



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

PETIT, JACQUES
La proporcionalidad de las sanciones administrativas
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 22, 2019, pp. 367-397
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n22.14

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503860786014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH 

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

La proporcionalidad de las sanciones administrativas

JACQUES PETIT¹

TRADUCCIÓN DE IRIT MILKES S.²

RESUMEN

El presente artículo aborda las sanciones administrativas en el derecho administrativo en general, haciendo particular énfasis en el principio de proporcionalidad y su influencia en la práctica de potestades sancionatorias de autoridades administrativas. A partir de un estudio teleológico de las finalidades de la imposición de sanciones administrativas, a lo largo del escrito se observan las razones por las cuales en cada caso en concreto deben analizarse los fines perseguidos con la imposición de una sanción. A partir del examen de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y Consejo de Estado francés, además de jurisprudencia de la CEDH, la presente investigación busca evidenciar algunos criterios de determinación de la proporcionalidad que deberán ser tenidos en cuenta por el legislador al momento de preverlas en las disposiciones normativas, por la autoridad administrativa cuando impondrá la sanción en concreto y, de igual forma, por el juez en el escenario de control del acto administrativo mediante el cual se impone una sanción.

Palabras clave: sanciones administrativas, proporcionalidad, poder sancionatorio, Administración pública, control judicial.

1 Doctor en Derecho, Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Profesor de la Universidad de Rennes I, Rennes, Francia. Correo-e: jea.petit@wanadoo.fr. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7852-5988>.

2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: irit.milkes@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3802-481x>. Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2019. Fecha de modificación: 22 de enero de 2019. Fecha de aceptación: 22 de abril de 2019. Para citar el artículo: PETIT, JACQUES, "La proporcionalidad de las sanciones administrativas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 367-397. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.14>.

The Proportionality of Administrative Sanctions

ABSTRACT

This paper analyzes administrative sanctions in general Administrative Law, with particular regard to the proportionality principle and its role in how administrative authorities exercise sanctioning powers. Through a teleological study of administrative sanctions, this research aims to reveal the importance of determining the purposes that, in each single case, the corrective measure is sought to attain. By examining specific rules of proportionality in the case law of the French Constitutional Council and the Council of State, along with the jurisprudence of the CEDH, it intends to fuel the debate on the criteria to be incorporated by lawmakers, applied by administrative authorities, and considered by judges during judicial review.

Keywords: Administrative Sanctions, Proportionality, Sanctioning Powers, Public Administration, Judicial Review.

Con el objetivo de estudiar la proporcionalidad de las sanciones administrativas, deberemos hacer algunas precisiones, ya que resulta necesario indicar qué es lo que entendemos por *sanción administrativa* y por qué esta noción puede ser entendida en diferentes sentidos. Cuestión que en un orden lógico se desdobra: debe definir tanto el componente de *sanción*, como el componente *administrativo*.

La noción de *sanción* será entendida en el presente trabajo en sentido estricto, como designación de una medida represiva, es decir, una medida que menoscaba la situación material o moral de un individuo, con el objetivo de reprimir una falta cometida por este. En otras palabras, se trata de una falta a una obligación. De esta definición se desprende que la sanción es una medida que define a la vez su contenido (el menoscabo a una situación), su fundamento de hecho o su condición legal (la falta), y su objetivo o finalidad (castigar al autor de la falta y no, en particular, reparar el perjuicio que ella hubiese podido causar). Así, es importante resaltar que la finalidad punitiva es el objetivo directo de la sanción, pero esta última persigue, necesariamente, una finalidad más amplia: proteger los intereses públicos que constituyen el fundamento de las obligaciones desconocidas. Por ejemplo, las sanciones aplicadas a las empresas culpables de prácticas restrictivas de la competencia pretenden reprimir estos comportamientos, al igual que asegurar el buen funcionamiento del mercado.

Por otro lado, el carácter *administrativo* de la sanción puede ser comprendido de manera amplia. En el sentido más estricto, entendemos por sanciones administrativas aquellas emitidas por una autoridad administrativa y desprovistas de un carácter disciplinario, lo cual hemos denominado algunas veces

sanciones administrativas generales. El carácter general y no disciplinario de la medida significa que es un poder de naturaleza penal, que fue confiado a una autoridad administrativa cuando este había sido atribuido normalmente al juez. En el derecho francés, las sanciones que la respectiva autoridad de derecho de la competencia pueda imponer a cualquier empresa autora de una práctica restrictiva de la competencia son, por ejemplo, de este tipo. En un sentido amplio, englobamos en la noción de sanción administrativa a todas las sanciones impuestas por una autoridad administrativa, sin distinguir entre las sanciones disciplinarias y las no disciplinarias. Finalmente, en un sentido aun más amplio (frecuentemente adaptado por la doctrina francesa), comprendemos la noción no solamente como las sanciones pronunciadas por una autoridad administrativa, sino también aquellas impuestas por las jurisdicciones administrativas (por ejemplo, por las jurisdicciones disciplinarias competentes para imponer sanciones sobre algunos funcionarios o miembros de algunas profesiones) porque todas estas sanciones pertenecen al derecho administrativo (y no al derecho penal). No analizaremos aquí el poder represivo de la administración propiamente dicho; además, el tema de la proporcionalidad interesa de igual manera a las sanciones disciplinarias como a las no disciplinarias. En consecuencia, es la segunda concepción la que será tenida en cuenta para el desarrollo de este trabajo.

