

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE MULTAS EXCESIVAS POR VIOLACIONES EN MATERIA DE FINANCIAMIENTO DE ACTIVIDADES POLÍTICAS EN MÉXICO

Francisco José de ANDREA SÁNCHEZ*

RESUMEN: La discrecionalidad de las autoridades locales y federales en la imposición de las multas excesivas por violaciones reales o supuestas en materia de financiamiento de actividades políticas es una cuestión trascendente que merece ser discutida. Por esto, en el presente ensayo se expone el vacío que existe, relativo a la doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana en materia de determinación e imposición de las mismas. La elaboración de consideraciones rescatadas del ámbito del derecho administrativo comparado y mexicano, que apuntalan lo que puede constituirse como un caso paradigmático de desvío o abuso de poder en la determinación e imposición de multas, como en el caso del “Pemexgate” y el de “Los Amigos de Fox”, ayuda a visualizar dicha situación, muchas veces fuera de los lineamientos exigidos que repercuten en la confianza y en la claridad de las reglas impuestas a la contienda política en general.

Palabras clave: derecho electoral, democracia, discrecionalidad administrativa.

ABSTRACT: *Discretionary powers of federal and local authorities in relation to the imposition of excessive fines, as a consequence of real or supposed infringements to the rules on political activities financing, is a fundamental topic that deserves a deeper examination. Thus, this essay discusses the loopholes that exist in Mexican doctrine, legislation and case law in this area nowadays. The consideration of Mexican and comparative administrative law on the determination of abuse of power and imposition of fines, examined in the light of two cases (the so called “Pemexgate” and “Amigos de Fox” cases), help to clarify current practices that occur in electoral campaigns in Mexico.*

Descriptors: *electoral law, democracy, administrative discretionary powers.*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Consideraciones contextualizadoras.* II. *Consideraciones sobre la figura del desvío o abuso de poder por autoridad administrativa como fuente de inspiración para la elaboración de una defensa jurídica ante la determinación y aplicación de multas electorales excesivas.*

I. CONSIDERACIONES CONTEXTUALIZADORAS

1. *Generalidades*

En la primera parte del artículo, se presenta un amplio menú de ideas, reflexiones y antecedentes históricos que permiten al lector del presente estudio el aprovechamiento óptimo del material presentado, y que se refiere, sobre todo, al “vacío” relativo de doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana —propriadamente electoral— en la materia de la determinación e imposición discrecional de multas excesivas, por violaciones reales o supuestas en materia de financiamiento de actividades políticas por parte de autoridades electorales, ya sea locales o de nivel federal.

Asimismo, se presenta de manera sintética los argumentos “eje” de defensa que establecen con claridad la arbitrariedad e inconstitucionalidad de las multas excesivas fijadas discrecionalmente por el Consejo General del IFE; la necesidad de reformar el artículo 272 (1) del Cofipe, así como las consecuencias letales que, para la estabilidad del sistema de partidos políticos existente actualmente en México, tiene la aplicación de las multas de referencia.

En la segunda parte de este estudio, se llevan a cabo consideraciones rescatadas del ámbito del derecho administrativo comparado y mexicano —a través de reflexiones doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales— que apuntalan, sin que se pretenda su aplicación analógica al ámbito netamente electoral, de manera profunda y extensa, la solidez de nuestra posición sobre la configuración de lo que puede constituirse como un caso paradigmático de “desvío o abuso de poder” en la determinación e imposición discrecional de multas excesivas en casos como el del llamado “Pemexgate” y el de “Los Amigos de Fox” en las elecciones presidenciales mexicanas de 2000. Asimismo, se demuestra, a través de casos específicos de derecho compara-

do como el italiano, el estadounidense y el turco, que frecuentemente —a nivel internacional— el monto de las sanciones e incluso su determinación formal distan mucho —tanto en cuantía como en severidad— de las existentes y potencialmente aplicables en el sistema electoral mexicano, y sirven de base para apuntalar nuestra posición de que es necesario paliar o aminorar el “celo sancionador” que caracteriza la postura del Consejo General del IFE ante casos paradigmáticos como el de Pemex y “Los Amigos de Fox”.

Así pues, el objetivo de este ensayo consiste en brindar elementos para la integración de un paquete argumentativo en defensa de la postura que sostiene la inconstitucionalidad de la procedencia de multas exorbitantes o excesivas aplicadas a los partidos políticos por autoridades electorales con base en violaciones reales o supuestas de la normatividad federal mexicana en materia de financiamiento de campañas políticas. En este sentido, el “eje argumentativo” de este trabajo se basa en la utilización de una figura jurídica proveniente fundamentalmente del ámbito del derecho administrativo, a saber: el llamado “desvío o abuso de poder” en la determinación y aplicación de multas excesivas que —como se verá a continuación a lo largo del presente trabajo— es una de las mejores herramientas de potencial defensa jurídica —tanto teórica, como legislativa y jurisprudencial— para los casos de referencia.

