
EL DERECHO ELECTORAL IMPLÍCITO EN LOS SILENCIOS DE LA LEY

Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ*

I

Sobre el derecho implícito existen diversas nociones¹ que en general coinciden en considerarlo como aquel derecho que no se encuentra directamente expresado en el texto de las normas jurídicas escritas, pero que sin embargo se encuentra de algún modo incluido en el orden jurídico. Después de todo, “implícito”, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, significa “incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese”.²

* Ex Magistrado de la Sala Regional Monterrey.

¹ Por ejemplo, sobre la noción de “norma implícita”, Ezquiaga Ganuzas escribe lo siguiente: “En el lenguaje de los juristas puede encontrar la expresión ‘norma implícita’ al menos en tres sentidos: a) En primer lugar, como *normas derivadas* de las normas expresas o explícitas. Si estas últimas son las imputables a una específica disposición como su significado según su concreta interpretación, las normas implícitas serían sus consecuencias lógicas. Un sistema normativo estaría integrado, según la ya clásica noción de Alchourron y Bulygin, por tanto, también por todas las consecuencias lógicas de las normas que lo componen. b) En segundo lugar, suele utilizarse la expresión norma implícita para referirse a las *normas inexpressas*, es decir, las que no pueden ser reconocidas con el significado de una precisa disposición redactada por una autoridad administrativa, sino de una combinación de disposiciones (o parte de disposiciones). c) En tercer lugar, se habla de normas implícitas, que para diferenciarlas de las “derivadas” y de las “inexpressas” podrían denominarse “normas implícitas en sentido estricto”, para referirse a las proporcionadas por los diferentes instrumentos para la solución de lagunas normativas.” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “*Iura Novit Curia*” y aplicación judicial del derecho, Valladolid, España, Edit. Lex Nova, 2000, pp. 202-203)

² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. España, Espasa, 2001, p. 850.

El derecho no directamente expreso en la ley, pero implícito en el orden jurídico, en nuestro país bien podemos identificarlo con los denominados “principios generales del derecho”.

En efecto, los artículos 3° del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), 2° de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), y 14, último párrafo, de nuestra Constitución Política, establecen que el derecho aplicable a falta de disposición jurídica expresa, son precisamente los principios generales del derecho.³

No obstante lo anterior, para el título de esta ponencia he preferido la expresión “derecho implícito”, pues creo que ésta me permite transmitir con más facilidad la intención central de este trabajo, que es la de aclarar (aclararme a mí mismo y aclararles a otros que me habían transmitido su preocupación en torno al tema) cómo hace el Tribunal Electoral federal para dictar sentencias con fundamento en un derecho electoral que simplemente no puede leerse de manera textual en ningún artículo de la ley. El concepto “principios generales del derecho”, también lo pude haber incluido en el título de la ponencia, en tanto sinónimo de derecho “no expreso”, pero opté por descartarlo por ser un concepto difícil como referencia inicial o punto de partida común, en la medida en que a cada quien nos evoca ideas diferentes.

¿Cómo hace el Tribunal Electoral para establecer el derecho electoral implícito con fundamento en el cual resuelve litigios concretos, en aquellos casos en los que el citado órgano jurisdiccional reconoce que la ley no contiene disposición expresa o completa que regule el respectivo caso?, es la interrogante. Y aunque por principio cabe

³ Los referidos artículos 3° del Cofipe, 2° de la LGSMIME y 14, último párrafo, constitucional, establecen lo siguiente:

“Artículo 3° ... La interpretación se hará conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución.”

“Artículo 2° ... Para la resolución de los medios de impugnación previstos en esta ley, las normas se interpretarán conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional. A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios generales del derecho.”

“Artículo 14 ... En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

decir que el Tribunal Electoral, frente al silencio en la ley, lo que hace es aplicar como derecho implícito a los principios generales del derecho, tal y como lo dispone la Constitución y la ley, esta respuesta, sin embargo, no es esclarecedora pues —como ya dije— los “principios generales del derecho” son un concepto en torno al cual cada quien tiene su propia opinión.

Y es que a los principios generales del Derecho (aunque todos coincidimos en considerarlos como enunciados normativos genéricos o categóricos, pues incorporan mandatos pero sin especificar el caso concreto o supuesto de hecho al que son aplicables) se les puede concebir, obtener y justificar, por lo menos de dos maneras distintas, ya sea como principios “derivados” o como principios “autónomos”, como a continuación explico:

a) Como principios generales del derecho “derivados”, cuando se les presenta como derivados de las normas jurídicas expresas, mediante generalizaciones sucesivas o por inducción, con independencia de que sean o no principios justos o morales (sin perjuicio de considerar que algunos principios están directamente enunciados en el texto expreso de una norma constitucional o legal, pero con un contenido que igualmente debe ser derivado del resto de las normas jurídico positivas).⁴ En este caso, a los principios generales del derecho, no se les concibe como una fuente del derecho que es autónoma a las otras fuentes como son la ley y la jurisprudencia, sino que tales principios “tienden a confundirse con las demás fuentes. No es difícil constatar que con suma frecuencia se habla de ‘principios constitucionales’, ‘principios legales’ o ‘principios jurisprudenciales’.

⁴ Los principios generales del derecho, en el sentido en el que están referidos en los artículos 14 constitucional, 3° del Cofipe y 2° de la LGSMIME, no son norma jurídica expresa, sino que más bien son un tipo de norma al que se debe acudir precisamente en ausencia de norma expresa aplicable al caso. Y no obstante esto, en materia electoral con frecuencia se refiere como “principio general del derecho” a normas que, si bien es cierto son categóricas, también es cierto que sí están consignadas expresamente en un precepto jurídico positivo (por ejemplo, se ha considerado como principios generales del derecho electoral al “sufragio universal, libre, secreto y directo” previsto en el artículo 41 constitucional, así como a “la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad” que deben regir a las autoridades electorales en el ejercicio de sus funciones, tal y como literalmente lo disponen los artículos 41, fracción III, y 116, fracción IV, constitucionales). En relación con estos casos, bien puede establecerse un debate sobre si tales “principios” son o no “auténticos principios generales”, habida cuenta de que si

En estos casos, se hace uso de la expresión ‘principios jurídicos’ que lejos de oponerse a las restantes fuentes del Derecho, parece referirse a un tipo de norma jurídica contenido en alguna de esas fuentes; o dicho en otras palabras, parece referirse a una especie dentro del género ‘norma constitucional’, ‘norma legal’ o ‘norma jurisprudencial’.⁵

Concebir a los principios generales del derecho, como “derivados” de otras fuentes del Derecho, ha sido tradicionalmente considerada como una perspectiva iuspositivista, y para ilustrar esto podemos citar que Eduardo García Máynez refiere la opinión de que “con la expresión ‘principios generales del derecho’ se alude a normas implícitas a las que se arriba mediante ‘generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor’. Dicha opinión fue considerada propia del positivismo jurídico y fue combatida por G. del Vecchio, para quien los principios generales del derecho no son sino los del *ius naturale*.”⁶

b) Como principios generales del derecho “autónomos”, cuando se les obtiene y justifica como pautas de conducta que deben de observarse porque son imperativos de la justicia o de la moral, que condicionan la interpretación y aplicación de las normas jurídico positivas, pero no al revés (esto es, que las normas legales condicionen a los principios). Esta perspectiva sería coincidente en términos generales, con la opinión de “Dworkin (quien) afirma que entiende por ‘principio’ una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de la justicia, equidad o de otro aspecto de la moral”.⁷

están consignados en normas expresas; e igualmente puede discutirse si tales “principios” pueden ser o no calificados como “derivados”, habida cuenta de que están directamente mencionados en la Constitución. Sobre esto, con el ánimo de simplificar esta exposición, de momento sólo diré que en mi opinión, aunque tales principios estén genéricamente consignados en normas expresas; sin embargo, su contenido o extensión no está explícito en los referidos preceptos, por lo que es derecho implícito que igual puede obtenerse como derivación de las normas jurídico positivas (método iuspositivista) u obtenerse a partir de valores que son autónomos al derecho (método iusnaturalista).