La segunda precisión se refiere a la noción de *proporcionalidad*, la cual es frecuentemente comprendida como una exigencia para que la severidad de la sanción sea adaptada a la gravedad de la infracción. Esta definición presenta un defecto: ella hace creer que la proporcionalidad impone solamente una relación de adecuación entre dos de los elementos de la sanción: su contenido y su condición legal. Un análisis un poco más preciso conduce a afirmar que la proporcionalidad supone la existencia de una relación entre los tres elementos constitutivos de la noción de sanción, elementos que son indisociables, ya que el contenido de la sanción debe estar ajustado a la falta de tal manera que aquella –la sanción– alcance sus objetivos (directos e indirectos)³. Esta concepción tiene una consecuencia importante, pues implica que, para apreciar la proporcionalidad de una sanción, no solamente debe analizarse la gravedad de la falta sino también los objetivos de la sanción, y así considerar la importancia de los intereses que pretende proteger cada sanción en concreto. Así, como lo veremos a lo largo de este trabajo, esta última posición es la acogida por el derecho positivo francés, que confirma este punto de vista.

Resulta útil para complementar esta definición escudriñar cuál es la razón de ser de la exigencia del principio de proporcionalidad. Sin duda, su fundamento

3 En este sentido, a propósito del principio de proporcionalidad en general, véase GUY BRAIBANT, "El principio de proporcionalidad", *Mélanges Marcel Waline*, t. II, París: LGDJ, 1974, p. 397 y ss., en especial, p. 398.

es esencialmente liberal, en el sentido político del término, es decir que ella pretende racionalizar y limitar el poder punitivo de la Administración. En efecto, puede considerarse como una prerrogativa del poder público que permite afectar o menoscabar las situaciones individuales, particularmente derechos. La Administración detenta este poder (como todas sus otras prerrogativas) porque de alguna manera resulta necesaria para la protección del interés público, como, por ejemplo, para regular el mercado necesita poder sancionar las prácticas anticompetitivas. Esta necesidad es el fundamento de su poder de sanción y, por consecuencia, su límite, ya que sanciona en ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas exclusivamente en aquellos casos donde lo considere necesario. Por lo tanto, una sanción desproporcional no podría ser admitida, precisamente porque supera lo que es necesario y se encuentra, por lo mismo, privada de fundamento. Una tercera precisión tiene que ver con el punto de vista de la proporcionalidad, que será más adelante examinada. Esta cuestión será tratada a partir del derecho francés, el cual intenta dar un alcance más general para este propósito. Cada uno de estos puntos exige ciertas precisiones.

En materia de sanciones administrativas, estudiar el punto de vista exclusivamente francés no es posible, ya que, en este campo, el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención EDH) y, en menor escala, el derecho de la Unión Europea ejerce una influencia considerable sobre los derechos nacionales de los Estados europeos. En cierta medida, se trata de un movimiento de unificación del derecho aplicable a nivel europeo, mientras que a nivel de los Estados miembros históricamente las tradiciones jurídicas nacionales, en materia de sanciones administrativas, presentan serias diferencias aún existentes. En consecuencia, la importancia de esta unificación puede entenderse como un fortalecimiento de las garantías sustanciales y procesales en cabeza de los individuos, como resultado de una transposición de los principios clásicos del derecho penal y su procedimiento a las sanciones administrativas. Un procedimiento de "penalización" del régimen de sanciones administrativas está en acción, pues las cortes constitucionales contribuyen a este proceso y, en Francia, es particularmente el caso de la jurisprudencia del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*).

De tal forma, esta "penalización" plantea dos grandes cuestiones: la primera, frente a la especificidad del régimen de la sanción administrativa: ¿está destinado este a desaparecer o solamente a atenuarse? Al tener en cuenta la transposición en materia administrativa de los principios del derecho penal, ¿podrían alterarse las sanciones administrativas como resultado de su adaptación a las particularidades que pueden presentar las sanciones penales? La segunda cuestión se refiere a la unidad del régimen de la sanción administrativa: ¿la penalización influye en un mismo grado en todas las sanciones administrativas? o ¿conviene considerar su influencia dependiendo de la sanción administrativa que se trate? De manera correlativa, ¿hasta qué punto la influencia del derecho

penal provoca una homogenización del régimen de la sanción administrativa? Estos interrogantes se encuentran evidentemente relacionados, puesto que la penalización no es la misma en todos los casos que nos encontremos frente a una sanción administrativa, precisamente por su relación con las sanciones de carácter penal son notables.

