

- The long five-minute debate. What is behind the argument that privileges popular vote elected representatives?

EL LARGO DEBATE de cinco minutos

¿Qué hay detrás del argumento que privilegia a los representantes electos por voto popular?

Por:  Jesús Mijangos Castro



Mijangos Castro, J. (2024). El largo debate de cinco minutos. ¿Qué hay detrás del argumento que privilegia a los representantes electos por voto popular? *Entorno UDLAP*, 22

 **Recibido:** 6 de septiembre de 2023  **Aceptado:** 28 de septiembre de 2023

RESUMEN

Durante la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) del 8 de junio de 2023, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y la ministra presidenta Norma Lucía Piña Hernández tuvieron una discusión en la que Zaldívar argumentó que, dado que los ministros no son elegidos democráticamente, la SCJN debería limitarse a la revisión del ejercicio de los poderes que sí lo son. La presidenta respondió que, al invalidar una norma, estaban ejerciendo sus facultades constitucionales, por lo tanto, no podían realizar una afectación al balance de poderes como el ministro implicaba. Este artículo observa el origen legal del argumento que privilegia a los representantes elegidos por voto popular (Ejecutivo y Legislativo), que es-

tableció el ministro Zaldívar —el cual apunta a ser el siguiente debate ideológico al interior y en contra de la SCJN—, su contexto, corrientes filosóficas dentro del derecho comparado y sus repercusiones en el ámbito legal mexicano.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional · Estados Unidos
• **Bolivia · Democracia · Constitución**
• **Poder Judicial**

ABSTRACT

During the plenary session of June 8, 2023, justice Arturo Zaldívar Lelo de Larrea and chief justice Norma Lucía Piña Hernández held a discussion in which justice Zaldívar maintained that, since justices were not vot-

- The long five-minute debate. What is behind the argument that privileges popular vote elected representatives?

EL LARGO DEBATE de cinco minutos

¿Qué hay detrás del argumento que privilegia a los representantes electos por voto popular?

Por:  Jesús Mijangos Castro



Mijangos Castro, J. (2024). El largo debate de cinco minutos. ¿Qué hay detrás del argumento que privilegia a los representantes electos por voto popular? *Entorno UDLAP*, 22

 **Recibido:** 6 de septiembre de 2023  **Aceptado:** 28 de septiembre de 2023

RESUMEN

Durante la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) del 8 de junio de 2023, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y la ministra presidenta Norma Lucía Piña Hernández tuvieron una discusión en la que Zaldívar argumentó que, dado que los ministros no son elegidos democráticamente, la SCJN debería limitarse a la revisión del ejercicio de los poderes que sí lo son. La presidenta respondió que, al invalidar una norma, estaban ejerciendo sus facultades constitucionales, por lo tanto, no podían realizar una afectación al balance de poderes como el ministro implicaba. Este artículo observa el origen legal del argumento que privilegia a los representantes elegidos por voto popular (Ejecutivo y Legislativo), que es-

tableció el ministro Zaldívar —el cual apunta a ser el siguiente debate ideológico al interior y en contra de la SCJN—, su contexto, corrientes filosóficas dentro del derecho comparado y sus repercusiones en el ámbito legal mexicano.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional • **Estados Unidos**
• **Bolivia** • **Democracia** • **Constitución**
• **Poder Judicial**

ABSTRACT

During the plenary session of June 8, 2023, justice Arturo Zaldívar Lelo de Larrea and chief justice Norma Lucía Piña Hernández held a discussion in which justice Zaldívar maintained that, since justices were not vot-

ed, the Supreme Court should limit itself when reviewing the actions of other elected powers. The chief justice responded that the Supreme Court could not exceed its powers, as justice Zaldívar implied, by exercising the very powers given to it by the constitution. This article studies the argument that the Supreme Court should give privilege to the other branches of government because the Executive and Legislative powers are elected through voting, which is headed to be the next ideological debate within and against the Mexican Supreme Court. The legal background of said argument, the philosophical currents from comparative law, and its repercussions when applied within the Mexican legal system.

