

Artículos

QUI POTEST PLUS, POTEST MINUS *O de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias inferiores al monto único tasado por ley*

Alfredo Parés Salas

Profesor de Derecho Administrativo (UCAB)

Resumen: El presente ensayo sostiene la viabilidad de que la Administración Pública pueda imponer sanciones por debajo de un monto único establecido en una la ley. La tesis se fundamenta en los principios de proporcionalidad, culpabilidad, la interpretación *pro cives* del principio de legalidad, a la luz de los principios *favor libertatis* y de intervención mínima, así como en el derecho fundamental de igualdad ante la ley y el principio según el cual quien puede lo más, puede lo menos.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. *La necesaria aplicación del principio constitucional de proporcionalidad de la actuación administrativa, en general, del principio de proporcionalidad de las sanciones, en particular, y del principio constitucional de culpabilidad.* 2. *La interpretación pro cives del principio de legalidad, a la luz de los principios favor libertatis y de intervención mínima.* 3. *La eficacia del derecho constitucional de igualdad ante la ley.* 4. *La aplicación al caso de la especie del principio general del derecho, conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos o qui potest plus, potest minus.*

II. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Las ideas expuestas en el presente artículo tienen por objeto intentar dar respuesta, de manera razonada, a la interrogante sobre la posibilidad que tiene la Administración pública de imponer sanciones pecuniarias por una cuantía menor a la fijada expresamente en una norma legal en la que no se prevé un rango entre un mínimo y un máximo, sino que, por el contrario, se tasa un monto único.¹ Podría afirmarse, como premisa de partida, que este tipo

1 Un par de ejemplos los encontramos en el artículo 125 de la Ley de Aeronáutica Civil (*G.O.* 38.226 del 12/06/05), que contiene tres supuestos de sanciones por 1.000 U.T., catorce supuestos de sanciones por 2.500 U.T. y diez supuestos de sanciones por 5.000 U.T.; los artículos 126, 127, 128, 129 y 130 contienen sesenta y tres supuestos adicionales, cada uno de ellos sancionado con un monto fijo. La Ley de Transporte Terrestre (*G.O.* 38.985 del 01/08/08) prevé algunas infracciones sancionadas con montos mínimos y máximos, por ejemplo las de los artículos 183, 184 y 187 que van entre 500 U.T. y 1000 U.T. (incluso en algunos artículos la propia ley hace una graduación en cada uno de los numerales), pero en algunos casos de sanciones inferiores o muy leves, se fija una única suma 169, 170, 171, 173, 174, 175 y 183. El *in fine* del artículo 125 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (*G.O.* 39.358 del 01/02/10) fija una multa única de 100 U.T. por cada hora de inasistencia injustificada a recibir charlas o talleres sobre los derechos de los usuarios. La Ley de Ilícitos Cambiarios (*G.O.E.* 5.975 del 17/05/10)

de normas no son de recibo por el derecho administrativo sancionador. No obstante, nuestra pregunta no se plantea en este instante a nivel de creación de derecho, sino ya en su fase de aplicación por parte de la Administración: ¿Qué hacer ante la norma legal que establece una cuantía fija? ¿Puede la Administración aplicar una sanción menor a la establecida? Pues bien, decíamos que la incorporación de este tipo de normas no es de recibo, precisamente por las mismas razones o argumentos que emplearemos para arribar a una respuesta afirmativa a la recién formulada pregunta, a saber: (i) La necesaria aplicación del principio constitucional de proporcionalidad de la actuación administrativa, en general, del principio de proporcionalidad de las sanciones, en particular, y del principio constitucional de culpabilidad; (ii) La interpretación *pro cives* del principio de legalidad, a la luz de los principios *favor libertatis* y de intervención mínima; (iii) La eficacia del derecho constitucional de igualdad ante la ley; y, finalmente, (iv) La aplicación al caso de la especie del principio general del derecho, conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos o *qui potest plus, potest minus*.

