

CAPÍTULO OCTAVO

CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y POPULISMO CONSTITUCIONAL

I. Introducción

Tanto en el ámbito federal como en el estatal y municipal se habla de populismo constitucional, incluso, algunas universidades públicas adoptan esta idea como una posibilidad para alcanzar el poder. La “Cuarta Transformación” del país es un ejemplo claro de estas discusiones. Ese constructo encuentra sustento teórico en los trabajos de Tushnet.

En ese sentido, en este apartado el lector no solo podrá conocer las aproximaciones conceptuales del profesor Mark Tushnet, sino que también podrá comprender la importancia de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones en temas relacionados con la teoría constitucional, lo cual se encontraba asignado solo a las grandes mentes de la judicatura o la *monarquía*, para ponerlo en palabras de Montesquieu.

Antes de iniciar, primero haremos algunas aclaraciones conceptuales con la intención de poner en contexto la cuestión. Posteriormente, referiremos un ejemplo polémico que permitirá analizar uno de los derechos fundamentales del pueblo reconocido en la Constitución mexicana. Nos referimos a la consulta popular como medio de participación ciudadana.

En ese sentido, este brevísimo capítulo invita a la reflexión sobre temas relevantes que ocupan la agenda del constitucionalismo mexicano. Y a partir de ahí, comenzar a fomentar el debate sobre la posibilidad de incluir a los sectores de la población, como académicos, poblaciones indígenas, jóvenes estudiantes y demás hombres y mujeres involucrados con la ciencia del derecho constitucional. Como diría Alexis de Tocqueville: “Los hombres que han hecho un estudio especial de las leyes, han sacado de esos trabajos hábitos de orden[...]”

II. Aclaraciones conceptuales

El constitucionalismo popular se inició como una discusión teórica basada en estudios históricos, que intentó recuperar el debate en torno al papel del pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales.¹ El constitucionalismo popular puede ser abordado desde dos perspectivas: una descriptiva y otra normativa. La primera da cuenta de los distintos actores que participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales, enfatizando el papel que en el desarrollo constitucional han jugado las visiones populares.²

En términos normativos, en cambio, el constitucionalismo popular insta a que los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente la Suprema Corte de Justicia, en la construcción de los entendimientos constitucionales.³

En este sentido, el constitucionalismo popular se centra en las movilizaciones populares de interpretación constitucional. Así, por más que, en tanto actores constitucionales, puedan dar cuenta de cortes supremas, legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales, etc., al constitucionalismo popular le interesan solo los últimos; es decir, aquellos intérpretes que, organizados o no, manifiestan sus entendimientos desde la sociedad civil, sin tener un líder o una filiación partidista. Es oportuno aclarar que estos movimientos sociales pueden tener cualquier contenido sustantivo o ideológico y tienen como propósito generar contrapeso, y con ello desafiar la “supremacía judicial” en la interpretación constitucional.

Por su parte, “populismo” es un concepto esencialmente controvertido, difícil de asir fuera de contextos determinados. La mayoría considera que el populismo es democrático, que viene de la ilustración, pero se trata de un caso límite de la democracia.⁴ También hay acuerdo en que está en tensión con el liberalismo y con los principios de la democracia constitucional, pues estos ponen énfasis en las restricciones sobre el poder del Estado y la protección de los derechos de las minorías,

¹ Mark Tushnet, “Prefacio” (p. IX) y Roberto Gargarella, “Prólogo” (p. XIII), en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

² Mark Tushnet, “Popular Constitutionalism and Political Organization”, *Roger Williams University Law Review*, vol. 18, 2013, p. 1.

³ Ana Micaela Alterio, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado, 2016.

⁴ Nadia Urbinati, *Democracy disfigured. Opinión, Truth and the People*, Harvart University Press, 2014, pp. 7-9, 128 y 129.

como, por ejemplo, los campesinos, obreros, desamparados, etc. Ambos aspectos limitadores de la regla de la mayoría, preponderante en el caso del populismo. En este sentido, parece complicado hablar de populismo *constitucional*, al punto de configurar una paradoja.