KEYWORDS

International · United States · Bolivia · Democracy · Constitution

INTRODUCCIÓN

Durante la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) del 8 de junio de 2023, se suscitó un debate sobre la estructura que debe guardar el balance de poderes en México. Fueron cuatro comentarios breves y separados entre el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y la ministra Norma Lucía Piña Hernández, presidenta de la SCJN. El debate duró escasamente cinco minutos, aun así, las recientes tensiones entre los tres poderes, así como las tendencias políticas en torno a ellas, permiten subrayar la importancia de tan pequeño debate, pues revela las corrientes ideológicas que serán fuente de discusión para la actual Suprema Corte o bien revisitadas una vez que sus miembros cambien.

El intercambio fue el siguiente:

Ministro Zaldívar (MZ): No todas las violaciones al procedimiento legislativo tienen un efecto invalidante, que tienen que ser suficientemente graves porque hay que salvaguardar el principio de autonomía y de trabajo del Congreso, del legislador democráticamente electo. Nosotros no somos electos democráticamente, de tal suerte que el sustento de nuestras decisiones tiene que estar en la Constitución y, solamente cuando se afecta el debate democrático o las reglas esenciales del procedimiento, me parece que nos es dable invalidar un procedimiento legislativo, de lo contrario (desde mi punto de vista), creo que estamos en una cuestión de cuestionable legitimidad democrática y de afectación a la división de poderes¹.

Ministra presidenta Norma Piña (MPNP): Quiero comentar que, respetuosamente, no comparto (respetuosamente)

¹ Contenido de la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 8 de junio de 2023. Secretaría General de Acuerdos, p. 19.



los comentarios de que nosotros no somos electos democráticamente; eso está establecido en la Constitución. Y tampoco comparto que el realizar nuestra labor como Tribunal Constitucional implique una afectación a la división de poderes (con todo respeto)².

MZ: Disculpe que (no que interrumpa, que) intervenga en relación con su comentario. Desde luego que estamos en un Tribunal Constitucional, en que cada una y cada uno de nosotros podemos expresar libremente nuestro punto de vista. Yo siempre he manifestado, no de ahora, desde hace trece años lo delicado que es que un Tribunal Constitucional analice e invalide, por vicios en el procedimiento, una norma de carácter general. Es una postura que he sostenido siempre. Y, en este tipo de cosas (no porque lo diga yo), hay una amplia doctrina. Siempre hay un riesgo en el que el Tribunal Constitucional pueda excederse porque también nosotros estamos sometidos a la Constitución, y en eso iba mi punto de vista. Yo, en los últimos precedentes, he estado de manera minoritaria, pero (bueno) es mi planteamiento. Nunca dije que nuestra intervención como Tribunal Constitucional implicara afectar la división de poderes; dije que siempre hay ese riesgo y creo que, en ciertos asuntos, podremos incurrir en eso (desde mi punto de vista)³.

MPNP: Gracias. No, al contrario, yo le agradezco la aclaración porque, (digo) dentro del contexto de la discusión, yo considero que no era necesario hacer esa referencia, por eso aclaré que, dado que cada quien puede expresar lo que desea en este Pleno, lo aclaré que era con todo respeto. Claro que lo puede decir. Yo podría decir también que sí somos propuestos por el Poder Ejecutivo, que él es electo democráticamente, y designados por el Legislativo, que también tiene un origen democrático. Entonces, partiendo de esa conformación, también hay una amplia doctrina al respecto, pero no es motivo de discusión: vamos a apurarnos con los asuntos⁴.

El fin que ambos ministros buscan proteger es el Estado de derecho. La definición general de Estado de derecho es «el imperio de la ley», es decir, que tanto autoridades como ciudadanos se rijan bajo las mismas reglas claras y predecibles, por lo que cada ley es una defensa contra un Estado autoritario⁵. Sin embargo, esta defini-

2 *Idem*, p. 30.

3 *Idem*, p. 32.

4 *Idem*, pp. 32 y 34.

5 Ronald Dworkin. En *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. 3 reimpresión, 1997. Capítulo IV y V, pp. 146-208



LA DEFINICIÓN GENERAL DE ESTADO DE DERECHO ES «EL IMPERIO DE LA LEY», ES DECIR, QUE TANTO AUTORIDADES COMO CIUDADANOS SE RIJAN BAJO LAS MISMAS REGLAS CLARAS Y PREDECIBLES.

