

# DOCUMENTO ANÁLISIS SOBRE EL PROCESO DE CONSULTA POPULAR EN MATERIA DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO

JULIO DE 2021

AUTOR: JORGE PENICHE BAQUEIRO.<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

El presente documento aborda diversas aristas relevantes respecto de la consulta popular en materia de “esclarecimiento histórico” o de verdad y justicia. Esto, a raíz de la solicitud formulada por el Presidente de la República el pasado el 15 de septiembre de 2020 para activar este mecanismo de participación ciudadana.<sup>2</sup> Tras pasar la aduana de la Suprema Corte y el Congreso de la Unión, la jornada de consulta popular tendrá lugar el **1º de agosto** bajo la siguiente pregunta:

*“¿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?”*

Este documento pretende así repasar los antecedentes elementos más relevantes que informan la realización de este ejercicio de participación ciudadana y, de forma más

---

<sup>1</sup> Jorge Peniche Baqueiro es cofundador y parte del Consejo de Directoras de Justicia Transicional México. Cuenta con una maestría en Derecho Internacional, Teoría del Derecho y Justicia Transicional por la Universidad de Nueva York (NYU). Habiendo participado en el litigio de casos seminales ante la Suprema Corte en los últimos años, su enfoque de justicia transicional busca problematizar y crear puentes sobre el diseño de mecanismos que hagan efectivo el acceso a la justicia y la verdad y en contribuir a esfuerzos locales de demanda de justicia.

<sup>2</sup> Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía.

(...)

VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional, las que se sujetarán a lo siguiente: Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de: a) El Presidente de la República (...)

importante, problematizar cuáles son los límites que otras partes del arreglo constitucional le imponen y qué escenarios podrían derivar de una eventual respuesta positiva a la consulta.

Se explica este punto: para el beneficio del argumento, tomando como premisa que la materia de la consulta ya fue reputada como constitucional por la Suprema Corte –modificando su formulación– el ejercicio que aquí se realiza trata de reconstruir su alcance, ayudar a ordenar la discusión y complejizar qué mecanismos o productos podrían derivarse dentro del espacio de actuación que se concedió a la materia de la consulta, con base en los distintos lineamientos y estándares fijados por la Corte. ¿Cómo tendría que verse un producto de la consulta que se comporte con el resto del entramado constitucional? El ejercicio bien vale la pena, para pensar y empezar conversaciones, más allá de lo que suceda el 1º de agosto.

## Tabla de contenidos

<b>I. Incorporación de la figura de la “consulta popular” al sistema jurídico mexicano; diseño y fases.....</b>	<b>3</b>
<b>II. El Proceso de Consulta Popular 2020-2021 .....</b>	<b>7</b>
2.1 Procedimiento ante la Corte.....	10
2.1.1 <i>La propuesta del ministro Aguilar</i> .....	11
a. <i>Discusión en el Pleno (1º de octubre de 2020)</i> .....	15
b. <i>La determinación de la Corte: engrose de revisión sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta popular 1/2020</i> .....	28
1. <i>Metodología de estudio en casos de consulta popular</i> . ....	28
2. <i>Análisis de la petición del Presidente de la República</i> . ....	35
c. <i>Expresiones o precisiones de las y los Ministros que integraron la mayoría</i> .....	40
<b>Reflexión final .....</b>	<b>45</b>

## I. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE LA “CONSULTA POPULAR” AL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO; DISEÑO Y FASES.

La figura de la consulta popular, en tanto mecanismo de **participación ciudadana** para incidir en la adopción de decisiones de trascendencia nacional o regional de **competencia federal**, se introdujo al sistema jurídico mexicano el 9 de agosto de 2012.<sup>3</sup> La adopción de la ley secundaria que regula a esta figura tuvo lugar hasta el 14 de marzo de 2014 mediante la Ley Federal de Consulta Popular (LFCP).<sup>4</sup>

- **Reforma constitucional.** La propia regulación de la figura de la consulta popular sufrió modificaciones a raíz de las enmiendas constitucionales publicadas el 20 de diciembre de 2019. En esencia, esta reforma pasó por cuatro ejes:
  - (i) Se engrosaron los supuestos que no pueden ser materia de consulta popular (art. 35, fr. VIII, numeral 3).<sup>5</sup>
  - (ii) Se introdujo la figura para abarcar también temas de trascendencia regional, es decir, con cobertura específica para ciertas zonas del país, ya no solo nacional (art. 35, fr. VIII, numeral 1, inciso c).
  - (iii) Se adicionaron facultades para el INE en tanto institución rectora del proceso. Principalmente, se le otorgó la función de promoción de la participación ciudadana en la consulta y erigió como *única instancia* a cargo de su difusión, introduciendo notas sobre cómo debía ser tal difusión.<sup>6</sup> (artículo 35, fr. VIII, numeral 4).
  - (iv) Se modificó la fecha de celebración de la consulta, trasladándola de realizarse el mismo día de la jornada electoral al primer domingo de agosto.
- **Regulación constitucional.** La Constitución Federal articula así una serie de parámetros o notas (constitucionales, desde luego) que disciplinan e informan cómo debe entenderse esta figura;

---

<sup>3</sup> Paralelamente, se introdujo la figura de la iniciativa ciudadana.

<sup>4</sup> Ley Federal de Consulta Popular

<sup>5</sup> La previsión de 2014 proscribía consultar seis temas centrales: restricción de los derechos humanos reconocidos por la Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. Con la reforma de 2019 se además de que se precisó que la restricción tampoco podía tocar DDHH de fuente internacional ni sus garantías de protección, se agregaron como temas vedados: la permanencia o continuidad de los servidores públicos en el encargo, el PEF, las obras de infraestructura en ejecución

<sup>6</sup> Así, se estableció que el INE promovería su participación y sería la única instancia difusora. Tal promoción deberá ser **imparcial** y abstenerse de influir en las preferencias de la ciudadanía, enfocándose en la discusión informada y la reflexión. Ninguna otra persona podrá contratar propaganda para influir en el resultado y, desde la convocatoria hasta la conclusión, debe suspenderse la propaganda gubernamental.

sus elementos. Se trata, en esencia, del parámetro de regularidad que disciplina la realización de consultas populares en México.<sup>7</sup> Podemos encontrar los siguientes:

*Órgano del Estado que convoca.* El órgano que convoca a la realización de la consulta, por diseño constitucional, es única y exclusivamente el Congreso de la Unión. (Art. 35, fr. VIII, numeral 1).

*Facultad de iniciar el proceso – aviso de intención (legitimación).* Se prevén tres vías: (i) presidencial (titular del Ejecutivo Federal), (ii) parlamentaria (33% de los integrantes de cualquier cámara del Congreso de la Unión) y (iii) puramente ciudadana (2% del total la lista nominal de electores o el 2% de la entidad o entidades involucradas, para la regional) (art. 35, fr. VIII, numeral 1, incisos a-c).

Calificación o requisito de legitimidad. Con excepción de la petición iniciada por vía ciudadana, la petición del Ejecutivo o el Legislativo debe ser aprobada por mayoría de cada cámara del Congreso de la Unión.

El Congreso también debe verificar si se cumple el requisito de trascendencia, salvo en el caso de consultas ciudadanas, función que para esta vía de activación recae en la SCJN.<sup>8</sup>

*Calificación material.* El numeral 3 de la fracción VIII del artículo 35 constitucional prevé un “coto vedado”, esto es, un límite o perímetro material que no puede ser materia de consulta. Previo a la emisión de la consulta, la Suprema Corte debe resolver (calificar o sancionar, pues) la constitucionalidad de la *materia* de la consulta.<sup>9</sup>

*Vinculatoriedad (requisito de participación).* Suponiendo que se superan las gradas de inicio o solicitud de consulta, calificación de constitucionalidad, aprobación legislativa –en los casos que se requiera– y convocatoria, la consulta será vinculante para el Ejecutivo, el Legislativo y autoridades competentes, únicamente si participa el 40% de la lista nominal de electores.

### *Proceso de consulta popular 2020-2021*

(Tabla 1)

---

<sup>7</sup> Este punto sería desarrollado por la propia Suprema Corte al pronunciarse sobre la consulta popular en materia de esclarecimiento histórico.

<sup>8</sup> Artículo 5 de la LFCP

<sup>9</sup> La distinción entre el término “materia de la consulta” y “pregunta de la consulta” ha sido objeto de debate y tratamiento en sede judicial.

**Lista nominal de electores al 16 de octubre de 2020 (fecha de presentación aviso de intención ciudadano relevante)**

91, 379, 697 ciudadanos con credencial de elector.

Requisito del 2%: 1,827,594 solicitantes

**Lista nominal de electores proceso electoral 2021; último corte de mayo que deberá ser actualizado al del 30 de junio.**

93, 561,725 ciudadanos con credencial de elector.<sup>10</sup>

Requisito del 40% para vinculatoriedad: 37,424,690 votantes.

Mayoría necesaria por el sí, una vez cumplido requisito de participación: 18,712,346.

*Depositario de la realización de la consulta.* El INE es el depositario, en esencia, de todo lo correspondiente a las tareas de realización de la consulta. En él recaen la organización, difusión, desarrollo, cómputo y declaración de resultados.

En esencia, según su regulación constitucional, podemos dividir el proceso de consulta popular en siete fases.

1. Petición de consulta popular. Solicitud de realización de consulta popular (parte legitimada) y verificación de requisitos formales.
2. Sanción constitucional. Verificación de admisibilidad constitucional (SCJN)
3. Aprobación por el Congreso de la Unión, en su caso.
4. Preparación de la consulta (organización, desarrollo, etcétera)
5. Convocatoria para realización de la consulta (emisión de la convocatoria y vigencia del periodo de difusión)
6. Realización de la consulta (jornada de consulta popular)
7. Cómputo y declaración de resultados.

---

<sup>10</sup> <https://centralectoral.ine.mx/2021/04/28/valida-ine-los-listados-nominales-de-electores-para-los-procesos-electorales-federal-y-locales-2020-2021/>

*Regulación legal.* La LFCP ha sufrido una sola reforma la cual se publicó el 19 de mayo de 2021. Los detalles relevantes sobre su contenido se abordarán más adelante en el marco del análisis al proceso actual sobre la consulta en materia de esclarecimiento histórico.

## II. EL PROCESO DE CONSULTA POPULAR 2020-2021

En el caso de la llamada consulta popular en materia de verdad y justicia o de esclarecimiento histórico (conocida mediáticamente como “juicio a ex presidentes”) se activaron dos vías: (i) la presidencial y (ii) la ciudadana.

