**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 112/2019 Y SUS ACUMULADAS 113/2019, 114/2019, 115/2019, 119/2019 Y 120/2019, PROMOVIDAS POR LOS PARTIDOS ACCIÓN NACIONAL, MOVIMIENTO CIUDADANO, DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL, DE BAJA CALIFORNIA, Y POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En sesión pública celebrada el once de mayo de dos mil veinte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas, por medio de las cuales diversos partidos políticos y la Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnaron la constitucionalidad del Decreto No. 351, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Baja California el diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, el cual tuvo por objeto reformar el artículo Octavo Transitorio de la Constitución Política de Baja California[[1]](#footnote-1), a fin de *ampliar* de dos a cinco años el mandato del Gobernador electo en el proceso electoral de dos mil diecinueve.

En efecto, de acuerdo con los hechos probados en el expediente, el proceso electoral 2018-2019 en dicha entidad federativa se inició y concluyó bajo la vigencia del artículo Octavo Transitorio en su redacción original y previa a la referida reforma, el cual establecía una duración de la gubernatura de dos años (de 2019 a 2021)[[2]](#footnote-2). Sin embargo, con posterioridad a la elección, el constituyente de Baja California, a través del Decreto impugnado, amplió el periodo de dicho mandato de dos a cinco años (esto es, de 2019 a 2024).

Bajo este contexto, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, por *unanimidad*, que haber extendido el periodo de encargo del Gobernador del Estado de Baja California, después de que los ciudadanos de dicha entidad votaron por un periodo distinto,violó los principios de certeza electoral, legalidad y seguridad jurídica; el principio de elecciones libres, auténticas y periódicas mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; los derechos de participación política; el derecho a votar y ser votado en condiciones de libertad e igualdad; el principio de no reelección y el principio de irretroactividad de la ley. Razón por la cual el Tribunal Pleno declaró la invalidez de la reforma impugnada.

Además, a fin de reparar la violación advertida y evitar un vacío normativo, el Pleno ordenó la reviviscencia del artículo Octavo Transitorio de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, publicado el diecisiete de octubre de dos mil catorce en el Periódico Oficial de esa entidad, el cual establecía que el Gobernador electo en el proceso electoral de 2019 “iniciará funciones el primero de noviembre de 2019 y concluirá el 31 de octubre de 2021”.Ello, en el entendido de que cualquier disposición de cualquier nivel normativo que sea contraria a dicho precepto transitorio será inválida y no podrá ser oponible.

Si bien estuve de acuerdo con el sentido del fallo y con todas y cada una de las violaciones constitucionales que le dieron sustento, dada la relevancia y trascendencia del asunto, he decidido formular el presente voto concurrente con la finalidad de abundar y dejar constancia de las razones por las cuales estimo que la reforma impugnada es a todas luces contraria a nuestra Constitución General y a los principios democráticos que ella consagra.

Como mencioné, coincido con el proyecto en que el Decreto impugnado viola todos y cada uno de los principios constitucionales señalados en la sentencia. Sin embargo, considero que **vistas en su conjunto todas estas violaciones configuran en realidad una grave violación al “principio democrático” en el que descansa nuestro régimen constitucional y, en última instancia, un gran “fraude a la Constitución”.**

Ya he dicho en otra ocasión que el término “fraude a la Constitución” no es un término retórico, sino técnico-jurídico. Como señalé al discutir la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior[[3]](#footnote-3), el fraude a la Constitución es una especie de *ilícito constitucional atípico*, el cual ha sido definido en la doctrina como la violación a un *principio —*en este caso un principio *constitucional—* en lugar de una *regla* de mandato[[4]](#footnote-4). En esa línea, la doctrina ha identificado como ejemplos de ilícitos atípicos: el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder[[5]](#footnote-5). Se trata, en definitiva, de actos o normas que, si bien *en apariencia* pretenden cumplir con el texto constitucional, *en realidad* transgreden su contenido y esencia, así como los principios que ésta consagra.

