Si no me equivoco, el argumento de estos dos autores coincide con el de Miguel Carbonell, citado en el capítulo anterior. La tesis de fondo es que, más allá de su apreciación sobre la calidad del debate, al cambiar la pregunta se dotó de constitucionalidad a la materia de la consulta. El problema medular —a mi juicio— persiste, porque ninguno de estos autores —de la misma manera que hicieron las y los ministros— nos explica cuál esa materia que se declaró constitucional.

Otros varios autores se decantaron por celebrar las implicaciones políticas, en clave de inclusión y participación popular, que conllevaría la celebración de la consulta. Por ejemplo, en tono con la intervención del ministro presidente Zaldívar el día de la sesión, Raúl Rodríguez Cortés celebró esa veta de la decisión, y también adoptó y reprodujo el argumento sobre que existen consultas que no son vinculantes. Estas fueron alguna de sus tesis:

(Con la decisión) se protege el de ser consultado en asuntos de trascendencia nacional, en momentos en que muchos mexicanos no se sienten representados por los partidos políticos existentes.

...

¿Lo que resulte de la consulta será vinculante, es decir, de aplicación obligatoria? Solo, si como dice la Constitución, participa en ella 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores (35 millones 968 mil). Pero aún si así fuere, su carácter vinculatorio no aplicaría porque —de acuerdo con el posicionamiento del ministro Zaldívar— no se está consultando la aplicación de la ley...

Es abrir las puertas a la opinión ciudadana, no como lo que, acaso por temor, muchos consideran ‘un escenario catastrófico de populismo penal’ (Raúl Rodríguez Cortés).

Una postura semejante fue la que manifestó en un artículo periodístico la senadora de la República, Lucy Meza:

Algunas personas argumentan que esto se trata de un tema político; no obstante, pierden de vista el fondo del asunto. El eje central de este proceso que se pretende llevar a cabo —y, de hecho, de las acciones emprendidas para dar pie a un cambio verdadero en el país— es el pueblo de México. Las consultas tienen una función principal de conocer lo que la sociedad mexicana piensa y quiere, son herramientas democratizadoras mediante las cuales se pueden medir los sentimientos de la nación (Lucy Meza).

De nuevo reaparece el argumento democrático pero, paradójicamente, la senadora niega el carácter político del ejercicio. También José Blanco centró su argumento en las implicaciones prácticas de la decisión, desestimando los requisitos jurídicos que exige la Constitución. He aquí parte de su argumentación, en la que, paradójicamente, cita el artículo 35 constitucional:

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre la consulta popular es un paso entre el laberinto de trucos, ardidés y argucias legales que han estado en juego para hacer nugatoria una garantía consagrada en la Constitución en su artículo 35 (José Blanco).

Ese argumento —que hace eco de las razones del voto del presidente Zaldívar y otros jueces constitucionales como la ministra Ríos Farjat— reaparecerá también en las valoraciones de Eduardo Ramírez y del senador Ricardo Monreal, por ejemplo. Entre otros argumentos, Ramírez publicó lo siguiente:

No obstante su existencia en nuestro marco legal, la aplicación de estos instrumentos se ha visto limitada; no se le ha dado la oportunidad a los ciudadanos de ejercer su derecho a participar, ni a tomar parte en las decisiones de la vida pública.

Limitar la participación ciudadana, es un acto que impide la consolidación democrática; si los ciudadanos no pueden ver

protegidos y promovidos sus derechos, si no pueden tener participación en las decisiones públicas, de facto se les niega la oportunidad de reivindicar su poder, que es donde reside la soberanía nacional.

De ahí la trascendencia de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de pronunciarse por la constitucionalidad de la consulta que solicitó el Presidente de la República; eso nos da la oportunidad de mejorar la calidad de la democracia (Eduardo Ramírez).

Por su parte, el senador Monreal celebró la decisión y, a la vez, avizoró cambios constitucionales que en el contexto de esta decisión/discusión son particularmente interesantes. Este es parte de su razonamiento:

En México, bajo la lógica del antiguo régimen, la participación política fue estrictamente limitada a los comicios que se realizaban periódicamente. Y cuando la sociedad organizada logró aglutinar voluntades para exigir a los gobiernos anteriores más apertura y espacios de participación, la represión fue la regla y no la excepción.

...

No obstante, la institución de la consulta popular todavía puede ser perfeccionada para cumplir efectivamente con su propósito de conocer la voluntad ciudadana sobre temas concretos, y en ese sentido, el pasado martes en el Senado de la República se admitió una iniciativa de reforma al artículo 35 constitucional, con tres modificaciones cruciales: reducir el porcentaje de personas peticionarias a la mitad, del dos por ciento al uno por ciento de la lista nominal; reducir al 30 por ciento la exigencia de participantes para que la consulta sea vinculante, y que ésta se pueda realizar una vez al año —durante la jornada electoral cuando sea procedente—, esto último con el objetivo de ahorrar miles de millones de pesos, lo que en tiempos de austeridad y contracción económica debe ser una prioridad (Monreal).

Centro mi atención de manera breve en sus tres propuestas. La primera tiene el mérito de potenciar la capacidad de la ciu-

dadanía para impulsar consultas populares. En parte, supongo, es una reacción a la incapacidad del gobierno de la República para lograr las firmas necesarias para impulsar esta misma consulta; la segunda es interesante porque implícitamente reconoce que todas las consultas son vinculantes y, de hecho, propone que puedan serlo con mayor facilidad (al bajar el porcentaje de participación necesario para ello) y, finalmente, la tercera confirma la intencionalidad —legítimamente— política de impulsarlas (más allá de la razonable preocupación económica).

La redacción de *La Jornada*, por su parte, celebró la decisión retomando la lógica original de la pretensión presidencial. Como si la pregunta siguiera siendo la misma y la materia a consultar fuera clara. El periódico fijó así su posición:

El fallo de la SCJN representa, pues, un importante paso en el complicado y laberíntico proceso de desmontar el andamiaje de inmunidad —y a fin de cuentas, de impunidad— que el sistema político construyó en torno a los titulares del Poder Ejecutivo y que ha sido una atadura ineludible para el desarrollo de una verdadera democracia en el país (Redacción *La Jornada*).

Esa tendencia a restarle relevancia o, de plano, ignorar el cambio de la pregunta también fue expuesta por Bernardo Bátiz:

El tema de la democracia participativa volvió a estar presente en las discusiones políticas; se ocuparon de él, medios de comunicación, partidos, académicos y politólogos independientes y no tanto; hasta un antropólogo social. Esto, con motivo de la resolución tomada por la Suprema Corte de Justicia, dando su visto bueno a una consulta pública, respecto de si se enjuicia o no a los ex presidentes de la época neoliberal.

La resolución de la Corte sigue esta huella, marca un cambio respecto de anteriores resoluciones, demuestra su autonomía y asume el papel de tribunal supremo (Bernardo Bátiz).

Para Bátiz, como probablemente será para muchos seguidores del gobierno, el cambio de la pregunta no cambió la materia

(política) de la consulta. En ese mismo diario, Julio Astillero concluyó: “La nueva correlación de votos en la Corte también abre vías más amplias en ese tribunal históricamente dominado por el conservadurismo” (Julio Astillero).

Con argumentos abiertamente políticos, Jorge Zepeda Patterson también elogió la decisión y el posicionamiento —de nueva cuenta político— del tribunal constitucional mexicano:

...Es comprensible la molestia de muchos juristas, intelectuales y politólogos que consideran una soberana payasada y un espectáculo de circo consultar lo obvio.

El resultado de la consulta popular carece de una obligación concomitante y en eso los críticos tienen razón. Para efectos formales no cambia nada, pero para efectos prácticos cambia todo. El hecho mismo de que la mayoría de los ministros de la Suprema Corte haya votado a favor de la consulta envía un poderoso mensaje a los jueces: termina el veto presidencial.

...

Los motivos de la corte son más difíciles de precisar. De entrada el voto dividido da cuenta del carácter controvertido de su decisión. Algunos interpretan el cambio de la pregunta que habrá de someterse a consulta como una respuesta hábil y salomónica a la presión del ejecutivo. Les permite darle trámite pero la deslactosan con una formulación inofensiva. Al eliminar los nombres de los expresidentes queda como una consulta de perogrullo, pero consulta al fin. No es lo que esperaba López Obrador, aunque le servirá. Si se pudo hacer una rifa del avión sin avión, también se podrá hacer una consulta sobre los crímenes de los expresidentes sin el nombre de los ex presidentes (Jorge Zepeda Patterson).

Como puede observarse, de nuevo reaparece la lógica del artículo de Quintana: la SCJN logró librar bien un entuerto político, complejo y resbaloso. Dejo a los lectores la valoración del argumento, pero insisto en subrayar su talante político que minusvalúa e ignora la dimensión jurídica que debería caracterizar a las decisiones jurisdiccionales.

Jorge Fernández Menéndez fue más lejos al señalar que, detrás de las críticas a la SCJN, existían avisas intenciones. Su razonamiento es similar a los precedentes, pero su conclusión es distinta:

Claro que López Obrador intimidó al poder judicial con sus declaraciones constantes sobre el tema. Y claro que no se necesita una consulta para ejercer la justicia.

Por eso salió adelante una consulta que se suele olvidar que no es la que quería López Obrador, no pregunta sobre el juicio a los expresidentes y más importante que ello es que esa consulta, como se encargó en señalarlo el presidente de la Corte, Arturo Zaldívar, no es vinculante, en otras palabras, terminará siendo un ejercicio estéril. No haber permitido ninguna consulta hubiera terminado siendo legalmente cuestionable y muy costoso políticamente para todos, hubiera abonado aún más a la polarización y aumentado las presiones sobre la propia Suprema Corte de Justicia.

No veo desde qué punto de vista se puede argumentar que perdimos ya a la Corte y que ya no se puede contar con ella como contrapeso entre los poderes. Al contrario, pareciera que esa es la intención, consciente o no, de quienes quieren quemar en leña verde a los ministros, generando exactamente el fenómeno que se supone quieren evitar: cercar a la SCJN hasta que termine asfixiada tanto por el poder como por los opositores (Jorge Fernández Menéndez).

Creo que vale la pena subrayar tres elementos que ya están presentes en otros comentarios pero que en este artículo aparecen juntos. Primero, el reconocimiento a la presión política hacia las y los ministros por parte del presidente de la República; segundo, el crédito al argumento de que existen consultas no vinculantes, y tercero, de nueva cuenta, el juicio positivo hacia la decisión por su lógica política. Quizá lo único nuevo es el tono con el que cuestiona y descalifica a las voces críticas de la decisión.

También César Güemes sumó su pluma a la de quienes encontraron en la decisión una jugada maestra:

Lo interesante es que muy pocos leyeron el planteamiento con el cual nadie salió perdiendo y, mire cómo son las cosas, en realidad la Corte salió ganando pese a que el marcador virtual aparentemente declarara un desabrido empate.

Pero antes estaba la Corte, que se vio conminada a emitir un fallo a favor o en contra de la pregunta a consultar. No de la consulta misma, sino de la pregunta, muy amañada, que se proponía llevar a las calles. Y ahí estuvo toda la jugada: para desactivar el bombazo propagandístico de los nombres en una boleta de consulta, la Corte en vez de ganar buscó hacer tablas en esa partida de ajedrez.

Y lo logró: ganó empatando... (César Güemes).

El 13 de octubre de 2020, el ministro presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar, dedicó su artículo periodístico a la decisión adoptada. Merece ser citado de manera íntegra:

El pasado 1 de octubre la Suprema Corte resolvió, en forma unánime, que la justicia no se consulta.