A continuación se presentan algunas anotaciones en torno a la etapa 1 del proceso (activación o petición de consulta popular):

- Solamente un aviso de intención con petición de consulta popular sobre el tema “juicio a ex presidentes” cumplió el requisito de contar con el apoyo de más del 2% de la lista nominal de electores, incorporando un respaldo total validado de **2,538,048 electores (2.77%)**.<sup>11</sup>
- Por su parte, ante el riesgo de que la vía ciudadana no supere el umbral de respaldo necesario, el Presidente de la República presentó ante el Senado de la República el 15 de septiembre de 2020, una diversa petición de consulta popular sobre la misma materia.<sup>12</sup>

Para efectos de lectura política y también interpretativa, es importante contextualizar la exposición de motivos que acompañó el Presidente en su solicitud de consulta. Esto, en razón de que tal solicitud informó en mucho cómo se aproximó la Corte a la materia de la consulta y la correspondiente pregunta que emana de esta materia.

En esencia, el Presidente ancló su solicitud en el “neoliberalismo” como gran responsable de los problemas nacionales.

### Exposición de motivos en la solicitud formulada por el Presidente de la República para activar el proceso de consulta popular

- (i) Entre el 1 de diciembre de 1988 y el 30 de noviembre de 2018 México vivió un periodo caracterizado por diversos males como la concentración desmesurada de la riqueza, quebrantos monumentales al erario, privatización de los bienes públicos, corrupción generalizada, procesos electorales viciados y prácticas gubernamentales.

---

<sup>11</sup> Solicitud presentada por Ariadna Sánchez Bahena y Manuel Vázquez Arellano.  
<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/handle/123456789/115182>

<sup>12</sup> Ver engrose Revisión Constitucionalidad Consulta Popular 1/2021.

Estos desembocaron en un crecimiento descontrolado de la violencia, la inseguridad pública, la violación masiva de derechos humanos, la impunidad como norma y el quebrantamiento del Estado de derecho en extensas zonas del territorio nacional. Señaló que esa etapa denomina periodo neoliberal o neoporfirista.

- (ii) La petición de consulta sostiene que tales males no fueron fortuitos sino producto de un modelo político y económico elitista, antidemocrático, antinacional y antipopular. Políticas del privilegio, privatizadoras y estrategias de seguridad violentas, inhumanas y contraproducentes. Se trató de actos racionales y voluntarios de quienes gobernaron.
- (iii) El neoliberalismo se tradujo en la pérdida de centenares de miles de vidas, desapariciones, crecimiento de pobreza y desigualdad, deterioro de sistemas públicos de salud y educación, acoso contra comunidades indígenas, devastación de las instituciones, pérdida de soberanía traducida en la devastación de las industrias petroleras y eléctrica.
- (iv) Con Carlos Salinas es cuando creció más la desigualdad social y económica. Zedillo agudizó la privatización e impuso en los mexicanos la deuda del rescate bancario. Fox intervino en el proceso electoral de 2006, traicionando el mandato democrático y a la democracia. Calderón lanzó una estrategia militar para combatir a la delincuencia, a la par de que García Luna lo ubica como un irresponsable o cómplice activo o pasivo. Peña recibió muchísimo dinero ilegal proveniente, según las declaraciones de Lozoya, de la empresa Odebrecht; además el dinero se utilizó para lograr la reforma energética.
- (v) Tales hechos acarrearán indignación y exigencias de justicia en sectores mayoritarios de la sociedad mexicana, los cuales se toparon con mecanismos de encubrimiento de la impunidad, incluyendo acuerdos tácitos de protección y aparatos de procuración de justicia al servicio de los gobernantes.  
Existen peticiones populares de esclarecimiento y justicia para las acciones presuntamente delictivas cometidas por estos cinco ex presidentes. No obstante, se enfrentan a "zonas grises del marco legal" (artículo 108 y supuesta imprescriptibilidad)  
La consulta pues busca dar un cauce institucional sólido y una vía de expresión en las leyes vigentes. Existe un imperativo, desde esta justificación, de realizar un proceso de esclarecimiento. Sin embargo, la consulta busca imponerle notas de democracia participativa.
- (vi) El enmarque es crucial: (a) si existe respaldo en la consulta popular, las instituciones encargadas de desahogar las potenciales acusaciones tendrán un enorme respaldo para realizar esta tarea con absoluta libertad; (b) hay una preferencia por prevenir hechos del porvenir que sancionar los hechos del pasado, y (c) la postura personal del titular del Ejecutivo es no someter a los ex presidentes a proceso.

## Pregunta formulada inicialmente por el Presidente de la República

*¿Está de acuerdo o no con que 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?”.*

De aquí podemos desprender cinco elementos que integran la pregunta inicial de la consulta. Estos son relevantes en la medida en la que informaron la modificación que eventualmente realizaría la Suprema Corte.

- (a) Un **mandato** –que en caso de ser aprobatorio se haría vinculante– a autoridades competentes;
- (b) **Marco de aplicación o desarrollo.** Leyes y procedimientos aplicables.
- (c) **Ámbito material** de actuación. Investigar y sancionar (delitos);
- (d) **Ámbito personal** - destinatarios de las consecuencias jurídicas: los últimos cinco ex presidentes y
- (e) **Ámbito temporal:** eventos (que pudieran adquirir relevancia penal) previos, durante y posteriores a sus gestiones.

## 2.1 PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

Conforme lo mandata el propio artículo 35 constitucional, el asunto fue remitido a la Suprema Corte por el Presidente de la Cámara de Senadores el mismo 15 de septiembre de 2020 para que **resuelva sobre la constitucionalidad de la materia** de la consulta (fase 2).

Fue turnado por la Presidencia de la Corte al ministro Luis María Aguilar Morales –ex presidente de la Corte (2015-2019)– bajo el número de expediente 1/2020 para la elaboración del correspondiente proyecto de resolución.<sup>13</sup>

Cabe destacar que esta sería la **quinta ocasión** en la que la Corte realizaría un ejercicio de revisión de constitucionalidad de una consulta popular. A esta oportunidad, antecedieron las revisiones 1/2014 (reforma energética),<sup>14</sup> 2/2014 (salarios mínimos),<sup>15</sup> 3/2014 (subsistencia de la reforma energética)<sup>16</sup> y 4/2014 (eliminación diputaciones plurinominales).<sup>17</sup>

En su momento, ninguna superó el examen de constitucionalidad, en otras palabras, la “aduana de la Suprema Corte” el cual, como se ha señalado, es un prerrequisito para introducir una pregunta por cualquiera de las partes legitimadas a consulta de la población.

### Preguntas sobre las que versaron las anteriores revisiones de constitucionalidad sobre consulta popular

(Tabla 2)

Pregunta	Calificación	Votación
1/2014.		

<sup>13</sup> Esto por razón de decanato.

<sup>14</sup> Ponente: Olga Sánchez Cordero. Votación de 9 v 1 por la inconstitucionalidad de la materia de la consulta. Cossío votó en contra. Materia, como la interpretó la Corte, está “...**de acuerdo o no...**” con el establecimiento a nivel constitucional de los sistemas de asignación y contratación para las industrias eléctrica, petrolera y de hidrocarburos. Se estimó inconstitucional por **estar relacionada con el concepto de ingresos del Estado**.

<sup>15</sup> Ponente. José Ramón Cossío. Votación de 6 x 4 por la inconstitucionalidad de la materia de la consulta, por estar relacionada con restricciones a derechos humanos (3 votos) y temas de ingresos y egresos del Estado (3 votos). Votaron en contra: Cossío, Franco, Pérez Dayán y Silva Meza. Materia: QUE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO ESTABLEZCA QUE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS 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

<sup>16</sup> Ponente: Margarita Luna Ramos. Votación de 9 v 1 por la inconstitucionalidad de la materia de la consulta. Cossío votó en contra. Se estimó inconstitucional por estar relacionada con el concepto de ingresos del Estado.

<sup>17</sup> Ponente. Fernando Franco. Votación 9 v 0 por la inconstitucionalidad de la materia de la consulta. Se estimó inconstitucional por ser un tema esencial de la configuración del Estado.

<p>¿Estás de acuerdo o no en que se otorguen contratos o concesiones a particulares, nacionales o extranjeros para la explotación del petróleo, el gas, la refinación, la petroquímica y la industria eléctrica?</p>	<p>La materia es inconstitucional por someter a consulta la función de captación de ingresos y gastos del Estado (art. 35, fr. VIII, numeral 3).</p>	<p>Ponente. Ministra Olga Sánchez Cordero. 9 x 1 por la inconstitucionalidad. (Cossío votó en contra)</p>
<p>2/2014</p> <p>¿Estás de acuerdo en que la Ley Federal del Trabajo establezca que la Comisión Nacional de los 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?</p>	<p>La materia es inconstitucional por someter a consulta la restricción de derechos humanos (derecho humano al salario mínimo) y la función de captación de ingresos y gastos del Estado (art. 35, fr. VIII, numeral 3)</p>	<p>Ponente. Ministro José Ramón Cossío. 6x4 por la inconstitucionalidad (Cossío, Pérez Dayán, Franco y Silva Meza votaron en contra)</p>
<p>3/2014</p> <p>¿Está de acuerdo en que se mantenga el decreto de reformas a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución en materia de petróleo y energía eléctrica publicado el 20 de diciembre de 2013?</p>	<p>La materia es inconstitucional porque incidirá en la captación de ingresos del Estado ya que, cualquier industria estatal proporciona recursos para el interés colectivo.</p>	<p>Ponente. Ministra Margarita Luna Ramos. 9 x 1 por la inconstitucionalidad. (Cossío votó en contra)</p>
<p>4/2014</p> <p>¿Estás de acuerdo en que se modifique la Constitución para que se eliminen 100 de las 200 diputaciones federales plurinominales y las 32 senadurías plurinominales?</p>	<p>La materia es inconstitucional por estarse consultando el sistema electoral no solo una cuestión orgánica (votación ciudadanía y grado de representatividad)</p>	<p>Ponente. Ministro José Franco. Votación 9 x 0</p>

### 2.1.1 LA PROPUESTA DEL MINISTRO AGUILAR

El ministro Aguilar presentó un proyecto de resolución en el que, esencialmente, proponía declarar **inconstitucional** la materia de la consulta porque – a su juicio– proponía restringir un abanico de derechos humanos y su garantía de protección, lo cual es un supuesto prohibido expresamente por la Constitución Federal.

Bajo esta lectura –en caso de aprobarse el proyecto– el asunto debía concluir su curso y la pregunta no podría ser introducida para ser sometida a consulta popular al no haber superado la aduana de la Suprema Corte.