De esta manera, considero que la reforma impugnada en el presente caso constituyó un verdadero “fraude a la Constitución”, pues bajo la apariencia de que estaba actuando en uso de su facultad legislativa y en ejercicio de su competencia para legislar sobre su organización política y electoral, el constituyente de Baja California pretendió eludir los *principios democráticos* de *certeza* y *legalidad electoral* —entre muchos otros principios democráticos sobre los cuales se asienta nuestro régimen constitucional— así como la *voluntad popular* de las y los bajacalifornianos que fue expresada en las urnas. Todo ello, al *alterar* los resultados de un proceso electoral concluido y *decretar* que un Gobernador electo por dos años, ejercería el cargo por cinco.

Como bien se apunta en la sentencia, nuestra Constitución mexicana reconoce en su artículo 105, fracción II, último párrafo, un **principio de certeza en materia electoral**, al señalar que “[l]*as leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”*[[6]](#footnote-6) (cursivas añadidas).

Al interpretar dicho principio, este Tribunal ha señalado que el mismo exige que *“al iniciar el proceso electoral los participantes conozcan las reglas fundamentales que integrarán el marco legal del procedimiento que permitirá a los ciudadanos acceder al ejercicio del poder público”*[[7]](#footnote-7) (cursivas añadidas). Por mi parte, en otras ocasiones he sostenido que la esencia de este principio radica en que las reglas fundamentales del juego democrático deben ser claras para todos los participantes antes de que comience el proceso electoral, por lo que *no pueden modificarse a través de leyes privativas que actúen retroactivamente sobre situaciones definidas en términos de la aplicación de normas previas*.[[8]](#footnote-8)

Así, si bien es cierto que lo que el citado artículo constitucional prohíbe expresamente es modificar las reglas fundamentales del proceso electoral noventa días *antes* de que inicie el proceso electoral y *durante* su realización, es evidente que el espíritu de nuestra Constitución es que tales reglas —especialmente aquellas que definen los términos y condiciones con base en los cuales los ciudadanos eligieron a sus representantes— no sean alteradas ni siquiera *después de haber concluido el mismo*, con efectos *retroactivos,* pues de lo contrario se abriría la puerta a excesos y arbitrariedades por parte de quienes ejercen el poder público.

Sostener una interpretación contraria y permitir que las reglas de la elección sean modificadas *con posterioridad* a la misma, ocasionando con ello una modificación a la *voluntad popular* que fue expresada en las urnas, no solo iría en contra del espíritu de la Constitución, sino que la vaciaría de todo contenido. De poco o nada serviría que dichas reglas no se modifiquen antes o durante el proceso electoral, si de todos modos quien está en el poder podrá hacerlo con posterioridad para beneficio suyo o de unos cuantos.

Por lo demás, debe resaltarse que el respeto a los principios de certeza y legalidad en materia electoral no es una mera formalidad. Se trata de una cuestión fundamental para garantizar la *legitimidad* del sistema democrático, así como la *paz* y la *estabilidad sociales*, pues de ello depende la *confianza* de los ciudadanos en que las “reglas del juego” serán respetadas y acatadas por todos los jugadores, garantizando que la alternancia en el poder se dará en condiciones de justicia y equidad. Si los ciudadanos no tienen *certeza* de que los resultados electorales serán observados o de que las reglas del juego no serán modificadas posteriormente para beneficiar a los vencedores, la confianza en el sistema democrático se pierde, lo que puede abrir camino a la arbitrariedad y, en el peor de los casos, a la violencia.

**Todo esto, sin embargo, fue flagrantemente desconocido por el constituyente de Baja California en el presente caso**. Como se dijo, el proceso electoral 2018-2019 en el Estado de Baja California se inició, desarrolló y concluyó bajo la vigencia plena del artículo Octavo Transitorio original, que establecía una duración de la gubernatura de dos años:

**OCTAVO.-** Para efecto de la concurrencia de la elección de Gobernador del Estado con el proceso electoral federal 2021, el Gobernador electo en el proceso electoral de 2019, iniciará funciones el primero de noviembre de 2019 y concluirá el 31 de octubre de 2021.

