

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 renunciias, 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 arropó 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, renunciias 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-

gislative 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 insólito 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 trapeartistas 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.

Laynez hizo tres cosas que muestran todo lo que la Corte debió hacer, y no hizo, en este caso. Primero, dismanteló 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 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 medidas 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.