En suma, Aguilar fincó su razonamiento en las siguientes consideraciones:

- (i) La materia de la consulta pondría en riesgo la eficacia y validez de derechos humanos al supeditar su vigencia al resultado de la consulta: no puede consultarse si las autoridades pueden o deben proteger derechos pues es su obligación constitucional.
- (ii) La materia de la consulta pone en riesgo los derechos de las víctimas y ofendidos de delitos.
- (iii) La materia de la consulta pone en riesgo el derecho a la presunción de inocencia y la viabilidad de futuras investigaciones.
- (iv) La materia de la consulta afecta la garantía de derechos: el funcionamiento de las instituciones de procuración y administración de justicia.
- (v) La materia de la consulta violenta el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación de la ley.

El proyecto fue **rechazado** por el Pleno en sesión del **1º de octubre de 2020** por una votación mayoritaria de seis ministros quienes consideraron, por distintas razones, que la materia de la consulta sí resultaba constitucional. Superado tal escollo, la Corte procedió a moldear, bajo los lineamientos de la LFCP, la nueva formulación de la pregunta.

Cabe aquí hacer algunas precisiones sobre cómo se desarrolló tal análisis:

- La Corte estableció en los casos previos de revisión de constitucionalidad de consulta popular una metodología de análisis en la cual, primero, analiza si la materia a consultar es constitucional y, únicamente superada esta grada, procedería a analizar si la pregunta –inscrita en tal materia– es válida (legal).

La Corte siguió tal metodología en el presente caso. Tanto en el proyecto como como base para la discusión, según lo estableció el Ministro Presidente al iniciar la sesión.

Como nunca antes se había superado esta grada (validación de constitucionalidad de la materia), la Corte no había lidiado jamás con las fases subsecuentes. El asunto 1/2020 presentó la primera ocasión en la que se realizó tal estudio.

Aquí radica quizá el principal motivo de disenso y la esencia que inclinó el fiel de la balanza en que está consulta vaya a suceder: las distintas lecturas que cada integrante de la Corte tuvo sobre el margen de acción con el que contaba el Tribunal frente a una pregunta que a todas luces resulta inconstitucional pero que podría, según la perspectiva que se adopte, provenir de una materia constitucional, conclusión a la que podría arribarse también solamente si se aceptaban ciertas premisas o cuestiones previas sobre el rol que tiene la Corte frente al planteamiento de una consulta; un rol –según la lectura mayoritaria– que se fundaba en facilitar el acceso a este, en términos de la Corte, derecho o prerrogativa y en que no se trata de un caso duro de control constitucional-jurisdiccional.

Como veremos más adelante la Corte interpretó que su función corre por dos vías: de control previo (no jurisdiccional) de la constitucionalidad de la materia de la consulta y, una vez superado el escollo de admisibilidad de la materia, un segundo control de mera legalidad en la formulación de la pregunta que le permite corregirla y moldearla.

- Siendo terreno *novel*, la Corte estimó que –una vez validada la materia– era procedente *reformular* la pregunta para ajustarla al receptáculo (materia de consulta) que ya había reputado constitucional.

Este punto puede conducir –y de hecho ha conducido– a confusión en la conversación pública.

Como veremos, no sería aventurado decir que el único punto de consenso en la discusión fue que seis integrantes de la Corte se pronunciaron por declarar la constitucionalidad de la materia de la consulta, contrario a lo avanzado por el proyecto; posición que quedó del lado de la minoría con 5 de 11 votos posibles.

**Fuera de ese piso común se ingresa a un terreno árido pues cada integrante de la Corte privilegió (a) distintas metodologías de análisis, (b) aproximaciones o entendimientos a qué rol asigna la Constitución Federal a la propia Corte en la tramitación de este mecanismo y (c) razones por las cuales estimaban que la materia de la consulta era inconstitucional.**

- En suma, y esto pasa en muchas ocasiones en las discusiones de la Suprema Corte en México –producto del propio diseño del que se le dotó al Tribunal para discutir y adoptar decisiones– la construcción de una mayoría en cuanto al sentido de la votación no refleja necesariamente una visión homogénea o consolidada; en otras palabras, los porqués que respaldan la dirección que se tomó pueden ser muy disímiles. El diseño de la Corte privilegia esta construcción de consensos en el sentido del voto más no así en las razones que lo apoyan.

De hecho, puede ser que –más allá del producto decisorio en sí– exista poca o nula coincidencia sobre las razones que la sustentan.

Para mejor ilustrar sobre este punto –y de cara al objeto que guarda este documento– este apartado aborda cuatro temas centrales: (i) cómo se pronunciaron las y los ministros en la discusión del 1º de octubre de 2020, (ii) qué refleja el engrose o sentencia de la revisión de constitucionalidad, preparada por el propio ministro Aguilar –quien quedó en la minoría– para recoger de la mejor manera posible el voto mayoritario, (iii) recoger qué expresaron los pronunciamientos particulares de los ministros de la mayoría y (iv) hacer un ejercicio de problematización con el resultado del engrose (ejercicio de operatividad de los elementos de la Consulta).

## A. DISCUSIÓN EN EL PLENO (1º DE OCTUBRE DE 2020)

El presente sub apartado sistematiza las consideraciones expresadas por las y los ministros en la discusión en Pleno. El ejercicio no es una vanidad académica. La intención es recoger los distintos posicionamientos expresados por las y los 11 integrantes de la Corte con el objeto de demostrar la disparidad de metodologías de análisis, la interpretación sobre el rol y peso de la Corte y su margen de acción en esta función *ad hoc* de revisar la constitucionalidad de una materia, así como cómo se aproximaron a la pregunta en específico.<sup>18</sup>

### Posiciones de las y los ministros sobre la revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020

Tabla 3

Ministra o ministro	Consideraciones	Sentido del voto
1. Ministro Aguilar (ponente)  Pp. 7-12.	Las mismas consideraciones expuestas en el proyecto; la materia de la consulta restringe derechos con base en cinco razonamientos:  a. La materia de la consulta pondría en riesgo la eficacia y validez de derechos humanos al supeditar su vigencia al resultado de la consulta: no puede consultarse si las autoridades pueden o deben proteger derechos pues es su obligación constitucional.	Por la <b>inconstitucionalidad</b> de la materia de la consulta (con el proyecto).

<sup>18</sup> Versión estenográfica de la sesión del Pleno de la Suprema Corte del 1º de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2020-10-03/1%20de%20octubre%20de%202020%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva3.pdf>

	<p>b. La materia de la consulta pone en riesgo los derechos de las víctimas y ofendidos de delitos.</p> <p>c. La materia de la consulta pone en riesgo el derecho a la presunción de inocencia y la viabilidad de futuras investigaciones.</p> <p>d. La materia de la consulta afecta la garantía de derechos: el funcionamiento de las instituciones de procuración y administración de justicia.</p> <p>e. La materia de la consulta violenta el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación de la ley.</p>	V1 por el proyecto o la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.
<p>2. Ministro Zaldívar (ponente)</p> <p>Pp. 13- 27.</p>	<p><u>Rol de la Corte y metodología de análisis</u></p> <p>(i) Primero, debe delimitarse el rol de la Corte en este proceso. La función no es jurisdiccional (de control constitucional) sino atípica o <i>ad hoc</i> pues se trata de un mecanismo de participación política. (<i>función político-constitucional</i>)</p> <p>(ii) Establecidos en ese rol, la pregunta relevante es cómo dar alcances expansivos al derecho de participación ciudadana. Eso toca a la Corte en ese procedimiento (interpretación garantista): dar cauce a la opinión ciudadana.</p> <p>(iii) La consulta popular cumple un rol pacificador del conflicto político en la comunidad, al establecer un canal institucional para procesar y resolver las diferencias a través del diálogo y facilitar espacios de consenso.</p> <p>La Corte no debe –según el diseño constitucional de su función en este proceso– asumir un rol que frustre la realización de consultas; su intervención como calificadora es, pues, acotada y taxativa. Se impone un doble ejercicio de balanceo: uno de deferencia al derecho a la consulta, que maximice sus posibilidades, y otro consecuente de interpretación restrictiva, de la forma más acotada posible, de las causales que la impiden.</p> <p><u>Fases de la consulta.</u></p> <p>Para Zaldívar, la clave es que –bajo su lectura– la Constitución permite la introducción a la discusión de consultas con efectos tanto vinculantes como no vinculantes; aún a pesar de que ciertas consultas</p>	<p>Por la <b>constitucionalidad</b> de la materia de la consulta (en contra del proyecto).</p> <p><b>V1</b> en contra del proyecto y por la constitucionalidad de la materia de la consulta.</p>

---

no puedan vincular no por ello pierden relevancia ya que permiten el debate público (da ejemplos de varios países que tienen consultas o referéndums que no vinculan).

Así, aunque una consulta no alcance vinculatoriedad (por ejemplo, por no cumplir el umbral de participación de 40%) ello es contingente; lo central es que se permita su discusión en la arena pública. Luego, bajo esta lectura, también la materia puede no ser vinculante (por ejemplo porque no podría constitucionalmente obligar a la FGR) pero no por ello su materia sería inconstitucional pues el catálogo contra el cual se confronta la pregunta es solo el que dice el artículo 35; son, en suma, dos preguntas distintas.

#### Constitucionalidad de la materia

En última instancia, en tanto la causal de “restricción de derechos” debe ser leída de forma acotada, pues se privilegia que la consulta tenga lugar, Zaldívar no coincide con que la materia sea inconstitucional. No cualquier cosa restringe derechos (tendría que tratarse de su vigencia, suspensión, titularidad, etcétera).

La materia, en este caso, se limita al diseño de la política criminal del Estado, como tema para su legitimidad, y franqueado por otros límites constitucionales, así como el moldeo que haga la democracia representativa (legislación).

“No podemos cerrar las puertas a la opinión ciudadana por temor a un escenario catastrófico de populismo penal. Los riesgos de una democracia débil o mal entendida no se solucionan clausurando los debates, la libertad de expresión o la participación ciudadana. Los problemas de desinformación y de la llamada pseudopinión pública se resuelven comprometiéndonos con un proceso serio de debate, de intercambio robusto de información y de genuina reflexión sociales ahí en donde debemos enfocar nuestros esfuerzos”

Refuta todos los argumentos del proyecto. En suma: no obliga a las autoridades de procuración y administración de justicia en ningún sentido, prevalecen formas de impugnar sus decisiones (control judicial) y por su formulación neutra no vulnera la presunción de inocencia.

---

3. Ministro  
Gutiérrez Ortiz  
Mena (AGOM)

Metodología y rol Corte

La introducción de la consulta replantea todo el diseño constitucional. La Corte es “gatekeeper” (aduanas); si no califica de constitucional la materia, no se activa el ejercicio de este derecho de participación.

Pp. 27-42.

¿Qué rol juega la Corte en este mecanismo? No es jurisdiccional; no resuelve un asunto (como lo hace en el amparo, en las controversias o acciones). Por lo tanto, la postura no puede ser la de la visión típica o contramayoritaria del rol de un Tribunal Constitucional. AGOM llama a esto el modelo 1857-2012 o del rol de una Suprema Corte en una democracia indirecta.