1. *La necesaria aplicación del principio constitucional de proporcionalidad de la actuación administrativa, en general, del principio de proporcionalidad de las sanciones, en particular, y del principio constitucional de culpabilidad*

Ya en el año 1994, Barnes resaltaba la importancia del principio de proporcionalidad en el derecho comunitario, el cual, por cierto, había sido ya catalogado como un «*supraprincipio*». En su Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario afirmaba que la proporcionalidad, «*en cuanto principio general del Derecho derivado de la idea de justicia material, se erige en piedra angular de todo ordenamiento jurídico*» y que, para el derecho alemán, cuya jurisprudencia lo ha venido desarrollando desde hace más de un siglo, es «*considerado ya como principio general que surca el entero Derecho Administrativo y Constitucional... ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa y apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del Derecho Público que pueda excluir su estudio y aplicación*»². El principio constitucional de proporcionalidad es, pues, un «*principio propio del Estado de Derecho*»³, cuya dimensión, en palabras de Peña Solís, «*ha conducido a la doctrina a sostener que tiene un carácter general derivado de la misma esencia del Estado de derecho... debido... al carácter garantístico de la libertad personal y de la libertad en general de dicho principio*»⁴.

En concreto, define Barnes al aludido principio como aquel «en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del

prevé en su artículo 17 una multa de 1.000 U.T. a quienes ofrezcan, anuncien, divulguen a través de cualquier medio información financiera o bursátil sobre las cotizaciones de divisas diferentes al valor oficial. Adicionalmente, el artículo 294 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (G.O. 37.570 del 14/11/02) fija una multa de 100 U.T. y el artículo 109 de la Ley General de Puertos (G.O. 39.140 del 17/03/09) hace lo propio, por el monto de 50 U.T. Aun cuando en algunos casos pueda que se traten de multas de una cuantía no muy elevada, en otros casos dichas multas pueden ascender a más de US\$ 75.000, oo, por lo que puede verse que el asunto no es baladí.

- 2 Barnes, Javier, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, Revista de la Administración Pública No. 135, Septiembre-Diciembre 1994, p. 495 y ss.
- 3 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 183.
- 4 Peña Solís, José, La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana, Colección de Estudios Jurídicos No.10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 184 y ss.

mínimo intervencionismo-) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada » o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades»⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo el principio se encuentra expresamente consagrado de manera general en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a tenor del cual «*aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma*». De igual modo, la Ley Orgánica de la Administración Pública lo incluye expresamente en su catálogo de principios del artículo 10, según el cual «*la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de... proporcionalidad... con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales*».

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad, como recién se ha apuntado, es considerado un «*supraprincipio*» que informa todas las actuaciones estatales, de manera general, no es menos cierto que, de manera particular y en concreto, por lo que atañe al poder punitivo del Estado, éste también reviste una relevancia incuestionable; es, pues, «*uno de los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo el ordenamiento sancionador*»⁶. El principio de proporcionalidad no sólo tiene vigencia máxima en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador, ya que, como es bien sabido, éste se nutre de muchos de los principios de aquél, de lo cual ha dejado testimonio el Tribunal Supremo español, cuando ha afirmado que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*»⁷. De esta realidad también da testimonio Nieto, quien afirma textualmente que «*en el momento actual es indiscutible la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal*»⁸.

De ese principio general de proporcionalidad deriva el subprincipio de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, el cual, ha sostenido la jurisprudencia patria, implica esencialmente que «*la sanción debe guardar correspondencia con la falta cometida... [y que]... la exigencia de lex certa obliga al redactor de la norma a definir tanto la infracción como la sanción, así como la correlación entre una y otra, y no puede entenderse como definida una sanción, agrega esta Sala, cuando no han sido establecidos los límites máximo y mínimo de la misma*»⁹. Este principio, pues, «*implica o exige una correspondencia entre la trascendencia, gravedad y los efectos de la acción infractora y la sanción que se aplique o imponga*»¹⁰. Como corolario de lo anterior -y parafraseando a García de Enterría y Fernán-

5 Barnes, Javier, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, Revista de la Administración Pública No. 135, Septiembre-Diciembre 1994, p. 500.

6 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 183.

7 Citado por García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 170.

8 Nieto García, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 23.

9 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, 8 de octubre de 2003, sentencia No. 01519.

10 Beltrán Aguirre, Juan Luis, Derecho administrativo sancionador: Principios informantes, en:

dez- habría que concluir que «en cualquier caso, es siempre invocable en cuanto a la fijación de la cuantía de las multas el principio de proporcionalidad»¹¹.

Sentado cuanto antecede, esto es, la inexcusable aplicabilidad del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, al momento de la graduación de la sanción, resta entonces preguntarnos si es posible la aplicación de ese mismo principio en los casos en que la ley sólo fija un monto único como sanción imponible, especialmente si consideramos que «el principio de proporcionalidad sólo puede operar cuando la Administración goza de... margen de actuación»¹² o, lo que equivale a decir, como lo subraya Beltrán, que éste «tiene su máxima proyección en el ejercicio de la facultad discrecional para determinar la sanción»¹³.