Con el objetivo de dar un alcance mucho más general, el derecho francés será analizado a partir de algunas cuestiones generales que plantean la exigencia de la proporcionalidad, es decir, cuestiones que se plantean para el derecho administrativo en general. Por tanto, debería resultar fácil comparar las respuestas que el derecho francés aporta a estos cuestionamientos o interrogantes que se realizan de igual forma otros ordenamientos. Esto nos conducirá a determinar cuáles son los cuestionamientos generales.

La primera está relacionada con la idea de "penalización" del régimen de las sanciones administrativas. La exigencia de la proporcionalidad de la pena es uno de los fundamentos del derecho penal moderno, construida en Europa a partir del final del siglo XVIII bajo la influencia de las ideas de Beccaria⁴. Esta exigencia fue concebida como corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas: la ley penal debe definir con precisión las infracciones y sanciones de tal forma que estas sean proporcionales a aquellas. De conformidad a una evolución general, lo que era en su origen una idea para orientar la acción del legislador, se convirtió en un principio del derecho positivo impuesto a este último, ya que está consagrado en una convención internacional (por ejemplo, el artículo 49-3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵) y por la Constitución. De esta manera, en Francia, el Consejo Constitucional interpretó la disposición del artículo 8 de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789 (que hace parte del derecho constitucional francés actual), según la cual "la ley solamente debe establecer las penas estricta y evidentemente necesarias", como lo exige el principio de proporcionalidad de las sanciones penales⁶. Esta interpretación está evidentemente fundamentada sobre la idea anteriormente expresada, según la cual lo que es desproporcional no es necesario. Esto conduce a una primera cuestión que abarca la existencia de un mismo principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas: de conformidad con el ejemplo del derecho penal,

4 Se trata evidentemente de su famosa obra, CESARE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], nueva traducción francesa, París: Cujas, introducción de Marc Ancel y Georges Levasseur, 1966.

5 Este texto dispone que "la intensidad de las penas no debe ser desproporcionado con relación a la infracción".

6 El punto de partida de esta jurisprudencia se encuentra en la decisión n.º 127 DC del 19 y 20 de enero de 1981, "Seguridad y Libertad" Rec. Cons. Const., p. 15, AJDA 1981, p. 278, note Gournay, Gaz. Pal. 1981, 13-14 de febrero, note Perier-Daville, JCP 1981.II.19701, note Franck, RDP 1981, p. 661, note Philip, Rev. Adm. 1981, p. 266, note de Villiers.

¿el derecho administrativo sancionatorio consagra un principio de proporcionalidad? La respuesta actual del derecho francés (al igual que el derecho administrativo de otras latitudes) es positiva.

Dado que existe el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, dos otros interrogantes se plantean respecto a su implementación. En efecto, este debe ser respetado en las dos etapas del procedimiento sancionatorio: en principio, la etapa del establecimiento de la sanción y, después, la etapa de la imposición de la sanción establecida. En otras palabras, el principio de proporcionalidad significa, en primer lugar, que la autoridad pública competente para establecer sanciones administrativas (legislador o autoridad en ejercicio de un poder reglamentario) debe prever sanciones proporcionales. Este principio significa que la autoridad administrativa competente para imponer las sanciones establecidas por la ley o el reglamento debe imponer una sanción proporcional a la falta o infracción efectivamente cometida. Esta distinción es importante por dos razones: la primera es que la cuestión de la proporcionalidad no plantea la manera en todos los casos. Podríamos encontrarnos ante un primer caso, donde esta cuestión se plantea de manera abstracta: se trata de saber si la pena prevista por una regla de derecho para una categoría de infracciones es proporcionada. Por otro lado, podríamos también encontrarnos en el caso donde la cuestión de la proporcionalidad se plantea de manera concreta: una sanción impuesta por una decisión individual contra alguna persona es proporcional a la falta efectivamente cometida por esta.