Cumplimos con nuestra obligación constitucional de dar pleno sentido a la consulta popular —como derecho humano que es— y avanzar hacia una democracia participativa, que convoque a todas las personas a reflexionar y debatir sobre los grandes temas nacionales y les permita expresarse a través de un cauce pacífico, sin intermediarios.

Así, la Corte optó por una lectura construida desde la intención de la propia consulta, que no le da un papel preponderante a fiscales ni jueces, sino que coloca en el centro del debate la importancia de esclarecer la verdad de ciertos hechos de nuestra vida pública con un peso histórico y político relevante, respecto de los cuales el diálogo ciudadano tiene un valor propio.

Desde esta visión más amplia, a la cual nos obliga el artículo 1º constitucional, entendimos que la consulta planteada busca recoger el sentir ciudadano, para emprender acciones que aclaren la verdad histórica de ciertos hechos relevantes en nuestra vida institucional, con pleno respeto a los derechos de las víctimas y al debido proceso.

De esta manera, la Corte actuó como el tribunal constitucional que es: guardián de la Constitución y neutral en las contiendas políticas.

La legitimidad de la Corte no se cimenta en su popularidad; no depende de que uno u otro sector de la sociedad le aplauda o la insulte. Su legitimidad se construye todos los días sobre las razones que se expresan en los debates y en los fallos. Quienes integramos la Corte actuamos conforme a nuestras convicciones y a nuestra responsabilidad, y expresamos nuestras razones con libertad. Ahí están las votaciones y los argumentos que lo demuestran (Arturo Zaldívar).

Dejo a las y los lectores la valoración de los interesantes argumentos del ministro presidente. Lo hago sin mayores comentarios porque mis tesis sobre la relación entre el derecho y el poder y mis consideraciones sobre el caso en particular ya están vertidas a lo largo de este trabajo. Así que me limito a subrayar las siguientes cuestiones: *a)* la referencia al argumento de la verdad histórica que solo apareció en la última intervención del ministro González Alcántara el día de la sesión en la que se adoptó la decisión; *b)* la nula mención al tema de la materia de la consulta y del cambio de la pregunta; *c)* la referencia que, paradójicamente, fue el eje argumentativo de los ministros Laynez y Piña, al vínculo entre legitimidad y popularidad, y *d)* el reclamo a los críticos de la mayoría al generalizar sus opiniones como insultos.

El tema de la “justicia transicional” —que no es lo mismo que “verdad histórica”— fue retomado, al menos, por Issa Cristina Hernández Herrera, Jorge Peniche Baqueiro y Daniel E. Torres Checa. También por Edgar Elías en un artículo que es ambiguo al valorar la decisión de la SCJN pero celebra sus efectos. Los primeros escribieron:

Más allá de las merecidas críticas a la decisión de la Corte, consideramos que la nueva pregunta genera un diálogo inédito entre nuestra Constitución y la justicia transicional... Para que las víctimas vayan al centro, la experiencia de la justicia transicional

ha demostrado que las consultas son fundamentales (Issa Cristina Hernández Herrera, Jorge Peniche Baqueiro y Daniel E. Torres Checa).

Por su parte, Elías Azar publicó lo siguiente:

No es mi intención criticar la decisión de la Corte sobre la llamada consulta popular. Lo que sí es mi intención es, que en este álgido debate, debemos recordar varios aciertos en el fallo judicial. Es decir, a veces, por debatir un punto, perdemos de vista el universo entero que implica una decisión de la Corte de ese tamaño.

...

En ese sentido, la Corte aportó un marco para que se puedan tomar decisiones relevantes con el respaldo social y político necesario. Y eso es parte de la democracia.

Otra virtud es que la Corte hizo un paso importante en la llamada justicia transicional.

Sin ánimos de criticar esa decisión en particular de la corte, me parece que hay muchas cosas que podemos rescatar de la decisión tomada. Con el añadido de que, la Corte, en una democracia constitucional siempre tiene la última palabra. Y así debe ser (Elías Azar).

Finalmente, con un enfoque más académico José Luis Caballero y Daniel García Huerta publicaron un texto que resulta útil para cerrar este apartado, ya que, de cierta manera, sintetiza los argumentos principales que esgrimieron aquellas voces que respaldaron la decisión. Con sus palabras:

Si algo quedó claro en la discusión del pasado jueves en la Suprema Corte de Justicia es que en México dimos un paso importante en el debate democrático. Con independencia de las diversas opiniones y posturas sostenidas, la semana pasada observamos a un tribunal constitucional deliberar sobre uno de los aspectos más complicados del constitucionalismo liberal. En un contexto de creciente polarización, vimos y escuchamos a la Corte enfrentar

un debate que, por donde se busque, carece de una respuesta del estilo *one size fits all*.

Así, en una discusión en la que nada de lo que se dijo es lo que parece, pero también en la que se hizo gala de técnicas interpretativas para salir del paso, la Corte dejó algunos mensajes importantes. El más relevante, quizás, es que la participación democrática es un derecho de primer orden en nuestro sistema constitucional. En ello las y los Ministros fueron enfáticos: la participación de la sociedad en la discusión y la deliberación democrática encuentra una protección constitucional *a priori*.

Paradójicamente, la fortaleza jurídica del proyecto desde el ámbito de los derechos humanos contrasta notablemente con su falta de asertividad política, lo que pudo haber generado un costo más alto para la Corte, e incluso para la democracia y la vida institucional mexicana.

Este resultado es particularmente relevante. Quizás la Corte no lo haya dicho de la manera en que muchas personas deseaban escucharlo, pero si se atempera ante el silencio de la serenidad, es que el mensaje adquiere su voz más clara y potente. Al señalar tácitamente la inconstitucionalidad de la pregunta, la Corte musitó la que parece haberse convertido en una máxima jurídica ‘los derechos humanos no se consultan’ (José Luis Caballero y Daniel García Huerta).

El capítulo siguiente está orientado a analizar el engrose de la decisión que hizo público la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO QUINTO

Bajo el rubro “revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020. Peticionario: presidente de la república”,¹³ y fechado el 1o. de octubre de 2020, se publicó el engrose que quedó a cargo del ministro Luis María Aguilar Morales.

En el texto se reproduce textualmente la petición realizada por el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, al Senado de la República. Ese texto se incluye en este libro como anexo. La decisión de incluirlo responde a su utilidad para reforzar el argumento medular de este trabajo: se trata de un caso en el que la lógica del poder se superpuso a la lógica del derecho.

Es interesante que haya sido el propio ministro Aguilar, cuyo proyecto fue rechazado, quien se ofreciera a redactar “la posición mayoritaria de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de los argumentos expuestos en la sesión plenaria”. El engrose recuperó la estructura de la discusión en la sesión pública. Es decir, primero determinó la metodología y, posteriormente, se analizó la petición formulada por el presidente de la República. Pero, tal vez porque fue redactado sin convicción —o probablemente porque no había manera de construir una argumentación sólida—, lejos de aportar argumentos convincentes desde la perspectiva jurídica, se evidencia la lógica política que explica a la decisión.

Según consta en el texto, en el apartado metodológico se abordan tres cuestiones:

- a) Qué tipo de función ejercemos en este caso; b) Qué naturaleza y ámbito de aplicación tiene la consulta popular; y c) Cómo abordar el estudio de la petición formulada por el Presidente de la República.

¹³ Todas las citas entre comillas provienen del engrose que se analiza.

Sobre el primer punto, se precisa que la SCJN no “ejerce una función jurisdiccional sino una función de control *ex ante* dentro de un procedimiento dirigido al ejercicio de un derecho de participación política”. Ese argumento será reiterado varias veces a lo largo del engrose. También se advierte que “la consulta popular es un derecho humano cuyo ámbito de aplicación se centra en las facultades discrecionales de los órganos representativos”. De igual manera, se trata de una tesis que será reiterada en repetidas ocasiones. Finalmente, se adentran en la cuestión, a mi juicio, más endeble:

...la identificación de la materia de la consulta se debe hacer a la luz de todos los elementos de la petición y debe preferirse aquella descripción que, en igualdad de condiciones, maximice el ejercicio del derecho a la consulta.

El primer punto es relevante para este estudio porque, según la propia Suprema Corte, en este asunto “no se realiza en ejercicio de facultades jurisdiccionales”. A partir de ese argumento, el pleno de la Corte sostiene que no estaba resolviendo “una controversia jurídica de naturaleza constitucional”. Su función es la de “un control *ex ante*, dentro de un procedimiento no jurisdiccional”.

Lo anterior, según consta en el engrose, “tiene dos implicaciones metodológicas”. La primera es que no existe una *litis*, y por ello “el estándar de evaluación de las razones de la petición... no es el aplicable a pretensiones que buscan vencer un juicio con una sentencia que adquiera valor de cosa juzgada”. En consecuencia, no es necesario que la Corte fije cuál es la *litis* porque lo que debían decidir “es si la petición presentada... se ubica en la regla general de acceso al referido mecanismo de participación política, o si se actualiza una de las excepciones que impediría su realización”.

Me parece importante advertir que esta tesis de la SCJN —discutible como cualquier otra— no conduce a las y los ministros a

sostener que su tarea en el caso concreto tenía un carácter político. Pero sí los lleva a sostener argumentos como el siguiente:

Como en todo proceso no jurisdiccional entablado para acceder al ejercicio de un derecho humano, la petición inicial no necesariamente debe venir acompañada de razones jurídicas absolutamente exactas. En la función de control no jurisdiccional no se contabilizan las deficiencias jurídicas de los planteamientos del solicitante, a diferencia de lo que ocurre en la función jurisdiccional.

El punto es interesante pero también controvertido. Desde mi perspectiva no puede perderse de vista que el peticionario es el presidente de la República —porque el gobierno no logró convocar a los ciudadanos necesarios para impulsar la consulta— ni que, a falta de consideraciones jurídicas, en el caso concreto, lo que quedan son los argumentos políticos que acompañan a la solicitud presentada ante el Senado. Así las cosas, sin decirlo, los jueces constitucionales decidieron lo que decidieron sin ceñirse exclusivamente a consideraciones legales.

Supongo que, por lo anterior, al analizar la “estructura jurídica y ámbito de aplicación del derecho de consulta popular”, en el engrose se aluda al carácter político de este instrumento:

La consulta popular es un derecho humano de carácter político de fuente constitucional y convencional (que) permite la participación ciudadana, la posibilidad de expresarse y decidir en un entorno democrático, así como la de opinar activamente en los asuntos públicos.

Se trata de un argumento aceptable, pero es importante advertir que su función en el caso concreto no era la de ponderar el valor y pertinencia de la consulta constitucional como instrumento democrático, sino determinar si la materia de la pregunta que se sometería a consulta era, o no, constitucional. Que las consultas populares sean instrumentales valiosos no supone, im-

plica o conlleva la constitucionalidad de la materia sobre la que versan. De lo contrario no tendría sentido la intervención del Tribunal Constitucional.

Acto seguido, por primera vez en el engrose, aparece el resbaloso tema de la vinculatoriedad de las consultas. En un primer momento, después de transcribir parcialmente el artículo 35 constitucional, se afirma lo siguiente:

...la consulta popular empodera a los ciudadanos para influir en las decisiones más allá del límite impuesto por un sistema puro de democracia indirecta... con el resultado de que, reunidos ciertos requisitos procesales, ésta pueda ser vinculante.

La afirmación merece resaltarse porque confirma la tesis constitucional de que todas las consultas, sin excepción, pueden ser vinculantes. Sin embargo, como se verá más adelante, en otros apartados del engrose la Corte es menos clara y contundente. Sobre lo que sí será consistente será en la importancia democrática de las consultas:

...esta Corte debe impedir que se sometan a consulta temas que impliquen una restricción de derechos humanos, pero también debe garantizar, en los términos más amplios, el derecho a la consulta popular.