III. Consulta popular

El constitucionalismo podría encontrar una tensión con la “consulta popular”, como es la polarización de la política o el desapego a todo tipo de procedimientos propios de las democracias, so pretexto de que dificultan o alejan a la política del pueblo, entorpeciendo la realización de la voluntad popular. Pero ¿qué es la consulta popular?

Para decirlo de forma telegráfica. La consulta popular es un derecho fundamental ciudadano (figura de democracia participativa) que tiene toda ciudadana(o) para votar sobre temas de trascendencia nacional o local, el cual se encuentra reconocido en la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existen ramas de la ciencia jurídica que sugieren la aplicación de un análisis serio y profundo del tema que nos ocupa, como los derechos humanos y el derecho constitucional. Con base en esa aproximación, podemos decir que, restringir ese derecho conlleva a restringir un derecho fundamental.

Para abordar con claridad este tema, exponemos a continuación un caso que animó la discusión de diversos sectores sociales en el país. Como podrá recordar el lector, el 15 de septiembre de 2020, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) recibió del Senado de la República la solicitud de consulta popular y la propuesta de pregunta enviada por el titular del Poder Ejecutivo Federal en torno a un posible enjuiciamiento de los últimos cinco expresidentes de la República.

La consulta enviada a la SCJN no es un tema menor. Su constitucionalidad no debe ni puede analizarse solo a la luz del derecho penal, como afirmaron en su momento destacados constitucionalistas, ya que para abordar la materia de constitucionalidad del tema que aquí se analiza debe aplicarse la metodología siguiente: 1). Identificar cuál es el objeto de la consulta; 2). Examinar si la materia de la consulta popular se ubica en los supuestos que la Constitución Federal y la Ley Federal de Consulta Popular señalan que no pueden ser objeto de consulta popular; 3). Calificar la trascendencia nacional del tema de la consulta popular, y 4). Revisar si la pregunta está formulada en los términos que establece la propia Constitución Federal.

En cuanto al primer requisito, cabe recordar que el 15 de septiembre el presidente Andrés Manuel López Obrador, con base en el artículo 26 de la Ley Federal de

Consulta Popular, presentó una propuesta al Senado de la República por medio de su consejero jurídico Julio Scherer para llevar a cabo una “consulta popular” para iniciar investigación penal a los expresidentes de la República. Esto con el fin de que la ciudadanía pueda decidir si Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo, Vicente Fox, Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto, quienes gobernaron entre 1988 al 2018, sean llevados o no a juicio.

El segundo requisito, “examinar si la materia de la consulta popular la prohíbe la Constitución General” resulta fundamental. La fracción VIII, punto 3º, de la Constitución Federal establece que no podrán ser objeto de consulta popular:

- La restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución ni las garantías para su protección;
- Los principios consagrados en el artículo 40 de la misma;
- La permanencia o continuidad en el cargo de los servidores públicos de elección popular;
- La materia electoral;
- El sistema financiero, ingresos, gastos y el Presupuesto de Egresos de la Federación;
- Las obras de infraestructura en ejecución;
- La seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

Como puede verse, el artículo 35 de la Constitución Federal y el artículo 11 de la Ley Federal de Consulta Popular solamente limitan las “consultas populares” temáticamente, y no en un sentido normativo u orgánico.

El tercer requisito, “tema de trascendencia nacional”, tiene que ver si el tema repercute en todo el territorio nacional e impacta a todo el pueblo mexicano. Aquí resulta oportuno responder la siguiente pregunta: ¿se ha juzgado a algún presidente en los últimos 50 años?

Finalmente, en cuanto a la pregunta planteada por el presidente, nos pareció un tanto arriesgado y subjetivo. Así, la pregunta terminó modificándose de forma sustancial y genérica. Empero, no hay duda de que la pregunta, sea como sea, debe ceñirse a los requisitos previstos por el artículo 35 de la propia Constitución Federal.