En segundo lugar, las relaciones entre la proporcionalidad abstracta y la proporcionalidad concreta presentan ciertas oposiciones. En concreto, sus lugares respectivos aparecen inversamente proporcionales: entre más sea fijada de manera precisa por la regla sancionadora la proporcionalidad, menos tendrá esta autoridad un margen de maniobra o apreciación para adaptar la sanción a cada caso en concreto. Por tanto, si la sanción simplemente se fija en niveles concretos, dicho margen será mucho más amplio. La evolución de la proporcionalidad en materia penal lo demuestra, pues la sacralización del principio de legalidad condujo a estimar que correspondía exclusivamente a la ley determinar las penas aplicables sin dejar ningún margen de apreciación al juez. Este sistema de penas fijas fue defendido por Beccaria⁷ y adoptado por el Código Penal francés de 1791. Sin embargo, el desarrollo de las teorías penales basadas en la personalidad del delincuente condujo a desear individualizar el tratamiento de estas, lo que supuso abrir las facultades del juez para permitirle adaptar la sanción a cada caso en concreto. Como lo veremos, esta tensión entre la proporcionalidad abstracta y la proporcionalidad concreta existe de igual forma para la imposición de una sanción administrativa.

Este estudio comprenderá entonces tres puntos:

7 CESARE BECCARIA, *óp. cit.*, cap. 20.

- La existencia de un principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.
- La proporcionalidad abstracta de la sanción administrativa prevista.
- La proporcionalidad concreta de la sanción administrativa impuesta.

1. LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Siguiendo la metodología mencionada (análisis de las respuestas del derecho francés a interrogantes generales), conviene comenzar por algunas observaciones, a decir verdad, sumarias, sobre las diferentes maneras en las cuales el derecho positivo puede afirmar (o, por otra parte, negarse a afirmar) un principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

Así, podemos considerar sobre este punto una primera alternativa. O bien el derecho positivo plantea un principio general de proporcionalidad de la acción administrativa, que es aplicado a las sanciones administrativas como a las otras decisiones administrativas, como es el caso, por ejemplo, del derecho de la Unión Europea⁸; o bien, en la ausencia de un principio general de proporcionalidad, es posible afirmar la existencia de un principio de proporcionalidad específico de la acción administrativa sancionadora porque, en este campo, tal principio parecía particularmente necesario para la protección de derechos individuales.

Una segunda alternativa –desde un punto de vista formal– radica en presentar el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas podrán ser presentadas de tres formas: a) en principio, puede encontrarse explícitamente consagrado en un texto; b) contrario a la anterior opción, ante la ausencia de una disposición normativa, es posible que el juez consagre la exigencia de un principio jurisprudencial de proporcionalidad (particularmente inspirado en el derecho penal); y c) finalmente, encontramos una tesis intermediaria, un texto que no lo menciona explícitamente y que puede ser interpretado por el juez como principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas (interpretación que será generalmente motivada por la preocupación de fortalecer o reforzar las garantías ofrecidas a los administrados frente al poder sancionador de la Administración).

La realización de una u otra de estas posibilidades en uno u otro derecho depende de dos factores: la observancia de características generales del derecho administrativo y la tradición jurídica nacional en materia de sanción administrativa.

8 Véase ADRIENNE DE MOOR-VAN VUET, "Administrative sanctions in EU law", en *Administrative sanctions in the European Union*, Cambridge: Intersentia, Oswald Jansen (dir.), 2013, pp. 607 y ss., en especial, pp. 635-637.

Así las cosas, podemos, a partir de este marco general, reflexionar sobre el caso concreto del derecho administrativo francés. Sus rasgos esenciales pueden ser resumidos de la siguiente manera: se trata de un derecho elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado (en absoluto por el legislador) con la preocupación primordial del buen funcionamiento de la Administración y no la protección de derechos individuales. Bajo esta misma lógica, la tradición francesa de la actuación administrativa puede resumirse en que en su antiguo origen y desarrollo estuvieron rodeados de reticencia, incluso de hostilidad, surgiendo así de manera puramente empírica, sin esfuerzo de sistematización (cuestión particular del derecho francés, que lo diferencia enormemente del derecho alemán).

Lo anterior explica el estado del principio de proporcionalidad de las sanciones en el derecho francés. Durante largo tiempo, tal principio no existió al no ser considerado por el legislador. Lo anterior se explica, además, por el carácter jurisprudencial del derecho administrativo francés, pues especialmente en las decisiones del Consejo de Estado no era posible concebir la idea de plantear un principio a nivel jurisprudencial. Debido a esta ausencia tradicional de un principio de proporcionalidad (1.1), el derecho administrativo sancionador era mucho menos protector que el derecho penal. Para remediar esta lamentable situación, la jurisprudencia del Consejo Constitucional y la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) hicieron que recientemente se planteara el principio de proporcionalidad de las sanciones (1.2).

1.1. LA AUSENCIA TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En materia de sanciones administrativas, el Consejo de Estado encontró la forma de subsanar las lagunas de los textos normativos con el fin de volver en principio jurisprudencial una garantía procedente del derecho penal. Para lograr este cometido, llevó los derechos de defensa —ya consagrados previamente en el derecho penal— a la categoría de principios generales del derecho, los cuales debían ser observados por la Administración antes de imponer cualquier sanción⁹. Sin embargo, la proporcionalidad no recibió el mismo tratamiento.