Encontrar el equilibrio entre ambos extremos —según puede leerse en el engrose— es la tarea del Tribunal Constitucional. Pero, desde mi perspectiva, dicho equilibrio debe tomar en consideración que todas las consultas que se realizan, si se logra el número de votos establecidos en la Constitución, pueden ser vinculantes. Por eso es interesante que, en el caso concreto, la propia SCJN tenga que adentrarse en el siguiente resbaloso argumento:

¿Es la consulta un requisito o condición de ejercicio de algunas facultades jurídicas de las autoridades mexicanas? En otras palabras, ¿Es necesario que la población determine que las autori-

dades deben ejercer sus competencias de cierto modo para éstas actúen en consecuencia? La respuesta categórica es no.

Al encarar el punto en el engrose se recurre a un argumento falaz. En el documento se refuerza el argumento anterior con una sentencia atinada: “Todas las facultades de nuestro sistema jurídico son suficientes por sí mismas para ejercerse sin necesidad de la consulta”. Pero, después se sostiene un argumento que también es atinado por no es atinente: “Sin embargo, ese no es ni el propósito de la introducción de dicha figura mediante la reforma constitucional de dos mil doce, ni su funcionalidad”.

Me explico: el dilema que las y los ministros debían encarar no era el de determinar si la consulta popular, como instrumento democrático, había sido diseñado para activar las facultades de las autoridades. Eso no estaba a discusión. Pero lo que sí debían ponderar es si la petición concreta, y la materia de la pregunta planteada por el presidente de la República, tenían esa pretensión y ese potencial efecto. De nuevo, nadie ponía en duda el valor de las consultas populares como derecho de participación política, sino la constitucionalidad de la materia de una consulta que podría restringir derechos.

Por eso los siguientes argumentos de la SCJN, sin ser errados, valen en lo general y en un plano abstracto, pero no sirven para sustentar su decisión en el caso concreto:

Este Pleno concluye que la consulta popular tiene un ámbito de aplicación que se extiende sobre la totalidad de facultades discrecionales y no regladas de los órganos representativos, sin desplazarlas ni sustituirlas, sino para vincular a sus titulares a considerar la opinión de la población justo ahí donde se puede generar crisis de representación.

Este Pleno quiere ser muy claro en sus premisas. Con toda la trascendencia que tiene el derecho de consulta como un derecho humano que debe garantizarse en términos amplios y como una figura de democracia semi-directa, este Pleno reitera que éste no reemplaza ninguna competencia prevista en la parte orgánica de

la Constitución, ni puede erigirse como una condición de ejercicio de alguna de ellas.

Sobre esa base, la SCJN reivindica su potestad de revisar la constitucionalidad de las normas o actos que se emitan a raíz de una consulta. Lo hace reiterando lo siguiente:

...a esta Suprema Corte en esta etapa en la que sólo se controla la constitucionalidad de la materia de la consulta y se decide la legalidad de la pregunta, no concierne agotar el estudio de las posibilidades lógicas de acción de las autoridades vinculadas.

Como puede observarse, de nueva cuenta se reconoce el potencial carácter vinculante de las consultas, pero se advierte que las acciones derivadas pueden ser objeto de control jurisdiccional. Sobre la base de ese razonamiento, resultaría banal la valoración sobre la constitucionalidad de la materia que se pretende someter a consulta popular: ¿para qué debe ejercer la SCJN un control previo de constitucionalidad si los actos derivados de las consultas serán controlables? Tal razonamiento contradice lo expuesto por la propia Corte en el apartado anterior, en el cual se refirió a su función de control *ex ante*.

Más adelante, en el engrose se reitera el carácter democrático de las consultas y se advierte que fueron incorporadas en la Constitución para “resolver la crisis de representación (y empoderar) a la ciudadanía para vincular a los poderes a tomar en consideración sus opiniones”. Pero, al mismo tiempo, “debe, sin duda, excluirse de su ámbito de aplicación toda obligación o derecho, cuyo cumplimiento no sea potestativo para las autoridades”. Ello supone que —sin que se trate de una “regla absoluta”— “se debe excluir del ámbito de aplicación de la consulta el cúmulo de competencias que sirven para garantizar derechos humanos, por ejemplo, el de acceso a la justicia”.

De nuevo, el razonamiento sigue girando en torno a las consultas populares en abstracto, y no versó sobre la solicitud

concreta presentada por el presidente López Obrador. Pero la petición presidencial —que sería analizada más adelante— inevitablemente gravita sobre estos argumentos preliminares vertidos en el engrose. Solo así es posible entender una afirmación como la siguiente:

La consulta popular no pretende desplazar ninguna potestad normativa. Su materia no son las facultades en sí de las autoridades, sino '*temas de trascendencia*', ya sea nacional o regional, relacionados con éstas. Su propósito —como derecho humano— es vincular a las autoridades —no a ejercer sus facultades discrecionales en cierto sentido concreto— sino a considerar como vinculante la opinión de la ciudadanía al ejercer sus competencias. El contenido y alcance de esas competencias no se condiciona a ninguna consulta popular.

El tema de la vinculatoriedad reaparece, pero ahora con matices titubeantes ¿Qué significa que las autoridades están vinculadas por la opinión ciudadana al ejercer sus competencias pero no a ejercer sus facultades en cierto sentido concreto? El trabuco argumentativo pretende referirse a las consultas populares en general —de hecho, hasta ese punto, como ya se advertía, no se ha hecho referencia a la petición presidencial concreta—, pero se encuentra atado al caso específico. Tan es así que, posteriormente, en el engrose puede leerse lo siguiente:

...el Pleno explicita aún más su criterio de que la consulta popular es útil principalmente para generar opiniones vinculantes sólo respecto de ciertas facultades discrecionales de los órganos representativos... la consulta popular no es una fuente de derecho de nuestro sistema jurídico; sin embargo, sí produce consideraciones vinculantes. En tanto este mecanismo no produce normas jurídicas, en cada caso concreto surgirán distintos grados y condiciones de vinculatoriedad para cada una de las autoridades involucradas.

Esa interpretación del artículo 35 constitucional es una distorsión del texto citado por los propios jueces constitucionales en su engrose. Recordemos lo que textualmente dice:

Quando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes.

Como puede verse, en el texto constitucional no se habla de grados ni de condiciones para la vinculatoriedad. Tampoco se hacen distingos entre los poderes y autoridades destinatarias del mandato de la consulta. Por eso resulta forzada la siguiente afirmación:

¿Dónde ubicar a la consulta popular? ... Dentro de la necesaria y compleja participación política, la consulta se ocupa de temas de trascendencia que sean pertinentes para alimentar el ejercicio de las facultades discrecionales de estos órganos representativos. (...) La utilidad de la consulta es que —dado el caso— la ciudadanía aporte un insumo de consideración vinculante a la concreción de esas facultades.

En el engrose no consta qué debe entenderse por “insumo de consideración vinculante”, pero sí se citan los límites materiales a las consultas, contenidos en la Constitución. Después de hacerlo, los jueces sueltan un argumento mediante el cual se introduce una limitación que no tiene sustento constitucional:

Quando la Constitución atribuye competencias de ejercicio obligatorio, particularmente, cuando las mismas se atribuyen a un conjunto de órganos de naturaleza no representativa, como son los poderes judiciales o las fiscalías, éstas suelen constituir garantías orgánicas de derechos humanos en específico. Sus facultades se diseñan justo para que estos órganos no se comporten de acuerdo con las preferencias de las mayorías, y su función protec-

tora de los derechos humanos sea más eficaz. Por ello, sus prerrogativas son preponderantemente regladas y de ejercicio obligatorio y aquellas facultades discrecionales que se les asignan son para conducirse conforme a racionalidades técnicas o especializadas, distintas a las electorales. Sin garantías orgánicas de los derechos humanos no existiría una democracia y, por tanto, los temas que les atañen también quedan excluidos del ámbito de aplicación de la consulta popular.

Vale la pena detenerse en el punto. En la Constitución no se distingue entre autoridades u órganos representativos y no representativos. Tampoco se habla de facultades discrecionales y no discrecionales. Lo que se enlistan son materias concretas que no pueden ser objeto de consulta. Así las cosas, de nueva cuenta, para sustentar su decisión en el caso concreto, las y los ministros realizan una interpretación forzada que pretende valer como una norma general, y que carece de sustento jurídico.

Sobre esta base, después de haber “determinado el alcance de la figura de consulta popular”, la Corte se adentró en el análisis de la “petición formulada por el Presidente de la República”. Para ello, primero, aclaran que a la SCJN solo toca el análisis de la constitucionalidad de la materia, y no “todas las razones de conveniencia, pertinencia o necesidad de la pregunta, pues estas cuestiones pertenecen más al ámbito de la trascendencia —análisis vedado a este Tribunal—”, y el tema de la trascendencia es competencia de las cámaras del Congreso según lo establece la ley de la materia. Una vez asentado lo anterior, en el engrose se reitera cuál es la finalidad de la consulta según la SCJN:

La finalidad de la consulta es otra: incidir en las decisiones discrecionales de los órganos representativos dentro del espacio que la Constitución reserva a esta figura jurídica, emitiendo una opinión vinculante sobre un tema de trascendencia para superar los posibles defectos del régimen representativo.

Se trata, como ya he advertido, de una conclusión de creación pretoriana que no se apega al texto constitucional. Pero sí les sirve para anclar otra afirmación desconcertante, pero necesaria para cuadrar la decisión adoptada:

En resumen: existen por separado una materia de la consulta y una pregunta que le da eficacia; la primera es sustantiva y la segunda es adjetiva o formal; sendos elementos de un mismo componente. En tal razón, a este Tribunal Supremo le atañe ocuparse de los aspectos jurídicos de este proceso, no de los políticos ni de los ideológicos que, como se dijo, pertenecen en todo caso a otro ámbito de Poder.

Más adelante se reconoce que lo procedente es que el Pleno defina “cuál es el objeto de la consulta acudiendo a sus facultades de apreciación”. Esto es así —puede leerse en el mismo documento— porque a la “Suprema Corte corresponde evaluar si la materia de la consulta se constriñe a una temática que no actualice algunas de las restricciones previstas en el numeral 3o. de la fracción VIII del artículo 35 constitucional”. Tras lo cual se afirma, sin mayor argumentación, que “el peticionario no debe cumplir un estándar de motivación técnicamente impecable” y se remata con lo siguiente:

Para ese análisis, el Tribunal Pleno debe atender, por un lado, a la integralidad de las razones contenidas en la solicitud planteada y por otro, hacerlo favoreciendo la protección más amplia del derecho humano a la consulta. Esto significa que aun si el peticionario hiciese una relación de facultades de autoridades no conectadas con la temática que propone como objeto de la consulta, este Pleno estaría obligado a declarar constitucional la materia si constata que el tema es procedente conforme a los estándares constitucionales, en sujeción a los principios pro persona y de progresividad.

Como puede verse, hasta ese momento, no se han identificado el objeto y la materia de la consulta. Solo se advierte que, para

hacerlo, según los propios precedentes de la SCJN en la materia, es necesario analizar “todos los elementos de la petición”. Y, entonces, una vez identificada será posible determinar “si se califica como constitucional la materia de la consulta (y entonces) debe procederse a estudiar la legalidad de la pregunta y, en su caso, modificarla”.