Sin duda alguna, la SCJN resolvió un caso importante, mas no inédito. En 2014 el Pleno de la SCJN resolvió, en sesión del 30 de octubre de 2014, la inconstitucionalidad de la consulta popular 1/2014, el cual fue presentado por Martí Batres Guadarrama, representante común en ese tiempo de diversos ciudadanos respecto a la explotación y concesión de la industria del petróleo y energética. ¿Recuerdas que en 2014 te prometieron que, mediante la concesión, bajaría el precio de la gasolina? En ese

caso el proyecto estuvo a cargo de la ministra Olga Sánchez Cordero, quien propuso la improcedencia de la consulta por tratarse de uno de los temas prohibidos por la Constitución; sin embargo, el ministro Cossío emitió voto particular. Como podrá advertir el lector, el tema de la “consulta popular” no es un tema menor. Su aplicación no es nada nuevo, incluso en el derecho romano era común que el César consultara al pueblo sobre la vida o muerte de los criminales, claro que los tiempos han cambiado y la ley debe aplicarse no consultarse. Sin embargo, estamos ante una figura jurídica prevista en la Constitución, de ahí su importancia.

IV. El derecho constitucional transformador; apertura en materia de derechos humanos

El proceso de inicio de nuestro país en materia de derechos humanos está orientado a una finalidad: lograr que la política exterior y el derecho internacional contribuyan, en gran medida, a la consolidación democrática y al fortalecimiento del sistema jurídico.

Un primer dato duro que empieza a reflejar esta transición o modernización es la Declaración de Aceptación de la Jurisdicción Contenciosa (obligatoria) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de diciembre de 1998, promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1997.

Antes de esa fecha, aun cuando México era parte de la Convención Americana, las víctimas de violaciones de derechos humanos no podían acceder a ese mecanismo interamericano; solamente tenían camino al sistema cuasi jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas recomendaciones no son vinculantes, sino simples llamados a misa. Por esto, la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana representó un gran avance al abrir la puerta a una nueva etapa de actividad judicial en México.

El sistema interamericano de derechos humanos tuvo y sigue teniendo una influencia muy notable a través de un nutrido diálogo jurisprudencial con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ensanchando el horizonte de protección de los derechos humanos en el país.

Por ejemplo, el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* arrancó el 4 de octubre de 2011 al publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ejecutó la sentencia Rosendo Radilla Pacheco contra México, el cual introdujo varias novedades, como el principio *pro-persona*, el bloque de constitucionalidad, el interés legítimo, solo por citar algunas de esas novedades.

El 1 de mayo de 2001 dio inicio la Undécima Época, producto de una agitada reforma constitucional publicada en marzo de 2021 que incorporó cambios en la estructura

de los órganos de impartición de justicia. Se crean los Tribunales Colegiados de Apelación en sustitución de los Tribunales Unitarios de Circuito, también se crean los Plenos Regionales de Circuito, se establece el sistema de jurisprudencias por precedentes, se fortalece la carrera judicial, entre otros cambios.

Poco más de un año después, en agosto de 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó un tema paradigmático: *la prisión preventiva oficiosa*, con motivo del caso García Rodríguez y Reyes Alpizar contra México, el cual permitió nuevamente exponer las inconsistencias del sistema de justicia mexicano. Quizá lo llamativo del caso no es el tema sustantivo, sino el mensaje que dio el perito de las víctimas, José Ramón Cossío, a los jueces de la Corte Interamericana, dejando ver las deficiencias del sistema judicial en plena era de derechos humanos, un hecho sin precedentes.

Ahora bien, todos esos cambios y casos que se exponen no pueden comprenderse sin un documento fundamental, el cual ha sido olvidado por los justiciables en su actividad cotidiana. Nos referimos a la Carta Democrática Interamericana. La jurisprudencia de la Corte la ha nutrido para que sea un elemento de los tribunales constitucionales al momento de ir definiendo el Estado democrático constitucional de derecho.

Este texto fue aprobado el 11 de septiembre de 2001. Se adoptó en la ciudad de Lima, Perú. Su antecedente se encuentra una década antes, en 1991, en la resolución 1018 de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Se trata de un instrumento jurídico compuesto por 28 artículos con 6 apartados.