Para comprender el por qué no logró darse el mismo tratamiento a este principio, primero deberemos precisar cómo este problema de la consagración jurisprudencial del principio de proporcionalidad se planteó ante este máximo tribunal en Francia.

Tradicionalmente, el derecho administrativo francés consideraba que el principio del derecho penal de la legalidad de las infracciones no se aplicaba

9 CE, sect. 5 de mayo de 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec. CE, p. 133, RDP 1944, p. 256, concl. Chenot.

en materia administrativa, y particularmente, en materia disciplinaria. Generalmente, en efecto, los textos sancionadores no elaboraban una lista exhaustiva de infracciones; estos se limitaban a indicar, básicamente, que toda falta a los intereses, por agentes públicos o miembros de algunas profesiones especialmente, de los deberes que perseguían sus funciones constituía una falta meritoria de la imposición de una sanción. En consecuencia, las disposiciones legales no establecían la correlación entre tal infracción y una sanción; estas establecían solamente una escala exhaustiva y limitada de sanciones, donde la autoridad administrativa tendría que escoger y decidir cuál sanción sería la más idónea, lo cual dejaba un poder discrecional a la Administración. En estas condiciones, tal planteamiento fue estudiado por el Consejo de Estado con el siguiente cuestionamiento: ¿es conveniente dejar la proporcionalidad de la sanción de una infracción a la libre apreciación de la Administración, o debe imponerse, en caso de silencio de la norma, un principio de proporcionalidad inspirado en el derecho penal? Como era de esperarse, el Consejo de Estado optó por la primera solución¹⁰. Los fallos que adoptaron esta posición decidieron, básicamente, que el juez no es competente para apreciar la proporcionalidad de la sanción¹¹. Esta motivación, como Dellis lo previó¹², muestra la razón profunda por la cual el Consejo de Estado se negó a consagrar el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas (y, además, un principio general de proporcionalidad para el conjunto de la acción administrativa). No fue la pertinencia de este principio la razón para que su decisión fuese impugnada posteriormente, sino, por el contrario, el hecho que, conllevada su consagración, ya que conduciría al juez a ir más allá del control de la acción administrativa o, en otras palabras, correría el riesgo de llevarlo "a sustituir completamente la autoridad administrativa que efectúa un juicio o control de oportunidad"¹³.

En consecuencia, esta posición explica el por qué durante muchos años no existiese un principio jurisprudencial de proporcionalidad de la sanción administrativa, ya que hubo reticencia para introducir alguna exigencia de proporcionalidad en materia sancionatoria. En efecto, sin poner en tela de juicio la existencia del poder discrecional de la Administración en materia de proporcionalidad, es posible invalidar las sanciones excesivamente desproporcionales.

10 Sobre ese asunto, véase GEORGES DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, París: LGDJ, prefacio de Yves Gaudemet, 1997, n.º 355 y ss.

11 Por ejemplo, CE, 16 de julio de 1947, Bensmain Ghalem, Rec. CE, p. 319: "no compete al Consejo de Estado pronunciarse si juez contencioso puede apreciar si la importancia de la sanción impuesta por la autoridad administrativa tiene relación con los hechos que la causaron".

12 GEORGES DELLIS, *óp. cit.*, n.º 357.

13 *Ibíd.*, p. 257.

Lo anterior, fundado sobre la idea que aun así la administración detente un poder discrecional, no deberá cometer un error manifiesto de apreciación. Ahora bien, aunque esta idea haya aparecido en la jurisprudencia administrativa francesa a partir de la década de 1960, el Consejo de Estado no comenzó a aplicarlo en materia de sanciones sino a partir de 1978^[14]. De este control del error manifiesto de apreciación se pasó, de manera progresiva, a un pleno control de la proporcionalidad de las sanciones, como lo veremos más adelante. Esta evolución está precisamente relacionada con la consagración de un principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional francesa y la jurisprudencia europea de la Corte EDH.

1.2. UNA AFIRMACIÓN RECIENTE DE LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Esta afirmación es una de las manifestaciones de la influencia del derecho penal sobre el régimen de la sanción administrativa. Esta "penalización" ya la mencionamos anteriormente, sin embargo, resulta necesario precisar la idea que la rige. Normalmente, en un Estado liberal, fundado sobre la separación de poderes, la función sancionadora incumbe al juez penal. Lo anterior, sin perjuicio de que sea posible admitir la existencia de sanciones administrativas con la condición de que ellas estén rodeadas de las garantías similares a aquellas que son impuestas en el marco de un proceso penal. Esta lógica conduce a que el juez interprete estas disposiciones –concebidas por el derecho penal– para la imposición de sanciones administrativas. Lo anterior, como resultado de la interpretación dada directamente por el Consejo Constitucional y, de manera menos directa, por la de la Corte EDH en su jurisprudencia.