¿Podría entonces hablarse de discrecionalidad ante una norma que consagra una única consecuencia jurídica? Como es bien sabido, la discrecionalidad administrativa, al menos por lo que atañe a la discrecionalidad electiva o «*Auswahlermessen*»¹⁴, reside del lado de la consecuencia jurídica de la norma y radica en la existencia de diversas opciones de decisión, todas amparadas por el ordenamiento jurídico. Maurer explica que la existencia de la discrecionalidad administrativa puede desprenderse no sólo de una expresa consagración legal - caso más común y en el que el empleo de verbos o frases como «*podrá*», «*estará facultado para*», entre otras expresiones, resulta capital para su determinación-, sino que también puede derivarse *implícitamente* del propio contexto de la regulación.¹⁵ Es claro, entonces, que en las hipótesis comprendidas dentro del objeto de estudio no nos hallamos en el caso de la consagración expresa de potestades discrecionales, por lo que la pregunta final sería entonces si del contexto y con base en los argumentos aquí planteados, podría concluirse que dentro de esa aparente potestad reglada reflejada en la norma que impone la sanción de cuantía única, se esconden o subyacen potestades discrecionales, que, como lo afirman García de Enterría y Fernández, son «*inexcusable[s] para el funcionamiento de la Administración*»¹⁶. De contestarse afirmativamente la pregunta -como en efecto creemos que debe ser ésta respondida- no habrá otra conclusión que aceptar la plena aplicación del principio de proporcionalidad.

Otro argumento que juega a favor de la tesis expuesta se fundamenta en el llamado principio de *oportunidad*, el cual, como lo enseña Nieto, rige para la Administración en ejercicio de potestades sancionatorias y consiste precisamente en «*la posibilidad o permisibilidad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas [refiriéndose a la persecución y la aplicación*

Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica, Instituto Navarro de Administración Pública Pamplona, 2009, P. 60.

- 11 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 201.
- 12 Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 19.
- 13 Beltrán Aguirre, Juan Luis, Derecho administrativo sancionador: Principios informantes, en: Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica, Instituto Navarro de Administración Pública Pamplona, 2009, P. 60.
- 14 Maurer, Hartmut, Introducción al derecho administrativo alemán, Universidad Santo Tomás, 2008, p. 37.
- 15 «Gesetztechnisch erfolgt die Ermessensermächtigung gelegentlich durch ausdrücklichen Hinweis auf das „Ermessen“ meist jedoch durch Ausdrücke wie „kann“, „darf“, „ist befugt“ usw. Verinzelt ist es auch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung zu entnehmen» en Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15ta Edición, C.H. Beck, Munich, 2004, p. 135.
- 16 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, 5ta Edición, p. 436.

de la sanción] ... o lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo [y, en consecuencia] ... se puede ser fácilmente tolerante con infracciones en las que media una culpabilidad leve y no estén en juego intereses públicos importantes»¹⁷. El principio de oportunidad es una de las manifestaciones concretas de la por los alemanes llamada discrecionalidad decisiva («*Entschließungsermessen*»), la cual responde «a la pregunta de si las autoridades deben ser activas e intervinentes»¹⁸ ante la verificación del supuesto de hecho consagrado en la norma. Pues bien, si se admite - como en efecto hace la doctrina al reconocer el principio de oportunidad- que la Administración no tiene el *deber* de perseguir y sancionar, sino que tiene la *posibilidad* de hacerlo, con mayor razón puede entonces concluirse, que en el caso en que ésta decida perseguir y sancionar y, luego de la sustanciación del expediente arriba a la convicción de que debe imponer una sanción, tampoco tendría el *deber* hacerlo por el monto máximo de la norma, sino nuevamente sólo la *posibilidad* de hacerlo, lo que equivale a decir que podría imponer una sanción por un monto menor al legalmente estipulado. Dicho en otras palabras, si se admite esa regla según la cual la imposición en sí de la sanción, esto es, el *todo*, no es un deber sino un *poder*, para mantener la coherencia del discurso, ha de aplicarse la misma regla, sobre una de sus partes, esto es, sobre la fijación del *quantum* de la multa.