ción es superada en el citado debate pues, aunque ambos ministros abogan por este resultado, nos preguntamos cuál es el principio superior: la Constitución, las elecciones por votación, el balance de poderes, la independencia judicial. Dicho análisis se transformaría en un concurso de elocuencias de diversos autores donde el ganador sería un reflejo de su evaluador —dígase yo— y no un ejercicio que brinde contexto a tan complejo debate. Lo correcto será trabajar con la definición de Estado de derecho de Mariano Brito quien lo describe como una idea que se debe conceptualmente a su finalidad: la realización del hombre en plenitud⁶. Es una definición por supuesto más vaga, pero que se ajusta al debate ideológico citado para que, paradójicamente, podamos entenderla desde un concepto no tan ideológico como de resultados. Es decir, nos atenderemos, como la definición de Brito señala, a los resultados de los argumentos debatidos sobre el ciudadano, por lo que este artículo será un estudio de casos, que den mejor contexto al lector de las consecuencias, orígenes y peligros de las ideologías referidas. Los hechos forman la verdad, los resultados comprueban ideologías.

El debate habla, primero, de la democracia y el Poder Judicial, en segundo término, de la *privilegiación* de los representantes electos. Si bien no es la propuesta del Ejecutivo sobre si los ministros deberían ser votados, sí evoca esta idea, pues la limitación del ministro Zaldívar no existiría si esa propuesta fuera realidad. En términos coloquiales, no es la idea del presidente, pero la alude y podría usarse como un argumento a su favor. Entonces, aunque no sea la idea expresada tal cual por el ministro Zaldívar, que analizaré más adelante, sí es importante suscribirnos brevemente a analizar las repercusiones

y 209-233.

6 Mariano Brito. El Estado de derecho en una perspectiva axiológica. *Ius Publicum* 6, 2001, pp. 63-70.

de elegir a los ministros de la SCJN a través del voto popular.

El ejemplo boliviano sobre los peligros de la votación de ministros

Solo hay un país que vota a sus ministros en el continente: Bolivia. El caso de Bolivia es muy importante para México, pues las repercusiones más preocupantes parten de un principio constitucional que también tiene México: el principio *pro homine* o *pro personae*. El principio *pro homine* o *pro personae* fue definido por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el juez Rodolfo E. Piza Escalante en voto adjunto a una sentencia como:

[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción.

Este principio se encuentra en el segundo párrafo de nuestra Constitución en el artículo 1, es considerado uno de los cambios más importantes que ha tenido el derecho mexicano en favor de los ciudadanos:

Artículo 1. [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En el ejemplo que nos ocupa, en una decisión altamente cuestionada, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP en adelante), equivalente a nuestra SCJN en Bolivia, decidió permitir a Evo Morales volver a candidatearse sin límites, lo que en ese momento significó una tercera vez para la presidencia. Ello a pesar de que la Constitución boliviana establecía que solo puede haber una reelección por dos

periodos consecutivos y que Morales perdió un referendo en 2016 en el que intentó anular esa limitación⁸. El TCP fundamentó su decisión estableciendo que la Constitución violaba los derechos humanos a Evo Morales⁹. Que la Constitución boliviana cede su jerarquía superior cuando los tratados declaren derechos más favorables¹⁰. Una declaración similar a la que tiene nuestra Constitución en su segundo párrafo, antes citado.

Ahora bien, habrá quien busque defender esta decisión como una interpretación válida e individual del país a la que tiene derecho por ser soberano. Para destruir esta sombra de duda de que la interpretación del TCP es de mala fe, basta la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana, en adelante). De acuerdo a la Carta Democrática Interamericana:

*[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*¹¹.

La Corte Interamericana señala que la realización de elecciones es fundamental para una democracia¹². Esta obligación implica que los mandatos de cargos deben tener un periodo fijo. Por lo que los presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos¹³. La Decla-

8 El Tribunal Constitucional de Bolivia autoriza a Evo Morales a buscar la reelección como presidente sin límites. Redacción *BBC Mundo*. *BBC Mundo*. 28 de noviembre de 2017, actualizado el 29 de noviembre de 2017.

9 Sentencia constitucional plurinacional 0084/2017 Sucre, 28 de noviembre de 2017, p. 74.

10 Sentencia constitucional plurinacional 0084/2017 Sucre, 28 de noviembre de 2017, p. 14.

11 Carta Democrática Interamericana, artículo 3. Como se observa en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-28/21. 7 de junio de 2021 solicitada por la República de Colombia, párr. 67, p. 21.

12 Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 147. Como se observa en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párr. 72, p. 22.

13 *Ibidem*.