1.2.1. La jurisprudencia del Consejo Constitucional

En el derecho constitucional francés, los principios fundamentales del derecho penal se encuentran consagrados en el artículo 8 de la Declaración de 1789, como es el caso del principio de *necesidad y proporcionalidad* de las penas. Sin embargo, después de una decisión fundamental n.º 82-255 DC del 30 de diciembre de 1982^[15], el Consejo Constitucional expresó que los principios planteados por el artículo 8 "no se refieren exclusivamente a las penas aplicadas por los jueces" sino por el contrario, se extienden a todas las sanciones "que tienen el carácter de castigo" y, particularmente a aquellas que son impuestas por autoridades administrativas. Lo anterior es cierto, particularmente,

14 CE, sect. 9 de junio de 1978, Lebon, Rec. CE, p. 245, AJDA 1978, p. 573, concl. Genevois.

15 Rec. Cons. Const. p. 88, RDP 1983, p. 133, note Favoreu, Rev. adm. 1983, note de Villiers.

por los principios de necesidad y de proporcionalidad de las penas¹⁶. Es importante señalar que esta interpretación extensiva concierne a todas las medidas administrativas sancionadoras, incluyendo aquellas que ostentan una naturaleza disciplinaria. Tal poder sancionador no se encuentra limitado exclusivamente a los casos donde el legislador atribuye un poder de naturaleza penal a una autoridad administrativa, lo que hubiese podido concebirse. Esta jurisprudencia encuentra una confirmación en las decisiones que admiten la constitucionalidad de disposiciones normativas que habilitan la imposición de sanciones administrativas. En efecto, el Consejo Constitucional reconoció explícitamente que el legislador puede, sin desconocer la Constitución (en particular el principio de la separación de poderes), conferir un poder punitivo a una autoridad administrativa con la condición de que dicho poder se ejerza con el respecto de los principios fundamentales del derecho penal y, particularmente, el principio de la proporcionalidad¹⁷.

La formulación del artículo 8 de la Declaración de 1789, según la cual es "la ley" la única que establece penas estricta y evidentemente necesarias, nos conduce a preguntarnos si el principio de proporcionalidad se dirige exclusivamente al legislador y, por consiguiente, solo le interesa la proporcionalidad abstracta o le interesa de igual forma a las autoridades sancionadoras. La afirmación de esto último llevaría a que, teniendo en consideración este principio, las autoridades administrativas deberán imponer solamente medidas sancionatorias que sean concretamente proporcionales. En este orden de ideas, al observar la jurisprudencia tanto del Consejo Constitucional como del Consejo de Estado es la segunda solución la que podría ser considerada como correcta.

Ciertamente, el principio constitucional de proporcionalidad se impone –en principio– al legislador, así como también a aquellas autoridades que ostentan un poder reglamentario, cuando estas últimas sean competentes para establecer e imponer sanciones. De hecho, numerosas disposiciones normativas en el derecho positivo dan muestra de ello.

En primer lugar, este principio es interpretado por el Consejo Constitucional como la autoridad encargada de pronunciarse sobre las sanciones que han sido impuestas. Así, en la medida en que el cumulo de sanciones administrativas y penales es posible, el principio de la proporcionalidad implica que el monto global de las sanciones impuestas no sobrepase el límite máximo de las

16 Cons. const. déc. n.º 87-237 DC du 30 de diciembre de 1987, Rec., p. 63, RFDA 1988, p. 350, note Genevois, RDP 1989, p. 399, note Favoreu, Rev. adm. 1988, p. 136, note Lambert.

17 Véase not. Cons. const., déc. 89-248 DC du 17 de enero de 1989, Rec., Cons. Const., p. 18, RDP 1989, p. 399, note Favoreu, RFDA 1989, p. 215, note Genevois, Rev. adm. 1989, p. 223, note Autin.

mismas¹⁸. Asimismo, después de la decisión del 25 de noviembre de 2011^[19], el Consejo Constitucional señaló que "el principio de proporcionalidad de las penas implica que el tiempo transcurrido entre la infracción y la condena puede ser tomado en cuenta para efectos de determinar la sanción" y que "competente a la autoridad disciplinaria competente procurar la aplicación y observancia" de la ley; así, en estas condiciones, las disposiciones no resultan contrarias al artículo 8 de la Declaración de 1789". En segundo lugar, cuando el Consejo de Estado, como juez de la legalidad de las sanciones impuestas por la Administración, controla la proporcionalidad, lo hace algunas veces refiriéndose de manera explícita a esta como principio constitucional²⁰.

