

El principio de proporcionalidad en los procedimientos sancionadores electorales: La democracia como bien jurídico tutelado.

Alina del Carmen NETTEL BARRERA

Los procedimientos sancionadores que desarrollan las autoridades electorales ocupan una buena parte de la actividad de los organismos e implican uno de los mecanismos jurídico-administrativos más representativos de las facultades de ordenación y protección del interés general en el marco de los estados democráticos contemporáneos. En materia de infracciones electorales, nos encontramos en el centro del derecho administrativo sancionador con características de un régimen aún más específico, las relaciones de sujeción especial y la legitimación de la vida institucional y electoral del país. En este ensayo se plantea una problemática aguda en la vida democrática de México, la individualización de las sanciones electorales a partir del principio de proporcionalidad que, sin el marco de referencia preciso, provoca disparidad de criterios entre los órganos sancionadores y tribunales revisores, lo que mina la legitimidad de las instituciones electorales a la luz de la seguridad jurídica que debe primar en la actuación pública por la democracia.

I. El *ius puniendi*, objeto y naturaleza en sus diversas manifestaciones.

El ejercicio del *ius puniendi* del Estado, a través de la capacidad de imponer sanciones administrativas, implica una de las actuaciones más incisivas de las autoridades en la esfera jurídica de los ciudadanos y organizaciones políticas en el marco del derecho electoral. En este ámbito, los organismos electorales ordenan y protegen el desarrollo de la vida democrática y con ello, el interés público a través de la aplicación de una sanción. La doctrina judicial constitucional ha centrado el análisis del derecho administrativo sancionador a partir de sus similitudes con el derecho penal, como expresiones del *ius puniendi* del Estado. Si bien es cierto que comparten naturaleza, se debe tener presente que el objeto de tutela es distinto: en el ámbito penal, se tutelan bienes jurídicos específicos como puede ser el patrimonio o el servicio público; en materia administrativa y electoral se tutela el interés general y la democracia, respectivamente. Una excesiva o restrictiva aplicación discrecional del principio de proporcionalidad tiene efectos potencialmente gravosos, no sólo en los destinatarios, sino también en el desarrollo de la vida democrática del país.

Desde otra perspectiva, en el derecho penal se manifiesta la violencia del Estado en su más alta expresión, pero es una violencia legítima y desde este punto de vista, la sanción penal tiene una connotación claramente represiva. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador se tiende a la protección de intereses generales, como un mecanismo preventivo. Se trata de una expresión evolutiva del derecho penal que se integra en la naturaleza de la actuación administrativa. Como explicó A. Nieto, la actividad sancionadora pasa de la represión a la prevención, de la reacción al daño a la protección contra el riesgo, “se trata ahora fundamentalmente de prevenir los daños mediante la eliminación, o al menos reducción, de los riesgos. (...) Una sociedad de riesgo exige la presencia de un

Estado gestor del riesgo y, eventualmente, un Derecho reductor del mismo.”¹ En materia electoral, en un contexto de construcción democrática, la proporcionalidad de las sanciones debe responder a la disuasión del riesgo de conductas u omisiones que vulneran la participación democrática basada en los principios que rigen la vida electoral del país, paridad de género, equidad, certeza, legalidad, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad, artículo 41 fracción I, II y V, apartado A de la CPEUM.

Es esencial que las autoridades electorales, los jueces y los legisladores aborden con precisión el objeto de tutela del *ius puniendi* del Estado en el derecho sancionador electoral. Los principios del derecho penal, como pueden ser, el principio de legalidad, el principio *non bis in idem*, el principio de presunción de inocencia y el principio de tipicidad, son referentes, pero deben ser aplicados al procedimiento sancionador electoral en comprensión del objetivo que persigue este último. De ser así pueden aplicarse dichos principios como garantías para proteger derechos fundamentales, pues cobraría coherencia la interpretación constitucional en relación con la aplicación de los principios del Derecho administrativo sancionador en la unidad punitiva del Estado.