Al término de ese razonamiento, en el engrose se retoma la estrategia de escindir la materia de la pregunta. Ya no se habla de una dimensión sustantiva y otra objetiva “de un mismo componente”, como se había afirmado con anterioridad, sino de dos cuestiones separadas e independientes. Sobre esta premisa inicia el estudio de la petición redactada por el presidente de la República y, finalmente, aparece la primera mención a la materia de la consulta:

De la lectura de la exposición de motivos, se percibe —en sus primeros ocho considerandos— la opinión del peticionario sobre diversos problemas de interés público, así como el contexto en que se desarrollaron. Ahí el peticionario describe los problemas sociales ocurridos en el pasado, e impulsados, en su apreciación, por actores políticos relevantes. A partir del considerando noveno, se expone medularmente la materia de la consulta: el Presidente de la República indica que la demanda social de “*esclarecimiento*” de los hechos y actuaciones del pasado, no encuentra un cauce institucional claro. Con ello, el Presidente de la República hace referencia a un ámbito de facultades discrecionales que, por tanto, no están regladas y son independientes ‘*del curso que tomen las acciones legales en contra de diversos ex funcionarios*’.

En los párrafos siguientes del engrose se mencionan otros argumentos expuestos en los considerandos de la petición presidencial. Se reproduce la pregunta que el presidente de la República pretendía someter a consulta popular y, a partir del párrafo recién citado, se adentran en una disquisición reveladora que merece una cita en extenso:

Con estos elementos en vista, este Pleno observa que existen dos posibles lecturas de la materia de la petición. Una primera supondría que el tema de la consulta son las facultades de las autoridades de procuración y administración de justicia, específicamente, aquellas destinadas a investigar y a sancionar a los responsables. Este entendimiento se une a la literalidad de los términos utilizados en la pregunta propuesta, pero no a los puntos centrales de la exposición de motivos, en los cuales no se subraya la importancia de los resultados de los eventuales procedimientos judiciales.

De aceptarse como materia de la consulta este primer supuesto, este Pleno tendría que concluir que la petición se ubica en el supuesto de excepción de procedencia del derecho a la consulta, pues las facultades de las instituciones de procuración y administración de justicia son garantías orgánicas de los derechos humanos de acceso a la justicia, de reparación de las víctimas y del derecho a la verdad, por lo que al someterse a consideración de la población si desean que dichas autoridades cumplan con sus obligaciones, se consultaría una restricción de los derechos humanos, lo que claramente desborda el ámbito de aplicación de la consulta popular.

Como quedó expuesto en el apartado previo, la consulta popular no puede ser utilizada, como se dijo, para incidir en las facultades obligatorias o regladas de órganos contra-mayoritarios, como las fiscalías o los poderes judiciales, de cuyo ejercicio depende la garantía de los derechos humanos. La consulta popular versaría, por tanto, sobre una de las materias vedadas y taxativamente delimitadas en el numeral 3o. de la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución.

Sin embargo, este Pleno considera que es razonable acoger como potencial descripción una materia distinta, cuyo tema sería el esclarecimiento de hechos pasados mediante las facultades discrecionales de los órganos representativos que servirían para ese fin, sin interferir en el ámbito de garantías del derecho humano de acceso a la justicia y en la reparación de daños de las víctimas, entre otros derechos que podrían verse restringidos. Esta descripción permite expandir y garantizar el derecho humano de carácter político a la consulta popular.

Para llegar a esa conclusión tienen que pasar por alto “la literalidad de la pregunta” y aplicar una “regla de preferencia” para, entonces, elegir la materia que permita llevar a cabo la consulta. Esto puede leerse más adelante:

Aunque la pregunta propuesta por el Presidente hace referencia “a las autoridades competentes”, no es obvio que esto deba interpretarse como una intención de incluir a la Fiscalía o a los jueces, en términos técnicos y restringidos. Tan es así que en los considerandos, el peticionario afirma que, con independencia de los juicios que en su caso ocurran, lo relevante es esclarecer la actuación de los titulares del Ejecutivo y, en todo momento, subraya las dimensiones histórica y política que supondría conocer los sucesos acontecidos.

Resulta interesante cómo se va construyendo una argumentación que, a su vez, reconstruye la argumentación presidencial para conducirla hacia un terreno que permita declarar la constitucionalidad de una materia indefinida. Por ejemplo, más adelante se sostiene esto:

En este punto debe recordarse que las facultades de los fiscales y los poderes judiciales están claramente regladas en la Constitución, mientras que la petición nos remite a aquella parte del sistema jurídico donde no hay facultades regladas, sino discrecionales.

Se trata de una afirmación sustentada en la interpretación expuesta por la propia Corte en los párrafos anteriores, la cual no tiene asidero en la Constitución. Pero, además, conlleva a su vez una interpretación de los considerandos de la petición presidencial y de la pregunta que, para colmo, después será modificada. Esa manera de argumentar conduce a los jueces constitucionales a sostener abiertamente que son ellos quienes transformaron la materia para lograr que fuera constitucional. He aquí el párrafo concreto:

Esta interpretación transforma la materia de la consulta en constitucionalmente válida, pues no actualiza ninguna de las restricciones del numeral 3o. de la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Federal. Una vez la población participe y se reúnan los requisitos necesarios para generar un resultado vinculante, el Presidente deberá encomendar a parte de sus órganos allegarse de elementos y evaluar los hechos ocurridos en el pasado y, de ser el caso, impulsar los procedimientos que correspondan. Esto no violaría ninguna norma jurídica, ya que el Ejecutivo no tiene una obligación de llevar estas acciones, pero tampoco existe ninguna norma que lo prohíba. La posibilidad de realizar investigaciones internas sobre determinados hechos relativos a la administración pública es una facultad inherente al Poder Ejecutivo. Un ámbito donde las mayorías pueden impulsar a ese poder representativo a tomar su voluntad como *‘insumo de consideración vinculante’*, a partir de la cual determine los cursos de acción que considere convenientes.

Es interesante notar cómo, hasta ese momento, el razonamiento de las y los ministros gira en torno de una petición que tiene una pregunta concreta. Esto significa que los razonamientos expuestos hasta ese punto no cuestionan la legalidad de la pregunta y es sobre la base de la misma —y de los considerandos de la petición presidencial— que “transformaron” la materia para que fuera constitucional y la consulta pueda tener lugar. Así como en el párrafo anterior tuvieron que encarar de nuevo el resbaloso tema de la vinculatoriedad, en el supuesto de que la mayoría de los votantes se inclinara por una respuesta positiva, en el siguiente tuvieron que enfrentar el escenario contrario:

Por su parte, si la población llegara a emitir una respuesta negativa, lo único que implicaría es que ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, ni las autoridades competentes a las que refiere el artículo 35 constitucional, deben entenderse vinculadas a usar sus facultades discrecionales para ese fin; lo que no relevaría (ni al peticionario ni a ningún servidor público) de su obligación de denunciar aquellos hechos de los que tenga conocimiento y que

puedan constituir un delito. En ambos casos, las respuestas de la población no tendrían ninguna interferencia en las facultades de los órganos de procuración ni administración de justicia, ni restringirían los derechos de las víctimas, ni el acceso a la justicia.

Para rematar y concluir el apartado, se reitera cuál es la materia según la interpretación transformadora de la SCJN: “la materia u objeto de la consulta consiste en el esclarecimiento de hechos pasados en México, dentro de los cuales se incluye una diversidad de situaciones y hechos destacados por el peticionario como relevantes en su estudio por sus implicaciones históricas y políticas—”; y los propios ministros trazan posibles rutas de acción que el presidente de la República no consideró de ninguna manera en su petición:

Este tema tendría como ámbito de proyección las facultades discrecionales de los órganos representativos, especialmente, el Poder Ejecutivo, quienes, en caso de producirse un resultado vinculante de la población, tendrían abierto un abanico de posibilidades de cursos de acción: desde la creación de mecanismos novedosos para esclarecer algunos hechos en específico, como en algunos países que han decidido garantizar el derecho a la verdad, hasta mecanismos que permitieran a las autoridades competentes allegarse de elementos suficientes para iniciar procedimientos de responsabilidad en términos de lo establecido por el Título Cuarto de la Carta Suprema.

Como puede observarse, en ese párrafo de cierre se conjugan la peculiar interpretación de la SCJN sobre la materia de la consulta; el resbaloso tema de la vinculatoriedad; la idea que deslizó un ministro el día de la sesión en el sentido de que la consulta versaba sobre un mecanismo para desentrañar la verdad histórica, y el argumento, hasta ahora ausente, pero propuesto como materia de la consulta por otros dos jueces constitucionales, también en aquella sesión histórica, sobre los procedimientos de responsabilidad.

Solo faltaba calificar la legalidad de la pregunta elaborada por el presidente López Obrador. Ello, sobre la base del artículo 35 constitucional y el artículo 26, fracción II, incisos *a)* y *b)* de la ley en la materia que establece lo siguiente:

Artículo 26. Cuando la petición de consulta popular provenga del Presidente de la República, se seguirá el siguiente procedimiento:

...

II. Recibida la solicitud del Congreso para verificar la constitucionalidad de la petición de consulta popular, la Suprema Corte deberá:

a) Resolver sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta popular y revisar que la pregunta derive directamente de la materia de la consulta; no sea tendenciosa o contenga juicios de valor; emplee lenguaje neutro, sencillo y comprensible, y produzca una respuesta categórica en sentido positivo o negativo.

b) Realizar las modificaciones conducentes a la pregunta, a fin de garantizar que la misma sea congruente con la materia de la consulta y cumpla con los criterios enunciados en el inciso anterior.

Merece la pena recordar que, para entonces, ya todos sabíamos que cambiarían la pregunta y que los argumentos para hacerlo nunca fueron claros durante la sesión televisada. En aquel día tampoco se hicieron públicas las razones por las que redactaron la pregunta en los términos que lo hicieron. Por eso es particularmente interesante esta última parte del engrose, en la que se exponen argumentos que, de la misma manera con lo que sucedió con la definición de la materia, no se esgrimieron el día de la decisión.

Primero defendieron su “conclusión metodológica” expuesta al inicio del engrose en el sentido de que no se ejerce “una función jurisdiccional, sino de control *ex ante* al interior de un procedimiento, cuyo propósito es potenciar el derecho de participación política, en el cual no cabe hablar de una *litis* específica”. Así

que de la misma manera que transformaron la materia, ahora procederían a transformar la pregunta para que fuera congruente con la primera. Este fue el razonamiento:

Dicha pregunta (elaborada por el Presidente de la República) guarda una relación parcial con la materia de la consulta; es inquisitoria al incluir a personas en concreto, no está formulada en lenguaje neutro, contiene un juicio de valor y tampoco produce una respuesta categórica en sentido positivo o negativo. Por ello, son dos los componentes de la pregunta que deben excluirse: 1) Las locuciones referidas a la investigación y sanción por parte de las autoridades competentes, y 2) Los nombres propios de las personas referidas.

Dado que el “objeto de la consulta es el esclarecimiento de esos hechos mediante el ejercicio de facultades discrecionales de los órganos representativos”, la pregunta debe ser modificada con la finalidad de que sea congruente con el mismo. De hecho, la supresión de los nombres de los expresidentes se justifica con un argumento que, si lo leemos con atención, debió conducirlos a la declaratoria de inconstitucionalidad. Los nombres deben suprimirse porque:

...históricamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido consistente en entender que la prohibición de leyes privativas, prevista por el artículo 13 constitucional, exige que las normas del orden jurídico nacional no estén dirigidas a personas nominalmente designadas.