Ahora bien, antes de desarrollar los dos rubros medulares del presente artículo, debemos realizar una serie de consideraciones que contextualizan las reflexiones de naturaleza teórica, jurídica, legislativa y jurisprudencial que aquí se aportarán, y sin las cuales se dificulta la comprensión cabal de la temática en general y de la propuesta de defensa aquí contenida.

2. *La virtual inexistencia de doctrina y jurisprudencia propiamente electorales, respecto a multas por violaciones en materia de financiamiento de actividades políticas en México*

En primer término, es de crucial importancia enfatizar la naturaleza desafortunadamente magra del cuerpo doctrinal y jurisprudencial respecto a la imposición de multas por violaciones reales o supuestas a normas en materia de financiamiento de actividades políticas en

México, debido no sólo a la novedad del tema del propio régimen jurídico-constitucional del financiamiento —público o privado— de actividades políticas a nivel comparativo mundial, sino a la propia historia y desarrollo muy recientes del tema en México.

A. *Etapas del financiamiento indirecto y directo de actividades políticas*

En el anterior sentido, cabe recordar —si se hace un breve repaso de las etapas evolutivas del financiamiento de actividades políticas en México— que de 1962 a 1963 se da el primer paso pionero en el apoyo económico indirecto de las actividades políticas de los partidos políticos a través de la exención de impuestos, hasta que en 1973 se fortalece la regulación —aún indirecta— de un incipiente y primitivo sistema de apoyo económico a través de las franquicias postales y telegráficas, y el acceso a los medios electrónicos de comunicación; para posteriormente, en 1977, inaugurar la primera etapa de un financiamiento propiamente público —ahora sí directo, pero aún sin reglas de distribución— plasmado en el párrafo quinto del artículo 41 constitucional, que estableció en aquel lejano 1977, que en los procesos electorales federales los partidos políticos contarían con un mínimo de elementos para sus actividades tendentes a la obtención del voto popular.

En México, la cuarta gran etapa del régimen jurídico del financiamiento de actividades políticas se da en 1987, con la creación, por primera ocasión en el país, de un sistema integral de financiamiento público directo, pero ya con claras reglas de distribución, el cual quedó plasmado especialmente en el Código Federal Electoral de febrero de 1987, al establecerse una fórmula para calcular el monto total de financiamiento de los partidos, un mecanismo de distribución de los recursos entre los partidos, y una calendarización de ministraciones. Sin embargo, no fue sino hasta la reforma electoral de 1993 que se da un desarrollo normativo relevante para el tema eje del presente estudio en materia de financiamiento y fiscalización, ya que por primera ocasión se estableció un sistema claro, estructurado y desarrollado de límites al financiamiento propiamente privado —que es el tipo de financiamiento canalizado al PRI a través del Sindicato de Pemex en 2000—, cuando se estableció la prohibición de realizar

aportaciones o donativos a los partidos en dinero o en especie a todos los entes públicos del país en los niveles federal, estatal y municipal, a las empresas de carácter mercantil o a quienes trabajen en el extranjero —aspecto relevante en el caso de “Los amigos de Fox”—, a las iglesias de cualquier religión o secta, y a partidos y personas físicas o morales extranjeras.

Asimismo, la crucial reforma de 1993 estableció límites al financiamiento privado de los simpatizantes. Por último, la reforma electoral de 1996 consagró de manera permanente —y ya no únicamente temporal—, la función de la Comisión de Consejeros Electorales encargada de fiscalizar las finanzas de los partidos políticos, dotándolos al mismo tiempo de atribuciones para solicitar informes y realizar auditorías más allá de las estrictamente anuales.

B. Utilidad de la doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo, extrapolada al campo político-electoral para apuntalar la solidez argumentativa de una potencial defensa

Ahora bien, la utilidad del previo y breve repaso de la joven historia de la regulación del financiamiento de actividades políticas en México es para apuntalar nuestra postura sobre la casi nula existencia de doctrina y jurisprudencia propiamente mexicana en materia de imposición de multas por supuestas violaciones a las normas en materia de financiamiento público o privado de las actividades políticas, por lo que se hace necesario, útil y lógico apoyarse, en muchas instancias, en las consideraciones dogmáticas, legislativas y jurisprudenciales derivadas del derecho administrativo comparado y mexicano, cuando se trate de la imposición de multas —especialmente en el ámbito fiscal y tributario— que revela paralelismos, reflexiones, posturas y argumentos jurídicos extrapolables en la construcción general y detallada de una defensa en el ámbito electoral en materia de financiamiento de actividades políticas e imposición de multas. En este sentido, tiene particular utilidad el desarrollo de un cuerpo de doctrina administrativa y de precedentes jurisprudenciales cuando se trate de la figura del “desvío o abuso de poder” por parte de una autoridad en la imposición de multas, especialmente de multas excesivas.

