

## CAPÍTULO QUINTO

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

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

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

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

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

---

<sup>13</sup> Todas las citas entre comillas provienen del engrose que se analiza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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