Finalmente, también podría pensarse que, como consecuencia directa de la afectación del principio de proporcionalidad, en el sentido de la exclusión de plano de su aplicación, puede verse también vulnerada una faceta de otro de los principios fundamentales del derecho sancionador, cual es el de la *culpabilidad*. La culpabilidad y la proporcionalidad están íntimamente vinculadas, constituyendo, como bien lo apunta Ossa Arbeláez, dos «*supranaciones que presiden todo el esquema del jus puniendi*»¹⁹. La proporcionalidad sirve como instrumento práctico que dota de aplicabilidad y sentido a una de las facetas del principio de culpabilidad. Y en este sentido debe existir una correlación entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la sanción. En la medida en que no puede aplicarse el principio de proporcionalidad, se frustra la eficacia de una de las facetas del principio de culpabilidad, ya que, para nada se ponderaría el grado de culpa del infractor -culpa leve, grave o dolo-, a los fines de la graduación de la sanción, vaciando así de contenido y aplicabilidad parte esencial del mencionado principio, sancionando de igual modo a quien, *gratia argüendi*, obra con culpa leve y a quien obra con dolo. Ese argumento debe ser también analizado a la luz del principio constitucional de *igualdad*, lo cual haremos más adelante en este estudio.

2. *La interpretación pro cives del principio de legalidad, a la luz los principios favor libertatis y de intervención mínima*

No es muy difícil prever que el principal argumento que se opondría a la interpretación aquí propuesta es el de la inexorable rigidez del principio de legalidad. Así pues, si la ley establece una multa con una única cuantía, la Administración pública se hallaría atada de manos a ésta y no podría sino sólo sancionar por la suma establecida. Como lo veremos de inmediato, ese argumento adolece de lo que a nuestro entender puede ser un fallo: Por una parte, la descontextualización del principio de legalidad, y, por la otra, quizá consecuencia de la anterior, una errada concepción absoluta de dicho principio.

17 Nieto García, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 143.

18 Maurer, Hartmut, Introducción al derecho administrativo alemán, Universidad Santo Tomás, 2008, p. 36.

19 Ossa Arbeláez, Jaime, Derecho administrativo sancionador: Una aproximación dogmática, 2da Edición, Legis, 2009, p. 420.

El principio de legalidad es una de las manifestaciones concretas del principio de estado de derecho.²⁰ Es, como lo enseña, Santamaría Pastor, «uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho»²¹, con lo que coincide también Nieto, cuando afirma que «para la ideología del Estado democrático de Derecho es imprescindible, en efecto, la afirmación de la legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador en cuanto que cabalmente constituye una de sus señas de identidad más características»²². Como manifestación de este principio recogido por el artículo 2º de nuestra Constitución, el principio de legalidad no sólo comparte su mismo rango, al estar reconocido de igual modo en el artículo 137 *eiusdem*, sino también su misma finalidad y razón de ser, a saber: La protección de los derechos fundamentales y libertades del ciudadano frente al poder público, pues, como lo admite Martín-Retortillo, «el largo proceso de afirmación del Estado de Derecho se formula, básicamente, frente al Poder en demanda de una protección efectiva de las situaciones de los ciudadanos»²³. En este mismo orden de ideas, la propia Ley Orgánica de la Administración Pública condiciona teleológicamente el principio de legalidad, en función de la «*garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático*»²⁴. Y es que el pivote central del derecho administrativo, de ello no hay lugar a duda alguna, se ha trasladado del régimen del aparato administrativo para concentrarse en el ciudadano y, más precisamente en la *protección* de sus derechos, garantías y libertades ante el poder público. De esta traslación dan constancia hoy en día la doctrina y los diversos ordenamientos jurídicos del mundo occidental. En nuestro país, al menos desde el plano normativo, la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos reconocen expresamente al administrado como el centro de esta construcción, poniendo expresamente a la Administración pública a su servicio.²⁵ La Administración, se dice, no es un fin en sí misma, sino un medio que, en sabias palabras de Fernández, tiene por objeto «*la consecución de una «misión imposible»... la realización cotidiana de un auténtico milagro: hacer*

20 Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15ta Edición, C.H. Beck, Munich, 2004, p. 117.

21 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, 3era Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 90.

22 Nieto García, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 202.

23 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, Instituciones de Derecho Administrativo, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 294.