7 «Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante», en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36. Como es observado en: Ximena Medellín Urquiaga. *Principio Pro Persona*. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), p. 17.

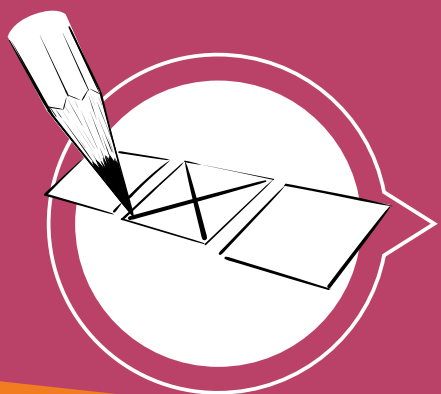
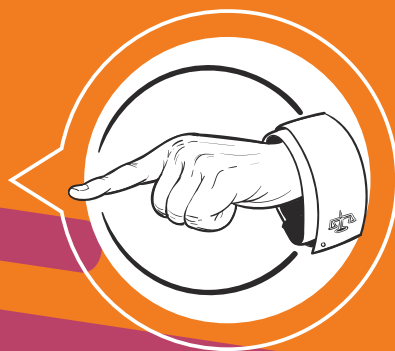


LA TENDENCIA DE POLÍTICOS POCO PREPARADOS EN EL TEMA A INTERPRETAR LA LEY A CONVENIENCIA PUEDE SER OBSERVADA EN EL MARCO GENERAL DE LA POLÍTICA DE CUALQUIER PAÍS Y CUALQUIER PARTIDO.



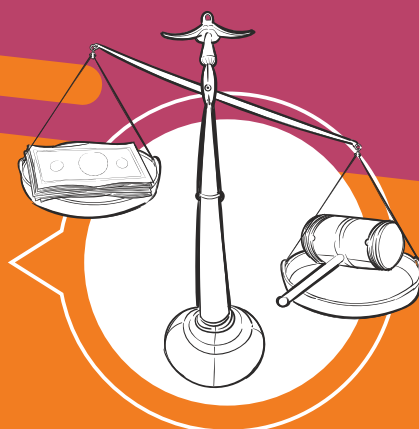
PARA MANTENER NUESTRO **ESTADO DE DERECHO**, ES NECESARIO QUE LOS MINISTROS Y JUECES SEAN INDEPENDIENTES Y LOS MEJORES EXPERTOS EN DERECHO, BAJO EL ESTÁNDAR MÁS ALTO, LO QUE VUELVE SU ELECCIÓN, VOTADA POR EL PÚBLICO, CONTRAPRODUENTE.

EL DEBATE ENTRE SALDÍVAR Y PIÑA HABLA DE LA DEMOCRACIA Y EL PODER JUDICIAL, ASÍ COMO DE **PRIVILEGIAR A LOS REPRESENTANTES ELECTOS**. SI BIEN EL ARGUMENTO DE ZALDÍVAR NO PROPONE, COMO EL EJECUTIVO, QUE LOS MINISTROS DEBERÍAN SER VOTADOS, SÍ ALUDE A DICHA PROPUESTA Y PODRÍA USARSE COMO UN ARGUMENTO A SU FAVOR.



BOLIVIA ES EL ÚNICO PAÍS QUE VOTA A SUS MINISTROS EN EL CONTINENTE. EN 2017, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, BASÁNDOSE EN EL PRINCIPIO *PRO PERSONAE*, DECIDIÓ PERMITIR AL PRESIDENTE EVO MORALES **VOLVER A CANDIDATEARSE INDEFINIDAMENTE**, PESE A LOS LÍMITES QUE ESTABLECÍA LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA Y A QUE MORALES PERDIÓ UN REFERENDO EN 2016 EN EL QUE INTENTÓ ANULAR ESA LIMITACIÓN.

ESTABLECER UN RÉGIMEN QUE PRIVILEGIE A LOS REPRESENTANTES ELECTOS ES RESTRINGIR LAS FACULTADES DE LA SCJN CON UNA EXCUSA TEÓRICA FUERA DE CONTEXTO, CUYA **CONSECUENCIA SERÍA UN EJECUTIVO AUTORITARIO Y SIN LÍMITES**.



ración de Santiago de Chile de 1959 establece que la perpetuación en el poder, o el ejercicio de este sin plazo alguno y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia¹⁴. Argumento también enumerado en la Carta Democrática Interamericana. La Corte Interamericana, en el mismo razonamiento, advierte que «el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si éste es electo mediante elecciones populares»¹⁵.