Por último, cabe resaltar también que si el tema de la regulación jurídica del financiamiento de los partidos políticos y sus actividades políticas constituye un tema novedoso en nuestro país, lo mismo ocurre —pero en forma dramáticamente más aguda— con las decisiones o sentencias emanados de los órganos de justicia electoral existentes en México desde el primer tribunal propiamente electoral —el Tribunal de lo Contencioso Electoral— surgido en la Reforma Político-Electoral de 1986-87, hasta el actual Tribunal Electoral adscrito al Poder Judicial de la Federación. A mayor abundamiento, en materia de justicia electoral en nuestro país, el vacío es aún más dramático en materia de un cuerpo de decisiones maduro, meditado y sólidamente fundamentado. En realidad, es sólo hasta 2000, afianzándose en 2001 y 2002, que el actual Tribunal Electoral adscrito al Poder Judicial de la Federación inicia tímidamente esta exploración de diversas temáticas en materia de financiamiento de actividades políticas, no sin evidenciar una actitud tentativa ante la falta de conocimientos especializados en la materia, lo que brinda una mayor fuerza a la idea de acudir al expediente del añejo cuerpo de reflexiones, doctrina y jurisprudencia en materia de imposición de multas excesivas, que surge del derecho administrativo como fuente de inspiración válida para el incipiente derecho electoral sancionador mexicano.

3. *Los argumentos de defensa, “ejes” del presente estudio*

Procede —en este rubro— hacer una presentación sintética de la médula de nuestro bagaje de argumentación defensiva ante multas excesivas, tanto por el financiamiento de la campaña presidencial del PRI de 2000, vía recursos del sindicato laboral de Pemex, como respecto al caso del financiamiento de la campaña presidencial de Vicente Fox Quesada, vía la asociación civil llamada “Los Amigos de Fox”.

Así, y de manera extraordinariamente sintetizada, la fuerza motriz de nuestro esfuerzo propositivo en el presente estudio gira en torno a la siguiente reflexión y consideraciones: la determinación y aplicación de las multas arriba citadas es inconstitucional porque viola, en primer término, el espíritu del artículo 22 constitucional que, si bien originalmente fue ideado como una garantía individual, en última

instancia es factible también alegar la afectación a título individual —como militante, afiliado o dirigente— del ejercicio pleno de derechos políticos individuales que se ven coartados para cada miembro individual formal de un partido político afectado a través de una multa excesiva o exorbitante. En otras palabras, bajo esta línea de argumentación, si bien la multa excesiva es aplicada y afecta —en primera instancia— a una persona moral, en este caso a una entidad de interés público —la naturaleza jurídica de un partido político—, la consecuencia última de la imposición arbitraria y abusiva de una multa excesiva a un partido político nacional es que el disfrute y ejercicio de derechos políticos activos y pasivos de cada miembro del mismo —en tanto individuo perteneciente a un determinado partido político— también se ven afectados, y pueden, por ende, ser defendidos vía la utilización de la disposición de referencia contenida en el artículo 22 respecto a la prohibición de multas excesivas o confiscatorias —es factible su aplicación extrapolada, en forma conceptual, al ámbito de las personas colectivas o morales, e incluso al de las entidades de interés público como son los partidos políticos— y, también, en segundo término, viola, y aquí sí de forma directa e innegable, la letra, el fondo y el espíritu del artículo 41 de la ley fundamental mexicana, en tanto constituye y se configura claramente —como veremos en el desarrollo del rubro respectivo del presente trabajo— como un claro ejemplo de desvío o abuso de autoridad en la imposición de una multa excesiva.

A. Desglose de la violación del artículo 22 constitucional con base en el contenido del artículo 272 del Cofipe

El espíritu del artículo 22 constitucional es contrariado por la posibilidad de que se apliquen multas discrecionales por parte del Consejo General del IFE —con base en el artículo 272 (1) del Cofipe—:

A quien viole las disposiciones de este código sobre restricciones para las aportaciones de financiamiento que no provengan del erario público, se le podrá sancionar con multa de hasta el doble del monto aportado indebidamente. Si se reincide en la falta, el monto de la multa podrá ser aumentado hasta en dos tantos más. En la determinación de la

multa, se seguirá en lo conducente el procedimiento señalado los artículos anteriores.

Esta disposición, por ejemplo, puede conducir a la determinación y aplicación de multas a todas luces excesiva y desproporcional en su monto, bajo el contexto de que un partido político es una entidad de interés público de extraordinaria complejidad, y debido a que cualquier afectación patrimonial sustancial a la vida, dinámica, organización y estructura del mismo afecta no sólo a millones de personas, sino al propio equilibrio del sistema de partidos políticos existente en el país, amén de que deja abierto el camino de la discrecionalidad para que la autoridad electoral pueda responder a una motivación sectaria, partidista, parcial al imponerla, y no una motivación estrictamente legal y fundamentada en el articulado respectivo del Cofipe, con lo que el acto de autoridad electoral citado carecería de sustento jurídico y moral, y se erigiría como un ejemplo grosero de abuso de poder o autoridad.