24 El artículo 4 dispone que «*la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico*».

25 El artículo 141 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela establece que «*la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*». El artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone, a su vez, que «*la Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social*». El artículo 35 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos dispone que «*la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe estar dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público*».

compatible el poder con la libertad, el interés público con el interés privado y asegurar la convergencia de tan dispares exigencias en un cierto punto de equilibrio»²⁶.

Pues bien, el principio de legalidad se concreta, expresa y articula mediante un «*mecanismo técnico preciso*», a saber, la técnica de atribución de potestades o llamado principio de competencia. Como lo enseñan los maestros García de Enterría y Fernández, la legalidad «*otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda actuación administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido*»²⁷. Si la legalidad es entonces el principio constitucional general, la atribución de competencias es su implementación técnica, siendo que la norma legal atributiva se erige como «*fundamento previo y necesario*» de todas las actuaciones que se hallan comprendidas dentro del aludido apoderamiento, pero también como un «*límite o frontera a su ejercicio*»²⁸. Esa función de «*límite*» ha sido explícitamente destacada por la jurisprudencia española cuando se ha afirmado que «*la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución [artículo equivalente a nuestro artículo 49.6] ... el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora*»²⁹. Ahora bien, como lo destaca Detterbeck, el principio de legalidad rige con plenitud sólo en el ámbito de las actuaciones de eficacia ablatoria de la Administración o «*Eingriffsverwaltung*»³⁰, dentro de las cuales es la actividad sancionadora una de las principales. Así pues, en otras áreas y formas de actuación se aceptan matices al rigor de dicho principio.³¹ De allí que se considere que éste no es, como normalmente nunca nada suele serlo en el derecho, un principio absoluto. Sólo en la medida en que él sea útil para la protección de los derechos y libertades del individuo frente al poder público, encuentra aplicación. Con mayor o menor tino la jurisprudencia venezolana también ha aceptado algunos matices al principio de legalidad.³² Consecuencia de todo lo anterior es la conclusión

26 Fernández, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración, 5ta Edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 94 y 95.

27 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 447.

28 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, 3era Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 92 y ss.

29 SSTC 42/1987 y 3/1988 citadas por Nieto García, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 214.

30 Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ma Edición, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 85.

31 En este sentido, también Jestaedt, Matthias, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, en: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13era Edición, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, p. 289.

32 Por su parte, la jurisprudencia nacional ha aceptado la relajación del rigor del principio de legalidad, a través de la recepción excepcional de la llamada teoría de las potestades implícitas, en actuaciones de eficacia no ablatoria. Pese a su extensión y con la venia del lector, nos permitimos transcribir el siguiente párrafo, por considerarlo de interés a los efectos del tema, tomado de la sentencia No. 0087 del 10 de febrero de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa: «*A través de la atribución de una competencia como expresión de una potestad pública, se manifiesta el principio constitucional de legalidad, por lo que la competencia es de estricto derecho. Este criterio restrictivo de la legalidad, goza de cierta preponderancia en la doctrina administrativa nacional y es el sostenido por importantes representantes de la Doctrina Española... Ahora bien, para un gran sector de la Doctrina, esta regla de la competencia, admite excepciones, y es allí donde surge la tesis de las "potestades implícitas o inherentes". Esta tesis consiste en que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la norma. En este senti-*

preliminar de que el principio de legalidad -que más que tener como objeto principal el sano desarrollo de la actividad administrativa, desde el punto de vista objetivo, tiene como finalidad primordial la protección o resguardo, desde el punto de vista subjetivo, de las libertades y derechos del individuo frente al ejercicio del poder público, imponiéndole a éste limitaciones y fronteras a su actuación gravosa- *no es un principio absoluto*. Él se nos presenta, pues, con su mayor vigor, únicamente en la medida en sirva de presupuesto y *límite* a actuaciones estatales que incidan de manera desfavorable a aquél.

Y es precisamente esa faceta de la competencia como herramienta técnica, a saber, su función (de)limitadora del ejercicio de las potestades públicas, en particular de la potestad sancionatoria, sobre la que debemos ahora parar mientes. Si se entiende la competencia como una esfera o radio de acción únicamente *dentro del cual* puede actuarse válidamente, podría entonces afirmarse que también se obra bajo el amparo de ese principio *en tanto y en cuanto no se excedan los límites máximos* previstos en la norma o, dicho de otro modo, que *no es necesario que siempre se actúe al límite*. Toda actuación *atenuada* en función del propio titular de la protección brindada por el principio de legalidad, esto es, en aras de la libertad y derechos del ciudadano, se hallaría bajo su manto de cobertura. Ello adquiere aún mayor sentido, cuando se añaden a la ecuación el principio de interpretación *pro cives, favor libertatis* y el principio de *intervención mínima*, que nos fuerzan a interpretar siempre el principio de legalidad y las competencias en función del ciudadano y su libertad, como *valor superior* de nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de favorecer y permitir que la incidencia negativa en su esfera jurídica se dé únicamente en la medida de lo estrictamente necesario («*Übermaßverbot*»), garantizando así la supremacía constitucional de los principios y derechos a los que hemos aludido.