Desde 2012, se introduce un rol a la Corte en estos mecanismos, inspirados como respuesta a la crisis de representatividad. El rol de la Corte muta o se expande, pues.

Son dos modelos de operación distintos y bajo lógicas diferenciadas los que se depositan en la SCJN. Aquí la premisa es: permitir el acceso de los ciudadanos a impulsar los mecanismos de participación semidirecta.

Materia de la consulta

Discrepa sobre visión Zaldívar respecto a que existen consultas vinculantes y no vinculantes.

La lectura de la materia de la consulta, ante muchas interpretaciones posibles, debe ser aquella que **maximice** el derecho a la consulta (que la consulta pase).

La lectura que propone el proyecto no es de este tipo. No es *pro persona*. De ser únicamente posible la lectura que propone el proyecto, AGOM habría estado con éste. Sin embargo, hay –a su juicio– otra lectura posible que se compadece más del derecho a la consulta.

Interpretación AGOM: “A mi entender, el objeto de la petición son las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo para destinar recursos humanos y materiales para recabar y allegarse de elementos necesarios, que le permitan analizar la actuación y desempeño en los titulares del Poder Ejecutivo Federal en los sexenios comprendidos de mil novecientos ochenta y ocho al dos mil dieciocho y, a partir de ello —de ser el caso—, impulsar los procedimientos legales procedentes. Bajo esta

Por la **constitucionalidad** de la materia de la consulta (en contra del proyecto).

**V2** en contra del Proyecto y por la constitucionalidad de la materia de la consulta.

---

interpretación, se debe excluir el objeto de la petición a las autoridades de procuración y administración de justicia.

*La materia de la consulta se ubicaría en un punto anterior a cualquiera de esas acciones (investigar delitos), es decir, en un ámbito donde lo relevante es reunir y analizar información sobre un pasado específico.*

2 razones para tal conclusión:

El término autoridades competentes no se traduce *per se* en autoridades de procuración y administración de justicia penal. Lo relevante es el esclarecimiento y la dimensión histórica.

Se da cuenta de que no existe cauce legal. En la medida en la que la procuración y administración de justicia ya está reglada, entonces se trata de **nuevos mecanismos o cauces, no creados aún.**

***Objeto de la consulta (conclusión AGOM): "Por tanto, en mi opinión es posible interpretar que el objeto de la consulta son las facultades discrecionales del Ejecutivo para iniciar un proceso de recopilación de datos y procesamiento de información, para efectos de obtener conclusiones sobre el período que describe, pues es esa área donde existen facultades discrecionales de ese poder para actuar o no actuar, es decir, lo relevante es que, en ese marco de atribuciones, desde el cual se podrían conocer los hechos del pasado con las implicaciones históricas y políticas, que el Ejecutivo ahora destaca como centrales.***

***Los resultados de esos procedimientos tienen un valor propio independiente de los juicios penales y, en su caso, generarían un respaldo para la eventual prestación de acusaciones, cuya suerte, además, no quedaría a consulta de la población."***

Ante la duda interpretativa, se insiste, debe preferirse la que maximice el derecho a la consulta no la que *per se* lea que hay restricción de derechos.

AGOM precisó que, si se adoptada cualquier otra lectura y se concluía que se trataba de instituciones de procuración y administración de justicia, entonces se sumaría a la postura que estimaba que era inconstitucional la materia.

---

---

4. Ministra Ríos Farjat	Retoma una visión de lucha en contra de la impunidad: el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición no es materia de consulta. No es un tema terso: otras sociedades se debaten sobre el perdón y el olvido. (cita Corte IDH Caso Gelman)	Por la <b>constitucionalidad</b> de la materia de la consulta (en contra del proyecto).
Pp. 42-52.	<p><u>Metodología</u></p> <p>Discrepa de la metodología y óptica de análisis propuesta por Aguilar, ya que restringe el derecho a la consulta.</p> <p>Al igual que Zaldívar y AGOM: no es un análisis jurisdiccional sino la admisibilidad de un tema dentro de un ejercicio democrático.</p> <p>La materia de la consulta no se agota en la pregunta. Equipararlas es incorrecto desde una visión técnica.</p> <p><u>Análisis de la materia</u></p> <p>Es un documento político, sin duda, pero el trabajo es juzgar su pertinencia constitucional no rechazarlo u aprobarlo.</p> <p>Objeto de la consulta: <i>“Me parece que aquí el propósito es dar cauce democrático a una demanda social orientada hacia esclarecimiento y la justicia, con independencia del curso que tomen las acciones legales en los procesos; así lo dice, incluso, expresamente. No puedo —de ahí—inferir que se esté consultando si las autoridades pueden o deben proteger los derechos humanos, pues — como señala el proyecto—esa es su obligación constitucional.”</i></p> <p>En la medida en la que las consultas no vinculantes tienen un rol intrínseco y en México se da la opción de que sean vinculantes, de ello no se sigue que la Constitución proscriba las no vinculantes. De esta suerte, debe privilegiarse el derecho a que la consulta pase. ¿Por qué? Porque el rol de la Corte es maximizar el cauce institucional – el cauce que da la Constitución.</p>	<b>V3</b> en contra del Proyecto y por la constitucionalidad de la materia de la consulta.

---

<p>5. Ministra Yazmín Esquivel</p>	<p><u>Objeto de la consulta (materia):</u> de la lectura de la solicitud de calificación de constitucionalidad de la materia de la consulta advierto que se trata de la materia de responsabilidad de los servidores públicos -para poder actuar en contra de los expresidentes- y a la participación ciudadana en materia de corrupción.</p>	<p>Por la <b>constitucionalidad</b> de la materia de la consulta (en contra del proyecto).</p>
<p>Pp. 52- 57.</p>		<p><b>V4</b> en contra del Proyecto y por la constitucionalidad de la materia de la consulta.</p>
<p>6. Ministro Pérez Dayán</p>	<p><u>Metodología.</u> Existe una valoración política-ideológica en la realización de la consulta y una jurídica; a la Corte solo le toca la segunda.</p>	<p>Por la <b>constitucionalidad</b> de la materia de la consulta (en contra del proyecto).</p>
<p>Pp. 57- 61.</p>	<p><u>Objeto de la consulta.</u></p> <p>“La materia o género más próximo, que es el de las responsabilidades de los servidores públicos, contenida en el título cuarto constitucional y, bajo ese estándar, no es de aquellas —a mi juicio—que la propia Carta Fundamental excluyó en la base del ya citado artículo 35 y, por tanto, es válida constitucionalmente.”</p>	<p><b>V5</b> en contra del Proyecto y por la constitucionalidad de la materia de la consulta.</p>
<p>7. Ministro González Alcántara</p>	<p><u>Metodología.</u> Debe privilegiarse la lectura más favorecedora de la materia de la consulta, dentro de todas las lecturas posibles a la exposición de motivos y el planteamiento.</p> <p>Hay una labor dialógica: la Corte maximiza el derecho de participación, pudiendo modificar la pregunta. <b>Los órganos políticos pueden retirarla si la modificación no satisface su visión política.</b></p>	<p>Por la <b>constitucionalidad</b> de la materia de la consulta (en contra del proyecto).</p>
<p>Pp. 61-65.</p>		<p><b>V6</b> en contra del Proyecto y por la constitucionalidad</p>

	<p><u>Objeto.</u> “Recabar la opinión de los ciudadanos acerca de la necesidad de dotar al sistema jurídico de un cauce institucional nítido, que permita emprender un proceso de esclarecimiento en torno a las decisiones políticas voluntarias tomadas por los actores políticos relevantes en los años pasados.”</p> <p>No señala expresamente “extraordinariedad” de mecanismos, pero al menos sí de mecanismos novedosos (no previstos o creados todavía); una ruta alternativa.</p> <p>Lo anterior, sobre la base de que percepción generalizada de que las instituciones y mecanismos de justicia vigentes han sido insuficientes para garantizar la justicia y, consecuentemente, los derechos de las víctimas y de la ciudadanía. Así, se plantea que, de ser esa la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, <u>el cauce institucional alternativo tendría por objeto el esclarecimiento efectivo de estos hechos con respecto irrestricto a la legalidad”</u></p> <p>Tres elementos subyacen a la visión de Alcántara: mecanismos alternativos (no creados todavía), fundados en la insatisfacción de derechos de las víctimas y justicia, y respeto a estándares de legalidad.</p>	<p>de la materia de la consulta.</p>
<p>8. Ministro Pardo</p> <p>Pp. 65- 70</p>	<p><u>Objeto.</u> Lo que se nos está preguntando es si puede lanzarse una amnistía, pues ésta es la única opción constitucionalmente admisible para no investigar o sancionar delitos.</p> <p>En caso de no ser recogida esta visión, Pardo se sumaría al proyecto de Aguilar. (Esta visión no fue recogida por ningún otro integrante de la Corte por lo que Pardo respaldó la propuesta)</p>	<p>Por la <b>inconstitucionalidad</b> de la materia de la consulta (con el proyecto).</p> <p><b>V2</b> por el proyecto o la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.</p>

9. Ministro Láynez	<p><u>Metodología</u></p> <p>Del tema de participación ciudadana, no deriva una obligación de maximizar el derecho. No es ese el rol de la Corte. Más bien, ser un dique entre la intención de la consulta y que esta tenga consecuencias jurídicas. (<i>gatekeeper</i>)</p>	Por la <b>inconstitucionalidad</b> de la materia de la consulta (con el proyecto).
Pp. 71-77.	<p><u>Objeto</u></p> <p>La gran pifia de la materia de la consulta es que impone una presión, no justificada, en el esfuerzo de contar con una Fiscalía autónoma, volviendo a una visión política.<sup>19</sup></p> <p>Se violentan los derechos de las víctimas al acceso a la justicia y a la verdad.</p>	<b>V3</b> por el proyecto o la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.
10. Ministro Franco	<p><u>Metodología</u></p> <p>La materia de la consulta no es interpretable; la interpretación precisamente deviene de una función jurisdiccional que no se juega en este mecanismo. Luego, toca una lectura expresa de la intención del solicitante.</p>	Por la <b>inconstitucionalidad</b> de la materia de la consulta (con el proyecto).
Pp. 78- 79	El objeto que plantea es abiertamente inconstitucional.	<b>V4</b> por el proyecto o la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.