Esa prohibición, puede leerse más adelante, “busca respetar los principios de generalidad y abstracción que en un estado constitucional de derecho se ha de predicar de las normas jurídicas”. Ello, con la finalidad de que las personas “sean siempre tratadas en condiciones de igualdad”. El argumento tiene, al menos, dos problemas. Por un lado reconoce que la formulación de

la pregunta que propuso consultar el presidente de México viola el principio de igualdad que es fundamento de derechos humanos. Es decir, incurre en una de las prohibiciones expresas contenidas en el artículo 35 constitucional. Además, contrario a lo que se argumenta en otra parte del propio engrose, supone que el resultado de la consulta se considera una “norma del orden jurídico nacional”. Los propios redactores del engrose se percataron de la contradicción e intentaron librarla con el siguiente argumento:

A juicio de este Pleno, el producto de una consulta popular también debe respetar esa prohibición, pese a que no puede ser considerada una ley propiamente. Como se determinó al inicio, el producto de la consulta popular debe ser entendido como un insumo de consideración vinculante para las autoridades. Esto quiere decir que guarda autonomía respecto al resto de los procesos de producción normativa. De cualquier forma, el resultado de la consulta sí tiene un fin práctico, siempre en función de la opción elegida por la ciudadanía.

Por esta razón, la pregunta que se pondrá a la vista de los votantes debe respetar el significado que nuestra jurisprudencia siempre ha atribuido al artículo 13 constitucional y, consecuentemente, no puede estar dirigido a un grupo de personas identificable por nombre y apellido.

El argumento se refuerza con una referencia al derecho penal, al recordar que la Primera Sala ha establecido “el rechazo constitucional de hacer objeto de los procesos penales los atributos personales de los indiciados, para delimitarse a investigar actos”. Ambos argumentos —la prohibición de normas privativas y la apuesta por un derecho penal del acto— son atendibles y atinados. El problema es que, como ya he afirmado, debieron conducir hacia la declaratoria de inconstitucionalidad y no hacia la transformación de la materia y la reformulación de la pregunta. Sin embargo, para las y los ministros:

Por estas razones, al observarse que la pregunta del Presidente de la República no guarda congruencia con la materia de la consulta, este Pleno procede a cumplir con su obligación legal de modificarla, en términos del artículo 26, fracción II, inciso b) de la Ley de la materia, para quedar de la siguiente manera:

‘¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes, con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?’.

Esta pregunta reformulada tiene simetría con la materia de la consulta, que consiste en el esclarecimiento de los hechos del pasado, mediante el ejercicio de las facultades discrecionales de los órganos representativos, cuyo propósito incluye un abanico de posibilidades amplio que van desde la obtención de resultados con un valor histórico y político, así como la obtención de elementos necesarios para iniciar los procedimientos de responsabilidad pública correspondientes.

Para finalizar, en el engrose se dedican los últimos párrafos a “justificar las razones por las cuales esta Suprema Corte se inclinó por la referida redacción de la pregunta”. Ahí puede leerse que la frase *“las acciones pertinentes”* se incluyó para aclarar que “las autoridades vinculadas retienen un margen de acción para elegir entre varias posibilidades, los cursos de acción más convenientes”; que se especifica que será *“con apego al marco constitucional y legal”* para advertir que “los principios de seguridad jurídica y legalidad... Deben cumplirse a pesar de existir una opinión popular vinculante en contra”; que el enunciado *“para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos”* sirve para precisar a la población que no se le está preguntando si quiere que se cumpla una facultad de ejercicio obligatorio”; que se retoma la formulación *“proceso de esclarecimiento”* de la exposición de motivos de la solicitud presentada por el presidente, a fin de consultar a la población si quiere que se “haga un desvelamiento del pasado, en términos amplios, mediante la creación de mecanismos complementarios”. Pero

“esta amplitud temporal halla un límite personal: se centra en la actuación de actores políticos relevantes”. Finalmente, se precisa que ello está “*encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas*”, en el entendido de que la idea del esclarecimiento debe poner un acento en estos fines.

Fue así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana resolvió que “es constitucional la materia de consulta popular a que este expediente se refiere” y aprobó la pregunta que se acaba de citar. El engrose fue aprobado en la sesión privada ordinaria celebrada el 15 de octubre de 2020: “por unanimidad de seis votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, con salvedades sobre el párrafo cuya modificación se aprobó en sesión privada, Esquivel Mossa, Ríos Farjat, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea”.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El título de este libro anuncia mi conclusión. Desde mi perspectiva, la decisión de la SCJN en este caso fue una derrota del derecho por las razones y lógicas del poder. Se trataba de un caso jurídicamente fácil, pero por consideraciones que desconocemos y que probablemente nunca conoceremos con precisión terminaron por hacer difícil lo sencillo. A mi juicio, al final, el tribunal constitucional también salió derrotado. Una mayoría de seis ministras y ministros le obsequiaron al presidente de la República y a sus seguidores una —para colmo, mala— decisión política.

La cuestión de las razones que pudieron estar detrás de la decisión no es un asunto menor, pero tampoco es un terreno de análisis fructífero. Inevitablemente nos conduce por la senda de la especulación. Difícilmente las seis personas, jueces constitucionales, que votaron por la mayoría harán públicas las verdaderas razones de sus votos. Los términos del engrose, a mi juicio, ensombrecen más de lo que aclaran. Simple y llanamente no son convincentes. No lo son ni el asunto de la (no) vinculatoriedad, ni la definición de la materia, ni la relación entre ésta y la pregunta, ni las razones para redactar la interrogante que se llevará finalmente a consulta popular. Los intentos por aclarar y desentrañar las razones de esas definiciones son, en todos los casos, resbalosos.

¿Tuvo que ver el legítimo deseo del ministro presidente y de algunos de sus colegas de ver materializada la reforma judicial que llevaban meses impulsando? Una reforma al Poder Judicial desde el Poder Judicial, se dijo al presentarla. Un proyecto de reforma ambicioso y controvertido que, según trascendió, se trabajó directamente en las oficinas de la presidencia de la Corte. No lo sabremos. Lo único que podremos documentar es que

poco tiempo después de la decisión que se analiza en este libro, la mencionada reforma avanzó sin resistencias en sede legislativa. Pero, de ser el caso, el toma y daca parece desproporcionado. Después de todo la consulta “para juzgar a los expresidentes” es un capricho propagandístico del presidente en turno y una reforma al Poder Judicial es un cambio institucional estructural con efectos de largo alcance.

¿Existieron presiones políticas basadas en la trayectoria o las decisiones pasadas de algunos de los jueces constitucionales? Tampoco lo sabremos. Lo que sí podemos documentar es que un ministro, Medina Mora, renunció a su cargo sin la debida justificación pública en octubre de 2019 —un año antes de la decisión que aquí se analiza— y que el presidente de la República dijo que se le estaba investigando por presuntos actos de corrupción. Su encargo constitucional terminaría hasta 2030 y las razones de su renuncia nunca fueron públicas —a pesar de que así lo exige la Constitución—, por lo que es posible especular que fue presionado para dejar su asiento en la SCJN. Pero, de nuevo, solo nos queda especular. Tal vez otros de los ministros en funciones en 2020 tenían preocupaciones que alguien desde el gobierno les trajo a la mente y sus votos respondieron a sus insomnias. Pero, de nuevo, creo que nunca sabremos si eso sucedió. Solo sabemos cómo votaron y cómo argumentaron sus votos.

¿Algunos votos respondieron a una lealtad política hacia el presidente de la República y su gobierno? Eso no se argumentó en la sesión pública ni consta en el engrose. Así que, otra vez, es una interrogante especulativa. Solo sabemos que tres de los seis jueces que votaron a favor de la consulta fueron designados durante el gobierno del presidente López Obrador y, al menos, en dos de los casos las designaciones fueron polémicas por la cercanía política de las personas nombradas con el gobierno en turno. También sabemos que en otros casos polémicos al menos una de esas personas votó en contra de alguna decisión del gobierno —en concreto la ley de remuneraciones— y que ese voto no fue bien recibido por los seguidores del presidente. No hay mucho

más que decir al respecto. Quizá solo que a los jueces se les conoce por sus argumentos, razones y decisiones.

En fin. El derecho y los juristas prometen una certeza ajena a los vaivenes de la política y avatares. En las facultades de jurisprudencia les enseñamos a los estudiantes que su función será la de brindar seguridad jurídica. El asidero para lograrlo serán las normas constitucionales, legales e, incluso, administrativas. El mensaje va dirigido a quienes tienen vocación de juzgadores. A ellas y a ellos —como nos enseñaron Locke, Kant, Kelsen, García Máynez, Fix-Zamudio, etcétera— les tocará ser “el tercero por encima de las partes” que, para impartir justicia, deberá abandonar sus prejuicios e intereses y decidir “conforme a derecho”.

Dejo que sean los lectores quienes juzguen si así se juzgó —aunque no haya sido, según se dijo, un asunto estrictamente jurisdiccional— en este caso.

ANEXO 1

PRONUNCIAMIENTOS DE COLEGIOS DE ABOGADOS

BARRA MEXICANA
COLEGIO DE ABOGADOS
PRESIDENCIA

POSICIONAMIENTO DE LA BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A. C. (BMA), SOBRE LA DECLARATORIA DE LA SCJN, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSULTA POPULAR PARA ENJUICIAR A EXPRESIDENTES

1o. de octubre de 2020

La Constitución es la mejor herramienta de una república democrática para salvaguardar los derechos humanos de las personas porque al estar resguardados en ella se les protege de los movimientos pendulares de la economía, las ideologías y la política. Que los derechos humanos estén resguardados en la constitución permite, entre otras cosas, que todas y todos podamos vivir en libertad y sin miedo de los poderosos.

Nuestra Constitución no es inmutable, por el contrario, es adaptable a las nuevas épocas que le toca vivir, prueba de ello es que con el paso del tiempo nuestra Constitución ha sido modificada a través de los procedimientos previstos en ella misma para dar lugar a nuevas formas de participación democrática, tal es el caso de la consulta popular. Sin embargo, este mecanismo de democracia participativa también está sometida al respeto y protección de los derechos humanos.

El trabajo de un tribunal constitucional es ser el guardián último de la Constitución, y esto no es una exquisitez teórica sino una necesidad cotidiana. Un trabajo nada sencillo porque sobre el tribunal constantemente se yerguen presiones, a veces desde el ámbito privado y a veces desde el ámbito público, pero siempre desde el poder. Es por esto que, la grandeza de un tribunal constitucional y de sus integrantes radica en poder separar las presiones de los argumentos, los manotazos de las razones y los caprichos del derecho para poder resolver con apego a la Constitución. Eso no sucedió hoy.

El día de hoy, en una decisión muy dividida, la SCJN decidió cambiar la constitucionalidad por la popularidad. Al adoptar una decisión sin argumentos no solo se dio la espalda a sí misma y a sus decisiones precedentes en la materia, sino que le dio la espalda a la imparcialidad con el ánimo de evitar una confrontación con el poder político, perdiendo en ello su independencia.

La democracia implica votaciones, disensos, confrontaciones, negociaciones y acuerdos, pero también implica el respeto a la Constitución y a las instituciones del Estado Mexicano. Perder eso de vista transformará a nuestro tribunal constitucional en un juzgado de trámite. Desde la BMA exhortamos al poder judicial de la Federación a estar a la altura de los retos que vive México y a no claudicar en la defensa de nuestra Constitución y con ello de los derechos humanos de todas y todos los mexicanos.

Atentamente
Héctor Herrera Ordóñez. Presidente

COMUNICADO DEL ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR PARA ENJUICIAR A EXPRESIDENTES

El día de ayer, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, en términos del artículo 35 de la Constitución, el inicio de los procesos a través de los cuales se investigan, persiguen y sancionan a determinadas personas puede ser materia de consulta y, por tanto, de decisión popular. Aun cuando en última instancia la Corte modificó el texto de la pregunta, eso no cambia el fondo de lo resuelto.