II. El principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora.

La función que debe cumplir la sanción se alcanzará, por un aparte, al eliminar ámbitos de impunidad y fortalecer la actuación de la autoridad electoral en la instrucción del procedimiento; por otra, a través de la aplicación adecuada de la sanción basada en los elementos del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido². La importancia de este principio ordenador de la potestad sancionadora radica en su naturaleza mixta, tanto legislativa como decisoria toda vez que no es posible que el legislador positivice aspectos específicos de la individualización de la pena y deberá dejar en manos del órgano resolutor la individualización. En este sentido, el diseño normativo deberá identificar adecuadamente el principio (que opera orientando el funcionamiento de la norma) y de sus reglas de aplicación (para alcanzar la finalidad) por parte del órgano sancionador. El principio de proporcionalidad tiene una naturaleza casuística, *pretoriana*, basada en el juicio y amparada por la motivación del sujeto que resuelve qué sanción es la más adecuada dentro del catálogo que prevé la ley³.

¹ Nieto García Alejandro. Derecho administrativo sancionador, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 149.

² El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fue pionero en la aplicación del *test* de proporcionalidad en el estudio de la constitucionalidad en materia electoral de restricción de derechos fundamentales. En este sentido véase, Aguilar Sánchez, José Antonio Abel. “Aplicación del test de proporcionalidad en la justicia constitucional electoral en México”, Justicia Electoral, No. 16, Cuarta época. Vol. 1, julio-diciembre, 2015, p. 131.

³ Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 404 y 405. Este autor señala que el diseño del régimen normativo de la proporcionalidad no está tanto en la tipificación de las infracciones y sanciones como en la aplicación por parte de la

Se trata de un ámbito de interpretación normativa que exigirá motivar en la razonabilidad no sólo en -lo razonable- en el marco del principio de legalidad, sin vulnerar los marcos de certeza que implica el ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades electorales. La cuantía de la multa o la elección de una sanción u otra, son ámbitos de discrecionalidad amparados por la norma, pero no exentos de control pues esta discrecionalidad es una expresión del principio de legalidad por la cual la autoridad podrá elegir entre diversas opciones válidas⁴. La validez de esas opciones depende de que tengan un parámetro normativo basado en la proporcionalidad y la seguridad jurídica.

La legalidad en el derecho sancionador comprende una doble garantía representada por dos principios, el de reserva legal (*lex previa*) y por el principio de tipicidad, lo que se ha definido como el núcleo de legalidad y constituyen garantías en su aplicación por los tribunales. La tipicidad debe ser entendida también como un marco de acción para la imposición de las sanciones que evita la arbitrariedad y la dispersión de criterios. Una revisión normativa a los parámetros de discrecionalidad en la individualización de las sanciones es una expresión necesaria de la tipicidad legal. Como podemos observar, en la aplicación del principio de proporcionalidad juega un papel muy importante el principio de legalidad, pues éste “constituye un límite externo al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con base en la cual la Norma Suprema impide que los Poderes Ejecutivo y Judicial -este último a través de la analogía y la mayoría de razón- configuren libremente delitos y penas o infracciones y sanciones”⁵. En el ámbito sancionador electoral, el artículo 458.5 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) desenvuelve el principio de legalidad -en torno a la proporcionalidad de las sanciones- al establecer que la autoridad electoral “deberá tomar en cuenta las circunstancias que rodean la contravención de la norma administrativa” y desarrolla un catálogo de seis supuestos: la gravedad y la conveniencia de suprimir prácticas, las circunstancias de modo tiempo y lugar, las condiciones socioeconómicas, las condiciones externas y los medios de ejecución, la reincidencia en incumplimiento de obligaciones y el monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.

Bajo este esquema de interpretación, las autoridades deberán resolver qué sanción impondrán de acuerdo con los catálogos previstos en los nueve incisos del artículo 456, respecto de las infracciones previstas entre los artículos 442 y 458 de la LGIPE. Por otra parte, se debe tomar en cuenta que la resolución sancionadora deberá ajustarse a los requisitos constitucionales de fundamentación y motivación que,

Administración “una sanción de contenido variable que habrá de concretarse con la modulación que dispensa el principio de proporcionalidad”.

⁴ García de Enterría ha descrito la discrecionalidad como “un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa” García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, I, 18ª Ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 500.