⁵ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Edit. Ariel Derecho, 2000, p. 132.

⁶ Tomado de: Orozco Henríquez, J. Jesús, “Principios y reglas en el derecho electoral mexicano y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en Arnaldo Alcubilla, Ávila Ortiz y Orozco Henríquez (coordinadores), *Memoria del III Curso de Formación Judicial Electoral, Elecciones y Justicia en España y México*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001, p. 204.

⁷ *Ibidem*, p. 192.

Y para los efectos de esta ponencia, lo más interesante es advertir que frente a los silencios en la ley, el Tribunal Electoral efectivamente ha aplicado principios generales del derecho (bueno, aclarando aquí, que los principios en realidad no se aplican directamente a la resolución de un litigio determinado, sino que a partir de ellos se derivan o concretan reglas, que son las que efectivamente se aplican a la resolución del litigio),⁸ pero considerados algunas veces desde una perspectiva “iuspositivista”, como principios “derivados” de las normas jurídicas expresas, y considerados en otras ocasiones desde una óptica “iusnaturalista”, como principios “autónomos” a las normas jurídicas expresas.

En efecto, revisé diversas sentencias dictadas por el Tribunal Electoral federal, en las que éste reconoció que en la ley no había precepto expreso aplicable al caso; y después de esta revisión, he llegado a las siguientes conclusiones que en esta ponencia me gustaría comentar:

1. Que en las diversas sentencias en las que el Tribunal Electoral federal reconoció que no había disposición expresa aplicable al caso, dicho tribunal no siempre integró y aplicó de la misma manera el derecho electoral implícito, ya que algunas veces lo concretó a partir de principios generales “autónomos” y otras veces a partir de principios generales “derivados”;

⁸ Dworkin señala que los principios jurídicos no necesariamente son el fundamento directo de una decisión judicial, aunque sí son necesariamente el punto de referencia que orienta y justifica moralmente la decisión judicial. Y también Dworkin apunta que un principio jurídico puede entrar en conflicto con otro principio jurídico, y entonces prevalecer el de mayor peso sobre el de menor peso, pero sin que esto signifique la abrogación de este último, ya que los principios no responden a la lógica del “todo o nada”. (Vid. Dworkin, Ronald M. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989). Aguiló, sobre este particular escribe lo siguiente: “...los principios son un tipo de pauta de conducta que nunca resulta aplicable directamente. Al tener una estructura categórica, esto es, al ser un mandato incondicionado en el que no se define caso genérico o supuesto de hecho, no es posible realizar sobre los principios la operación de subsunción del caso particular al caso genérico. Para poder aplicar un principio se requiere siempre la formulación de una regla que correlacione un caso genérico (construido a partir de seleccionar las propiedades consideradas relevantes del caso particular que se trata de resolver) con la solución normativa que establece el principio. La llamada ponderación de principios no es otra cosa que la selección de la solución normativa que debe resolver el conflicto cuando sobre el mismo concurren varios principios.” (Aguiló, *op. cit.*, p. 138)

2. Que las diferentes formas de integrar y aplicar el derecho electoral implícito, sin embargo, no se dieron de manera anárquica, sino —desde mi punto de vista— ajustadas al patrón que a continuación refiero y que me parece consistente con el enfoque que en últimas fechas el Tribunal Electoral ha venido adoptando, en el sentido de considerar al voto o sufragio como un derecho fundamental configurable:⁹

a) Cuando el silencio en la ley afectó aspectos considerados como esenciales del voto o de las elecciones, el derecho implícito se concretó a partir de principios generales “autónomos”, y

b) Cuando el silencio en la ley incidió en aspectos que el propio Tribunal consideró como no esenciales o susceptibles de adoptar válidamente modalidades variables, entonces el derecho implícito se concretó a partir de principios generales “derivados”.

A continuación intentaré presentar con más detalle las anteriores conclusiones.

II

Primeramente voy a intentar ilustrar con ejemplos, cómo el Tribunal Electoral ha concretado de modo diverso el derecho electoral implícito, en aquellos casos en que el propio Tribunal ha reconocido que no hay precepto expreso aplicable.

⁹ La tesis de que “el voto es un derecho fundamental de base constitucional y configuración legal”, se contiene en diversas sentencias del TEPJF, entre otras, en la dictada en el caso SUP-JDC-037/2001, relativa al registro de candidatos sin partido político (candidaturas independientes). E incluso en el año 2000, la Sala Regional Monterrey, con fundamento en diversas sentencias emitidas por ésta, propuso a la Sala Superior la ratificación de la siguiente jurisprudencia: “DERECHO AL SUFRAGIO O VOTO. ES DERECHO CONSTITUCIONAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL. Las normas electorales de rango legal, delimitan y configuran el derecho al sufragio o voto, y no lo limitan o restringen; este derecho, que incluye entre otros el derecho a obtener la credencial para votar, el derecho a votar y el derecho a ser votado, tiene base constitucional, pero es de configuración legal. Esto, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que el legislador ordinario pueda imponer cualquier configuración, ya que sólo podrá establecer para el sufragio, los requisitos legales adicionales que sean necesarios para armonizar este derecho con otros derechos constitucionalmente protegidos”.

Como ejemplo de sentencia en la que frente al silencio en la ley, el Tribunal Electoral aplicó un derecho electoral implícito derivado de principios generales “autónomos”, referiré la sentencia dictada en 1999, mediante la cual se anuló la elección del gobernador del Estado de Tabasco, con fundamento en una causal abstracta. Y como precedente judicial en el que ante la ausencia de norma jurídica expresa, el Tribunal Electoral aplicó un derecho electoral implícito pero concretado a partir de principios generales “derivados”, citaré la sentencia del año 2000, en la que se consideró que una coalición de partidos no podía incluir en su logotipo la fotografía del candidato presidencial Vicente Fox.

En el caso “Tabasco” el Tribunal Electoral consideró que la ley electoral local, por una parte, sí establecía la posibilidad procesal de impugnar y la atribución judicial de anular la elección de gobernador, pero por otra parte, dicha ley no hacía mención expresa de las irregularidades específicas o genéricas, que en caso de ocurrir actualizaban la referida nulidad de elección. Esto es, en este caso el Tribunal identificó en la ley electoral de Tabasco, una causal de nulidad a la que calificó como “abstracta” ya que estaba prevista en la ley, pero sin un contenido expreso. Y el contenido de tal causal “abstracta” lo obtuvo el Tribunal Electoral a partir de los “principios (que) deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha constitución, propias de un régimen democrático.” Más concretamente, la tesis relevante 11/2001, del TEPJF, dispuso lo siguiente:

NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación del Estado de Tabasco). Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, establecen principios fundamentales como: el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad. Estos

principios deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha constitución, propias de un régimen democrático. Esta finalidad no se logra si se inobservan dichos principios de manera generalizada. En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.¹⁰

Como se advierte, en el denominado caso “Tabasco”, el Tribunal Electoral determinó el contenido implícito de la causal abstracta de nulidad de elección, no mediante inducciones o generalizaciones sucesivas de lo dispuesto en las diversas normas que integran el régimen legal electoral, sino a través de darle a ciertas normas constitucionales expresas (por ejemplo, el artículo 41 constitucional que establece el voto libre, directo y secreto),¹¹ un contenido derivado de valores o principios que más bien tienen el carácter de imperativos fundamentales que son “propios de un régimen democrático” y que deben observarse porque “dan sustento y soporte a cualquier elección democrática”.

Y a tal punto el derecho implícito declarado para el caso Tabasco, no tuvo como referencia al régimen legal en vigor, que incluso in-

¹⁰ Tesis relevante S3EL 011/2001, de la Sala Superior del TEPJF, derivada del juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-487/2000 y acumulado.