[…]

Era ésta la disposición vigente y aplicable en el momento en el que los ciudadanos de Baja California salieron a votar. Pese a ello, mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Baja California el diecisiete de octubre de dos mil diecinueve —*esto es, después de concluido el proceso electoral y de que los ciudadanos manifestaran su voluntad en las urnas*— el constituyente de dicha entidad federativa reformó el citado artículo transitorio y *amplió* el periodo de encargo del Gobernador electo de dos a cinco años:

**OCTAVO.-** Para efecto de la concurrencia de la elección de Gubernatura del Estado con el proceso electoral federal de 2024, la Gubernatura electa en el proceso electoral de 2019, iniciará funciones el primero de noviembre de 2019 y concluirá el 31 de octubre de 2024 […]

En este contexto, es evidente que la ampliación del mandato del Gobernador de Baja California de dos a cinco años, si bien pretendió justificarse en la competencia del constituyente local para decidir sobre su régimen político interior, **configuró una elusión al mandato de certeza y legalidad en materia electoral** consagrado en el artículo 105, fracción II, último párrafo, constitucional **y, con ello, un fraude a la Constitución General.**

En este sentido, y como consecuencia de lo anterior,se produjo además una **violación en cadena** a los principios de elecciones periódicas, libres y auténticas mediante sufragio universal, libre, secreto y directo de los artículos 41[[9]](#footnote-9) y 116[[10]](#footnote-10); al derecho a votar y ser votado, establecido en el artículo 35, fracciones I y II[[11]](#footnote-11); al principio de no reelección, consagrado en el artículo 116, fracción I, tercer párrafo[[12]](#footnote-12); y a la prohibición de retroactividad del artículo 14 constitucional[[13]](#footnote-13).

Pero además —y esto es lo que me parece verdaderamente grave y determinante— **la reforma impugnada entrañó un fraude al voto público y una violación a la soberanía popular**, en contravención a los artículos 39[[14]](#footnote-14), 40[[15]](#footnote-15), 41[[16]](#footnote-16) y 116[[17]](#footnote-17) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[[18]](#footnote-18) que, como parte del *parámetro de constitucionalidad ampliado*, ordena la celebración de elecciones periódicas.

En efecto, en nuestro régimen constitucional las elecciones son la expresión de la soberanía popular y la materialización misma de la democracia como forma de gobierno y como forma de vida. Es a través de ellas que los ciudadanos eligen libremente a sus representantes, así como los proyectos que desean ver materializados en la vida pública.Sin embargo, **la democracia no se agota en las urnas: implica también el respeto absoluto a la voluntad del pueblo, así como a los términos en que fue otorgada.**

Cuando los ciudadanos votamos por uno u otro candidato no lo hacemos “en blanco” o de forma “indefinida”, sino bajo la consciencia de que es para un cargo y un período específicos. Así, si bien es cierto que el resultado de las urnas confiere legitimidad al ejercicio del poder, sólo lo hace por el plazo perentorio con base en el cual se manifestó la voluntad pública. En todo momento, el ejercicio del mandato otorgado a través del voto está sujeto a un lapso de tiempo *preestablecido*, el cual no puede modificarse con posterioridad, porque hacerlo contravendría el núcleo del acuerdo con el electorado que entrañan las elecciones.

Nada de esto se cumplió en este caso. Se violaron las formas y se violó la substancia. Se pretendió dar la vuelta a todos y cada uno de los principios que nuestra Constitución establece para proteger la integridad del sistema democrático. Como quedó demostrado, el Poder Reformador de la Constitución de Baja California llevó a cabo todo un proceso de reforma constitucional mediante el cual se pretendió burlar la voluntad popular. Ello, pues a pesar de que la ciudadanía eligió a un gobernador para un periodo de dos años, el constituyente decidió ampliar unilateralmente dicho mandato a cinco.

De esta manera —y de forma por demás paradójica— el constituyente local utilizó los procedimientos constitucionales para violar la Constitución, y las herramientas de la democracia para minar la democracia. Con ello, incurrió además en un verdadero **“fraude post-electoral”**,pues aunque se contaron los votos, se modificó el efectoque éstos debían tener conforme a las reglas del juego previamente acordadas. Todo lo cual vulneró la esencia misma del proceso democrático, como forma de limitación del poder.

Por lo demás, es claro que violaciones de esta entidad de ninguna manera pueden convalidarse apelando a encuestas o con falsas lecturas de la Constitución General, y mucho menos con actos inconstitucionales disfrazados de reformas al régimen político local, emitidas al amparo de la libertad configurativa estatal. **La Constitución no es de cumplimiento optativo**. Quienes detentan el poder no pueden pretender la convalidación de violaciones al voto popular, con pretextos o excusas metaconstitucionales.