Si bien el derecho es interpretable, existen pilares constitucionales que nos permiten articular como una democracia y uno de ellos es el derecho a un proceso justo e imparcial, en garantía del respeto a los derechos de mayor relevancia: la libertad, el honor, el debido proceso, la presunción de inocencia y el buen nombre. En ese sentido, los artículos 20 y 21 constitucionales establecen requisitos mínimos que no pueden ser objeto de consulta alguna, ni siquiera si esta es emitida por la mayoría de la población. Así lo establece el propio artículo 35 Constitucional en su fracción VIII.

Un país libre y democrático se funda en un sistema de justicia que así lo sea. No puede haber imparcialidad si previamente se consulta respecto de una decisión de trascendencia constitucional a millones de personas, así como no puede haber justicia si se le niega la verdad a una víctima por la opinión de la mayoría.

El artículo 109 constitucional contempla las sanciones a los servidores públicos —como lo fueron todos los expresidentes de la República— y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, y establece que los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas en el propio artículo se

desarrollarán autónomamente. Se establece asimismo que cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el citado artículo.

Es decir, la Constitución contempla como derecho de cualquier ciudadano denunciar a funcionarios públicos y particulares que incurran en responsabilidades frente al Estado así como aportar las pruebas que respalden su dicho. No es un derecho que sea consultable, sino que se trata de un derecho constitucional a favor de toda la ciudadanía. En este sentido, la pretendida consulta popular tal como fue planteada y como finalmente fue aprobada restringe los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en particular las garantías para su protección, en este caso, la garantía contenida en el artículo 109 constitucional.

Los principios que nos permiten existir como Estado democrático constitucional de derecho no deben ponerse a prueba y, por ello, el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México exhorta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Poder Judicial de la Federación a evitar que dentro de sus deliberaciones se considere cualquier elemento o fuerza externa de índole social, política o ideológica que vaya más allá del derecho y de los hechos a resolver.

Ciudad de México, 2 de octubre de 2020.

Arturo Pueblita Fernández.

Presidente

ANADE

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA DECISIÓN DE LA SCJN EN RELACIÓN A LA CONSULTA POPULAR PLANTEADA POR EL EJECUTIVO FEDERAL

Ayer, 1o. de octubre de 2020, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó en una votación dividida (6 votos a favor y 5 en contra) que la materia de la consulta popular planteada por el Ejecutivo Federal en relación con la posible investigación y sanción de expresidentes de la República, es constitucional. Lo anterior, considerando matices en la pregunta a formular con el objeto de despersonalizar la y de sugerir que el resultado podría ser vinculante para el Ejecutivo Federal pero no para las instituciones de procuración e impartición de justicia.

Es cierto que fueron planeados argumentos técnicos serios en la toma de la decisión, sin embargo, al adoptarla, la mayoría de los ministros de la SCJN pasaron por alto implicaciones materiales, lógicas y jurídicas que la consulta tendrá en las condiciones institucionales que son necesarias para garantizar, en primer lugar, un juicio justo a los actores políticos sujetos de la consulta y, en última instancia, la debida protección de los derechos de todos los ciudadanos.

En efecto:

- La decisión no consideró hechos notorios relevantes para el caso, como lo es la propaganda gubernamental que reiteradamente ha anunciado esta consulta como la posibilidad de enjuiciar y castigar a los expresidentes de 1988 a la fecha, ni fijó salvaguardas eficaces para impedir que el Ejecutivo Federal continúe haciendo referencia a la consulta con ese ángulo (por ejemplo, en las conferen-

cias de prensa mañaneras), con independencia del nuevo texto de la pregunta que formuló la SCJN y de la promoción imparcial que haga el INE en términos de ley. Esto reduce significativamente la eficacia de los matices empleados para concluir la constitucionalidad de la materia de la consulta .

- En consecuencia, en su decisión, la SCJN pasó por alto que la materia de la consulta permite resultados que impactarán directa e Indirectamente en los procesos de decisión de quienes intervendrán en el esclarecimiento, investigación, persecución y sanción de los adores políticos correspondientes, al generar un sesgo o prejuicio inevitable para llegar a conclusiones consistentes con el resultado de la consulta. Estos impactos no necesariamente serán visibles, conscientes y deliberados, sino que pueden ser informales, sutiles y casi imperceptibles, pero tienen el potencial de distorsionar las condiciones de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación de los servidores públicos, como garantía de los derechos fundamentales de presunción de inocencia y debida defensa, entre otros.

Lo anterior pone en evidencia que la decisión de ayer no solo atenta contra los derechos de los sujetos que son el centro de la consulta, sino que constituye un precedente que permite replicar este escenario en perjuicio de cualquier ciudadano. Así, al votar a favor de la constitucionalidad de la materia de la consulta, se ignoraron por completo las bases elementales del derecho construidas para la protección de todas y todos los ciudadanos, que nos protegen de ser investigados, perseguidos y sancionados por motivaciones políticas o que se fundan en linchamientos públicos o mediáticos.

La SCJN soslayó, además, la voluntad del Poder Reformador de la Constitución que prohibió que fuesen materia de la consulta popular los derechos humanos y sus garantías de protección y

se dejó atrás la tendencia garantista que hasta ahora había distinguido a la SCJN.

La Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A .C. (ANADE) está consciente del alto valor que tiene la participación ciudadana en la vida democrática del país. Sin embargo, por las razones aquí expuestas y porque este precedente pone en riesgo las garantías institucionales a las que tienen derecho todos los ciudadanos, ANADE está en total desacuerdo con la decisión de la SCJN que aquí se comenta.

Por último, hacemos un gran reconocimiento al valor y talento jurídico de los Ministros Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Javier Laynez Potisk, por no haber dado la espalda a la Constitución, porque así hoy pueden ver de frente a la Nación.

Ciudad de México, a 2 de octubre de 2020
Consejo Directivo Nacional

ANEXO 2

ESCRITO PRESENTADO EL QUINCE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE, ANTE LA PRESIDENCIA DE LA MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE SENADORES POR EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

“El suscrito, Andrés Manuel López Obrador, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere la Ley Federal de Consulta Popular en su capítulo II, artículo 12, fracción I, presento formalmente a ustedes la siguiente petición de consulta popular para la jornada electoral que habrá de celebrarse el domingo 6 de junio de 2021 o en la fecha que establece el recién reformado artículo 35 de la Constitución, a fin de preguntar al pueblo de México sobre el asunto de trascendencia nacional que se describe y fundamenta en la siguiente

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PRIMERO. Entre el 1 de diciembre de 1988 y el 30 de noviembre de 2018 México vivió un periodo caracterizado por la concentración desmesurada de la riqueza, quebrantos monumentales al erario, privatización de los bienes públicos, corrupción generalizada, procesos electorales viciados y prácticas gubernamentales que desembocaron en un crecimiento descontrolado de la violencia, la inseguridad pública, la violación masiva de derechos humanos, la impunidad como norma y el quebrantamiento del Estado de derecho en extensas zonas del territorio nacional. Esa etapa trágica en la vida del país se denomina periodo neoliberal o neoporfirista.

SEGUNDO. Los males señalados en el párrafo anterior no ocurrieron de manera fortuita sino que fueron consecuencia de la aplicación, durante cinco sexenios, de un modelo político y económico elitista, antidemocrático, antinacional y antipopular. Las más altas esferas del poder público, y específicamente quienes ejercieron la titularidad del Poder Ejecutivo, dieron fe en innumerables ocasiones, tanto de palabra como en los hechos, de su adhesión a las políticas privatizadoras, su determinación de privilegiar a los grandes poderes económicos y de su empecinamiento en estrategias de seguridad violentas, inhumanas y contraproducentes. En suma, los desastres humanos, sociales y nacionales sufridos por el país durante esos treinta años fueron resultado de una suma de actos voluntarios y racionales por parte de quienes lo gobernaron en ese lapso.

TERCERO. El neoliberalismo gobernante se tradujo en la pérdida de centenares de miles de vidas, en decenas de miles de desapariciones, en la conculcación de derechos políticos y sociales, en el crecimiento de la pobreza, la desigualdad, la marginación, la informalidad y la descomposición social, en el deterioro sostenido de los sistemas públicos de salud y educación, en la desprotección de millones de jóvenes y adultos mayores, en el acoso depredador en contra de las comunidades indígenas, en un pronunciado deterioro de las instituciones, en la pérdida de soberanía y en la devastación de las industrias petrolera y eléctrica, entre otras consecuencias graves.

CUARTO. La desigualdad en México se profundizó precisamente durante el periodo neoliberal o neoporfirista. Según cifras del Banco Mundial y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), fue en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, cuando crecieron más en nuestro país las diferencias económicas y sociales entre ricos y pobres, y no es casual que al mismo tiempo se entregó a particulares nacionales o extranjeros una cantidad sin precedentes de bienes públicos. Un dato: en julio de 1988, cuando Salinas fue impuesto mediante un fraude electoral, en la lista de la revista Forbes —en la cual

figuran las personas más ricas del mundo—, solo aparecía una familia mexicana, la de los Garza Sada, con dos mil millones de dólares; pero al finalizar aquel sexenio, ya estaban incorporados a ese listado otros veinticuatro mexicanos, que poseían en conjunto más de cuarenta y cuatro mil millones de dólares. Casi todos ellos, habían sido beneficiados con empresas, minas y bancos que antes eran propiedad de los mexicanos. Luego de estar colocado en 1988 en el lugar 26 entre los países del mundo con más multimillonarios, en 1994 México escaló al cuarto sitio, solo por debajo de Estados Unidos, Japón y Alemania.

QUINTO. El presidente Ernesto Zedillo continuó las políticas privatizadoras de su antecesor y las llevó hasta sus últimas consecuencias: privatizó bienes nacionales como los Ferrocarriles pero además adjudicó al conjunto de los mexicanos deudas privadas por un monto de 552 mil millones de pesos en el marco del ‘rescate bancario’ de 1998. A la fecha, aunque el país ha pagado a los bancos 700 mil millones de pesos por bonos del Fobaproa, esa deuda pública asciende a cerca de dos billones y no terminará de saldarse sino hasta el año 2070.

SEXTO. Vicente Fox Quesada llegó a Los Pinos como resultado del anhelo social de alcanzar la democracia y la alternancia. Sin embargo, cuando se acercaba el final de su gestión intervino indebida e ilegalmente en el proceso electoral a fin de impedir el triunfo de la oposición. Tal intromisión no solo fue reconocida en el fallo con el que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) legalizó el turbio proceso electoral de 2006 sino por el propio Fox, quien, al año siguiente, en una entrevista con Telemundo, admitió que ‘era importante detener a López Obrador’, y en 2010 se jactó de haber ‘cargado los dados’ del proceso electoral. De esa forma, traicionó el mandato democrático al que se debía y los principios mismos de la democracia.

SÉPTIMO. Desde el inicio de su sexenio, Felipe Calderón Hinojosa embarcó al país en una estrategia militar supuestamente orientada a ‘combatir el narcotráfico’ que exacerbó la violencia y multiplicó las zonas del territorio nacional bajo control de las

bandas delictivas, pese a las innumerables y conocidas advertencias de que tal política habría de resultar contraproducente y terriblemente costosa para México. Lo más grave: colaboradores suyos y periodistas independientes le señalaron los indicios de que su secretario de Seguridad Pública, Genaro García Luna, era cómplice de una de las facciones del narcotráfico, pero el gobernante no hizo nada. A la luz de la detención y el enjuiciamiento de García Luna en Estados Unidos, la actitud de Calderón solo puede explicarse como fruto de una extremada irresponsabilidad o de complicidad activa o pasiva con la delincuencia organizada.