<sup>19</sup> Cabe recordar que el ministro Laynez se desempeñó como subprocurador de la Procuraduría General de la República lo que podría explicar, al menos parcialmente, una fijación más profunda en el rol del órgano de procuración de justicia en la materia de la consulta, frente a la de otras y otros integrantes de la Corte

11. Ministra Piña.	<p><u>Metodología</u></p> <p>Advierte contra la “pendiente resbaladiza” – no está en juego el derecho a participar sino una sanción jurídica sobre si algo es o no constitucional para ser preguntado.</p>	Por la <b>inconstitucionalidad</b> de la materia de la consulta (con el proyecto).
Pp 79- 82.	<p><u>Objeto</u></p> <p>Es inconstitucional porque pone a decisión de unas mayorías si las víctimas tienen derechos y, además, las obligaciones del Estado</p>	<b>V5</b> por el proyecto o la inconstitucionalidad de la materia de la consulta.

Resultado de la votación

Por la constitucionalidad de la materia de la consulta	Zaldívar, Gutiérrez Ortiz Mena, Ríos Farjat, Yazmín Esquivel, González Alcántara y Pérez Dayán (6)
Por la inconstitucionalidad de la materia de la consulta	Aguilar, Pardo, Laynez, Franco y Piña (5)

Reformulación de la pregunta

¿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?

Algunas precisiones:

- La reformulación de la pregunta no fue transmitida en la sesión pública. Fue materia de deliberación privada.
- Se arriba a esta grada de análisis, en la medida en la que una mayoría de seis integrantes de la Corte validó que la materia es constitucional. Esto es, se superó el primer escollo de análisis (primer requisito o grada de análisis); hubiera bastado un solo voto en sentido contrario de la mayoría para que la historia hubiera sido totalmente diferente.
- Interesantemente –y esto pasa mucho en otros casos– subsiste la controversia sobre si las ministras y ministros que integraron la minoría y votaron en contra (en este caso con el proyecto original) deben participar de la subsecuente discusión sobre el contenido de la pregunta (segunda fase de discusión).  
Aquí las visiones son encontradas. Una postura sostendría que no, toda vez que es incongruente participar de una discusión sobre una pregunta o cuestión que de origen se sostuvo inconstitucional al expresar su posición (visión de congruencia con la votación); otra sostiene –privilegiando el sistema de precedente más que la congruencia individual– que la votación mayoritaria expresa ya la visión de la Corte y obliga, como consecuencia, a la minoría. En este sentido, la minoría está obligada a integrarse a discutir la siguiente fase y expresar su votación, más allá de que su visión original es que nunca se debió llegar a esa fase de discusión.
- En este caso, una vez validada la materia, las y los ministros partidarios del proyecto originario sí participaron de esta discusión (formulación de la pregunta) pero expresaron sus razones para estar a favor o en contra de cómo quedó la pregunta final.

#### Resultado de la votación sobre la pregunta reformulada

(Tabla 4)

A favor de la pregunta, superado el escollo de la materia

**8 votos. (6 de visión mayoritaria y 2 de minoría que se sumaron para aprobarla)**

**AGOM, González Alcántara, Esquivel, Franco \*(obligado por la decisión de la mayoría sobre la materia, se sumó al voto a favor de la pregunta), Pardo (obligado por la decisión de la mayoría sobre la materia, votó a favor de la pregunta reformulada)), Ríos Farjat, Pérez Dayán y Zaldívar.**

En contra de la pregunta.

3. votos (3 votos originales de la posición minoritaria)

Aguilar (votó en contra en congruencia con su visión original y su proyecto), Piña (votó en contra en congruencia con sostener que la materia es inconstitucional), Laynez (votó en contra en congruencia con sostener que la materia es inconstitucional).

Matriz de razonamientos utilizados por las y los integrantes de la Corte para validar la materia de la consulta.

Esta tabla recoge las distintas opciones interpretativas (razones) dadas alrededor de la posición mayoritaria para validar la materia de la consulta

(Tabla 5)

<b>Ministra / Ministro</b>	<b>Tema (razón que sustenta la constitucionalidad)</b>	<b>Producto que puede derivar de la consulta</b>
Zaldívar (1)	Incidir en la política criminal del Estado	1. Moldear política criminal
AGOM (2)	Proceso de recopilación de datos e información (previo a presentar denuncias) sobre una temporalidad relevante política e históricamente, vía nuevos mecanismos o cauces.	
Ríos Farjat (3)	Cauce democrático a una demanda social orientada hacia esclarecimiento y la justicia, con independencia del curso que tomen las acciones legales en los procesos	2. <i>Grosso modo</i> . Nuevos o alternativas de mecanismos o cauces, para esclarecimiento y que, en otras fases, puede informar acusaciones
González Alcántara (4)	Recabar la opinión de los ciudadanos acerca de la necesidad de dotar al sistema jurídico de un cauce institucional nítido, que permita emprender un proceso de esclarecimiento en torno a las decisiones políticas voluntarias tomadas por los actores políticos relevantes en los años pasados.	
Yazmín Esquivel (5)	Responsabilidad de los servidores públicos - para poder actuar en contra de los expresidentes- y a la participación ciudadana en materia de corrupción.	3. Proceso para establecer responsabilidad de servidores públicos en materia administrativa (y en el caso de Esquivel maximizar participación ciudadana en el contexto del nuevo sistema nacional anticorrupción)
Alberto Pérez Dayán (6)	Responsabilidad de servidores públicos	

## B. LA DETERMINACIÓN DE LA CORTE: ENGROSE DE REVISIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE LA CONSULTA POPULAR 1/2020

Después de aprobarse la pregunta y rechazarse el proyecto del ministro Aguilar, fue el propio Ministro ponente quien solicitó recoger la decisión mayoritaria y hacer las modificaciones correspondientes. Este documento, al final del día, constituye el producto decisorio sobre la sanción de la Corte en torno a la constitucionalidad de la materia a consultar.

Lo interesante es que este documento debe recoger el consenso alcanzado por la mayoría, esto es, el piso común de la respuesta de la Corte.<sup>20</sup>

A su vez, en tanto la Corte se erige para efectos prácticos como guardián o aduana entre una idea o propuesta inicial a consultar (por los entes legitimados) y su validez o admisibilidad para ingresar al sistema jurídico mexicano –y producir en su caso efectos vinculantes– la SCJN también cumple un rol de señalar las “reglas constitucionales del juego” en la Consulta. En esencia, que sí y que no se puede preguntar.

En tanto esta fue la primera ocasión en que la Corte validó la constitucionalidad de una materia a consultar, el precedente está llamado a ser un *benchmark case* del que derivan estándares y parámetros en cuanto al rol de la figura de la consulta popular como una pieza del arreglo normativo e institucional en el país.<sup>21</sup>

Se estima que los lineamientos dados por la Corte en esta decisión pueden contribuir, en parte aunque no del todo, a ordenar la discusión y zanjar ciertas cuestiones en donde ha existido gran debate. Se insiste, en parte.

Para mayor precisión conceptual se abordan las siguientes cuestiones: (i) metodología de estudio para aproximarse a un planteamiento de consulta popular y (ii) determinación sobre la constitucionalidad de la materia y legalidad de la pregunta.

### 1. METODOLOGÍA DE ESTUDIO EN CASOS DE CONSULTA POPULAR.

En primer lugar, la Corte –en oposición a los cuatro precedentes en la materia previos– realizó precisiones más profusas sobre el tipo de función que le asigna la Constitución a la consulta

---

<sup>20</sup> (Esto es precisado en el propio engrose el cual fue aprobado en sesión privada del 15 de octubre por la propia mayoría)

<sup>21</sup> Desde luego, esta aproximación podría ser variada o modulada por el propio Pleno en subsecuentes casos.

popular en el marco del sistema jurídico mexicano y cómo abordar el estudio de una petición que emane de este mecanismo.

- 1.1. Sobre la función de la Corte. Esta precisó que a diferencia de sus funciones jurisdiccionales tradicionales –en donde debe estrictamente adjudicar un asunto o resolver una litis – aquí su función es **de un control *ex ante* (control previo) dentro de un procedimiento dirigido al ejercicio de un derecho de participación política.**

El estándar de análisis es pues, distinto. En lugar de valorar los méritos de un asunto (y si éste resulta fundado o infundado) a la Corte le toca confrontar bajo un estándar más laxo al de control jurisdiccional, únicamente si la petición presentada se ubica en la regla general (*default rule*) de acceso al mecanismo de participación o si se actualiza una **excepción** que impediría su realización.

En suma, el criterio de la Corte es simple: privilegiar que la consulta tenga lugar. La Corte actúa como una aduana muy acotada en donde su parámetro de confronta no es todo el marco constitucional sino solamente las excepciones que prevé el propio artículo 35, numeral 3, fracción VIII.<sup>22</sup>

Esto encuentra una razón lógica una vez que se aceptan las premisas que adopta la Corte: despojada de su función jurisdiccional y como depositaria de este control *ex ante*, la Corte –quien ciertamente no deja de ser un Tribunal Constitucional pero que realiza una función *ad hoc*– no está habilitada para invocar todo el parámetro de confronta de la Constitución Federal (en esencia los 136 artículos constitucionales y demás fuentes internacionales). Su marco de actuación son únicamente las causales de excepción que prevé el artículo 35.<sup>23</sup>

- 1.2. ¿Qué rol juega la consulta popular en el sistema de fuentes, obligaciones y competencias que articula el sistema jurídico mexicano? Aquí juegan tres factores: (i) cómo concibe a la consulta ciudadana el arreglo constitucional; (ii) en dónde quedan paradas las obligaciones y competencias constitucionales y (iii) cómo amalgamar ambas cuestiones en el marco del sistema de fuentes mexicano.

El punto de partida es que la consulta es un derecho humano de asidero constitucional y convencional. Este derecho (el derecho de la ciudadanía a la consulta) busca

---

<sup>22</sup> Párr. 50

<sup>23</sup> Párr. 19-23.

empoderar a la ciudadanía más allá de la democracia indirecta: ya no solo se influye en la conformación de órganos representativos sino también, reunidos ciertos requisitos, la opinión se puede tornar *vinculante*.

De aceptar esta premisa se deriva que, cuando la Corte interviene como eslabón en el marco de este proceso de participación, debe maximizar el ejercicio del derecho (interpretación más amplia o expansiva posible). Luego, en tanto la Corte actúa, específicamente en este proceso, como engranaje en el arreglo de un supuesto “constitucionalismo democrático” debe balancear dos variables: la posible restricción a derechos que podría acarrear la consulta y que el derecho duro a la consulta no se vea restringido injustificadamente.