En una democracia representativa y constitucional como la nuestra, el pueblo designa a sus gobernantes a través de elecciones libres, auténticas y periódicas, mientras que los funcionarios electos ejercen el poder dentro de los límites y conforme a las condiciones de validez que la Constitución establece. Y en una democracia constitucional también corresponde a los tribunales constitucionales, como lo es esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, evaluar con especial cuidado aquellas leyes mediante las cuales quienes están en el poder, pretenden prolongar su permanencia en el mismo[[19]](#footnote-19).

El día de hoy nuestro sistema de pesos y contrapesos constitucionales ha demostrado nuevamente la razón de su existencia. La justicia constitucional ha prevalecido y el orden democrático junto con ella.

 Por todas estas razones es que estuve a favor del fallo y de declarar la invalidez del Decreto impugnado.

**MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

1. Aprobado mediante decreto 112 de once de septiembre de dos mil catorce. [↑](#footnote-ref-1)
2. De la cadena impugnativa se advierte que todas y cada una de las resoluciones a través de las cuales se buscó inaplicar dicho artículo fueron revocadas a través de los medios de impugnación en materia electoral interpuestos en su momento. [↑](#footnote-ref-2)
3. Acciones de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018, 11/2018, 16/2018 y 21/2018. [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, una diferencia entre los “ilícitos atípicos” y los “ilícitos típicos” es que éstos últimos comportan violaciones a “reglas” de mandato. *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 27. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Esta interpretación ha sido sostenida por esta Suprema Corte, entre otras, en la acción de inconstitucionalidad 145/2017 y su acumulada 146/2017, y en la acción de inconstitucionalidad 61/2012. [↑](#footnote-ref-6)
7. Véase la Tesis de Jurisprudencia P./J. 98/2006, de rubro: **CERTEZA EN MATERIA ELECTORAL. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO RELATIVO EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN A LAS LEYES QUE RIGEN EL PROCESO UNA VEZ QUE HA INICIADO**. [↑](#footnote-ref-7)
8. Así lo sostuve en la discusión de la acción de inconstitucionalidad 99/2016, sobre la ampliación del cargo de Magistrados electorales, el 22 de junio de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. **Artículo 41.** El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

[…]

La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

[…]. [↑](#footnote-ref-9)
10. **Artículo 116.** […]

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

[…]

**IV.** De conformidad con las bases establecidas en esta Constitución y las leyes generales en la materia, las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral, garantizarán que:

**a)** Las elecciones de los gobernadores, de los miembros de las legislaturas locales y de los integrantes de los ayuntamientos se realicen mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; […]. [↑](#footnote-ref-10)
11. **Artículo 35.** Son derechos de la ciudadanía:

[…]

**I.** Votar en las elecciones populares;

**II.** Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos y las ciudadanas que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

[…]. [↑](#footnote-ref-11)
12. **Artículo 116.** […]

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

**I.** […]

Los gobernadores de los Estados, cuyo origen sea la elección popular, ordinaria o extraordinaria, en ningún caso y por ningún motivo podrán volver a ocupar ese cargo, ni aun con el carácter de interinos, provisionales, sustitutos o encargados del despacho.

[…]. [↑](#footnote-ref-12)
13. **Artículo 14**. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. […] [↑](#footnote-ref-13)
14. **Artículo 39.** La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. [↑](#footnote-ref-14)
15. **Artículo 40.** Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. [↑](#footnote-ref-15)
16. **Artículo 41.** El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

[…]

La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases: I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal, las formas específicas de su intervención en el proceso electoral y los derechos, obligaciones y prerrogativas que les corresponden. En la postulación de sus candidaturas, se observará el principio de paridad de género.

[…]. [↑](#footnote-ref-16)
17. **Artículo 116.** […]

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

[…]

**IV.** De conformidad con las bases establecidas en esta Constitución y las leyes generales en la materia, las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral, garantizarán que:

**a)** Las elecciones de los gobernadores, de los miembros de las legislaturas locales y de los integrantes de los ayuntamientos se realicen mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; […]. [↑](#footnote-ref-17)
18. **Artículo 23. Derechos Políticos**

**1.** Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

[…]

**b)** de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

[…]. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Cfr.* Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en Roberto Gargarella (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo I, 2009, p. 148. [↑](#footnote-ref-19)