OCTAVO. La irrupción de grandes cantidades de dinero de procedencia desconocida en la campaña presidencial de Enrique Peña Nieto fue señalada desde 2012, sin que ello tuviera consecuencias legales o llevara al TEPJF a anular la elección, como en ese tiempo, desde la oposición formalmente lo exigimos. Sin embargo, declaraciones recientes de Emilio Lozoya Austin, director general de Pemex durante el sexenio de Peña, han permitido documentar que parte de ese dinero provino de sobornos anticipados de la empresa Odebrecht. Por otra parte, los señalamientos de Lozoya apuntan a la presunta complicidad de Peña Nieto en las cuantiosas sumas de dinero que se entregaron a legisladores del PAN para obtener los votos y la aprobación de la llamada reforma energética, así como en la compra fraudulenta de la planta de fertilizantes Agronitrogenados, operación que causó al erario un quebranto superior a los 200 millones de dólares.

NOVENO. Los hechos referidos en los párrafos anteriores, más muchas otras calamidades no relatadas en aras de la brevedad, generaron una creciente e inocultable indignación que desembocó en múltiples exigencias de justicia en sectores ampliamente mayoritarios de la sociedad mexicana. Tales exigencias se toparon con una diversidad de mecanismos de encubrimiento e impunidad, con la adulteración de disposiciones legales, con las componendas de los partidos subordinados al régimen, con el silencio cómplice de la mayoría de los medios de información nacionales y extranjeros, con acuerdos tácitos de protección entre

los presidentes salientes y los entrantes y con aparatos de procuración de justicia puestos al servicio de los propios gobernantes.

DÉCIMO. Desde el primer día de mi gobierno se han incrementado las peticiones populares de esclarecimiento y justicia para las acciones presuntamente delictivas que posiblemente cometieron los ex presidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto en el ejercicio del cargo. No obstante, el masivo clamor de justicia se enfrenta a zonas grises del marco legal, como las limitaciones que establece el artículo 108 constitucional, en curso de modificación, para actuar penalmente en contra de un presidente en funciones, o como la consideración de delitos imprescriptibles que los mencionados habrían podido cometer en el ejercicio de la Presidencia.

DÉCIMO PRIMERO. El país se encuentra, en este punto, en una situación en la que una demanda social mayoritaria carece de un cauce institucional nítido y de una vía clara de expresión en las leyes vigentes y en la que es ineludible que el Estado emprenda un proceso de esclarecimiento a este respecto. En mi calidad de Presidente de la República considero necesario avanzar en el discernimiento de este punto, sin estridencias, con responsabilidad, pero anteponiendo en todo momento el predominio de la voluntad popular y el respeto irrestricto de la legalidad.

DÉCIMO SEGUNDO. Independientemente del curso que tomen las acciones legales en los procesos en contra de diversos ex funcionarios, tanto en México como en el extranjero, la decisión de si debe esclarecerse en términos legales la actuación de los cinco ex presidentes referidos ha de considerarse un tema de trascendencia nacional y que por su proyección histórica y sus implicaciones políticas amerita ser puesto a la consideración de la ciudadanía en un espíritu de democracia participativa. Es pertinente señalar que no es ésta la primera ocasión en la que promuevo tales ejercicios; se han realizado con respecto a la construcción del aeropuerto en Texcoco, la planta eléctrica de Huesca, Morelos, la cervecería en Mexicali y el Tren Maya, y he

promovido la inclusión en la Carta Magna de las consultas regulares de revocación de mandato.

DÉCIMO TERCERO. En mi toma de posesión, consciente de la relevancia y las implicaciones de juzgar penalmente a quienes ejercieron la Presidencia, propuse la realización de una consulta popular como un paso necesario para resolver sobre este delicado asunto. Si el pueblo da su aprobación, las instituciones responsables de desahogar las potenciales acusaciones tendrán un enorme respaldo para realizar esa tarea con absoluta libertad; si rechaza la propuesta, nadie podrá acusarlas de encubrir o solapar conductas ilegales. En lo personal, reafirmo la postura que he sostenido siempre sobre este tema, en el sentido de que en el terreno de la justicia se pueden castigar los errores del pasado, pero lo fundamental es evitar los delitos del porvenir. He dicho y reitero, que yo votaría por no someter a los expresidentes a proceso. Sin embargo, de realizarse la consulta, respetaré el fallo popular, sea cual sea, porque en la democracia el pueblo decide, y por convicción me he propuesto mandar obedeciendo. En otras palabras, nunca traicionaré la confianza del pueblo y no seré cómplice de la impunidad ni voy a ser tapadera de acciones turbias del pasado, pero tampoco pretendo impulsar represalias contra nadie porque, como lo he afirmado en numerosas ocasiones, no es mi fuerte la venganza.

DÉCIMO CUARTO. El ejercicio de la consulta popular sobre la viabilidad de iniciar procesos legales en contra de los ex presidentes es en sí mismo un precedente necesario para prevenir la repetición de conductas indebidas en el ejercicio del poder y un deslinde con respecto a la impunidad y encubrimiento que caracterizó a los gobiernos neoliberales, una forma de despejar la ambigüedad legal que ha imperado sobre las responsabilidades de la figura presidencial y una reafirmación del principio de soberanía popular contenido en el artículo 39 de nuestra Constitución Política.

DÉCIMO QUINTO. La presente petición no contraviene la limitación establecida en el numeral 3º, fracción VIII del artículo

35 constitucional, en el sentido de que ‘no podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, ni las garantías para su protección’, por cuanto la consulta solicitada tiene el propósito central de llevar a un cauce legal claro un asunto de interés general y trascendencia nacional y posibilitar, en su caso, juicios apegados a derecho y respetuosos del debido proceso. Por el contrario, la consulta pedida reafirma el derecho a participar en los asuntos públicos estipulado en el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y reafirma el derecho a la justicia plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DÉCIMO SEXTO. El tema que motiva la presente petición de consulta popular repercute en todo el territorio nacional e involucra al conjunto de la población, en términos del artículo 6 de la Ley Federal de Consulta Popular, al estar involucrados sus intereses e instituciones y dado que los hechos que la originan revisten por sí mismos una importancia y gravedad tal, que es preciso someterlos a este mecanismo de participación ciudadana.

PREGUNTA DE LA CONSULTA POPULAR

En consecuencia y en cumplimiento a la fracción III del artículo 21 de la Ley Federal de Consulta Popular, propongo la siguiente pregunta:

¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los ex presidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?”.

REFERENCIAS Y FUENTES

REFERENCIAS Y FUENTES DEL CAPÍTULO TERCERO

- ALCÁNTARA SORIA, José Miguel, “Del concierto de inconstitucionalidades al desconcierto de estupidez”, *Milenio*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/juan-miguel-alcantara-soria/instinto-de-conservacion/del-concierto-de-inconstitucionalidades-al-desconcierto-de-estupidez>.
- APARICIO, Javier, “Consulta popular y juicio a expresidentes”, *Excelsior*, 27 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/javier-aporicio/consulta-popular-y-juicio-a-expresidentes/1402233>.
- APARICIO, Javier, “Tres estampas del presidencialismo”, *Excelsior*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/javier-aporicio/tres-estampas-del-presidencialismo/1410018>.
- ARLEQUÍN, “Consulta popular para juzgar a cinco ministros de la Corte”, *El Universal*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/arlequin/consulta-popular-para-juzgar-cinco-ministros-de-la-corte>.
- ARTEAGA NAVA, Elisur y OLVERA RANGEL, Sergio Charbel, “Una Corte sana”, *Proceso*, 4 de octubre de 2020.
- ASÚNSOLO MORALES, Carlos R., “Meteorología constitucional: tormenta de incongruencias judiciales”, *Nexos*, 14 de octubre de 2020.
- BECERRA-ACOSTA M., Juan Pablo, “La insoportable de la Corte... y la risa presidencial”, *El Universal*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/juan-pablo-becerra-acosta-m/la-insoportable-levedad-de-la-corte-y-la-risa-presidencial>.

- BELTRÁN DEL RÍO, Pascal, “Quién manda aquí”, *Excelsior*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/pascal-beltran-del-rio/quien-manda-aqui/1408943>.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero, Turín, Einaudi, 1999.
- BUENDÍA HEGEWISH, José, “Derroches de poder de López Obrador”, *Excelsior*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/jose-buendia-hegewisch/derroches-de-poder-de-lopez-obrador/1409257>.
- CAMARENA, Salvador, “Expresidentes: el doble error de Zaldívar”, *El Financiero*, 9 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/salvador-camarena/expresidentes-el-doble-error-de-zaldivar>.
- CAMARENA, Salvador, “La consulta que no es una consulta”, *El Financiero*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/salvador-camarena/la-consulta-que-no-es-una-consulta>.
- CARBONELL, Miguel, “Aclaraciones sobre la consulta popular”, *El Universal*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/miguel-carbonell/aclaraciones-sobre-la-consulta-popular>.
- CÁRDENAS, Luis, “La pequeña Corte”, *El Universal*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/luis-cardenas/la-pequena-corte>.
- CARDONA, Rafael, “La Suprema Genuflexa de Justicia”, *Crónica*, 2 de octubre de 2020, disponible en: https://www.cronica.com.mx/notas-la_suprema_genuflexa_de_justicia-1165599-2020.
- CASAR, María Amparo, “Nuevas facultades de la Corte”, *Excelsior*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/maria-amparo-casar/nuevas-facultades-de-la-corte/1409790>.
- CASAR, María Amparo, “Nueva oportunidad”, *Excelsior*, 14 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/maria-amparo-casar/nueva-oportunidad/1411097>.

- CASAR, María Amparo *et al.*, *Los pendientes de la Suprema Corte*, México, Ediciones Cal y Arena, 2021.
- CHAPA, Lilian, “«El juicio» a expresidentes o la justicia simulada”, *Gato Pardo*, 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://eljuego-delacorte.nexos.com.mx/?p=12227>.
- CISNEROS HERNÁNDEZ, Ricardo, “Consulta popular”, *Milenio*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/ricardo-cisneros-hernandez/perspectiva-juridica/consulta-popular>.
- CRESPO, José Antonio, “Consulta vs. Justicia”, *El Universal*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/jose-antonio-crespo/consulta-vs-justicia>.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, “Claudicación de la Suprema Corte”, *Excelsior*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/luis-de-la-barreda-solorzano/clauidacion-de-la-suprema-corte/1410022>.
- DRESSER, Denisse, “Oda a la Corte”, *Reforma*, 5 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/pre-acceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/%2Foda-a-la-corte-2020-10-05%2Fop190195%3Futm_source=twitter?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a-7279703b767a783a--.
- ECHEGARAY, Alejandro, “L’État, c’est moi...”, *El Heraldo*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/10/4/letat-cest-moi-211653.html>.
- ELIZONDO MAYER-SERRA, Carlos, “¿Tiranía?”, *Reforma*, 4 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/tirania-2020-10-04/op190133?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.
- ESQUEDA MÉNDEZ, Vicente, “Poder Judicial en la mira”, *Milenio*, 1 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/vicente-esqueda-mendez/linea-independiente/poder-judicial-en-la-mira>.

ETCHEVERRY, Azul, “Leyes a la medida”, *Excelsior*, 10 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/opinion-del-experto-nacional/leyes-a-la-medida/1410421>.

FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, “Ni lealtad a ciegas ni objetivos sin normas”, *Excelsior*, 25 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/jorge-fernandez-menendez/ni-lealtad-a-ciegas-ni-objetivos-sin-normas/1407764>.