La tendencia a interpretar la ley a conveniencia por políticos poco preparados en el tema puede ser observada en el marco general de la política de cualquier país y cualquier partido. Senadores, diputados y presidentes pueden tener niveles variados en el conocimiento de sus disciplinas, su representación es más personal, tienen un derecho implícito a no tener que ser los mejores en la rama de su profesión u oficio. Sin embargo, para mantener nuestro Estado de derecho, es necesario que los ministros y jueces sean independientes y los mejores expertos en derecho, bajo el estándar más alto, lo que vuelve su elección, votada por el público, contraproducente. Si fueran votados, los ministros, como lo hacen senadores y diputados del mismo partido habitualmente, dependerían del carisma del presidente, y no serían los mejores, lo que generaría resultados como los de Bolivia.

El origen estadounidense de la opinión y el contexto mexicano

Ya cerrado este punto sobre la reforma de elección de ministros, es oportuno entender el contexto literal de su opinión y la escuela de esta. El ministro Zaldívar está haciendo eco con su opinión al *Justice* (equivalente estadounidense al título de ministro) Antonin Scalia, irónicamente famoso por ser un orgulloso conservador¹⁶. Scalia decía que un juez debía interpretar

la ley, no legislarla, afirmaba que no era compatible con la teoría democrática que las leyes signifiquen lo que deberían significar y que un juez no electo decida en cambio su significado¹⁷. La creación de nuevos derechos a través de la Suprema Corte es normal en la cultura legal estadounidense. Se pueden observar en distintas ocasiones, como el derecho a la no discriminación en la educación en *Brown v. Board of Education*, donde se eliminó la segregación para las escuelas¹⁸, o el derecho al matrimonio igualitario en *Obergefell v. Hodges*¹⁹, o incluso la interpretación de su propia Constitución que le concedió al pueblo estadounidense el derecho a portar armas que escribió el propio Antonin Scalia en *District of Columbia v. Heller*, donde separó ese derecho de la conexión inicial que se tenía con la milicia, y gracias a la cual ahora los estadounidenses pueden adquirir armas²⁰.

México en su historia solo ha tenido una resolución de la SCJN que se adelantó a dar un derecho de ese tipo: el amparo 267/2023, que fue analizado el 7 de septiembre de 2023, sobre la despenalización del aborto, meses después de la discusión citada y cuya despenalización es exclusiva del fuero federal. Esta decisión debe su sentencia histórica al principio *pro personae*, toda vez que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el Programa de Acción del Cairo de 1994 en su apartado 8.19, ya tenían el aborto como un derecho humano, así que la decisión del 267/2023 despenaliza el aborto a través de derechos que ya se encontraban dados a los mexicanos conforme a tratados internacionales y el 133 constitucional que los declara ley suprema. Esto se debe a que los efectos *erga homines* de la SCJN son materia exclusiva de revisión constitucional, por lo que su resolución niega (y no crea) normas, actos u omisiones de autoridades, siendo el principio *pro persona* la única vía de

para ser juez de apelación y más tarde para ser Justicia de la Suprema Corte de Estados Unidos.

17 Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 22 (Amy Gutmann ed., 1997).

18 347 U. S. 483, p. 493-595.

19 576 U. S. 644, p. 3-28.

20 478 F. 3d 370, p. 30-32.

14 Acta de la Quinta Reunión de Consultas de Ministros de Relaciones Exteriores llevada a cabo en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959. Declaración de Santiago, punto declarativo 3. Como se observa en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párr. 74, p. 23.

15 *Idem*, párr. 145, p. 41.

16 Antonin Scalia fue nominado por Ronald Reagan

generación de derechos para la SCJN²¹. Existen derechos adquiridos para el acceso a la justicia y el cumplimiento de un derecho —por ejemplo, la reciente interpretación facultativa de acceder al amparo cuando una autoridad aplique una norma ya declarada inconstitucional y no meramente la denuncia del artículo 210 de la Ley de Amparo²², o bien la protección a un órgano que permita un derecho a todos los mexicanos²³—, pero los derechos a todas las personas en su vida diaria son únicamente bajo la resolución de antinomias en tratados internacionales de derechos humanos ya existentes en el ámbito legal mexicano.