¹¹ Ver nota 4 anterior.

trodujo en la materia de nulidades de elección, novedades que en México no están contempladas en ninguna ley electoral, ni federal ni local, como por ejemplo la posibilidad de que la nulidad de elección sea declarada por irregularidades ocurridas, no sólo durante la jornada electoral, sino incluso después de ésta o durante la etapa de preparación de la elección.¹²

La sentencia del caso Tabasco tuvo como argumento central el haber considerado a las elecciones desde una perspectiva “ontológica”, para llegar a la conclusión de que la esencia de la elección es el sufragio libre, el cual es un derecho subjetivo sin duda, pero “sobre todo es un principio, el más básico de la democracia o hablando en términos más precisos del Estado democrático”. Principio de sufragio libre para cuyo cumplimiento —puntualizó el Tribunal— no basta considerar aisladamente si cada ciudadano votó de manera libre el día de la jornada electoral, “sino que además es necesario establecer si en la elección han existido otra serie de libertades, sin cuya concurrencia no podría hablarse en propiedad de un sufragio libre, por ejemplo, la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de libre desarrollo de la campaña electoral, etcétera”.¹³

Ahora bien, en la sentencia dictada en la apelación 38/99 y acumulados, en la que se analizó si la fotografía del candidato Vicente Fox, podía o no ser incluida en el emblema que una coalición de partidos políticos presentó para su registro en las boletas electorales. También el Tribunal Electoral declaró que no había disposición expresa aplicable al caso, por lo que procedió a establecer el derecho electoral implícito respectivo, pero en este caso no se acudió, como en el caso “Tabasco” antes comentado, a principios generales “autónomos” y de alcances universales y aplicables a todos los estados democráticos, sino que se acudió a principios generales

¹² No se omite mencionar que en la sentencia del caso Tabasco, se incluyó un voto particular oponiéndose a considerar que la nulidad de elección pudiera dictarse respecto de irregularidades ocurridas durante la etapa de preparación de la elección, y que no hubieren sido impugnadas precisamente en esa etapa, ya que en relación con ellas debía considerarse actualizado el principio de definitividad previsto por el régimen legal electoral. (Ver *Ejecución de Sentencias en los Juicios de Revisión Constitucional Electoral —Caso Tabasco—*, México, TEPJF, 2001, tomo II, p. 1)

¹³ Ver *Ejecución de Sentencias en los Juicios de Revisión Constitucional Electoral —Caso Tabasco—*, México, TEPJF, 2001, tomo I, pp. 494, 495 y 498.

“derivados”, inducidos del régimen legal positivo mexicano y consecuentemente válidos y aplicables en nuestro país, pero no necesariamente en otras naciones.

En este caso el derecho implícito que se aplicó fue en el sentido de que la coalición de partidos políticos no tenía derecho para que la fotografía del candidato se incluyera en el emblema que la coalición debía registrar para ser impreso en las boletas electorales; y en la sentencia respectiva, entre otras cosas, se afirmó lo siguiente:

“(…) No se desconoce que en otros países se admite en el derecho positivo la inclusión de la fotografía de los candidatos en las boletas electorales, pero esta situación se da precisamente porque la diferencia del sistema positivo electoral y la existencia de una determinación legal que autoriza esa conducta, lo que revela es que son principios distintos los que rigen en aquellos sistemas, y por tanto, no pueden servir de argumento para demostrar que la legislación mexicana, donde no existe norma al respecto, deba actuar en la misma forma que en los otros países.”¹⁴

III

Como se advierte, en el caso “Tabasco”, el Tribunal Electoral consideró que la comisión de irregularidades que se traducen en coacción generalizada sobre el voto o iniquidad en torno a la posibilidad de que los partidos políticos contendientes difundieran sus propuestas políticas, violan los aspectos “esenciales” del voto libre, e impiden considerar como válida a la respectiva elección. De tal modo que si la ley guarda silencio en torno a la anulabilidad o no de una elección por estas causas, el Tribunal, como lo hizo en el caso Tabasco, debe considerar implícitamente autorizada la nulidad de la elección respectiva.

En cambio, a partir de considerar que el derecho a ser votado no se afecta en sus aspectos esenciales, por el hecho de que esté o no autorizado incorporar la fotografía de un candidato en el logotipo de una coalición que será impreso en las boletas electorales, el Tribunal en el caso “fotografía de Fox en las boletas”, procedió a subsanar el silencio en la ley respecto de este tema, con

¹⁴ Sentencia dictada por la Sala Superior del TEPJF, en el caso SUP-RAP-038/99 y acumulados, pp. 114-116 de la ejecutoria.

principios generales derivados del específico régimen jurídico positivo. Y consecuentemente, en el referido caso, el Tribunal Electoral consideró que una coalición de partidos que postula no sólo a un candidato a la Presidencia de la República, sino también a candidatos para todos los cargos de senadores y diputados federales, no podía identificarse con la fotografía del candidato a la presidencia, pues esto no era concorde con el principio general del derecho electoral mexicano vigente, de acuerdo con el cual deben considerarse a los partidos como agrupaciones de ciudadanos en torno a una ideología y oferta políticas, respectivamente documentadas en la declaración de principios y en el programa de acción del partido, y no en torno a una persona o caudillo.

Ahora bien, que el Tribunal, frente a la ausencia de regla de derecho expreso, en algunos casos aplique principios generales de valor universal y aplicables a todo régimen democrático, y en otros casos invoque principios generales que sólo son verdaderos o válidos dentro de un determinado régimen jurídico electoral, y no en otro, me parece —como ya dije— que es particularmente consistente con la idea del voto como derecho fundamental configurable, pues de acuerdo con esta noción, dentro del territorio del derecho al sufragio podemos identificar dos áreas: una integrada por un núcleo esencial que es universal e invariable y cuya vigencia debe asegurarse en todos los países democráticos del mundo; y otra integrada por las modalidades variables que cada país o estado diferente, soberanamente adopta en su régimen jurídico positivo, a efecto de asegurar que el ejercicio del derecho de voto corresponda de la mejor forma a las especificidades de la realidad particular. De tal manera que cuando el silencio en la ley afecta la vigencia de la parte esencial del voto, lo que procede es aplicar como derecho implícito a principios y valores universales que nos uniforman con todas las democracias del mundo. Y en cambio, cuando el silencio en la ley se relaciona sólo con las modalidades específicas que el legislador nacional puede válida y legítimamente decidir para el ejercicio del voto en una determinada realidad concreta, entonces lo que procede es aplicar los principios generales que se pueden inducir precisamente de ese marco legal específico, a efecto de respetar de la manera más fiel la voluntad del legislador a quien principalmente corresponden las atribuciones para establecer la configuración del derecho al voto en México.

Hoy día es una verdad reconocida mundialmente que el derecho electoral no tiene por qué ser totalmente igual en las diversas democracias del mundo, ya que en cada una de éstas pueden establecerse las modalidades específicas que mejor correspondan a la realidad de cada democracia. Pero tampoco, el derecho electoral puede ser totalmente diferente en todas las democracias del mundo, ya que las elecciones y el voto tienen ciertos aspectos esenciales que deben ser universalmente observados. Y consecuentemente, cuando el silencio en la ley ocurre respecto de los aspectos esenciales del voto y las elecciones, deben aplicarse como derecho implícito, los principios y valores que nos uniforman con todas las democracias del mundo, y cuando el silencio en la ley ocurre respecto de las modalidades que configuran y especifican el voto en México, entonces el derecho implícito aplicable es el que mejor permite el ejercicio del voto y la realización de elecciones en nuestra particular realidad, tal y como respectivamente se argumentó en los casos relativos a la elección de gobernador en Tabasco y a la fotografía del candidato en la boleta electoral.