B. Desglose de violación del artículo 41 constitucional con base en el contenido del artículo 272 (1) del Cofipe

Por otro lado, la multa de referencia viola la letra y el espíritu del artículo 41 constitucional, pues si los partidos políticos son entidades de interés público y el Estado mexicano está obligado a ver por su crecimiento, desarrollo y fortalecimiento, con las multas excesivas lo que se obtiene es el virtual aniquilamiento de las posibilidades de financiamiento público indispensables para el éxito electoral de los partidos políticos en México. En otras palabras, la determinación y búsqueda de la aplicación de multas exorbitantes por violaciones en materia de financiamiento de la campaña de 2000, por ejemplo, tendría como resultado y consecuencia reales un letal desequilibrio del sistema natural de partidos políticos existente en México a través de decisiones arbitrarias e inconstitucionales, cuando es la obligación del Estado mexicano, y también de parte de la entidad electoral cúpula en México —el IFE—, preservar la fortaleza y viabilidad del actual sistema de partidos políticos existente en México, y nunca provocar su trastocamiento artificial, lo que podría incluso desencadenar un

desequilibrio de la vida política financiera y económica nacional, que colocaría el país, innecesaria y absurdamente, ante la posibilidad de la ingobernabilidad.

C. *La ingeniería electoral y la política practicada desde el seno de los consejos generales de los órganos electorales*

A mayor abundamiento, desde un punto de vista de ingeniería constitucional electoral y política, también son atacables las anteriormente citadas multas que —amén de su inconstitucionalidad y desproporcionalidad— pueden constituir, desde nuestro punto de vista un esfuerzo deliberado por transformar artificialmente el sistema de partidos y el sistema político mexicano —locales o federal—, siguiendo una supuestamente benigna “agenda de alternancia y/o transición” apoyada por consejeros electorales —locales o federales— falsamente “iluminados”, que adulteran su función y se abrogan una facultad de transformación del sistema político mexicano de la cual no son titulares dichos funcionarios del órgano cúpula electoral, como no lo es tampoco ninguna otra autoridad federal o estatal —elegida o no popularmente—. En todo caso, es únicamente el pueblo soberano —a través de elecciones cíclicas— el titular de la citada trascendental opción, el que puede decidir la viabilidad, fortaleza y apoyo económico que debe recibir un partido político de los actualmente existentes formalmente en el sistema de partidos mexicano.

No es dable pues, afectar las posibilidades de campaña de un partido político a través una decisión administrativa electoral inconstitucional que se reviste de legitimidad, alegando la aplicación estricta de una sanción basada, por ejemplo, en una disposición como la contenida en el artículo 272 (1) del Cofipe que, por otro lado, debe revisarse a la brevedad posible y cuya existencia obedece —nuevamente— a una “precipitación legislativa” en la aprobación del articulado en materia de sanciones y multas en casos de violación a las normas en materia de financiamiento contenidas en el Cofipe. En este sentido, cabe referir a nivel comparativo, las sanciones y multas en la materia de referencia en países como Italia, Estados Unidos de América o Turquía en donde las multas se limitan a montos muy reduci-

dos, no se aplican o bien tardan años en aplicarse con base en la revisión de los casos respectivos.¹

En otras palabras, además del bagaje de argumentos teóricos, legislativos y jurisprudenciales que se contendrán en el presente estudio, debe añadirse el factor de la llamada “precipitación”, e incluso “frivolidad legislativa”, lo cual permitió de manera ligera redactar una disposición que contemple cómo es, por ejemplo, el caso del multicitado artículo 272 (1) en México.

La anterior disposición coloca de facto en manos de la autoridad electoral —y en ejercicio de un acto discrecional— el fijar lo que puede llegar a ser una multa de magnitud monstruosa, que de hecho anula toda posibilidad de éxito razonable en un ciclo de campañas electorales determinado, y muy probablemente también en los ciclos posteriores. El efecto, de hecho, de la aplicación real de un acto discrecional en la imposición de una multa exorbitante puede ser: la desaparición de partidos políticos de manera artificial y sin ningún referente a la voluntad del electorado nacional.

¹ De acuerdo con los datos comparativos extraídos del sitio de *internet* del Proyecto Ace (<http://www.aceproject.org>) en Italia, “La Ley No. 515 (de 1993)... ha llegado de manera silenciosa a la total despenalización de todas las violaciones al financiamiento privado (de las campañas electorales) al imponer exclusivamente multas administrativas que oscilan entre unos pocos miles de dólares y unos pocos cientos de miles de dólares (estadounidenses). Estas son sumas modestas si las comparamos con los exorbitantes costos que le han significado a los contribuyentes los sobornos y desvíos involucrados en los escándalos políticos de la última década”. En Turquía, la “Corte Constitucional generalmente deja de auditar las cuentas de los partidos en el año en que las presentan. Generalmente toma algunos años antes de que la Corte las examine”. En Gran Bretaña, los candidatos parlamentarios enfrentan severas sanciones por excederse del límite legal permitido para los gastos de campaña. Aún así, la última demanda electoral que culminó con la pérdida del escaño de un candidato que había sido elegido para integrar la Cámara de los Comunes ocurrió hace tres cuartos de siglo. En Estados Unidos de América, no obstante diversos esfuerzos de actualización en materia de sanciones a candidatos y partidos, y célebremente ignorada Ley Federal sobre Prácticas Corruptas de 1925, que fue virtualmente letra muerta, en la historia de dicha ley nadie era enjuiciado por dejar de cumplir con sus mandatos. Sólo dos republicanos —William S. Vare, de Pensilvania, y Frank L. Smith, de Virginia— fueron destituidos de su cargo por violar los límites de gastos. Y fueron destituidos en 1927, ya que las violaciones ocurrieron durante la primera elección en que la ley estuvo vigente. Por los siguientes cuarenta y cinco años, ningún otro funcionario fue castigado bajo esta ley.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL DESVÍO O ABUSO DE PODER POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DE UNA DEFENSA JURÍDICA, ANTE LA DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DE MULTAS ELECTORALES EXCESIVAS

1. *El desvío de poder: facultad discrecional de la autoridad*

El desvío de poder es el exceso del funcionamiento de la administración al ejercitar una facultad discrecional.