En México jamás ha llegado a suceder, ni para bien ni para mal, lo que temía el ministro Antonin Scalia, la reinterpretación facultativa de una ley por el Poder Judicial. Entonces, la pregunta obvia es: ¿por qué citarlo? La respuesta es que la opinión está basada en el derecho comparado. Primeramente, la *Necessary and Proper Clause* (la cláusula de lo necesario y propio), que habla de la relación entre el Poder Legislativo y el Judicial, y *a posteriori* en la teoría del *Unitary Executive*, el Ejecutivo unitario.

La cláusula de lo necesario y propio y su interpretación aplicativa

La cláusula de lo necesario y propio (*Necessary and Proper Clause*) está en la Constitución de los Estados Unidos, en el artículo 1 sección 8:

Para hacer todas las leyes que deben ser necesarias y propias para realizar la ejecución de sus poderes citados anteriormente, y todos los demás poderes que otorgue esta Constitución en el Gobierno de Estados Unidos, o cualquier departamento, u oficina del mismo²⁴.

21 Art. 105, 103 y 107 constitucionales.

22 Contradicción de tesis 1/2020 y el recurso de revisión 76/2022. Rubro propuesto: «Juicio de amparo o denuncia de incumplimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad. Son procedentes ambas vías, a elección del afectado, para combatir un acto fundado en una norma declarada inconstitucional con efectos generales por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación».

23 Por ejemplo, Controversia constitucional 209/2021.

24 «To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United

El significado de la cláusula ha sido debatido numerosamente, siendo sujeto a distintos tipos de interpretación, por lo que explicarla es complejo. Por ejemplo, el *originalismo* busca la intención original de los padres fundadores de la nación, y fue usado para establecer una limitante a esta cláusula en que no pueden existir «grandes poderes» que nazcan de ella, únicamente los poderes en la Constitución, citando a James Madison²⁵. La cláusula también ha sido sometida por el *textualismo*, que busca el significado literal de las palabras ignorando cualquier motivación o contexto histórico, con la que se señaló que la «y» entre necesario y propio es realmente una palabra disyuntiva y no conjuntiva como es el uso normal de la «y», pues es una función que puede cumplir la palabra en inglés, entonces se debería leer como «necesario o propio»²⁶.

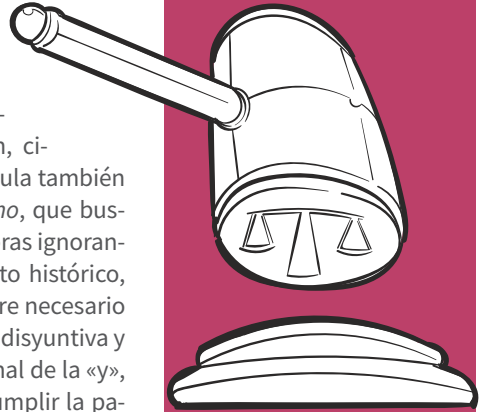
El caso más importante para la interpretación de la cláusula de lo necesario y propio es *McCulloch v. Maryland*. Los hechos de *McCulloch* sucedieron en 1816, cuando el Congreso creó el Segundo Banco de los Estados Unidos. En este caso se debatió que el Congreso no tenía facultades para crear un banco. La Suprema Corte de Estados Unidos (en adelante la Corte de EE. UU.) adoptó un estándar deferencial. Rechazó la interpretación de que «necesario» significa «indispensable» o «más directo y simple», o el argumento de que la existencia de la cláusula limita el poder del Congreso, en comparación con su no existencia²⁷, dando al Congreso la facultad de usar amplios recursos con la finalidad de ejercer sus poderes. Sin embargo, establece una limitante a la propia cláusula, los recursos deben estar claramente vinculados con su fin, deben coinci-

States, or in any Department or Officer thereof». Traducción del autor.

25 Sharing the Necessary and Proper Clause. William Baude. *Harvard Law Journal*. Vol. 128:39. F. 39, p. 40.

26 *Drafting and analyzing contracts* 95. J. Burnham, (3ª ed. 2003). Como se observa en *The Agency Law Origins of the Necessary and Proper Clause* Robert G. Natelson. *Case Western Law Review*. Volume 55 (2004).

27 *McCulloch v. Maryland*. 17 US (4 Wheat.) 316, 413 (1819). 10-1. Como se observa en: William Baude, *supra*.