Así, una vez expuestas estas dos posibles interpretaciones dadas en la jurisprudencia de esta corporación, debe señalarse que es esta última (la proporcionalidad concreta) la que interesa a la Corte EDH.

1.2.2. La jurisprudencia de la Corte EDH

En el derecho de la Convención EDH, la exigencia de proporcionalidad de las sanciones administrativas es introducida por medio del derecho al debido proceso proclamado por el artículo 6 (el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene disposiciones idénticas), el cual fue interpretado por la Corte EDH. En primer lugar, la Corte EDH realiza una interpretación autónoma y extensiva de la noción de acusaciones en materia penal e impugnaciones sobre derechos y obligaciones civiles en el sentido del artículo 6. Esto conllevó a que la mayoría de decisiones administrativas fueran consideradas como consecutivas de una acusación penal o como decisiones relativas a derechos y obligaciones civiles para la aplicación del derecho al debido proceso. Sin embargo, este último no resulta un obstáculo para que estas sanciones sean impuestas por una autoridad administrativa que no constituye un tribunal que satisfaga las exigencias del artículo 6. De hecho, en este caso, resulta necesario que la sanción sea susceptible de un recurso ante un tribunal. Este último debe estar dotado de jurisdicción y competencia, que le permita ocuparse de todos los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes para resolver la controversia²¹.

18 Jurisprudencia constante desde la decisión n.º 89-260 DC del 28 de julio de 1989, Rec. Cons. Const., p. 71, RFDA 1989, p. 671, note Genevois.

19 Decisión n.º 2011-199 QPC, Rec. Cons. Const., p. 555, AJDA 2012, p. 578, note Lombard, Constitutions, 2012, p. 337, note Le Bot.

20 Por ejemplo, CE 28 de septiembre de 2017, n.º 1 409770, société Altice Luxembourg et la société SFR Group.

21 CEDH, 10 de febrero de 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique* n.º 7229/75 y 7496/76, série A n.º 58; 22 de noviembre de 1995 *Bryan c. Royaume Uni*, n.º 19178/91, série A n.º 335-A.

En el mismo sentido, el juez se encontrará obligado a respetar las exigencias del artículo 6 de la Convención EDH y dedicarse a realizar un control profundo y riguroso de la situación estudiada, y particularmente verificar la proporcionalidad de la sanción impuesta a los hechos imputados. De hecho, para las sanciones que, en resumen, son "penales" o "civiles" en el sentido del artículo 6 de la Convención EDH, este texto impone no de manera directa el principio de proporcionalidad, sino la existencia de un control jurisdiccional de este. Sin embargo, imponer que el juez conozca de un recurso contra una sanción en control de la proporcionalidad implica estrictamente que esta última es una condición de legalidad de la sanción. Por lo tanto, implícita y necesariamente, el derecho al debido proceso, tal como lo ha interpretado la Corte EDH, conduce a hacer de la proporcionalidad una norma que impone a la autoridad al momento de imponer una sanción. Lo anterior demuestra que el derecho al debido proceso hace referencia, al menos en lo esencial²², a la proporcionalidad concreta de la sanción efectivamente impuesta por la Administración, ya que el juez deberá controlarla.

Es así como, entonces, se reconoce actualmente que el derecho francés rompe con la posición tradicional del Consejo de Estado, que consagra el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas. Lo anterior, comprende en principio la obligación de establecer sanciones proporcionales, que es a lo que debe buscarse.

2. LA PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA SANCIÓN PREVISTA

El principio de proporcionalidad, como ha sido planteado en la Constitución o en la convención citada, impone que toda disposición normativa debe observar tal principio cuando tengan por objeto establecer sanciones administrativas. Esta disposición puede ser proferida por el legislador o por una autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades reglamentarias, según las normas jurídicas de la repartición y atribución de competencias normativas. En Francia, por ejemplo, el principio de competencia del legislador admite numerosas excepciones.

La regulación de la institución de las sanciones administrativas y el principio de proporcionalidad es susceptible, de manera general, de dos tipos de estudio. En principio, es posible examinar cómo el legislador, o quien detenta la potestad reglamentaria, ejecuta el principio de proporcionalidad, cuáles son los criterios que deben ser tomados en cuenta para fijar las penas que le

22 Veremos que, en efecto, en la jurisprudencia relativa a las penas fijadas, la Corte EDH, en el control del respecto u observancia del artículo 6, toma en consideración el hecho que la sanción prevista por la ley, no es desproporcionada y se interesa entonces en la proporcionalidad abstracta.

parezcan adaptadas o idóneas y así determinar cómo y cuál es el razonamiento en este escenario. Se trata entonces, en otros términos, de analizar la política legislativa (o reglamentaria) de la proporcionalidad. Sin embargo, no existe ciertamente, en esta materia, una política jurídica global sobre el conjunto de las sanciones administrativas, esto debido a su extrema diversidad. Por consiguiente, este tipo de estudios es imposible que se limite a una sola categoría de sanciones. Es por esto que estudiaremos cómo fue concebida la proporcionalidad de las sanciones destinadas a asegurar la regulación del mercado financiero y, particularmente, si los instrumentos de análisis económico del derecho fueron utilizados para el cumplimiento de este fin.