El acto discrecional es aquel fundamentado en una ley, y que faculta a la autoridad administrativa para estimar libremente su actuación: ya sea obrar o no, cómo debe hacerlo y cuándo; es perceptible cuando la autoridad tiene, por tanto, elección entre dos opciones distintas.

El desvío de poder nace en el derecho francés (*détournement de pouvoir*), y, de acuerdo con el Consejo de Estado francés, se configura cuando al emitirse un acto administrativo, la autoridad, en uso de funciones administrativas, persigue una finalidad que es ostensiblemente diversa a la que, conforme a la ley, debería perseguir.

Generalmente se está frente a una facultad discrecional cuando una ley se utiliza en términos facultativos, no imperativos; asimismo, cuando se tengan dos o más soluciones a un determinado caso, sin que se impongan obligatoriamente alguna de ellas, como es precisamente el caso del artículo 272 (1) del Cofipe, que establece un supuesto en el cual quien viole las disposiciones del código sobre restricciones para las aportaciones de financiamiento que no provengan del erario público, se le podrá —con discrecionalidad— sancionar con multa de hasta —espectro que corre desde el monto y hasta el doble del mismo, según apreciación y análisis que la autoridad haga de la violación citada— el doble del monto aportado indebidamente. Se añade, además, que si se reincide en la falta, el monto de la multa podrá ser aumentado hasta en dos tantos.

La discrecionalidad es, por tanto, una facultad de libre apreciación que el derecho otorga a los funcionarios públicos para que actúen o no, se dirijan en un sentido o en otro, según el límite que se les ha otorgado de libertad, con acomodo a términos valorativos inherentes a las circunstancias de un caso. Es el facultamiento para determinar

la conducta a seguir o no frente una realidad concreta e imprevista, que exige una valoración específica y variable, cuyo resultado se le confía a la autoridad.

A. *Discrecionalidad absoluta y relativa*

La discrecionalidad absoluta es impugnabile e irreatabile, es la que otorga una norma jurídica al poder soberano para resolver sobre determinados actos.

Por otro lado, la discrecionalidad relativa es precisamente aquella que la ley no preserva de ser atacada cuando carece de fundamentación o motivación, y por lo tanto la autoridad no ha realizado el esfuerzo para justificar el acto. Cuando a través del acto discrecional se afectan o agravan los intereses jurídicos de las personas —físicas o morales, como es el caso de los partidos políticos, entidades de interés público—, quitándoles derechos o añadiéndoles obligaciones, con pretexto de la discrecionalidad, la autoridad ha ido más allá de lo que le permite la norma jurídica.

Así pues, el acto reglado por antonomasia se opone el acto discrecional, ya que en aquél están marcadas las soluciones; en cambio, en éste la autoridad debe de generar la solución eficiente en tal contexto.

Por otro lado, los elementos del acto discrecional son los mismos que los del acto administrativo (sujeto, objeto, motivo, fin, voluntad, forma), con la diferencia de que el acto reglado forma parte de la competencia del acto administrativo y tiene límites establecidos en la norma, mientras que la facultad discrecional otorga una mayor libertad de actuación a la autoridad administrativa.

Hay tratadistas que consideran que en realidad no existen las facultades discrecionales; por ejemplo, Agustín Gordillo considera que las autoridades no tienen facultades discrecionales, ya que éstas se encuentran, también, supeditadas a una ley, cualquiera que ésta sea.²

La facultad discrecional es, en la expresión más sucinta, el ámbito de la libertad jurídica que el legislador otorga al órgano ejecutivo para la apreciación o modo de actuar en el actuar administrativo. En su ejercicio limita a la autoridad administrativa en cuanto a su fin

² Gordillo, Agustín, *El acto administrativo*, Buenos Aires, De Palma, 1963, p. 93.

(modalidad administrativa), y debe perseguir, necesariamente, el fin que se ha propuesto expresamente la norma jurídica.