⁵ Amparo directo 37/2014, TCC, TA, (III región), 4º 37 A (10ª), Gaceta del SJF, Libro 6, mayo de 2014, tomo III, p. 2096.

como ordena el artículo 16 de la CPEUM, es potencialmente gravosa en la esfera jurídica del destinatario. Con este mapa el órgano sancionador (y sus revisores) aplica la sanción (y la revisan). La diversidad de casos y la tremenda politización del ejercicio de la democracia en las instituciones hacen particularmente difícil alcanzar un estándar de proporcionalidad si la norma no establece parámetros de aplicación de los elementos que la integran, con base, en una comprensión clara de la finalidad de la norma sancionadora en el derecho administrativo, *i.e.*, la prevención, no la represión. Y no puede haber prevención si autoridades y tribunales desarrollan criterios dispares en forzadas interpretaciones mediáticas de la proporcionalidad. En el caso del artículo 458.5 es paradójico que la individualización de la sanción responda a las “...circunstancias que rodean la contravención de la norma administrativa...” puesto que la proporcionalidad en este sentido se reconduce al cómo o por qué de la infracción y no al efecto de la infracción — gravedad— el cual se regula sólo en la primera fracción y de manera compleja. Dicho desde otra perspectiva, habría de trarse a la proporcionalidad de manera independiente de las agravantes. La incompreensión de la diferencia —ya descrita— entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal incluso dio lugar a que se desenvuelva la fracción en torno al “bien jurídico” cuando se debió reconducir a la gravedad en la afectación del interés general en relación con la **construcción de la democracia**.

La importancia de establecer un nuevo *test* de proporcionalidad⁶ basado en el control de la arbitrariedad, así como en los límites de la discrecionalidad, responde a la divergencia de criterios jurisdiccionales en la revisión de las sanciones. Criterios que deben versar sobre los elementos subjetivos y objetivos de la comisión de infracciones en torno al interés general. Está claro que los tribunales no deberían sustituir el ejercicio discrecional de las autoridades, pero materialmente lo hacen a través de las resoluciones de anulación cuando se exceden en las facultades decisorias, provocando inseguridad jurídica y dispersión judicial.

La proporcionalidad de las sanciones debe considerar, asimismo, si la infracción se comete por sujetos u organizaciones en los que se puede identificar una relación de sujeción especial. Es decir, una problemática propia del elemento idoneidad de la proporcionalidad es a quién se le aplica la sanción pues, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia se ve modulado por las relaciones de sujeción especial. Esto es, no podemos entender la idoneidad de una sanción por igual a quien, por ministerio de ley, está sujeto a realizar sólo lo que le ley le permite que a quien se desenvuelve en el ámbito de sus libertades, únicamente restringido por las conductas ilícitas. En este sentido, presunción de inocencia y la relatividad de una infracción que se comete en el conocimiento de la ley, por idoneidad, habría de implicar una sanción más incisiva, pero de esto debe establecerse un parámetro la ley. Las relaciones de sujeción especial, como en el caso de los servidores públicos,

⁶ La utilidad de un test de esta naturaleza en la justicia electoral permite responder a los principios de certeza y seguridad jurídica, propios de todo tribunal. Véase, Aguirre Saldívar, Enrique “Individualización de las sanciones. Notas para su reflexión”, Editorial TEPJF, 2016, p. 59.

mutatis mutandi, establece una relación más intensa entre la ley y los interesados en participar en la vida pública del país. En este sentido, no es posible admitir que una sanción sea parcial, excesiva o arbitraria cuando el sujeto infractor -por ejemplo, de carrera política- conoció adecuadamente de la ley para encauzar su postulación, pero no para cumplir con sus obligaciones.

III. Recapitulación

El objeto de las sanciones electorales es disuadir de la comisión de acciones u omisiones que laceran la construcción democrática del país. La adecuada individualización a partir de reglas para la ponderación ofrece una oportunidad pedagógica de actuación para los actores políticos del país y la sociedad en general, cosa que, ante el desconcierto creado deliberadamente en la actualidad para atacar la legitimidad de las autoridades electorales, es más que necesario. Las sanciones impuestas deben prestar un claro ejemplo persuasivo y protector de la actividad político-electoral y no fomentar la percepción de proteccionismo o consigna a favor o en contra. La malversación política de los intereses electorales se encuentra a la orden del día y las sanciones impuestas no pueden pasar a ser un instrumento estructural de corrupción política entre instituciones y partidos políticos. Para ello es necesario que la individualización de las sanciones parta del criterio finalista de la sanción electoral: la protección del interés general y la construcción de la vida democrática del país.