Permítanme puntualizar algunos aspectos de la idea de que el voto es un derecho fundamental configurable, y que me parece que es una idea básica para entender no sólo la forma en que el Tribunal Electoral ha venido aplicando el derecho electoral implícito, sino en general para entender el sentido del derecho electoral actual.¹⁵

Que el voto o sufragio —tanto activo o derecho de votar, como pasivo o derecho de ser votado—, sea un derecho fundamental pero de necesaria configuración, implica:

1. Que es un derecho humano que desde luego en sus aspectos esenciales es aplicable a todos los hombres y sociedades, y por lo tanto es universal e invariable;
2. Que es un derecho fundamental debido a que su obediencia no sólo es un imperativo moral sino también un imperativo jurídico, toda vez que se trata de un derecho humano que ha sido incorporado al

¹⁵ Ver: Arenas Bátiz, Carlos, “El voto como derecho fundamental de base constitucional y configuración legal”, en Hugo Concha Cantú (coord.) *Sistema Representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 61 a 81.

orden jurídico positivo en disposiciones de rango constitucional. Esto es, en un derecho fundamental pues se trata de un “derecho humano positivizado en una norma jurídica del máximo nivel”, o si se prefiere un “derecho positivo al que se le ha incorporado como contenido un imperativo moral”, después de todo lo importante es que en el caso de los derechos fundamentales se fusionan las condiciones de validez jurídica que exigen tanto “iusnaturalistas” como “iuspositivistas”;

3. Pero el hecho de que el voto sea un derecho fundamental consignado en la Constitución, no significa que sea un derecho directamente practicable y exigible a partir sólo de los términos genéricos con los que está establecido en la Carta Magna, pues no es un derecho fundamental “autoaplicativo” de los que pueden ejercerse y defenderse sin que se requiera para ello de un régimen legal que los regule (como por ejemplo podría serlo el derecho de libertad de creencias, o de libre expresión de ideas), sino que el derecho fundamental de voto para su ejercicio debe ser configurado y reglamentado legalmente a efecto de que se provea el entramado material, jurídico e institucional que lo vuelve practicable en un régimen democrático;

4. Igualmente, el derecho al voto, aunque fundamental, no es ilimitado pues requiere ser armonizado con otros derechos fundamentales. De tal manera que se requiere configurarlo para imponerle ciertas restricciones y modalidades, que desde luego no deberán afectar los aspectos esenciales e invariables del voto, pero que resultan necesarias y son justificadas y razonables para posibilitar que también puedan actualizarse y cobrar vigencia los aspectos esenciales de otros derechos fundamentales o principios constitucionales.¹⁶ Y

¹⁶ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que los derechos políticos de sufragio no son absolutos, sino que pueden ser objeto de las limitaciones y modalidades justificadas que cada país decida dentro de un margen amplio de apreciación. “In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 (P1-3) (Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”, vol. III, p. 264, and vol. IV, p. 24). They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Protocol No. 1 (P1) have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate.” (*vid.* Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Mathieu-Mohin and Clerfayt; caso registrado con el número 9/1985/95/143).

para ilustrar esto —sólo con un par de ejemplos que son también temas de este Congreso— podríamos decir que al derecho al voto bien pueden imponérsele ciertas restricciones o modalidades, que no afecten sus aspectos esenciales, y que permitan garantizar el derecho fundamental de las comunidades indígenas a garantizar su identidad cultural, o que promuevan en mejor forma la participación política de la mujer mexicana.

5. En suma, el derecho al voto es un derecho fundamental de configuración legal.¹⁷ Lo cual implica que el sufragio, y consecuentemente todo el derecho electoral, tiene una esencia universal e invariable,¹⁸ pero también tiene una extensión de configuración variable, que cada sociedad democrática puede y debe determinar estableciendo los particulares términos y modalidades que en cada realidad distinta aseguren mejor la vigencia precisamente de los contenidos esenciales del voto y de los demás derechos fundamentales y principios constitucionales. Sin olvidar, desde luego, que tales modalidades del voto deben ser siempre razonables, justificadas y proporcionales, y de ninguna manera pueden traducirse en privar al derecho fundamental de su esencia fundamental.

6. Cabe aclarar, sin embargo, que los aspectos esenciales del voto, por una parte, y las modalidades de éste, por la otra parte, no necesariamente corresponden con lo dispuesto en las normas constitucionales y legales, respectivamente. Los contenidos esenciales del voto son de alcance universal pues valen en todo tiempo y lugar, con independencia de que sean o no reconocidos por normas jurídico positivas de determinada jerarquía, mientras que las modalidades del sufragio, no tienen alcance universal, sino nacional, estatal, e incluso municipal o comunal, dependiendo de si están consignadas

¹⁷ Rubio Llorente, Francisco. “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, volumen II, p. 1329.

¹⁸ Los contenidos esenciales de un derecho fundamental “serían aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos,... se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. (El Tribunal Constitucional de España así lo ha considerado en su sentencia 11/81).

en una norma constitucional o en otra de diverso ámbito espacial de validez. Así, las modalidades del voto son:

a) De alcance nacional, cuando el legislador constitucional las ha incorporado en la Constitución. En virtud de las modalidades nacionales, el ejercicio del voto y el derecho electoral en México, pueden diferenciarse de los de otros países. Por ejemplo, en México la Constitución establece que el sufragio es universal, libre, directo y secreto (artículo 41), y en relación con esto bien cabe decir que el carácter directo y secreto del voto son modalidades válidas en México, pero no aspectos esenciales del sufragio; hay países que a pesar de ser democráticos, no tienen voto directo, como por ejemplo los Estados Unidos de América respecto de su elección presidencial, e igualmente cabe decir que hay elecciones a pesar de ser democráticas no se realizan mediante voto secreto (pero sí voto libre, desde luego), como por ejemplo las elecciones en asamblea pública que se llevan a cabo en los cantones de Suiza;

b) De alcance federal o estatal, cuando han sido incluidas en leyes ordinarias, federales o locales. En virtud de estas modalidades, el derecho electoral puede ser diferente para los comicios federales, que para los comicios locales, y puede también ser distinto en las diversas entidades federativas del país, lo cual, por cierto, es el fundamento mismo del derecho electoral local. Así, por ejemplo un Estado puede, a diferencia de los demás, establecer que el voto se recibirá de manera electrónica, o bien establecer la posibilidad de una segunda vuelta electoral;

c) De alcance municipal o comunal, cuando deban regir sólo en determinados municipios o comunidades, como por ejemplo es el caso de las modalidades electorales derivadas de usos y costumbres indígenas, que rigen sólo la elección de autoridades tradicionales, exclusivamente en ciertos municipios o comunidades indígenas.

IV

Pero lo hasta aquí dicho, de ninguna manera me gustaría que fuera interpretado en el sentido de que cada vez que el Tribunal Electoral considere que un silencio en la ley afecta la vigencia o practicabilidad del núcleo esencial de un derecho fundamental,

estará el Tribunal autorizado para revolucionar al derecho electoral, transformándolo en algo irreconocible incluso para sus autores legislativos.

Desde mi punto de vista, incluso en la integración del derecho electoral implícito aplicable frente a los silencios en la ley que afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales en materia electoral, debe tomarse como referencia al régimen jurídico positivo mexicano, en tanto que éste ha sido elaborado por un legislador democrático.

Es mi convicción que el juez democrático debe salvaguardar la obra del legislador democrático, aunque complementando sus omisiones, pero sin que la responsabilidad de complementar la obra del legislador, se traduzca en oportunidad para sustituirla.

Y de hecho me parece que el Tribunal Electoral federal, en los casos de silencios en la ley que afectan la vigencia del núcleo esencial de un derecho fundamental, ha aplicado principios generales “autónomos” pero de un modo que resulta totalmente concorde con el régimen legal positivo mexicano, de tal manera que el derecho implícito que ha concretizado, igual pudo haberse obtenido a partir de principios generales “derivados”.