GARFIAS, Francisco, “¡Al carajo con el oportunismo!”, *Excelsior*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/francisco-garfas/al-carajo-con-el-oportunismo/1409109>.

GARFIAS, Francisco, “Revés a la solicitud de «cárcel por aclamación»”, *Excelsior*, 25 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/francisco-garfas/reves-a-la-solicitud-de-carcel-por-aclamacion/1407765>.

GARZA ONOFRE, Juan Jesús, LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, LUNA PLA, Issa, MARTÍN REYES, Javier y SALAZAR UGARTE, Pedro, “Después de la Corte: el futuro de la consulta presidencial”, *El Universal*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/juan-jesus-garza-e-investigadores/despues-de-la-corte-el-futuro-de-la-consulta-presidencial>.

GARZA ONOFRE, Juan Jesús y MARTÍN REYES, Javier, “Ni corte, ni Suprema, ni de Justicia”, *Reforma*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/ni-corte-ni-suprema-ni-de-justicia-2020-10-02/op190055?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

GÓMEZ DEL CAMPO, Mariana, “La justicia no se consulta”, *El Herald*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/10/7/la-justicia-no-se-consulta-212635.html>.

GORDILLO, Gustavo, “Quedar como el cohetero”, *La jornada*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/10/03/opinion/019a1eco>.

- HUCHIM, Eduardo R., “¿Corte sumisa y cortesana?”, *El Norte*, 7 de octubre de 2020, disponible en: https://www.elnorte.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.elnorte.com/corte-sumisa-y-cortesana-2020-10-07/op190368?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a-7279703b767a783a-.
- LA MONT, Federico, “Inconstitucional o democracia participativa”, *El Sol de México*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/asi-lo-dice-la-mont-inconstitucional-o-democracia-participativa-5851281.html>.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, “La Suprema Corte ante la consulta popular: análisis del proyecto de decisión”, *Nexos*, 24 de septiembre de 2020, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=12133&>.
- LÓPEZ ACEVES, Juan Carlos, “Valladar insumiso”, *Milenio*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/juan-carlos-lopez-aceves/dato-duro/valladar-insumiso>.
- MATTEI-GENTILI, Piero, “La Suprema Corte ante la demagogia: un peligroso precedente para el Estado de derecho”, *Nexos*, 22 de octubre de 2020, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=12269>.
- MEZA, Miguel Alfonso, “El juez constitucional contra los jueces políticos”, *Letras Libres*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/politica/el-juez-constitucional-contra-los-jueces-politicos>.
- MEZA, Miguel Alfonso, “No es opcional: los expresidentes y la justicia”, *Nexos*, 28 de septiembre de 2020, disponible en: <https://anticorrupcion.nexos.com.mx/?p=1800>.
- OLVERA RUIZ, José Francisco, “La consulta va, o con la vara que mides”, *El Universal*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/jose-francisco-olvera-ruiz/la-consulta-va-o-con-la-vara-que-mides>.
- PONCE ROJAS, Federico, “La degradación de la democracia”, *Excelsior*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx>.

com.mx/opinion/federico-ponce-rojas/la-degradacion-de-la-democracia/1409105.

QUADRI DE LA TORRE, Gabriel, “Hacia la dictadura populista”, *El Economista*, 22 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/Hacia-la-dictadura-populista-20201022-0153.html>.

RABASA GAMBOA, Emilio, “La Suprema Corte es un Poder político”, *El Universal*, 9 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/emilio-rabasa-gamboa/la-suprema-corte-es-un-poder-politico>.

RANGEL DE LEÓN, Fernando, “¿El derecho o la justicia o ambos?”, *Milenio*, 19 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/fernando-rangel-de-leon/columna-fernando-rangel-de-leon/el-derecho-o-la-justicia-o-ambos>.

RODRÍGUEZ, Enrique, “Las presiones surtieron efecto, perdimos a la Corte”, *El Heraldo*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/10/4/las-presiones-surtieron-efecto-perdimos-la-corte-211656.html>.

ROMERO SÁNCHEZ, Rodrigo y NERI NAVEREZ, Felipe, “Juicio a ex presidentes: ¿consulta popular o encubrimiento?”, *Nexos*, 17 de septiembre de 2020, disponible en: <https://anticorruptcion.nexos.com.mx/?p=1787>.

ROMO RIVERO, Diego, “Zaldívar y el constitucionalismo transformador: entre consultas populares y populistas”, *Nexos*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=12220>.

RUBIO, Luis, “La Corta”, *Reforma*, 4 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/la-corta-2020-10-04/op190132?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

SARMIENTO, Sergio, “Consultar la Justicia”, *Reforma*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.reforma.com/libre/acceso/acceso-softhtm?urlredirect=/consultar-la-justicia-2020-10-02/op190049>.

SALINAS TORRE, Armando, “Consulta sobre la consulta”, *Excelsior*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/armando-salinas-torre/consulta-sobre-la-consulta/1409801>.

SAN MARTÍN, Pamela y DELGADILLO, Ana Lorena, “Si perdemos la Corte”, *Reforma*, 6 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/si-perdemos-la-corte-2020-10-06/op190281?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

SILVA HERZOG, Jesús, “Sumisa Corte”, *Reforma*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.reforma.com/libre/acceso/acceso-fb.htm?urlredirect=/sumisa-corte-2020-10-05/op190200>.

UGALDE, Luis Carlos y CREUHERAS, Paulina, “Ocho reflexiones sobre la consulta popular avalada por la Corte”, *Nexos*, 11 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=50632>.

VALADÉS, Diego, “Error Constitucional”, *Reforma*, 5 de octubre de 2020, disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/error-constitucional-2020-10-05/op190194?referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a--.

VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén, “Nos dieron gato por liebre”, *Milenio*, 9 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/efren-vazquez-esquivel/no-hay-derecho/nos-dieron-gato-por-liebre>.

VIVANCO LIRA, Martín, “La Suprema Corte y la constitucionalidad de la consulta popular: ¿Qué tan grave es esta decisión?”, *Nexos*, 1 de octubre de 2020, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=12176>; <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/juan-jesus-garza-e-investigadores/despues-de-la-corte-el-futuro-de-la-consulta-presidencial>.

WOLDENBERG, José, “Dos votaciones deshonorosas”, *El Universal*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/jose-woldenberg/dos-votaciones-deshonorosas>.

ZUCKERMANN, Leo, “La maniobra política de la Suprema Corte y sus consecuencias,” *Excelsior*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/leo-zuckermann/la-maniobra-politica-de-la-suprema-corte-y-sus-consecuencias/1409372>.

REFERENCIAS Y FUENTES DEL CAPÍTULO CUARTO

ACKERMAN, John M., “Expresidentes a juicio”, *La Jornada*, 28 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2020/09/28/expresidentes-a-juicio-john-m-ackerman-2083.html>.

ASTILLERO, Julio, “Astillero”, *La Jornada*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/10/02/opinion/010o1pol>.

BÁTIZ V., Bernardo, “Democracia participativa hoy”, *La Jornada*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/10/12/opinion/021a2pol>.

BLANCO, José, “El gobierno del pueblo”, *La Jornada*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/10/06/opinion/021a1pol>.

CABALLERO, José Luis y GARCÍA HUERTA, Daniel, “La constitucionalidad de la consulta popular en México: ¿Los derechos humanos a plebiscito?”, *Diálogo Derecho Humanos*, 13 de octubre de 2020, disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/la-constitucionalidad-de-la-consulta-popular-en-mexico-los-derechos-humanos-a-plebiscito>.

CARBONELL, Miguel, “Aclaraciones sobre la consulta popular”, *El Universal*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/miguel-carbonell/aclaraciones-sobre-la-consulta-popular>

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, “La decisión de la Suprema Corte”, *El Sol de México*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://>

www.elsoldemexico.com.mx/analisis/la-decision-de-la-suprema-corte-5860901.html.

CHACÓN ROJAS, Oswaldo, “Consultas populares sobre promesas electorales: del “cuervo ingenio” de Sabina a su idoneidad”, *El Universal*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/oswaldo-chacon-rojas/consultas-populares-sobre-promesas-electorales-del-cuervo-ingenuo-de>.

ELÍAS AZAR, Edgar, “La decisión de la Corte”, *El Universal*, 22 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/edgar-elias-azar/la-decision-de-la-corte>.

FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, “Corte y consulta: la foto completa”, *Excélsior*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/jorge-fernandez-menendez/corte-y-consulta-la-foto-completa/1409369>.

FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, “La Suprema Corte, el debate y el equilibrio”, *Excélsior*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/jorge-fernandez-menendez/la-suprema-corte-el-debate-y-el-equilibrio/1408945>.

GÜEMES, César, “La muy astuta y tremenda Corte”, *El Universal*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/cesar-guemes/la-muy-astuta-y-tremenda-corte>.

HERNÁNDEZ HERRERA, Issa Cristina, PENICHE BAQUEIRO, Jorge y TORRES CHECA, Daniel E., “¿La Suprema Corte le hizo un guiño a la justicia transicional?”, *Nexos*, 13 de octubre de 2020, disponible en: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?author_name=daniel-e-torres-checa.

LÓPEZ SAN MARTÍN, Manuel, “Se fueron con la finta los que acusan a la SCJN”, *El Heraldo*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/10/5/se-fueron-con-la-finta-los-que-acusan-la-scn-211879.html>.

MEZA, Lucy, “Sentimientos de la nación”, *Excélsior*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/opinion-del-experto-nacional/sentimientos-de-la-nacion/1409547>.

MONREAL ÁVILA, Ricardo, “Consulta popular: una deuda democrática,” *El Universal*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/ricardo-monreal-avila/consulta-popular-una-deuda-democratica>.

RAMÍREZ, Eduardo, “Consulta popular, empoderamiento de los ciudadanos”, *El Heraldo*, 8 de octubre de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/10/8/consulta-popular-empoderamiento-de-los-ciudadanos-213037.html>.

REDACCIÓN LA JORNADA, “SCJN: fallo histórico por la consulta”, *La Jornada*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2020/10/02/opinion/002a1edi?partner=rss>.

RODRÍGUEZ CORTÉS, Raúl, “La Corte votó a favor de la opinión ciudadana”, *El Universal*, 2 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/raul-rodriguez-cortes/la-corte-voto-favor-de-la-opinion-ciudadana>.

ZALDÍVAR, Arturo, “La justicia no se consulta”, *Milenio*, 13 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/la-justicia-no-se-consulta>.

ZEPEDA PATTERSON, Jorge, “La Suprema Corta”, *El Informador*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.informador.mx/ideas/La-suprema-corta-20201004-0014.html>.

El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 25 de marzo de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

El poder y el derecho son dos caras de la misma moneda. A partir de esta afirmación propuesta por Norberto Bobbio, en este libro se analiza la compleja dinámica entre ambas esferas al interior de los Estados de derecho modernos. El derecho emerge como un límite al poder y éste busca la manera de imponerse. Cuando lo logra, fractura los principios de legalidad e imparcialidad. Con esa premisa de partida, Pedro Salazar Ugarte analiza la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la realización de una consulta popular “para juzgar a los expresidentes” propuesta por el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador.

En primera instancia, se expone un análisis de los argumentos emitidos por las y los ministros durante la sesión en la que se pronunciaron sobre el asunto. Posteriormente, a partir de una recopilación de diversas opiniones de personas estudiosas y analistas, se reconstruye el debate público en torno a la decisión del tribunal constitucional. Por último, se estudian las razones y justificaciones que se exponen en el engrose publicado sobre el caso.

El hilo que teje la trama es la interrogante de si se impuso el poder o prevaleció el derecho.