Los dos primeros capítulos, “Democracia y sistema interamericano” y “La democracia y los derechos humanos”, son fundamentales para la impartición de justicia.

Los países del continente aprobaron este documento teniendo como especial referencia enfatizar el vínculo de la democracia y los derechos humanos. Y el artículo 8 establece el derecho de todos los ciudadanos de acceder al Sistema Interamericano por parte de cualquier persona o grupo de personas, así como la intención de su fortalecimiento para la consolidación de la democracia. No es un tratado internacional, sino un instrumento político para la defensa colectiva de la democracia.

Este documento se ha aplicado por la OEA solo en dos ocasiones: el primero en 2009 para frenar el golpe de Estado en Honduras, y en 2018 para la situación de Venezuela.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos han establecido que es una norma de interpretación auténtica de los tratados internacionales, de la Convención Americana y de los otros tratados internacionales que forman parte de este *corpus juris*.

La independencia judicial es una línea jurisprudencial que la Corte ha desarrollado y que nos llama la atención en este trabajo. La Corte ha señalado que el ejercicio

autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado, tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial, como también en su conexión en su vertiente individual, como el juez específico, es decir, una vertiente institucional y otra individual o personal.

La Corte ha establecido como garantías específicas que se manifiestan derivadas de la independencia judicial, como, por ejemplo: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y garantía contra presiones externas. Cuestiones, pues, que están íntimamente relacionadas con el sistema democrático y la división de poderes.

Citaremos algunos ejemplos. El Tribunal Constitucional del Perú de 2001, la Corte Suprema contra Ecuador del 2013, el caso López Lone contra Honduras, donde se estableció la posibilidad de que los jueces defendieran la democracia incluso en situaciones complicadas.

La jurisprudencia supranacional ha generado un impacto notable en los tribunales constitucionales, contribuyendo a la consolidación del Estado constitucional democrático y de derecho. El control del poder desde la mirada de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

En lo que respecta a la participación de México en tratados de derechos humanos, se puede señalar de manera enunciativa, mas no limitativa, la siguiente producción (véase los anexos).

V. A manera de conclusión

La Constitución de Cádiz y el pensamiento ilustrado tuvieron una influencia muy notable en los textos constitucionales de nuestra patria. En la Constitución gaditana se encuentran las bases de nuestro derecho electoral. Los idearios que forjaron el cambio de régimen, comprometieron la libertad, el patrimonio, incluso la vida de sus protagonistas. Por ejemplo, en el Plan de Iguala, Iturbide nos presenta otro paradigma de ley suprema que, sin embargo, no respondía a cabalidad a esos postulados: efectivamente, pugnaba por la independencia absoluta; por un Estado de derecho con poder limitado en una ley suprema según el prototipo de “monarquía moderada”, democrática y representativa, a través de un parlamento electo que tomaba la denominación castiza de “Cortes”; por el reconocimiento de los derechos: la igualdad y la propiedad, y se proponía a la Constitución de Cádiz como ley supletoria.

En la historia de nuestro país se tiene registrada la existencia de siete constituciones: dos de ellas se dieron en épocas imperiales, una con Agustín de Iturbide y otra con Maximiliano de Habsburgo; fueron cartas otorgadas por el monarca, no las formuló un congreso constituyente. Las cinco constituciones restantes fueron promulgadas en 1824, 1836, 1843, 1857 y 1917. Las tres primeras establecían una especie

de inmutabilidad de la Constitución, es decir, determinaban que las constituciones no podían ser reformadas, sino después de algunos años, incluso llegaron a establecer que había normas que nunca podían ser modificadas, sobre todo la que establecía la obligatoriedad de la religión católica para todos los mexicanos. En el siglo XIX pensamos que solo expidiendo constituciones lograríamos la solución de los males políticos del país, sin embargo, nos dimos cuenta no es así. En fin, las constituciones son temporales y contextuales a las nuevas realidades, por lo que solo nos queda hacer una pregunta: ¿Necesitamos una nueva Constitución?