Para ilustrar lo anterior, cabe citar el incidente de inejecución de sentencia, promovido porque las autoridades del estado de Yucatán no habían cumplido la sentencia dictada en los expedientes SUP-JRC-440/2000 y SUP-JRC-445/2000 acumulados. En este caso, el Tribunal Electoral federal advirtió que en las leyes electorales no se establecen reglas expresas en materia de ejecución de sentencias, las cuales son determinantes para asegurar la vigencia de los aspectos esenciales del derecho fundamental a la justicia, previsto en el artículo 17 constitucional; y este silencio en la ley de ninguna manera fue aprovechado por el tribunal para, por ejemplo, arrogarse atribuciones que en el orden jurídico se prevén sólo para la Suprema Corte, como es el caso de decretar la separación del cargo de la autoridad remisa, y a cambio lo que hizo el tribunal fue considerar como régimen de derecho implícito aplicable a uno semejante al previsto para los tribunales de amparo.

En la ejecutoria respectiva el Tribunal afirmó:

“el derecho a la administración de justicia o tutela judicial previsto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

no se agota en la solución de controversias, emitiendo los tribunales sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, sino que este derecho implica, una vez dictada la sentencia, el derecho a la plena ejecución de la misma, por lo tanto, correlativamente la obligación de los tribunales de proveer las medidas necesarias para garantizar la plena ejecución de la sentencia.”¹⁹

E incluso en relación con el caso “Tabasco”, el contenido de derecho implícito que se estableció para la denominada causal abstracta, en mi opinión tampoco puede interpretarse como una autorización para construir un derecho judicial electoral que sustituya al derecho electoral elaborado por el legislador constitucional y ordinario, sino que más bien a la referida causal abstracta debe interpretársele de manera acotada y correspondiente con su naturaleza de ser una garantía orientada a asegurar la vigencia del orden jurídico electoral, de tal manera que las irregularidades que sanciona deben ser siempre desobediencias a normas jurídicas incluidas en el régimen jurídico mexicano, y que además sean estimadas por el juzgador como trascendentes a tal punto que afecten de manera generalizada la esencia misma del voto libre y de las elecciones democráticas, pero sin que pueda considerarse como una irregularidad para estos efectos, el hecho de que una conducta específica no coincida con la opinión razonable del juzgador respecto de lo que es deseable en una elección, pero sí coincida con la opinión igualmente razonable que el legislador consignó en la ley electoral.

¿Puede cualquier elección anularse, mediante la invocación que se haga de los principios implícitos esenciales del voto libre y las elecciones democráticas, cuando tales principios se hubieren visto vulnerados en la respectiva elección, en cualquier etapa de la misma? Bueno, pues en mi opinión, en torno a esta pregunta tenemos dos casos diferentes:

a) Si los preceptos que en la respectiva legislación establecen las nulidades de elección, pueden interpretarse en el sentido de que guardan silencio respecto de la posibilidad de anular la elección por irregularidades esenciales ocurridas en la etapa de preparación de

¹⁹ En: *Ejecución de Sentencias en los Juicios de Revisión Constitucional Electoral*, No. 3 Caso Yucatán 2000-2001, México, TEPJF, p. 503.

la elección, o respecto de la posibilidad de anular la elección por irregularidades ocurridas durante la jornada electoral pero diversas a la que la ley describa expresamente, entonces creo que no habría obstáculo para colmar tales silencios en la ley, con un régimen implícito de causas de nulidad de elección por irregularidades esenciales.

b) En cambio, si la interpretación de los preceptos que la respectiva legislación establezca en materia de nulidades de elección, es en el sentido de que el legislador limitó la posibilidad de anular una elección, sólo para cuando en ésta ocurrieran las específicas irregularidades descritas en la ley, o bien ocurrieran irregularidades genéricas pero sólo en la etapa de la jornada electoral, entonces en este caso no habría un silencio en la ley, sino una norma expresa, y consecuentemente el derecho electoral implícito y las causas de nulidad de elección por irregularidades esenciales, no podrían aplicarse.

Respecto de lo anterior, en otro momento tal vez sí pudimos haber dicho que cuando la norma de derecho expreso, colisionara con el derecho implícito relativo a los principios y valores esenciales en materia electoral, pues entonces debía desaplicarse la norma expresa referida; sin embargo, esto ya no puede afirmarse a la luz de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción 2/2000.²⁰

Pero cuando hay silencio en la ley, no hay duda de que puede el Tribunal Electoral aplicar directamente los preceptos constitucionales o el derecho implícito en éstos, sin que esto implique desobediencia de lo dispuesto por la Suprema Corte en la contradicción 2/2000. Recientemente José Ramón Cossío escribió que le parecía inaceptable que la Suprema Corte admitiera la posibilidad de enfrentar directamente actos y Constitución, ya que esto “supone aceptar que la ley no juega ningún tipo de configuración en los primeros”,²¹

²⁰ En la Contradicción de Tesis 2/2000, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 23 de mayo de 2002, en el resolutivo segundo se estableció que “El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación carece de competencia para hacer consideraciones y pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma general, aun a pretexto de determinar la inaplicación de ésta”.

²¹ Cossío Díaz, José Ramón, “El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en la revista *Este País*, n° 139, octubre de 2002, p. 38.

y bueno, al menos en los casos de silencio en la ley, pues sí estamos frente a la posibilidad de confrontar directamente a actos que se impugnen en un juicio electoral, con la Constitución, sin que haya de por medio una ley. Y también en relación con esto, Fernández Rodríguez escribe, que para la protección de un derecho fundamental, vulnerado por una omisión en la ley, no siempre se requiere de contar con una acción ad hoc de inconstitucionalidad por omisión, sino que “bastaría que fuera viable para esta finalidad el recurso concreto de protección de los derechos fundamentales que suele existir en los ordenamientos de signo concentrado. Incluso si no consta expresamente en la regulación del recurso la omisión como causante de vulneraciones a los derechos fundamentales, podría interpretarse así por la jurisprudencia”.²²

V

En los apartados anteriores, en resumen he dicho lo siguiente: que hay silencios en la ley que afectan la vigencia o practicabilidad de los aspectos esenciales del derecho al voto; que frente a este tipo de silencios lo que procede es integrar el derecho implícito partiendo de principios generales “autónomos”, y concretando como reglas aplicables las que sean necesarias para garantizar los referidos aspectos esenciales del voto; que estas reglas incluso pueden llegar a ser novedosas o excepcionales en relación con las demás normas del orden jurídico positivo, pues en este caso, el derecho implícito aplicable no está condicionado por el régimen jurídico positivo, sino por los principios y valores esenciales del voto libre y las elecciones democráticas; y que la posibilidad de que el Tribunal Electoral federal, al colmar un silencio que afecta aspectos esenciales del voto, establezca reglas que entren en conflicto con los preceptos expresos de las leyes electorales, prácticamente no se ha dado, debido a que el régimen legal electoral es hoy día obra de un legislador democrático, de tal suerte que los principios generales de derecho electoral, tanto “autónomos” como “derivados”, ordinariamente son coincidentes.

²² Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, p. 224.

Ahora en este apartado quisiera referirme al derecho electoral implícito, aplicable frente a los silencios en la ley que no afectan la esencia, sino los aspectos accidentales o modalidades del derecho al voto.

En términos generales el derecho implícito aplicable a los silencios en la ley que afectan modalidades electorales, también varía dependiendo del tipo de silencio.

Entre los diversos tipos de silencio en la ley, que son invocados con mayor frecuencia en las sentencias del Tribunal Electoral federal, encontramos los siguientes cuatro:

1. Un primer tipo de silencios en la ley, son los denominados “por imprevisión”, y son los que ocurren cuando el legislador, habiendo tenido toda la intención de regular un determinado tema, sin embargo no establece regla expresa aplicable a un determinado caso que simplemente no previó.

En estos casos, el Tribunal Electoral ha concretado las reglas del derecho implícito a partir de los principios generales del derecho que derivan del conjunto de normas jurídicas sí establecidas por el legislador para regular el tema en cuestión. Esto es, en estos casos el juzgador busca actuar precisamente como lo hubiera hecho el legislador si hubiera previsto el caso.