Ahora bien, cuando una autoridad administrativa dada, en ejercicio de su facultad discrecional, se sirve de ésta para actuar con un fin personal administrativo diferente al perseguido por la ley, es precisamente cuando surge el fenómeno del llamado “desvío de poder”. “Potestad discrecional es, pues, elección de comportamiento en el marco de una realización de valores”.³

Ahora bien, la facultad discrecional responde a dos condiciones:

a) La discrecionalidad constituye el principio general en materia de actividad de la administración pública, principio que sólo cede cuando la respectiva actividad aparece expresamente reglada.

b) Una disposición normativa, de la cual resulte la emisión de tal o cual acto, queda ligada a la discrecionalidad de la administración.⁴

Por otro lado, cuando no hay otros elementos para saber si la norma otorga facultades discrecionales, se puede ir a las expresiones como: “facúltese, permítiese, autorizase, podrá [este último es el término usado en el caso del multicitado artículo 272 (1) del Cofipe]”.⁵

Ahora bien, debe aclararse que no puede confundirse el acto discrecional con el acto arbitrario, ya que éste no forma parte del marco jurídico, lo cual consiste en un verdadero atropello a las normas jurídicas, y se realiza precisamente sin atención y sujeción a normas, lo cual no es necesariamente injusto; en cambio, en el acto discrecional, aunque la autoridad tiene libertad para actuar, esta libertad se encuentra dentro de ciertos límites legales (en el caso del multicitado artículo 272 (1)... hasta el doble del monto aportado indebidamente...).

El acto de gobierno es un acto discrecional que emite el Poder Ejecutivo en ejercicio de las funciones gubernativas que le son propias, y que no son administrativas; en la terminología administrativa se dice que está saturado de facultad discrecional.

³ Forsthoff, Ernest, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 127.

⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, ts. I y II.

⁵ *Ibidem*, p. 418.

En el ejercicio de la actividad reglada, la autoridad debe de circunscribirse a lo estipulado por la norma que predetermine la actuación de la administración pública.

En el ejercicio de la actividad discrecional, la autoridad cuenta con una mayor libertad para llevar a cabo su función, pero, aún en ésta, es indiscutible que debe de sujetarse a la norma jurídica.

En otras palabras, es dable decir que la discrecionalidad está impregnada de “juridicidad” y la arbitrariedad de “antijuridicidad”, esto es, es ilegítima y se aparta de la finalidad del acto, de aquí nace la desviación de poder propiamente dicha, hace caso omiso de los fines de la norma jurídica para evadirlos o contrariarlos, es una libertad desenfrenada y mal orientada: “La discrecionalidad es, por principio, un acto legítimo, y tiende a satisfacer los fines de la ley, es una libertad limitada precisamente por el fin a que debe responder el acto de que se trate... La discrecionalidad se separa por una parte de la vinculación (acto reglado) y por otra, de la arbitrariedad”.⁶

Ahora bien, si finalmente un acto administrativo es perfecto en su materialización, sea discrecional o reglado, el derecho respectivo es perfecto y por lo tanto el acto no puede ser revocado. Lo contrario sucede si el acto administrativo no es perfecto, y por lo tanto podrá ser revocado por la administración pública. “Lo relacionado con la motivación se agudiza en materia de actos discrecionales, donde —con relación a los actos reglados— es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre motivo (causa), contenido (objeto) y finalidad del acto”.⁷ “La posibilidad de que ciertos actos administrativos sean consecuencia del ejercicio de actividades discrecionales no significa que deben estar fuera de la juridicidad y de los principios de la legalidad administrativa”.⁸

“No es lícito al agente servirse de sus atribuciones para satisfacer intereses personales, sectarios o políticos-partidarios, u otro interés público cuya finalidad es extraña a su competencia”.⁹ Cabe tener en mente la anterior cita como aplicable al caso de referencia que nos ocupa —conducta de consejeros electorales, locales o federales, que

⁶ García Trevijano, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1964, t. I, p. 385.

⁷ Marienhoff, *op. cit.*, nota 4, p. 441.

⁸ Forini, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso?*, Buenos Aires, 1965, p. 37.

⁹ Sayagues Lazo, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1974, t. I, p. 408.

como verdaderos agentes del universo de electores mexicanos, deben abstenerse de servirse de sus atribuciones para favorecer intereses ajenos a su función estrictamente organizativa y administrativa de los procesos electorales—.

De lo anterior se desprende que, por citar tan sólo un ejemplo, la sanción exorbitante determinada y aplicada por el Consejo General del IFE al PRI, que, en un hecho inédito en la historia de los partidos políticos en México y en el mundo, multó, mediante ocho votos en favor y una abstención, con mil millones de pesos a dicho partido por haber recibido 500 millones de pesos provenientes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana,¹⁰ sin haberlos notificado a la autoridad electoral en la elección de julio de 2000, se inserta claramente bajo el anterior supuesto.

B. *Justificación de las facultades discrecionales en razón de cuestiones prácticas*

a. Vicios del acto discrecional

Los vicios más comunes del acto discrecional son la falta de causa y la desviación de poder.

Para que un acto administrativo pueda considerarse como “perfecto” debe reunir dos condiciones, validez y eficacia: “Válido es el acto que ha nacido de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; eficaz es el acto que, siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido, para ser puesto en práctica. De modo que la eficacia del acto sólo se vincula a su ejecutoriedad, hace fuerza ejecutoria”.¹¹

Por otro lado, si la facultad discrecional no tuviese límites sería una conducta arbitraria de la autoridad. Hay límites en la facultad discrecional. El principal es el que se supedita al principio de legalidad. En materia fiscal, por ejemplo —y en el ámbito de las garantías individuales—, a la legalidad tributaria, en los términos del artículo 31, fracción cuarta de la Constitución; por el artículo 14 de la misma

¹⁰ Herrera, Jorge y Jiménez, Eligio, “Ahora va el IFE por Los Amigos de Fox”, *El Universal*, 15 de marzo de 2003.