Queda así, pues, allanado el camino para concluir que toda medida dictada dentro de la esfera de competencias máximas prevista por la norma, que, insistimos, se erige como *límite externo*, halla amparo en el principio de legalidad, siempre y cuando se concrete en un beneficio para el particular. Ello porque, insistimos, el principio de legalidad *se erige como una garantía* para éste de que la Administración pública no puede afectarle más allá de los límites sentados por el legislador, *pero no puede jamás entenderse como un obstáculo para impedirle una afectación menor de su esfera jurídica*. Así pues, el principio de legalidad no puede ser interpretado jamás *in peius*. Dentro de la propia actividad de eficacia ablatoria, una afectación de menor grado a la que cabría, de no hacerse la interpretación propuesta, es siempre

do, se explica que si la competencia no surge en forma concreta de la norma, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de la norma. Se señala como ejemplo, el caso de una norma que atribuye a la Administración Pública la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales a los cauces públicos, de la que se puede inferir la atribución, -aun cuando la norma no señala nada al respecto-, de instalar instrumentos de medida y desagüe de las respectivas fábricas. En nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando se parte de un principio de legalidad formalmente estricto, la Doctrina se inclina a aceptar esta tesis de las potestades implícitas. Sin embargo, se ha insistido que al constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como consecuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia».

de recibo, es siempre favorable, precisamente por ser menos gravosa a la que resultaría de una ciega, automática e irreflexiva aplicación -cual autómatas- de la norma legal.³³

La interpretación propuesta de este tipo de normas sancionatorias quedaría así comprendida dentro del principio de legalidad, siendo no sólo posible, sino también obligatorio que la Administración pública, atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto, pueda o, más bien, deba *graduar* las sanciones en función de la proporcionalidad. Ello porque, como lo enseña Maurer, la eficacia de los derechos fundamentales obliga a que la Administración, en el marco del procedimiento administrativo, interprete, complete y aplique las normas «*grundrechtskonform*», esto es, conforme con los derechos fundamentales y asegurando así la supremacía constitucional. En Venezuela, la Administración pública está obligada a respetarlos y garantizarlos, pues, como ya lo sabemos, corresponde a ésta, a tenor de lo previsto por los artículos 8 y 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, «*cumplir y hacer cumplir la Constitución*», siendo el objetivo principal de su «*funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución... y en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos*». En síntesis, la Constitución le prohíbe a la Administración pública quedarse de manos cruzadas ante normas legales que desconozcan principios y derechos constitucionales, en una suerte de espera pasiva so pretexto de espera a una reforma legislativa, sino que, dentro de cánones de interpretación como lo expuestos, debe ésta salvar la discrepancia con la Constitución, tomando un rol activo, siempre, eso sí, dentro de sus límites competenciales.

3. *La eficacia del derecho constitucional de igualdad ante la ley*

Ya hemos apuntado que la aplicación de plano de una sanción de cuantía única excluye la posibilidad de la ponderación de las circunstancias del caso, lo cual puede llevar a un desconocimiento del principio constitucional de proporcionalidad. Ahora bien, esa exclusión de la posibilidad de considerar las circunstancias concretas y puntuales que hacen de cada caso algo *único*, también se puede traducir en un desconocimiento del derecho y principio de igualdad ante la ley, salvaguardado por el artículo 21 de la Constitución y reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico venezolano por sus artículos 1º y 2º.