Coincidiendo con lo anterior, encontramos el siguiente razonamiento expresado en los considerandos de las sentencias SUP-JRC-295/2000, SUP-JRC-294/2000 y SUP-JRC-303/2000:

“Una máxima de experiencia, relacionada con la solución de conflictos derivados de la existencia de una laguna legal, conduce a la determinación de que, cuando se presenten circunstancias anormales, explícitamente no previstas en la normatividad rectora de una especie de actos, la autoridad competente para aplicar el derecho debe buscar una solución con base en el conjunto de principios generales rectores en el campo jurídico de que se trate, aplicados de tal modo, que armonicen para dar satisfacción a los fines y valores tutelados en esa materia.”

“...el trabajo legislativo, por más exhaustivo y profesional que sea, no necesariamente puede contemplar todas las particularidades ni alcanza a prever todas las modalidades que pueden asumir las situaciones reguladas por los ordenamientos, mediante disposiciones más o menos específicas o identificables y localizables, sino que se ocupan de las cuestiones ordinarias que normalmente suelen ocurrir, así como de todas las que alcanzan a

prever como posibles o factibles dentro del ámbito en que se expiden y bajo la premisa de que las leyes están destinadas para su cumplimiento, sobre todo en lo que toca a axiomas que integran las partes fundamentales del sistema; lo que encuentra expresión en algunos viejos principios, tales como los siguientes: *Quod raro fit, non observant legislatores* (Los legisladores no consideran lo que rara vez acontece); *Non debent leges fieri nisi super frequenter accidentibus* (Non se deben fazer las leyes, sinon sobre las cosas que suelen acaecer a menudo. E... non sobre las cosas que vinieron pocas vezes); *Ex-his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura-non constituuntur* (Sobre lo que por casualidad puede acontecer en algún que otro caso no se establecen leyes).”

Y para ejemplificar un caso de silencio por “imprevisión”, así como de la forma en que se concretizó el derecho implícito aplicable, podemos mencionar la jurisprudencia 22/2000 del Tribunal Electoral, en la que se anota que si bien es cierto que en la ley no se contiene disposición expresa que autorice reponer la documentación contenida en los paquetes electorales, cuando ésta sea destruida o inhabilitada antes de iniciarse el cómputo de la votación, también es cierto que esta ausencia de norma textual se debe a que este evento fue razonablemente imprevisible para el legislador. En la referida jurisprudencia 22/2000, se anota lo siguiente:

CÓMPUTO DE UNA ELECCIÓN. FACTIBILIDAD DE SU REALIZACIÓN A PESAR DE LA DESTRUCCIÓN O INHABILITACIÓN MATERIAL DE LOS PAQUETES ELECTORALES. La destrucción o inhabilitación material de la documentación contenida en los paquetes electorales de una elección, no es suficiente para impedir la realización del cómputo de la votación, aunque tal situación no se encuentre regulada expresa y directamente en el ordenamiento aplicable, pues conforme a las máximas de experiencia y a los principios generales del derecho, la autoridad competente debe instrumentar un procedimiento para reconstruir, en la medida de lo posible, los elementos fundamentales que permitan conocer con certeza y seguridad los resultados de los comicios, y si se consigue ese objetivo, tomar la documentación obtenida como base para realizar el cómputo. Sin embargo, en la fijación de las reglas de dicho procedimiento, se deben observar los principios rectores de la materia y el más amplio respeto a los derechos de los interesados para participar en dicha reposición, destacadamente de la garantía constitucional de audiencia, a fin de que puedan conocer todas las reglas que se fijen y los elementos que se recaben, y estén en aptitud de asumir una posición respecto

a ellos, objetarlos, aportar pruebas, e impugnar ante los tribunales competentes su contenido y resultados, en ejercicio al derecho a la jurisdicción; pero al igual que en cualquier otro procedimiento de esta naturaleza, sobre tales interesados debe pesar la carga procedimental de aportar los elementos informativos y probatorios de que dispongan, dado que sólo así será posible que la autoridad electoral reconstruya de la mejor manera el material necesario para llevar a cabo el cómputo de la elección. Lo anterior es así, en razón de que la experiencia y arraigados principios jurídicos, relativos a los alcances de la labor legislativa, establecen que la ley sólo prevé las situaciones que ordinariamente suelen ocurrir o que el legislador alcanza a prever como factibles dentro del ámbito en que se expide, sin contemplar todas las modalidades que pueden asumir las situaciones reguladas, y menos las que atentan contra el propio sistema; además, bajo la premisa de que las leyes están destinadas para su cumplimiento, tampoco autoriza que se dejen de resolver situaciones concretas por anomalías extraordinarias razonablemente no previstas en la ley. Ante tal circunstancia, se considera válido que la autoridad competente para realizar el cómputo integre las lagunas de la normatividad y complete el procedimiento necesario para la obtención de elementos fidedignos, prevalecientes al evento irregular, que sean aptos para reconstruir o reponer con seguridad, dentro de lo posible, la documentación electoral en la que se hayan hecho constar los resultados de la votación.²³

2. Un segundo tipo de silencios en la ley, son los producidos de manera intencional por el legislador a efecto de que rijan las denominadas normas implícitas de clausura, que básicamente son las siguientes: “para la autoridad está prohibido todo lo que expresamente no le está permitido” y “para el gobernado está permitido todo lo que expresamente no está prohibido”.

En estos casos el legislador, aun sabiendo que en la realidad ocurren o pueden ocurrir determinadas conductas, no dicta regla expresa que las regule, pero con la intención de que esta ausencia de regla escrita, se traduzca en norma prohibitiva para la autoridad o permisiva para el gobernado. Estas normas implícitas de clausura, evitan al legislador tener que dictar leyes infinitamente largas

²³ Sala Superior. Tesis de Jurisprudencia J.022/2000. Tercera Época. Sala Superior. Materia Electoral. Aprobada por unanimidad de votos. Suplemento No. 4, de la Revista *Justicia Electoral*, pp. 7-8.

que incluya en normas escritas todo lo que los particulares sí pueden hacer y todo lo que las autoridades no deben hacer.

Ejemplifica este tipo de silencio, el caso que derivó en la tesis relevante 47/98, del Tribunal Electoral, en el que se afirmó que frente a la ausencia en la ley de regla expresa que otorgue al Instituto Federal Electoral, atribución para dirigir exhortos al gobierno federal, lo que debía aplicarse era la regla implícita de clausura en el sentido de que al referido Instituto, toda vez que es una autoridad pública, no puede hacer sino sólo aquello que expresamente le está autorizado en la ley, y consecuentemente no puede realizar tales exhortaciones al gobierno federal, excepto cuando las mismas sean un medio necesario para cumplir el IFE con otra diversa atribución que sí esté prevista en norma expresa.

INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL. PARA EL EJERCICIO DE UNA FACULTAD IMPLÍCITA, POR EL CONSEJO GENERAL, REQUIERE DE UNA EXPRESA PARA LOGRAR LA EFECTIVIDAD DE ÉSTA. El inciso z), del artículo 82 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, autoriza al Consejo General del Instituto Federal Electoral, para dictar los acuerdos necesarios con el objeto de hacer efectivas las atribuciones contenidas en los incisos del a) al y), de ese numeral y las demás señaladas en el propio ordenamiento. Esta facultad implícita requiere la existencia, a su vez, de alguna expresa, a la que tienda hacer efectiva, por cuanto a que, el otorgamiento de la implícita al Consejo General, por el Congreso de la Unión, tiene como aspecto identificadorio, la relación de medio a fin entre una y otra. Si el Consejo General responsable del acto recurrido, afirma haberlo emitido en ejercicio de una facultad implícita, pero en realidad no hace efectiva una expresa o explícita, dicho acto carece de la debida fundamentación y motivación, por no existir esa relación de causa-efecto, entre los dispositivos legales citados y los hechos a que pretende adecuarse.²⁴ También es ilustrativa la siguiente tesis relevante S3EL 107/2002.