El segundo punto es de la mayor importancia. ¿Cómo entender lo que derive de la consulta en el marco del arreglo normativo mexicano? La solución en abstracto parece ser bastante unívoca si se sigue el estándar fijado por la Corte: en la medida en la que no se pueden someter obligaciones y competencias constitucionales a consulta, pues esto sería tanto como privar de eficacia a una parte de la Constitución, debe concluirse que su ámbito de actuación (*scope* o extensión) se limita a la totalidad de **facultades discrecionales y no regladas de los órganos representativos, sin desplazarlas ni sustituirlas, pero sí vinculándolas justo en donde existen vacíos o crisis de representación.**

Visto de otra manera: en términos de la Corte, la consulta no puede erigirse como un prerequisite para que las autoridades ejerciten sus facultades.<sup>24</sup>

Al aceptar esta cuestión se desprenden las siguientes notas:

- Lo que se decida en consulta es ciertamente vinculante pero no por ello extraído del control constitucional; la vinculatoriedad no goza de un blindaje constitucional (pues esto implicaría equipararla a norma constitucional esquivando el proceso específico que se prevé para la reforma de la misma).
- Asimismo, la vinculatoriedad obliga únicamente a los órganos representados. Lo que desde ahí hagan estos puede ser, desde luego sujeto a escrutinio (control *ex post*). Se trata de “insumos de consideración vinculante”. Por la naturaleza de la consulta, el

---

<sup>24</sup> Párr. 30

curso de acción que se siga recaer en los órganos representativos; no corresponde fijarlos a la propia Corte en ese momento de su intervención.<sup>25</sup>

- Tampoco debe perderse de vista el ejercicio de ponderación que realizó el Constituyente sobre la reforma en la materia, el cual fue analizado por el Tribunal. Al elegir entre mecanismos de participación la reforma descartó opciones como el plebiscito y el referéndum porque no quería desplazar a la democracia representativa ni crear nuevas fuentes de derecho.

Así, en su justa dimensión, la consulta popular tiene la vocación de superar la pasividad de procesos de decisión –en los que el Ejecutivo o Legislativo pudieran estar paralizados– e intentar resolver una crisis de representación: se da poder de decisión a la ciudadanía para que los órganos representativos estén vinculados por su opinión. (Párr. 36-37). Pero no se erige en fuente de derecho, por lo que su ámbito de actuación radica en la producción normativa de facultades no regladas y de ejercicio discrecional de las autoridades competentes.

En palabras de la Corte: “[d]entro 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” (Párr. 43).

Esto, desde luego, excluye toda obligación (competencia o facultad) – y desde otra perspectiva el respeto de un derecho– que no sea potestativa para las autoridades. Este coto vedado abarca todas las garantías para proteger derechos humanos, incluyendo la de acceso a la justicia. (Párr. 39)

¿En dónde ubicar entonces a la consulta popular y para qué serviría?

Dejando para un segundo momento los problemas de conjugación práctica que esto tiene, la ubicación conceptual la posiciona en el marco de un mecanismo que no es fuente de derecho (como la legislación, por ejemplo) pero que vincula a las autoridades a considerar la opinión de la ciudadanía en lo atinente a toda la nómina de actuación discrecional tanto del Legislativo como del Ejecutivo. Esto con el objeto de disminuir una crisis de la democracia

---

<sup>25</sup> Como hemos dicho su rol –en el marco de un mecanismo de participación democrática– es minimalista. En términos de la Corte “no (le) concierne agotar el estudio de las posibilidades lógicas de acción de las autoridades vinculadas . “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. Su determinación y la decisión sobre su adecuación y pertinencia constitucional corresponderá a los órganos de control judicial competentes.”

indirecta –de la que emana la creación de derecho– pero que también produce problemas de representación.

La finalidad de la consulta no es activar la nómina competencial de los órganos del Estado; 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.<sup>26</sup>

- La delimitación del campo de acción de la consulta popular arroja una consecuencia necesaria por lo que hace la garantía orgánica de los derechos humanos: en la medida en la que gran parte del marco de actuación de los órganos de naturaleza no representativa (jueces y fiscales, principalmente) trata de competencias de ejercicio obligatorio no sujetas al ir y venir de las mayorías –y el ya reducido marco discrecional con el que cuentan está sujeto a criterios técnicos o especializados– “los temas que les atañen quedan excluidos del ámbito de aplicación de la consulta popular” (párr. 45)

### 1.3. Estándar de análisis.

Al ubicar el rol de la consulta popular en el funcionamiento de todo el andamiaje normativo mexicano y la función asignada a la Corte en este proceso de participación ciudadana se desprende el estándar con el que una petición (cualquiera que sea) debe ser analizada.<sup>27</sup>

Como se ha dicho, la Corte solo puede utilizar el catálogo taxativo del artículo 35, fracción VIII, numeral 3º de la Constitución Federal.

Asimismo, desplegará –en su caso– dos tipos de control: uno de constitucionalidad sobre la materia de la consulta y otro de legalidad sobre la pregunta emanada de una materia ya declarada consultable (constitucionalmente admisible). La Corte llamó a estas dos gradas del test control sustantivo y control de eficacia.

---

<sup>26</sup> Párr. 52.

<sup>27</sup> La Corte resolvió en este precedente que la calificación de trascendencia le corresponde al Congreso de la Unión en tratándose de solicitudes presentadas por el Ejecutivo. Párr. 49.

A su vez, a la Corte no corresponde calificar las razones de conveniencia, pertinencia o necesidad de la consulta. Éstas recaen en la cuestión de trascendencia, cuya calificación compete al Congreso de la Unión.<sup>28</sup>

Sobre el margen de análisis. La Corte estimó que, en la medida en la que no realiza un análisis de fijación de la litis ni una función jurisdiccional, cuenta con un amplio margen para apreciar el objeto o materia de la consulta. De hecho, releva al peticionario de precisar tal objeto, pues esto es una carga no contemplada en la Constitución Federal ni en la LFCP. (Párr. 54)

¿Qué elementos informan entonces a este margen? La integralidad de las razones planteadas y el favorecer la protección más amplia del derecho humano a la consulta. En suma, esto tiene ciertas implicaciones prácticas o estándares de actuación.

El primero de ellos es que, aun si el peticionario hiciese una relación de facultades de autoridades no conectadas con la temática que propone como objeto de la consulta, el 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. Esto configura una especie de *regla de exclusión* de lo sobrante privilegiando que permanezca la integridad de la materia de la consulta.

En segundo término, si de la lectura de todos los elementos de la petición se desprenden diversas hipótesis sobre su objeto y se advierte que éstas son igualmente razonables, surgirá la interrogante: ¿qué criterio debe utilizarse para escoger una por encima de las otras? Para el Pleno, la respuesta es elegir aquella que maximice el derecho de consulta popular, como derecho humano, al que le serán aplicables desde luego los principios *pro persona* y de progresividad. Esto configura, a su vez, una *pauta interpretativa expansiva*.

Esta *regla de exclusión* de consideraciones no consultables siempre y cuando el núcleo de lo expuesto lo sea y la *pauta interpretativa expansiva*, fueron los mecanismos argumentativos base que utilizó la Corte en el caso concreto.

---

<sup>28</sup> Aunque la consulta resultare innecesaria para el ejercicio de las facultades de las autoridades, este hecho no demuestra la inconstitucionalidad de la materia (Párr. 51)

Matriz de notas sobre la figura de la consulta popular en el sistema jurídico mexicano según lo resuelto por la Corte.

(Tabla 6)

<b>Nota o componentes de este mecanismo</b>	
Límite o coto vedado al que no puede acceder (límite de lo indecible)	¿A dónde no puede ingresar la consulta? No puede reemplazar o condicionar la eficacia de ninguna competencia constitucional (facultades u obligación de observar derechos), lo que implica también a las garantías orgánicas de derechos humanos.
Alcance o extensión (perímetro de la figura)	<p>¿Cuál es su margen de cobertura? ¿En dónde actúa la consulta? En la suma de facultades discrecionales o no regladas –en otras palabras, facultades que no son de competencia de ejercicio obligatorio– del Ejecutivo y el Legislativo federal.</p> <p>Esto excluye también las decisiones competenciales y discrecionales de órganos contramayoritarios no sujetos a decisiones electorales como jueces y entes de procuración de justicia.</p>
Contenido	¿Qué producto entrega una consulta en caso de tornarse vinculante? Entrega “Insumos de consideración vinculante” para el ejercicio de facultades discrecionales no regladas. No implica todo el abanico de acciones o cursos de acción posibles, sino la expresión de una opinión –que se torna vinculante– para ser considerada en el ejercicio de tales funciones.
Vocación	<p>¿Qué hace o por qué existe? Busca resolver o disminuir la crisis de representación que deriva de la democracia indirecta.</p> <p>La consulta popular tiene la vocación de superar la pasividad de procesos de decisión –en los que el Ejecutivo o Legislativo pudieran estar paralizados– e intentar resolver una crisis de representación: se da poder decisión a la ciudadanía para que los órganos representativos estén vinculados por su opinión.</p>

Rol en el sistema jurídico mexicano	Derecho humano y una figura de democracia semi-directa. No es fuente de derecho (por lo que no puede condicionar tales fuentes, y desde luego menos la fuente constitucional).
¿Control judicial?	Sí. Las decisiones de los órganos representativos que emanen de la consulta pueden (y deben) ser sometidas a control jurisdiccional.
Rol de la Corte	<p>Eslabón en un mecanismo de participación. Su rol no es jurisdiccional sino ex ante, limitado a un parámetro de confronta taxativo (artículo 35, fracción VIII, numeral 3).</p> <p>No le corresponde evaluar la necesidad o pertinencia de la consulta, eso recae en las Cámaras del Congreso como cuestión de trascendencia.</p> <p>De esto, derivan dos pautas interpretativas centrales:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La lectura de la materia de la consulta debe ser a la luz de la finalidad de la figura, haciéndola operativa en todo lo posible.</li> <li>2. La lectura, a su vez, debe ser desde la integralidad o esencia de lo que se plantea – lo que implica un ejercicio de extraer el objeto de la misma. Esta “carga” no recae en el proponente.</li> </ol>

## 2. ANÁLISIS DE LA PETICIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

En esta parte se presentan de forma esquemática los hallazgos de la Corte sobre la petición planteada por el Presidente de la República.

A su vez, esta sección esquematizará las dos gradas de análisis desplegadas por la Corte: (i) la de constitucionalidad de la materia de la pregunta (test sustantivo) y (ii) de legalidad de la pregunta (test de eficacia).

### 2.1. Materia de la consulta.

- Con base en la metodología descrita, la Corte estimó (¿interpretó?) que, en esencia, la materia de la consulta pasaba por “la demanda social de esclarecimiento de los hechos y actuaciones del pasado, la cual no encuentra un cauce institucional claro.<sup>29</sup> Este es el punto de partida para el ejercicio de análisis que desplegaría.
- ¿En qué ámbito de actuación se inserta esta materia? A pesar de distintas aseveraciones que militaban en otro sentido, la Corte estimó que el núcleo de lo peticionado para consulta pasaba por el 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”.<sup>30</sup>
- Seguidamente, aplicando la regla interpretativa de preferir la lectura que maximice el derecho la consulta –i.e. que la consulta tenga lugar– la Corte descartó la posible interpretación alternativa relativa que el objeto de la consulta eran las facultades de procuración y administración de justicia penal. De aceptar esta lectura, la Corte razonó, tendría que declarar la materia inadmisibile pues suponía una restricción a derechos humanos en distintos frentes.<sup>31</sup>
- Sin embargo, acogió una segunda lectura posible que priorizaba la exposición del Presidente de la República –por encima de la literalidad de la pregunta.