¹¹ Marienhoff, *op. cit.*, nota 4, p. 455.

se regula esta actividad de la administración, con el fin de emitir su acto discrecional mediante un procedimiento; por el artículo 16 de la multicitada Constitución, se le obliga a fundar y motivar el acto de autoridad discrecional.

Las limitantes en materia discrecional que tiene el Ejecutivo son el principio de legalidad y el de seguridad.

Generalmente, la limitante que tiene el Ejecutivo en materia fiscal es lo concerniente a los elementos del tributo (sujeto, base, tarifa, calendario de pagos).

b. El acto reglado

Es cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta específica que el administrador debe de seguir.

El Consejo de Estado francés, por ejemplo, al analizar un acto busca, con ojo de notario, que éste cumpla con el fin que la ley está señalando; si no es así, el acto es nulado; es por esto que consideran que no existe acto discrecional, ya que, tanto el acto reglado como el discrecional deben de estar contemplados en una norma legal.

c. El acto discrecional y el acto reglado

La actividad reglada tiene que ver con cualquier momento de producción y emisión del acto administrativo, pero la discrecionalidad sólo versa sobre la emisión del acto; al crearse el acto, puede o no emitirse; en esto consiste precisamente la naturaleza discrecional de la facultad.

La discrecionalidad tiene que ver con el contenido u objeto del acto; en cuanto a la finalidad, no puede haber facultad discrecional; respecto a la forma puede ser reglado o discrecional, y en lo que se refiere a la moral, no hay discrecionalidad.

d. Principales diferencias entre facultad reglada y discrecional

1. En cuanto a la emisión del acto: en que la facultad reglada la establece la norma jurídica y para su emisión deben de concurrir los

requisitos de hecho o de derecho; en la facultad discrecional el acto puede ser o no emitido, ya que su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano, que es precisamente el caso de la determinación y aplicación de multas excesivas por parte de autoridades electorales. En el acto reglado no se permite que la autoridad discierna sobre si lo emite o no debe de hacerlo.

Por lo tanto, el acto reglado, si cumple con todos los elementos legales, debe ser emitido.

Mientras que el acto discrecional puede o no ser emitido, depende de la valoración subjetiva del órgano competente para emitirlo.¹²

2. El carácter reglado puede referirse a cualquiera de los elementos del acto administrativo. El carácter discrecional se refiere a la emisión del acto y, eventualmente, a su contenido.¹³

3. “El carácter reglado ha de ajustarse al fin concreto expresado en la norma”.¹⁴ El acto discrecional obedece a una determinada finalidad, y ésta debería tender siempre a la satisfacción del interés público.

Ahora bien, respecto a las anteriores consideraciones de la teoría del acto administrativo, cabe hacer las siguientes consideraciones de vital y crucial importancia para la fijación de multas en materia de violaciones a las normas sobre financiamiento de partidos y actividades políticas en México. En este sentido, cabe señalar que la discrecionalidad a cargo del Consejo General del IFE, en materia de imposición de multas — esto es, únicamente en cuanto a la fijación del monto de las mismas—, debe obedecer a una determinada finalidad y cabe subrayar que ésta debería tender siempre a la satisfacción del interés público. Así, cabe referir la anterior consideración teórica aceptada a nivel comparativo universal, precisamente al contenido del artículo 41 constitucional mexicano que establece que los partidos políticos son entidades de interés público —al igual que los sindicatos de trabajadores— a las cuales el Estado se ve obligado a promover en cuanto a su desarrollo fortalecimiento y consolidación. Por lo tanto, la imposición de una multa exorbitante y desproporcionada a una supuesta violación en materia de financiamiento público de campañas políticas —caso alegado por el PRD y el PAN— choca frontalmente

¹² Marienhoff, *op. cit.*, nota 4, p. 424.

¹³ *Ibidem*, p. 425.

¹⁴ *Idem*.

con el principio de satisfacción del interés público a que debe atender el acto discrecional —en este caso del Consejo General del IFE— en la imposición de multas en el caso Pemex.

No se trata pues, de un caso de resolución sin trascendencia nacional, social y política, como sería bajo el supuesto de la imposición de multas a una persona física o moral ordinarias. Respecto de la imposición de multas a una entidad de interés público, como son los partidos políticos, se debe valorar y tomar en consideración —para la fijación de la imposición de la misma— las consecuencias y repercusiones en el delicado equilibrio y balance del sistema de partidos políticos, y en general, del sistema político nacional, que tendría en la realidad política nacional la privación de un monto de financiamiento público exorbitante —de aplicarse, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 272 del Cofipe, el cual establece que transcurrido el plazo, sin que el pago se hubiera efectuado, el instituto podrá deducir el monto de la multa de la siguiente ministración del financiamiento público que corresponda al partido político de que se trate—.