PARTIDOS POLÍTICOS. EL PRINCIPIO DE QUE PUEDEN HACER TODO LO QUE NO ESTÉ PROHIBIDO POR LA LEY NO ES APLICABLE PARA TODOS SUS ACTOS. Los partidos políticos, como asociaciones de ciudadanos,

²⁴ Tesis relevante S3EL 047/98, de la Sala Superior del TEPJF, derivada del recurso de apelación SUP-RAP-004/98. Publicada en la revista *Justicia Electoral*, Suplemento No. 2, p. 57.

constituyen parte de la sociedad y se rigen, en principio, por la regla aplicable a los gobernados, que se enuncia en el sentido de que todo lo que no está prohibido por la ley está permitido. Este principio no es aplicable respecto a lo previsto en disposiciones jurídicas de orden público, pero además, la calidad de instituciones de orden público que les confiere a los partidos políticos la Constitución General de la República y su contribución a las altas funciones político-electorales del Estado, como intermediarios entre éste y la ciudadanía, los conducen a que el ejercicio de esa libertad ciudadana de hacer lo permitido por la legislación en los supuestos que no está expresamente regulado como prohibido en normas de orden público, no pueda llegar al extremo de contravenir esos magnos fines colectivos con sus actos, sino que en todo caso, su actuación debe dirigirse y ser adecuada para cumplir con esa función pública, primordialmente, en razón de ser prioritaria con relación a sus fines individuales; así pues, se puede concluir que los partidos políticos ciertamente pueden hacer todo lo que no esté prohibido por la ley, siempre y cuando no desnaturalice, impida, desvíe o en cualquier forma altere la posibilidad de una mejor realización de las tareas que les confió la Constitución ni contravengan disposiciones de orden público. Sin embargo, como no son órganos del Estado tampoco los rige el principio de que sólo pueden hacer lo previsto expresamente por la ley.

3. El tercer tipo de silencios en la ley, también sería intencionalmente causado por el legislador. Se trata, sin embargo, de silencios parciales e intencionales en la ley, que no son otros sino los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, los cuales son incluidos en la ley de manera expresa, pero dejando el legislador constitucional u ordinario, pendiente de definir el contenido de tales conceptos.

Estos conceptos jurídicos “indeterminados” no se deben a omisiones o imprevisiones legislativas, sino que son espacios intencionalmente creados por el legislador (Constitucional u ordinario), para que sean llenados con la reglamentación o valoración específica que en cada caso haga la autoridad aplicadora (judicial, administrativa o legislativa, según el caso).

Recientemente, el TEPJF, en el caso SUP-JDC-781/2002, consideró que si bien es cierto que el artículo 27, apartado 1, incisos c) y g), del Cofipe, establece que los estatutos de los partidos políticos deben reunir, entre otros, el requisito de “Regular los procedimientos democráticos para la integración y renovación de los órganos directivos, así como las funciones, facultades y obligaciones de los mismos”,

también el propio Tribunal advirtió en torno al concepto de procedimientos democrático partidista, lo siguiente:

“Tal vez no exista en el debate político un concepto tan multívoco, disperso y opinable, como el de *democracia* o lo *democrático*, pues ha sido objeto de teorización por múltiples autores en muy diversas épocas y contextos, desde la antigua Grecia, hasta el día de hoy, de manera que se ha hablado de democracia aludiendo a distintas realidades y géneros: doctrinas, valores o regímenes políticos. De ahí que resulte sumamente difícil encontrar un concepto único con validez o aceptación universal en todo tiempo y lugar.

Esto pone de manifiesto la presencia de lo que doctrinariamente se conoce como un concepto jurídico abierto o indeterminado, para referirse a un vocablo o expresión empleado en un ordenamiento jurídico como componente de algún supuesto o consecuencia, pero carente de una significación precisa, tanto dentro del sistema positivo como en el vocabulario común o técnico, ante el cual el operador jurídico, a quien le corresponde aplicar el derecho, se ve impelido a descubrir el significado que resulta más idóneo tanto para el contexto en que fue utilizada la palabra o frase, como para el contenido regido por la disposición jurídica y los fines que con ella se persiguen.”²⁵

El silencio de la ley, por cuanto hace a determinar el contenido de los conceptos jurídicos “indeterminados”, tiene como derecho implícito a las facultades de discrecionalidad instrumental necesarias para establecer el contenido normativo faltante. A esta discrecionalidad se le denomina instrumental, ya que cuando la autoridad está obligada a aplicar una determinada norma jurídica, pero ésta aún no tiene un contenido determinado, entonces instrumentalmente se requiere que la autoridad primero dé contenido a la norma o califique la medida o intensidad con la que un cierto atributo se da en un hecho, para luego poder proceder a su aplicación.²⁶

²⁵ Ver, Considerando quinto de la sentencia SUP-JDC-781/2002.

²⁶ Ver, Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997, p. 22. Las facultades discrecionales en general, son aquellas que se caracterizan por los siguientes rasgos: 1) autorizan a la autoridad para adoptar una decisión dentro de un determinado margen de libre apreciación, 2) implican un acto de elección que la autoridad realiza sobre la base de argumentos valorativos que son extrajurídicos y acerca de los cuales personas razonables pueden diferir. Y dentro del concepto general de facultad discrecional, podemos distinguir a la discrecionalidad fuerte y a la discrecionalidad instrumental. La “discrecionalidad fuerte” sería aquella en la que la decisión de la autoridad es en todo caso una potestad que ésta puede actualizar o no

Ya antes me referí a principios "esenciales" del derecho electoral que están expresamente consignados en las normas constitucionales —por ejemplo, el voto libre—, pero que no encuentran en las normas jurídicas expresas la determinación de su contenido o extensión. Tal contenido es derecho implícito que debe "identificarse" o "descubrirse" por el aplicador de la norma. En cambio, hay otros conceptos jurídicos cuyo contenido igualmente no está determinado en norma expresa, pero tampoco está "implícito" en el derecho, pues no está predeterminado por la naturaleza de las cosas, restando sólo descubrirlo, sino que está indeterminado y corresponde a la autoridad construirlo; no es un contenido determinado pero pendiente de conocerse, sino que se trata de un contenido enteramente determinable por la autoridad, aunque dentro de ciertos márgenes de razonabilidad y proporcionalidad. Y precisamente estos últimos serían los que aquí refiero como conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no tienen como derecho implícito al contenido del concepto, sino a la atribución discrecional a favor de la autoridad.

La discrecionalidad instrumental podrá estar a cargo de la autoridad administrativa, de la autoridad legislativa o de la autoridad judicial (en este último caso, también se le denominará arbitrio judicial). A continuación se citan ejemplos.

Ejemplo de un concepto jurídico indeterminado que se traduce en facultades discrecionales para el legislador, es el previsto en el artículo 116, fracción IV, constitucional, que ordena a las legislaturas de los Estados que legislen reglas para que el financiamiento público se distribuya entre los partidos políticos "en forma equitativa". Sobre esto, el Tribunal Electoral ha confirmado en la jurisprudencia 8/2000, que el constituyente dejó a la soberanía de los Estados la facultad de señalar las bases de distribución del financiamiento público a los partidos, de acuerdo con las características particulares de cada uno de ellos.