Así, la Corte fijó la materia de la consulta en los siguientes términos:

El esclarecimiento de hechos pasados mediante las facultades discrecionales de los órganos representativos que servirían para ese fin (esclarecimiento), 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.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Párr. 61.

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> “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. Entre estos frentes, destacan el hecho de que las facultades de estos entes son garantías orgánicas para los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición”

<sup>32</sup> Párr. 69. Ver también párrafo 79.

Entre las razones esbozadas por la Corte para descartar la primera opción –inadmisible desde el punto de vista constitucional– se tuvo en cuenta: (i) que el Presidente no utilizaba en una lógica técnica los términos esclarecer o investigar, a la par de que (ii) en su exposición no ligaba los resultados de la consulta a las instituciones de procuración o administración de justicia. Todo lo contrario. En su petición, (iii) la referencia a las autoridades competentes parece excluir a los entes de procuración y administración de justicia, toda vez que precisa que las acciones a tomar serían independientes a las acciones legales o juicios que ocurran. Además, (iv) el escrito hacía del centro de su razón de ser la “falta de un cauce legal nítido para impulsar estos procedimientos”, esto implicaría la necesidad de crear nuevos cauces legales, mientras que las acusaciones y juicios son anunciados como consecuencias hipotéticas o eventuales.

La petición, luego, no remitiría a competencias regladas en la Constitución –epicentro de la función de los entes de procuración o administración de justicia– sino a aquella parte del sistema jurídico “**donde no hay facultades regladas, sino discrecionales.**” (Párr. 73)

¿Qué rol juegan tales procedimientos? En otras palabras, cómo hacerlos compatibles con todo el arreglo constitucional. La Corte leyó –haciendo operativo en todo lo posible el objeto que extrajo del planteamiento del Presidente– los siguientes elementos:

¿Cómo se inserta lo que produzca la consulta en el entramado jurídico / institucional mexicano?

Tabla 7

**(i) Valor en el marco constitucional.** Los resultados tendrían un valor **propio e independiente** de los juicios penales y, en su caso, generarían **respaldo** para la eventual presentación de **acusaciones** cuya suerte **no sería sujeta a consulta.** (Párr. 75)

En este sentido, aquí la Corte lee una especie de puente entre los llamados insumos de consideración vinculante, los productos que arrojen y su posible incidencia, en un segundo momento, en el ejercicio de competencias de ejercicio obligatorio.

**(ii) Ruta crítica.** En caso de que la respuesta sea favorable, el Titular del Ejecutivo deberá encomendar a parte de sus órganos allegarse de elementos y evaluar los hechos ocurridos en el pasado y, en su caso, impulsar los procedimientos que correspondan. Para la Corte, esto no es una obligación, pero existe la facultad discrecional de impulsar investigaciones internas sobre determinados hechos relativos a la administración pública. (Párr. 77)

(iii) *Diseños institucionales que sirven como “facilitadores” o “catalizadores”*. Para tal objeto, existe todo un abanico admisible constitucionalmente: desde 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 Constitución Federal. (Párr. 79)

Más adelante la Corte precisaría que estos productos podrían servir a dos objetos esenciales: obtención de resultados con valor histórico o político como la obtención de elementos para iniciar procedimientos para adjudicar responsabilidades. (Párr. 100)

## 2.2. Legalidad de la pregunta

Al calificar como constitucional la materia de la consulta, la segunda grada de análisis implicaba calificar su legalidad. Aquí el marco de confronta es el artículo 26 de la LFCP.<sup>33</sup>

En esencia, esta fase implica tres verificaciones: (i) que la pregunta derive directamente de la materia de la consulta; 2) que no sea tendenciosa o contenga juicios de valor, y 3) que emplee lenguaje neutro, sencillo y comprensible y produzca una respuesta categórica en sentido positivo o negativo. Asimismo, en esta fase, la regla de tratamiento es la corrección o modificación de la pregunta (juicio de eficacia) ya no determinar si es admisible o no (válida). En otras palabras, puede decirse que si la Corte determina que la materia es consultable la aduana constitucional ha sido superada y solo procede corregir la pregunta para ajustarla a la materia, con base en los parámetros señalados.

Destacan dos elementos sobre la labor de la Corte: (i) la confronta formal con este parámetro de legalidad (defectos de la pregunta) y (ii) y una confronta sustantiva con la materia de la

---

<sup>33</sup> **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”.

consulta (qué componentes de la pregunta desbordan el ámbito material de la consulta o no son admisibles).<sup>34</sup>

Sobre el primer punto, la Corte estimó que la pregunta tenía cinco defectos formales: guardaba una relación parcial con la materia de la consulta, resultaba inquisitoria al señalar a personas en concreto, no estaba formulada en lenguaje neutro, contenía un juicio de valor y no producía una respuesta categoría.

Desde esta conclusión la Corte estimó que dos componentes centrales debían excluirse: las locuciones referidas a la investigación y sanción por parte de las autoridades competentes y los nombres propios de las personas referidas.<sup>35</sup>

Como hemos ya señalado, la nueva pregunta quedó modificada en los siguientes términos: “¿[e]stás 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?”.

La Corte defendió argumentativamente esta pregunta sobre la base de que lograba simetría (identidad, pues) con la materia. Ello sobre la base de que cubría a cabalidad los tres puntos esenciales de la materia: el esclarecimiento de hechos del pasado, mediante el ejercicio de facultades discrecionales de órganos representativos, cuyo propósito incluye un abanico de posibilidades que van desde la obtención de resultados con un valor histórico y político hasta allegarse de elementos necesarios para iniciar los procedimientos de responsabilidad pública correspondientes.<sup>36</sup>

Finalmente, la última parte de la decisión se centra en explicar, si bien de manera bastante somera, los elementos que integran la pregunta. Esto es importante, toda vez que tales lineamientos disciplinan tanto cómo moldeó la Suprema Corte el alcance de lo que se preguntará como que debe entenderse por tales elementos.

Se esquematizan a continuación. Entre paréntesis hemos tratado de darle una característica al rol que juega este elemento en la confección de la pregunta:

---

<sup>34</sup> Párr. 84-86.

<sup>35</sup> Sobre el primer punto, la Corte recalibró la materia de la consulta hacia el tema central: el esclarecimiento histórico (párr. 91-92). Sobre el segundo punto, la Corte excluyó la referencia específica a personas pues esto implicaba una violación a la prohibición del uso de leyes privativas, proscritas por la norma constitucional, e implicaba una visión de derecho penal del autor, también proscrita en el sistema jurídico mexicano (párr. 93-97).

<sup>36</sup> Párr. 100

## Elementos que integran la pregunta reformulada por la Corte y que será sometida a consulta

**(i) Acciones pertinentes (ámbito de acción).** Las autoridades retendrían el margen de acción para motorizar el resultado de la consulta. Se trata pues de consultar sobre un tema de trascendencia general más que de una acción en específico.

**(ii) Con apego al margo constitucional y legal (elemento calificador).** Aquí se impone un límite de acción: los contenidos constitucionales (y legales), incluyendo los principios de seguridad jurídica y legalidad. Las obligaciones de esta naturaleza, derechos y facultades regladas se entienden fuera del ámbito de acción de la consulta (y por tanto fuera de una respuesta en sentido positivo o negativo).

**(iii) Empezar un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos (objeto de la consulta).** Aquí, de nuevo, se precisa qué sí ingresa al ámbito de acción de la consulta y qué no. Se consulta a la población si *previo* a cualquier curso de acción ya regulado (penal, político o administrativo, por ejemplo.) se haga un desvelamiento del pasado, en términos amplios, mediante mecanismos *complementarios*.

**(iv) Actores político del pasado (componente personal).** ¿Sobre quién se enfocaría este proceso? Sobre lo que la Corte llama los “actores políticos relevantes.” Sin embargo, la Corte no precisó que debe entenderse por este término.

**(v) Garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas.** Esto es quizá el elemento de mayor relevancia introducido en la pregunta. La Corte trata de motorizar la materia de la misma y cómo se avanzaría. Se incluye un elemento calificador, el curso de acción que se elija será válido sí y solo sí está encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas. En este sentido, toda acción debe buscar avanzar este punto.

Lo interesante es cómo, pues precisamente estas finalidades son parte del núcleo duro de lo que no está a consulta (derechos y obligaciones constitucionales en materia de verdad y justicia, por ejemplo).

En este sentido, se da el puente entre la materia de la consulta y el resto del entramado institucional y normativo en el país: la Corte precisó que si bien los derechos de acceso a la justicia y a una reparación integral de víctimas y ofendidos, así como a la verdad son garantizados *principalmente* a través de obligaciones de investigación, de procuración e

impartición de justicia, tal núcleo duro no proscibía (sino podía beneficiarse) del establecimiento de **mecanismos o cauces institucionales complementarios**.

### C. EXPRESIONES O PRECISIONES DE LAS Y LOS MINISTROS QUE INTEGRARON LA MAYORÍA

Esta última parte de la sección recoge algunas consideraciones vertidas por el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá en su voto concurrente –el único formulado dentro del bloque mayoritario– y por el ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en un artículo de opinión y una entrevista.

Lo anterior, en la medida en la que se estima que pueden contribuir a arrojar más luz sobre el alcance de lo resuelto por la Corte.

(i) El voto particular del ministro Juan Luis González Alcántara

El voto del ministro González Alcántara adopta una morfología más sencilla a lo expresado en el engrose. A su juicio la base para salvar la constitucionalidad de la materia de la consulta no pasa por distinciones (entre facultades regladas y discrecionales, órganos representativos y no representativos, procesos jurisdiccionales y no jurisdiccionales). Más bien, se centra en hacer operativo, en todo lo posible, el derecho humano a la consulta popular lo que se proyecta de manera muy específica al extraer la materia de una consulta.

En este sentido, el Ministro es categórico: vista en su mejor luz, la materia de la consulta parte de la existencia de una percepción generalizada en la población de que los **procedimientos vigentes** han sido insuficientes para esclarecer la verdad sobre delitos y violaciones a derechos humanos. Con independencia del curso que tomen las acciones legales, se pregunta sobre la necesidad de crear **cauces institucionales nítidos (nuevos, pues)** para emprender un proceso de esclarecimiento.