LA REVISIÓN
CONSTITUCIONAL
DE LOS ACTOS DEL
PODER LEGISLATIVO
ES PRECISAMENTE LA
LÍNEA COMPARATIVA
QUE NINGUNA
ESCUELA DE
INTERPRETACIÓN DE
LA CLÁUSULA DE LO
NECESARIO Y PROPIO
ESTÁ DISPUESTA
A CEDER.

dir con la letra y el espíritu de la Constitución, y deben ser recursos incidentales, jamás traducirse en poderes nuevos, sustantivos o independientes de sí²⁸.

El andamiaje legal de la cláusula de lo necesario y propio se divide en dos eras. La era anterior, establecida en los casos *Buckley v. Valeo*, *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.* e *INS v. Chadha*, y una era moderna, formada por *Alden v. Maine*, *Printz v. United States* y *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*²⁹.

El estándar basado en la época anterior subraya el examen deferencial de *McCulloch* que busca establecer un vínculo entre el método-finalidad y lo prohibitivo de la delegación de facultades³⁰. En *Buckley v. Valeo* es apreciable la limitación constitucional de *McCulloch* al Congreso con el examen de la era anterior. En *Buckley*, el Congreso estableció la *Federal Election Campaign Act* de 1971, donde limitó el dinero que podía ser donado por particulares y grupos políticos, así como los gastos que podían hacer en las campañas los candidatos a través de su dinero personal o familiar, James L. Buckley era un candidato para Nueva York³¹. La Corte de EE. UU. sostuvo que la restricción a donaciones estaba dentro de las capacidades del Congreso bajo la cláusula de *lo necesario y propio* pero que limitar los gastos del candidato afectaba su derecho constitucional de libre expresión³². Toda vez que en *Buckley* se puede observar como una normativa, pasa un examen constitucional de la cláusula de *lo necesario y propio* y otra que no, *Buckley* es útil para entender lo que en la Corte de EE. UU. de la era anterior se refería al requisito de cumplir con el espíritu constitucional. Sin embargo, *Buckley* ha sido distinguido hasta su ineffectividad, tras la determinación de que las empresas son personas y tienen derechos análogos a estas, lo cual les permite donar de forma ilimitada a las campañas de los candidatos nortea-

²⁸ *Idem*. En 411. Como se observa en William Baude, *supra*.

²⁹ William Baude, *supra*, p. 43.

³⁰ John F. Manning, 128 Harv. L. Rev. 1, 2014, pp. 31-32.

³¹ 424 U.S. 1 (1976), pp. 11-12.

³² *Idem*, pp. 12-59.



EN MÉXICO JAMÁS HA LLEGADO A SUCEDER, NI PARA BIEN NI PARA MAL, LO QUE TEMÍA EL MINISTRO ANTONIN SCALIA: LA REINTERPRETACIÓN FACULTATIVA DE UNA LEY POR EL PODER JUDICIAL.

mericanos en sus elecciones, en el caso *Citizens United v. FEC*³³.

La nueva era se basa más en el balance entre el federalismo y las facultades intrínsecas de los estados³⁴. Esta nueva limitación establece un estándar para la cláusula de *lo necesario y propio*, cuyos críticos estiman de opaco e incluso caprichoso³⁵, pero que no contradice ninguna de las limitaciones establecidas en *McCulloch*³⁶. Las facultades repartidas entre federalismo y los estados se encuentran en la propia Constitución a través de la décima enmienda:

*Los poderes no delegados a Estados Unidos por la Constitución, que tampoco estén prohibidos por ésta a los estados, son reservadas a los estados, respectivamente, o a la población*³⁷.

Un caso altamente debatido entre la misma Corte de EE. UU. fue *Alden v. Maine*, que permite resaltar la severidad de este nuevo examen. En *Alden*, un grupo de oficiales de libertad condicional demandaron a su empleador, el estado de Maine. El estado había violado la disposición de horas extras de la *Fair Labor Standards Act of 1938* (acta de estándares justos de trabajo, FLSA), buscando compensación y daños por liquidación³⁸. La Corte de EE. UU. estableció que una ley del Congreso, aunque sea correctamente fundamentada y persiga un interés probado bajo sus poderes, no posee los poderes suficientes para eliminar el derecho estatal

³³ 558 U.S. 310 (2010), pp. 25-32 para distinguir a *Buckley*, y pp. 20-25 y pp. 52-56 para la libertad de empresas a donar sin una limitante.

