

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciudad de México, 25 de diciembre de 2020.

Annus Horribilis