según lo elija. Y por otra parte, la "discrecionalidad instrumental", es aquella que faculta a la autoridad para determinar el contenido de una norma o concepto jurídico indeterminado, o para calificar la medida o intensidad con la que un cierto atributo se da en un hecho. Y a esta discrecionalidad se le denomina instrumental, ya que cuando la autoridad está obligada a aplicar una determinada norma jurídica, pero ésta aún no tiene un contenido determinado, entonces instrumentalmente se requiere que la autoridad primero dé contenido a la norma, para luego poder proceder a su aplicación.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO. LAS LEGISLATURAS LOCALES NO SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A FIJARLO EN IGUALES TÉRMINOS QUE EN EL ORDEN FEDERAL. La facultad de cada legislatura local para regular el financiamiento de los partidos políticos, en términos de lo dispuesto en el artículo 116, fracción IV, inciso f), de la Constitución General del país, toma como base el concepto de equidad, el cual debe traducirse, necesariamente, en asegurar a aquéllos el mismo trato cuando se encuentren en igualdad de circunstancias, de tal manera que no exista un mismo criterio que rija para todos ellos cuando sus situaciones particulares sean diversas. En estos términos, para satisfacer la equidad que impone la Constitución Federal, es necesario establecer un sistema de distribución del financiamiento público, que prevea el acceso a éste de los partidos políticos, reconociendo sus distintas circunstancias. Luego, el hecho de que los criterios establecidos por un Congreso Local sean diferentes a los que señala el artículo 41 Constitucional para las elecciones federales, no significa que tal motivo determine, por sí solo, la inconstitucionalidad de la ley secundaria local por infracción al concepto de equidad, toda vez que, el constituyente dejó a la soberanía de los Estados la facultad de señalar las bases de distribución del financiamiento público a los partidos, de acuerdo con las características particulares de cada uno de ellos.²⁷

Ejemplo de un concepto jurídico indeterminado que se traduce en facultades discrecionales para el juzgador electoral, es el concepto de “determinancia” que se exige en las causales de nulidad de votación y de elección, como condición para decretar en cada caso la nulidad respectiva. Este es un concepto jurídico indeterminado en tanto que implica conferir a la autoridad judicial decisoria, un margen de arbitrio para establecer la intensidad con la que se haya dado una específica irregularidad. Y para que el juzgador defina para cada caso concreto, el contenido del concepto “determinancia” debe recurrir a los criterios valorativos extrajurídicos, que estime pertinentes y en relación con los cuales personas razonables pueden diferir. En términos generales, sobre la “determinancia” el Tribunal Electoral ha sostenido lo siguiente:

²⁷ Jurisprudencia J.08/2000, del TEPJF, publicada en el Suplemento No. 4, de la revista *Justicia Electoral*, pp. 11-12.

“...es válido sostener que una violación o irregularidad será determinante para el resultado de la elección cuando, si se suprime mentalmente, se llega a la convicción de que el resultado (electoral) pudo ser otro. Al efecto es necesario realizar un ejercicio, suponiendo que no se hubieren presentado las irregularidades o violaciones y, por tanto, sí se hubiera recibido la votación (normalmente) en las casillas de mérito.”²⁸

4. Por último, un cuarto tipo de silencios en la ley, es el que se produce cuando una norma expresa colisiona con el derecho implícito, resultando derrotada la norma textual. Rolando Tamayo denomina a este tipo de silencio en la ley como “laguna ideológica”, que es aquella que ocurre “cuando, no obstante la existencia de una norma claramente aplicable al caso de que se trate, ésta resulta inapropiada por obsoleta, errónea, insatisfactoria o injusta (desde el punto de vista de la ideología subyacente al orden jurídico positivo)... Estas lagunas resultan de la confrontación del orden jurídico en cuestión con otro considerando más satisfactorio o con un orden jurídico ideal”.²⁹ En estos casos, el derecho implícito aplicable es precisamente el que colisionó y derrotó a la norma expresa.

Sobra decir que a partir de haber resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la contradicción de tesis 2/2000, en el sentido de que “El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación carece de competencia para hacer consideraciones y pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma general, aun a pretexto de determinar la inaplicación de ésta”,³⁰ debe considerarse que este Tribunal carece de atribuciones para declarar lagunas ideológicas por haber colisión de normas legales expresas con normas expresas o implícitas de rango constitucional, y consecuentemente quedan sin efecto diversas jurisprudencias y tesis relevantes previamente formadas, en las que el Tribunal desaplicó normas generales por ser inconstitucionales; por ejemplo la jurisprudencia J11/2000, que en la parte que nos interesa establece:

²⁸ Razonamiento semejante puede leerse, entre otras, en la sentencia del juicio SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000 —caso Tabasco— en la página 560.

²⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando. “Lagunas del Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, tomo IV, p. 852.

³⁰ Ver nota 20 anterior.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO LOCAL. LOS PARTIDOS POLÍTICOS DE NUEVA CREACIÓN TIENEN DERECHO A RECIBIRLO (LEGISLACIÓN DE COLIMA). En términos del artículo 99 de la Constitución Federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ... está facultado por la Carta Magna para decidir el conflicto de normas que en su caso se presente, y determinar que no se apliquen a actos o resoluciones combatidos por los medios de impugnación que corresponden a su jurisdicción y competencia, los preceptos de leyes secundarias que se invoquen o puedan servir para fundarlos, cuando tales preceptos se opongan a las disposiciones constitucionales. Con base en tal facultad, ha lugar a estimar que el artículo 55, fracción I, de la Ley Electoral del Estado de Colima, al prever que sólo tienen derecho a recibir financiamiento público los partidos políticos que hubieran participado en la elección inmediata anterior, cubriendo ciertos requisitos, verbigracia la obtención de un porcentaje mínimo de votación, excluyendo, como consecuencia, a los partidos políticos de reciente creación, resulta contrario a lo dispuesto por los artículos 116, fracción IV, inciso f), de la Constitución General de la República y 86 bis de la Constitución Política de esa Entidad Federativa, y que por tanto, procede su inaplicabilidad en virtud de que, según la norma constitucional federal últimamente citada, las legislaciones locales deben garantizar que se les otorgue financiamiento público para su sostenimiento y el desarrollo de actividades tendientes a la obtención del voto...".³¹

No obstante lo anterior, otros casos de laguna ideológica, sí podrán continuar siendo declarados por el Tribunal Electoral, como por ejemplo el siguiente: En la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, hay silencio por cuanto hace a la posibilidad de acudir al Tribunal Electoral a impugnar directamente un acto emitido por un partido político, y esto no obstante que el artículo 12, párrafo 1, inciso b), de la citada ley establece que un partido político sí puede ser autoridad responsable en los medios de impugnación en materia electoral, ya que en todo caso el Tribunal Electoral ha considerado que este precepto no debe atenderse por ser un error del legislador.

Concretamente la jurisprudencia 15/2001, en la parte que nos interesa, establece lo siguiente:

³¹ Tesis de Jurisprudencia J.11/2000 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la revista *Justicia Electoral*, Suplemento No. 4, p. 15.

JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. ES IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE PARTIDOS POLÍTICOS. Conforme con la interpretación sistemática de los artículos 41, fracción IV y 99 de la Constitución Federal; 9, párrafo 1, inciso d), 12, párrafo 1, inciso b), 79, párrafo 1, 80 y 84 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano procede solamente contra actos de la autoridad electoral, por lo que los partidos políticos no pueden ser sujetos pasivos de dicho juicio.... No constituye obstáculo a lo anterior, lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 1, inciso b), de la ley citada, en el sentido de que es parte en los medios de impugnación “el partido político en el caso previsto por el inciso e), del párrafo 1 del artículo 81 de esta ley, que haya realizado el acto o emitido la resolución que se impugna”. Dicha mención al partido político como autor del acto impugnado, se debió a una omisión del legislador, ya que en los artículos 9, 12, párrafo 1, inciso b), 81, párrafo 1, inciso e), 85, párrafo 1, incisos b) y c), del anteproyecto de la ley mencionada, se proponía que el juicio procediera también contra actos de partidos políticos; pero al aprobarse la ley se suprimió tal propuesta y se conservó únicamente, por un evidente descuido, en el artículo 12, párrafo 1, inciso b). En tales circunstancias, cabe concluir que la intención del legislador fue la de excluir la procedencia del juicio referido, contra actos de partidos políticos y sólo por una deficiencia en la técnica legislativa permaneció en el último de los preceptos citados.³²

³² Tesis de Jurisprudencia J.15/2001 del TEPJF. Publicada en el Suplemento No. 5, de la revista *Justicia Electoral*, pp. 19-20.