La fijación e imposición de una multa exorbitante y excesiva en el caso de referencia, puede llevar a un desequilibrio del sistema político mexicano, que a su vez ocasionaría una desestabilización social, financiera y económica de consecuencias imprevisibles en el país, por lo que se concluye que la imposición sin fundamento —sin la ponderación necesaria— y con base en motivaciones personales, sectarias, no sólo viola el artículo 41 constitucional sino también el numeral 22 de la propia ley fundamental que prohíbe la imposición de multas excesivas o desproporcionadas, además de las consecuencias a nivel macro en el sistema político mexicano ya referidas. A mayor abundamiento, cabe también la posibilidad de alegar una afectación individual de derechos políticos de cada uno de los miembros o afiliados formales de un partido político dado —del PRI, respecto del caso Pemex, o de cualquier otro partido político en el futuro sin distingo ideológico—, en tanto que, como personas y ciudadanos individuales con derechos políticos activos y pasivos, al vulnerarse irremediablemente el patrimonio en las finanzas de un partido político mediante la determinación y aplicación de una multa electoral excesiva se afecta también el ejercicio pleno de derechos políticos individuales.

4. “En el acto reglado la valoración subjetiva que realice el órgano emisor sólo valdrá como medio o presupuesto de hecho para la aplicación de la norma en cuestión; en el acto discrecional la valoración subjetiva es esencial para determinar el contenido del acto que se emite”.¹⁵ En este sentido, recae en los integrantes del Consejo General del IFE, por citar el caso del órgano electoral cúpula del país, una carga de responsabilidad política, social y moral extraordinariamente delicada, que depende en última instancia de valoraciones subjetivas con base en las cuales se determina —en el caso de referencia— el monto y la imposición de una multa que encierra el potencial —quizá calculado y apreciado por el anteriormente referido cuerpo— de descarrilar los esfuerzos que por décadas se han hecho para construir paulatinamente, desde 1963 hasta 1996 —a través de sucesivas reformas político electorales y constitucionales—, el actual andamiaje político electoral y de partidos mexicano. De aquí la importancia de construir un paquete argumentativo teórico, jurídico y jurisprudencial que concientice a las autoridades electorales de la alta responsabilidad que comparten en la imposición de multas en cuanto a la violación de normas federales en materia de financiamiento de actividades políticas.

C. *Derecho positivo mexicano*

En México, el desvío de poder ha quedado evidenciado, principalmente, en el rubro referente a la imposición de multas administrativas.¹⁶

La multa administrativa es una sanción pecuniaria que la autoridad administrativa impone al infractor de una ley. Pueden ser de dos clases: fija o discrecional, la discrecional fluctúa entre un mínimo y un máximo.

La multa administrativa es de naturaleza esencialmente disciplinaria, con el fin de que se cumpla ese deber genérico de no alterar el

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Cortina Gutiérrez, Alfonso, “El Consejo Jurisdiccional Administrativo de la Legalidad y de la Facultad Discrecional”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, número extraordinario, noviembre de 1965.

orden público en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Respecto al *quantum*, ésta es de monto reducido.

Se estará ante el desvío de poder cuando la pena pecuniaria impuesta produzca una finalidad diversa de la que, conforme a la ley, debió inspirar a la autoridad administrativa que la impuso, o cuando la multa impuesta es excesiva. En el caso Pemex, se dan los dos supuestos anteriormente citados: se produce una finalidad diversa a la buscada de acuerdo a la ley, en tanto que la imposición de la multa resulta en una peligrosa e irreversible afectación de un necesario equilibrio entre los partidos políticos protagonistas del sistema político mexicano.

El segundo supuesto se da igualmente, en tanto que la multa pretendida por el Consejo General citado es a todas luces excesiva, pues a la postre equivaldrá a una retención de ministraciones de financiamiento público que constituye un porcentaje de financiamiento público que correspondió al PRI para la elección de julio de 2003, que afectó sustancialmente las posibilidades organizativas, de publicidad, de logística, de participación en medios, de consultoría, de realización de encuestas, y de financiación de campañas electorales de dicho partido, y que por lo tanto desequilibró artificialmente el sistema de partidos nacional, en el contexto de dicha elección y quizá de otros comicios futuros. Ahora bien, la multa excesiva, en el ámbito del listado de las garantías individuales contenido en la Constitución de 1917 —y tomando en cuenta su potencial aplicación conceptual indirecta, en el caso de una entidad de interés público en que tanto son violados los derechos políticos activos y pasivos de los miembros en tanto individuos—, es una prohibición expresada en el artículo 22 constitucional que se configura cuando se impone una multa superior a la establecida por la ley y no se prueba ni la extrema gravedad del caso objeto de la multa o no se toman en cuenta las atenuantes. Para imponer el máximo de la sanción, debe de mostrarse que se está en el caso de una situación de extrema gravedad. En el caso de la multa de referencia que nos ocupa, la gravedad surge no de los endebles supuestos alegados por el consejo citado, sino de las consecuencias políticas sociales y económicas que se generan al aplicarse en la realidad la citada sanción.