³⁴ John F. Manning, *supra*, pp. 33-36.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ William Baude, *supra*, pp. 44-46.

³⁷ «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people». Traducción del autor.

³⁸ 527 U.S. 706 (1999), pp. 1-5.

a inmunidad de demandas, incluso a través de la cláusula de *lo necesario y propio*³⁹.

Acorde con James Madison, así como todos los casos de Estados Unidos, la cláusula de *lo necesario y propio* debe obedecer a la Constitución. Comparando la observación del ministro Zaldívar, la revisión constitucional de los actos del Poder Legislativo es precisamente la línea comparativa que ninguna escuela de interpretación de la cláusula de *lo necesario y propio* está dispuesta a ceder. El examen más laxo y deferencial de la cláusula no permite cruzar esa línea pues sería una oportunidad para que los otros poderes violen la Constitución.

Ahora bien, existen críticos a la presente Corte de EE. UU. que acusan que se ha formado una tercera era: la de la corte imperial⁴⁰. Esta constituye una limitación a las facultades de las agencias administrativas⁴¹, al Congreso⁴² y a los estados⁴³, pero una deferencia al Poder Ejecutivo⁴⁴. Lo cual es una manera exce-

39 *Idem.*, pp. 22-35 y 22-50. La Corte también citó como referencias a la Cláusula de *lo necesario y propio* en estas páginas. *Parden v. Terminal R. Co. of Ala. Docks Dept.*, 377 U.S. 184, 190-194 (1964); *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1, 13-23 (1989) (plurality opinion), they have since been overruled, ver *Seminole Tribe*, *supra*, pp. 63-67, 72.

40 Mark A. Lemley. *The Imperial Supreme Court*. 136 *Harv. L. Rev. F.* 97.

41 *West Virginia v. Epa*, las agencias administrativas necesitan apoyo del Congreso para resolver problemas importantes (142 S. Ct. 2587 2002). Como se observó en Mark A. Lemley, *supra*, p. 99.

42 *TransUnion LLC v. Ramirez*, el Congreso no puede crear nuevas causas de acción si no son análogas al origen de EE. UU. (141 S. Ct 2190, 2021). Como se observó en Mark A. Lemley, *supra*, p. 102.

43 *Tandon v. Newsom* (141 S.Ct 1294 2022). Los estados no tenían el poder de evitar que la gente se reuniera en iglesias durante la pandemia.

44 Mark A. Lemley, *supra*, pp. 101-102.

lente de pasar a nuestro último tema: la teoría del Ejecutivo unitario.

La teoría del Ejecutivo unitario

La teoría del Ejecutivo unitario establece que el Poder Ejecutivo tiene una doble unidad: es una persona y esa sola persona es el último decisor político⁴⁵. Es comúnmente explicada como una mesa, donde las facultades del Poder Ejecutivo son la superficie donde el presidente tiene un poder absoluto, pero todo aquello fuera de esta no le pertenece⁴⁶. El más reciente caso que profesa lo conflictivo que puede ser este *maximum obsequium* es, sin lugar a duda, *Trump v. Hawaii*.

En *Hawaii*, el presidente de Estados Unidos estableció un total y completo bloqueo a los musulmanes que entraban al país en tres ocasiones⁴⁷. Una de las diferentes cuestiones que tuvo que resolver la Corte de EE. UU. era si el presidente había excedido sus facultades⁴⁸. La Corte de EE. UU. citó a *Mandel* un caso en el que se decidió que el Congreso tenía el poder para hacer leyes respecto a inmigrantes⁴⁹, pero resolvió que al legislar la Immigration and Nationality Act (INA) esta había cedido sus facultades al Ejecutivo⁵⁰. Finalmente, la Corte de EE. UU. concluyó que la INA, al pertenecer al Poder Ejecutivo, exudaba deferencia al presidente y, por lo tanto, podía estar bajo su arbitrio⁵¹.

45 John Harrison. *The Unitary Executive and the Scope of Executive Power*. *Yale L. J. Vol.* 126, p. 375.

46 *Idem*, párr. 376.

47 138 S. Ct. 2392., p. 2404.

48 *Idem*, pp. 2408-2413.

49 *Idem*, p. 2419 (*Mandel*. 408 U.S. 753, p. 769).

50 *Ibidem*.

51 *Idem*, p. 2408.

