

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 expresidentes 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 seguíamos 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 esgrimíó.

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.