Se trata pues de mecanismos y cauces institucionales novedosos para esclarecer la verdad respecto de acciones de actores políticos relevantes que, de acuerdo con el solicitante, podrían, en ciertos casos, constituir delitos y violaciones graves de derechos humanos. Mecanismos que no sustituyen los que existen para realizar investigaciones correspondientes, ni condicionan su funcionamiento, sino que serían mecanismos complementarios para garantizar el derecho a la verdad.

La lectura es interesante pues bajo la perspectiva del ministro González Alcántara, estas acciones no restringirían derechos fundamentales ni obstaculizarían investigaciones, sino que, en tanto se trata de un cuerpo de garantías novedosas, contribuirían a esclarecer la verdad y, consecuentemente, el acceso a la justicia y una reparación integral.<sup>37</sup>

Quizá esta es la lectura más ambiciosa y detallada –no necesariamente correcta– de la materia de la consulta. El punto de partida es un descontento social mayoritario que se traduce en la exigencia de crear cauces institucionales novedosos que permitan esclarecer la verdad sobre decisiones políticas relevantes. Las instituciones actuales de justicia resultan insuficientes, según la propuesta. Segundo, la intención es que lo que se consulte sea respetuoso de las garantías de legalidad y el debido proceso. Tercero, de ahí que la pregunta sea la posibilidad de explorar nuevos cauces institucionales que permitan esclarecer o clarificar las actuaciones y decisiones de actores políticos relevantes en los últimos treinta años.

Incluso, según esta posición, hay un fuerte apelativo al rol de la prevención y las garantías de no repetición para que los hechos narrados no vuelvan a ocurrir.

Desde ahí, el voto del ministro González Alcántara se decanta por un diseño institucional específico que avanza el derecho a la verdad, en lugar de coartarlo, a saber: las comisiones de la verdad.

El pronunciamiento de González Alcántara es el primero –en sede judicial– que propone expresamente la introducción de este tipo de figuras, haciendo un valioso repaso por varias experiencias al respecto para concluir que, atento el estado del arte, este tipo de instituciones tienen cabida en el marco constitucional y convencional.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Párrafos 28 a 32 del voto concurrente del Ministro Juan Luis González Alcántara.

<sup>38</sup> “En suma, **el establecimiento de cauces institucionales complementarios para la determinación de la verdad, así como la reparación de los derechos de las víctimas, no son en sí mismos inconstitucionales ni inconvencionales.** Estos pueden diseñarse y establecerse de una manera compatible con las reglas y principios constitucionales, para lo cual es indispensable que sean respetuosos del debido proceso y las garantías de las personas que puedan someterse a investigación, así como que no constituyan un impedimento para la determinación de la verdad y la atribución de responsabilidades a través de procedimientos judiciales. Además, estos pueden constituir garantías adicionales a los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto.”

(ii) Por la relevancia que tuvo su rol en la propia discusión del Pleno, se traen también a colación las declaraciones del ministro Presidente, respectivamente, en un artículo de opinión y una entrevista.<sup>39</sup>

Más allá de la intención de socializar a un público más amplio la metodología utilizada por la Corte para resolver el complejo asunto y el desenlace del mismo, destacan cuatro puntos en los pronunciamientos públicos del ministro Presidente:

- El primero es sobre su lectura expansiva de la materia de la consulta. Su visión radica en que el centro de ésta no se agotaba en jueces o fiscales, sino en la importancia de esclarecer la verdad de ciertos hechos de nuestra vida pública con peso histórico y político relevante, en donde el diálogo ciudadano adquiere un valor propio; en suma, en cómo compatibilizar el derecho a la verdad con otras obligaciones como la justicia y el debido proceso.<sup>40</sup>
- En segundo término, destaca una lectura más compleja que intenta no hacer ajena a la Corte del complejo contexto que vive México. A su juicio, la SCJN tiene un rol pacificador del (los) conflicto(s). que permiten motorizar las aspiraciones a la paz, la igualdad y la justicia.<sup>41</sup>  
Esto sería relevante, toda vez que no puede desconocerse que la Suprema Corte actúa y opera en un contexto de alta volatilidad y de violaciones graves a derechos humanos que no puede considerarse simplemente ordinario.
- Tercero, aunque no en un voto concurrente (lo cual hubiera sido más contundente), el ministro Zaldívar también consideró que la consulta apela a una especie de comisión de la verdad. De nuevo, reconociendo lo complejo del contexto mexicano –lo cual no es menor– Zaldívar reconoce que estos mecanismos pueden ser un escaparate para abordar conflictos y sucesos dolorosos en el país.<sup>42</sup>
- Cuarto, la posición del ministro Zaldívar tiende puntos de conexión con una finalidad más amplia sobre la vocación de este proceso. Apelando directamente a su relación con un proceso más amplio de justicia transicional –que la consulta podría catalizar– se pregunta qué beneficios podría introducir superar visiones rígidas del derecho basadas en el castigo y la justicia penal. Esto también adquiere relevancia en la medida en la

---

<sup>39</sup> Artículo de opinión publicado en el medio “Milenio” titulado “La justicia no se consulta”, del 13 de octubre de 2020. Disponible en red: <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/la-justicia-no-se-consulta> y entrevista al medio “El País”, del 11 de julio de 2021. Disponible en red: <https://elpais.com/mexico/2021-07-11/en-ningun-sexenio-se-han-dictado-mas-resoluciones-en-contra-de-un-gobierno.html>

<sup>40</sup> Artículo en Milenio

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Entrevista en “El País.”

que esta visión repara en el contexto concreto que atravesaría México: uno de descomposición, al menos por lo que respecta a la operación de las normas.

## REFLEXIÓN FINAL

La propuesta del Presidente de la República de consulta popular –ahora denominada en materia de “esclarecimiento histórico”- ha causado un álgido debate entre varias posturas, quizá llevadas a su extremo en las posiciones: #LaJusticianoseConsulta y #JuicioaExPresidentes.

Esas dos posturas, las cuales en honor a la verdad ya no se reflejan realmente en la pregunta que se realizará a la ciudadanía el 1º de agosto, nos habrían alejado de buscar un espacio para encontrar coincidencias, problematizar visiones (y puntos de disenso) y, sobre todo, tener conversaciones sobre lo que está en juego; que de eso también va el mecanismo de participación ciudadana que prevé el artículo 35 constitucional: buscar generar discusiones en la arena pública con el objeto de cortar brecha en la crisis de representación de nuestra democracia.

El saldo más grave de esta polarización de posturas es que olvidan poner el foco en donde debe estar el centro de la discusión: qué y a quién le debemos respuestas en materia de verdad y justicia. Ambas posturas fallan en apuntar hacia ahí y marginalizan a quienes deben ser protagonistas de esta discusión sobre medios y necesidades.

Hay que decirlo con todas sus letras: la pregunta inicial planteada por el Ejecutivo resultaba a todas luces **inconstitucional**, por las razones que se han abordado. Sobre eso, parecería, había un apabullante consenso en la Corte de 11 a 0. Sin embargo, la materia o exposición de motivos de la que habla todo el documento de propuesta del Ejecutivo habla de problemáticas y fenómenos a los, que gusten o no y dejando de lado los calificativos empleados, no se les puede voltear la cara.

Donde la discusión se torna compleja es en cómo interpretó la Corte que debía plantarse frente a esta pregunta –lo cual no es una respuesta sencilla. Una ministra y cuatro ministros (para una minoría de cinco) estimó que esta preguntaba representaba, palabras más o palabras menos, una forma de consultar la justicia y que no admitía salvedades. Una mayoría de seis ministras y ministros, al menos por tres razones distintas, consideró no que la justicia sí se consulta, sino que lo planteado –por distintas razones metodológicas– no caería esencialmente en ese ámbito o, al menos, que podía ser salvado desde su lectura del rol que asignaba la reforma de 2012 a la Corte frente a esta figura.

Desde ahí emerge una pregunta francamente compleja. Surge así una primera duda: ¿es rol de la Corte socializarla a la ciudadanía? Quizá no, directamente. Por su papel, lo preferible es que

los Tribunales Constitucionales hablen en su mayoría desde sus propias decisiones. Lo cierto es que la determinación en sí también dista –deliberadamente, también quizá– de dar todas las respuestas.

No obstante, arroja luz de ciertos elementos que nos permiten problematizar cómo tornar operativos a mecanismos que (i) buscan dar un desfogue a problemáticas que no han encontrado todavía un cauce institucional y (ii) de qué manera hacer sentido de estas piezas en todo el entramado normativo e institucional del país. Los productos que emanarían de una eventual consulta nos obligan a hacer ejercicios más complejos de cómo se comportarían estos frente a derechos duros (como la justicia y la verdad) cuando es evidente que sí buscarían hacerlos avanzar.

Una segunda pregunta interesante es, por ejemplo, porqué limitar las acciones de pasado únicamente a cinco sexenios, cuando esto dejaría de lado cuestiones como la llamada Guerra Sucia. Esto es, desde luego, entendible pero quizá habría que regresar al punto de partida: la facultad de iniciar una consulta recae solamente en el Presidente, el Congreso y la ciudadanía. La Corte puede hacer todo lo posible para ver la materia de la consulta planteada en su mejor sentido, pero: ¿sería válido que exceda esa materia modificando, por ejemplo, su parámetro personal o temporal? Algunas visiones sostendrían que esto sería una irrupción inválida en el juego democrático para un ente que carece de legitimación para expresar su preferencia sobre la materia *per se* de la consulta. Otras visiones sostendrían que en la medida en la que la Corte tiene un amplio margen de acción, le sería dable moldear incluso la materia a consultar.

En una tercera pregunta, subyace la duda sobre los elementos que integran a la pregunta de la consulta. La Corte dejó un amplio margen de apreciación a los órganos representativos para elegir distintas rutas de acción, pero es innegable que no ha existido del todo claridad sobre de qué va un proceso de esclarecimiento histórico o cuál es el límite para considerar a una persona o ente un “actor **político** del pasado.” De nuevo, hay pistas –y sobre todo límites constitucionales que también entrarán a juego *ex post*- pero la labor de reconstrucción no deja de ser compleja.

Decíamos arriba la pifia que generaba la polarización de posturas y sobre todo el resultado que generaba en marginalizar al variadísimo –y para nada homogéneo- universo de víctimas que integra a este país. Esta es innegable. Quizá, no obstante, la consulta popular –con todos los desafíos logísticos y narrativos que enfrenta– genere un antecedente que, más allá del 1º de agosto, nos permita construir y conversar desde donde tiene que estar ese foco. Conversar de problemáticas y figuras que antes parecían ajenas; sobre sus bondades o sus riesgos. Los

procesos de justicia transicional no caen del cielo, las autoridades son traídas a la mesa a veces a regañadientes y, sobre todo, tienen muchos (muchísimos antecedentes) que cimientan caminos.

En un país con una crisis de representación tan marcada quizá haya que empezar por conversaciones que hay que tener. Eso tampoco es menor.