Sin querer entrar aquí en mayores detalles sobre el complejo contenido y funciones de este principio y derecho, sí nos interesa destacar, parafraseando a Prieto Sanchís, que el principio de igualdad ante la ley «*encierra dos subprincipios: tratar igual aquello que es igual, y tratar de forma desigual lo que es desigual*»³⁴. Para nuestros propósitos resulta ahora relevante la formulación negativa del principio, esto es, la prohibición de dar igual tratamiento a hechos que se dan en circunstancias distintas, porque ello puede llevar incluso a resultados injustos, contrarios, pues, a la Justicia entendida como valor superior del ordenamiento jurídico. En el caso bajo examen, la imposición de exactamente la misma sanción pecuniaria a hechos que, si bien son subsumibles en el enunciado de la misma norma, *pueden haber sido realizados bajo las más diversas circunstancias* personales, de modo, tiempo o lugar o hasta incluso con diferentes grados de culpabilidad, daría lugar a una violación del principio de igualdad. La interpretación propuesta permite a la Administración ponderar y, en consecuen-

33 Mismos argumentos sirven de base a los principios *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario* e incluso a la única relajación posible del principio constitucional de irretroactividad de los actos estatales, cuyos efectos sólo pueden ser retrotraídos a situaciones consolidadas previas a su vigencia, todo ello siempre y cuando favorezcan al individuo, principios todos estos prácticamente incontrvertidos hoy en día.

34 Prieto Sanchís, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 2da Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 181.

cia, diferenciar las situaciones fácticas o sus circunstancias, con la finalidad de lograr una sanción efectivamente proporcional, una sanción que, en palabras del legislador, mantenga «la debida proporcionalidad y adecuación» entre hechos y consecuencias. Con base en esta tesis, es obvio que la Administración no podría sancionar por un monto mayor al previsto por la norma, pero sí por uno menor, permitiéndose así, dentro del límite máximo previsto por ley, el tratamiento diferenciado de situaciones diversas, de manera que, como lo consagra el artículo 21 constitucional, se garanticen las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva.

Usemos algunos ejemplos concretos para ilustrar el argumento. La vigente Ley de Aeronáutica Civil prevé en su artículo 126, numeral 1.1.8., una multa de 1.000 U.T. a la empresa de transporte aéreo que transporte «pasajeros o carga sin la documentación exigida en el lugar de destino o dejarlos abandonados en este, por el incumplimiento de estos requisitos». Por una inobservancia, la empresa A omite comprobar si el pasajero X, a quien, por su nacionalidad, se le exige visado para ingresar a territorio venezolano, cuenta con la visa consular apropiada. Al arribar, la autoridad administrativa de inmigración le niega la entrada a X por falta de visa, por lo que A procede de inmediato a colocarlo en el siguiente vuelo de retorno al lugar del cual provino. A la empresa A nunca se le ha sancionado por la comisión de esta infracción. Por otra parte, se halla la empresa B, que entre sus equipos, opera varias aeronaves del tipo Boeing 747-400 con capacidad para 524 pasajeros. De los 504 pasajeros de diversas nacionales que se contabilizan en el vuelo de esta mañana, 403 requieren de visado consular para ingresar al país. B, empero, no comprueba la documentación de absolutamente ninguno de los 504 pasajeros y al serles negado el acceso a los 403 pasajeros, B sostiene que le resulta imposible retornarlos de inmediato a su lugar de destino. El traslado de vuelta tiene lugar, finalmente, dos días después. B, además, ha sido sancionada en diversas oportunidades por la comisión de idéntica infracción. No obstante las diferenciadas circunstancias fácticas apuntadas, tanto A como B son sancionadas exactamente con la misma multa de 1.000 U.T.

Otro ejemplo. El artículo 127, numeral 1.1., *eiusdem*, prevé que «el comandante o piloto al mando de una aeronave será sancionado... por permitir el uso de aparatos de aerografía, cinematografía, aerotopografía y otros que posibiliten el levantamiento de información relativa a seguridad de estado, a bordo de una aeronave en vuelo». Durante la maniobra de aterrizaje del Boeing 747-400, piloteado por el comandante de vuelo S, un pasajero, titular de una visa de turismo, toma rápidamente dos fotos desde su puesto y a través de la ventanilla a varios helicópteros de fabricación rusa y de reciente adquisición por parte de la Aviación Militar Nacional Bolivariana que se hallan apostados frente al hangar 18. Por otra parte, el piloto M, comandante de vuelo de un turbohélice Cessna 406 Caravan, recibe al pasajero X, quien renta la aeronave por espacio de dos horas, durante las cuales le solicita a aquél que sobrevuele el Palacio de Miraflores, mientras éste realiza diversas tomas con un aparato fotográfico profesional, a lo cual el piloto no se opone. Antes bien, el piloto le ofrece de manera gratuita un breve sobrevuelo adicional sobre La Casona. Los pilotos S y M son sancionados, ambos, por 1.000 U.T.

Otro. El artículo 17 de la Ley de Ilícitos Cambiarios³⁵ sanciona con una multa de 1.000 U.T. a todas aquellas «personas naturales o jurídicas que ofrezcan, anuncien, divulguen de forma escrita, audiovisual, radioeléctrica, informática o por cualquier otro medio, informa-

35 Hemos usado el ejemplo por tomar uno cualquiera del ordenamiento jurídico vigente actual, dejando por un instante de lado nuestras consideraciones personales en torno a la (in)constitucionalidad de las prohibiciones contenidas en la aludida ley y al sistema de control cambiario en general.

ción financiera o bursátil sobre las cotizaciones de divisas diferentes al valor oficial». En el blog «Economía de Hoy» el estudiante universitario M reseña las más recientes investigaciones económicas, así como artículos de prensa internacional. A pesar que el blog tiene principalmente fines académicos, se halla abierto al público en general. En la página principal del blog M ha colocado un link que lleva directamente a su página personal de Facebook, en la que en días pasados, escribió «Increíble, el dólar paralelo casi a BsF. 10,00 - Prepárense para lo que viene!!!».- La casa de bolsa L ofrece una variada gama de servicios bursátiles en su portal oficial. Recientemente L ha implementado una sofisticada plataforma tecnológica que, contra el pago de una remuneración mensual que se carga automática a la tarjeta de crédito del suscriptor, ofrece un servicio de información periódica sobre las variaciones significativas de una tasa de cambio no oficial e incluso envía al correo electrónico del suscriptor las llamadas «alertas» que le informan en tiempo real sobre las fluctuaciones favorables de la tasa de cambio no oficial. En un breve tiempo el servicio ha adquirido una elevadísima cantidad de suscriptores a nivel nacional. El estudiante M y la empresa L son ambos sancionados, empero, por la misma suma de 1.000 U.T., equivalente hoy en día a US\$ 15.116,27.

4. *La aplicación al caso de la especie del principio general del derecho, conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos o qui potest plus, potest minus.*

El derecho reconoce ciertos principios generales que informan el ordenamiento jurídico y con base en los cuales debe ser éste interpretado y aplicado por el operador jurídico. Conforme a uno de esos principios, la atribución de un poder jurídico específico a una persona no implica necesariamente para ésta una obligación o deber de ejercicio *in totum*, sino que ésta se hallaría habilitada para ejercerlo «parcialmente», por así decirlo. El aludido principio, que se conoce bajo el apotegma jurídico *qui potest plus, potest minus*, «consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor -de rango inferior- de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley. Quien puede lo más, puede lo menos»³⁶. Este principio parte de la idea de la norma atributiva de competencia como un límite externo al ejercicio de la misma. Este principio se fundamenta, finalmente, en el argumento de la lógica jurídica *a maiore ad minus*, que como algunos autores han apuntado, no se limita únicamente a ser un argumento de la lógica formal.

La interrogante sobre si este principio puede aplicarse a la Administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora, a la luz del principio general del poder-deber, debe responderse de manera afirmativa. ¿Las razones?: Las mismas que se han venido exponiendo a lo largo de este breve ensayo.

II. CONCLUSIONES

Hemos observado que es posible interpretar del contexto expuesto la existencia de potestades discrecionales en normas que establecen una cuantía fija como sanción, entendiéndola como un límite máximo. Hemos apuntado que esa interpretación del principio de legalidad, que permite atenuar la sanción, ponderando las circunstancias concretas de cada caso, está amparada por los principios *pro cives*, *favor libertatis* y de *intervención mínima* y permite garantizar el derecho a la igualdad, así como la aplicación y consecuente salvaguarda del principio de proporcionalidad, oportunidad y de culpabilidad. Adicionalmente, dijimos que esa interpretación puede fundamentarse, también, en el principio general del derecho *qui potest plus, potest minus*. Todo ello para concluir que la Administración pública no sólo

36 Jañez Barrio, Tarsicio, *Lógica Jurídica*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, p. 468.

puede, sino que además, para garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución, los principios, valores superiores y derechos fundamentales que sirvieron de base a nuestra argumentación, debe contar con la posibilidad de imponer una sanción por una suma menor a la fijada por la ley, en aquellos casos en que las circunstancias por ella ponderadas hagan de esa solución la decisión proporcional, la decisión justa.