Un segundo tipo de estudio consistiría en determinar el alcance de la obligación de establecer solamente sanciones proporcionales en el ámbito de actuación del legislador o el poder reglamentario. En otras palabras, se trata de medir el grado de coacción que el principio de proporcionalidad tiene en el ejercicio de competencias normativas en materia sancionatoria. De manera general, todo depende de la manera en que el juez competente hace respetar el principio de proporcionalidad, y también de cómo interpreta y aplica este último. La determinación del juez depende de la naturaleza de la norma sancionatoria objeto de control y las reglas nacionales de distribución de competencias jurisdiccionales. En Francia, es el Consejo Constitucional el único órgano competente para controlar la constitucionalidad de la ley y, por ende, quien puede asegurar el respeto del principio constitucional de proporcionalidad. El control de legalidad de los actos reglamentarios que establecen sanciones, de conformidad con el mismo principio, lo realiza el juez administrativo. En la medida en que en principio es la ley la que se encuentra habilitada para establecer las sanciones, nos guiaremos y haremos referencia a la jurisprudencia del Consejo Constitucional, y bajo el entendido que la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a los reglamentos que contienen disposiciones sancionadoras es ligeramente similar.

De manera general, el control que la jurisdicción constitucional puede lograr ejercer sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas plantea tres cuestiones. En primer lugar, es evidente que el control jurisdiccional de la proporcionalidad es susceptible de ser inducido. Por tanto, la primera cuestión trata sobre el alcance y magnitud del control que el juez constitucional ejerce en materia de proporcionalidad de las sanciones administrativas. Tratándose del Consejo Constitucional francés, su alcance es restringido (2.1). La segunda cuestión está ligada al hecho de que el control ejercido sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones está condicionado por la manera mediante la cual la ley determina las infracciones administrativas y las penas que les serían aplicables. En este ámbito, el contenido de la ley sancionatoria depende de la naturaleza de las sanciones y de la interpretación dada al principio de legalidad de las infracciones administrativas. Al respecto, resulta algo dudoso que la interpretación particularmente flexibilice lo indicado

por la jurisprudencia del Consejo Constitucional, lo que contribuye a reducir el alcance del principio de proporcionalidad (2.2). Con la tercera cuestión se trata de saber en qué medida el juez constitucional debe precisar los criterios en función de los cuales la proporcionalidad es controlada. Sobre este punto, la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha sido reiterada, lo cual permite una orientación cada vez mayor del poder legislativo (2.3).

2.1. EL CONTROL JURISDICCIONAL RESTRINGE LA OBLIGACIÓN DE ESTABLECER SANCIONES PROPORCIONALES

Según la jurisprudencia reiterada, Consejo Constitucional ejerce un control restringido, de conformidad con la ley, del respeto del principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones (sea que se traten de sanciones penales o administrativas). Por tal motivo, como juez se limitará a "asegurarse de la ausencia de desproporcionalidad manifiesta entre la infracción y la pena aplicable"²³. Por consiguiente, puede decirse que, a la luz de la jurisprudencia, la obligación constitucional que influye efectivamente sobre el legislador es aquella de no establecer sanciones que sean manifiestamente desproporcionales.

La justificación que da el juez constitucional resulta breve. Este utiliza la fórmula que, de manera general, está destinada a justificar el ejercicio de un control restringido, y según la Constitución "no confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que lo tiene el Congreso, pero le otorga una competencia para pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de las leyes remitidas a su control"²⁴. Aplica lo anterior en el caso de considerar su necesidad y, por tanto, la proporcionalidad de las penas relacionadas con las infracciones "responde normalmente al poder de apreciación del legislador"²⁵.

Esta motivación, para ser concisa, no es del todo clara. A los ojos del Consejo Constitucional, la proporcionalidad de las sanciones es una cuestión de política sancionatoria, para lo cual es necesario que el Parlamento conserve una gran libertad de apreciación, lo que parece razonable. En la determinación de los comportamientos en los cuales la represión es necesaria, como la apreciación de su gravedad y la elección de las penas previstas, todos estos elementos dependerán de los intereses o de los valores sociales que se espera proteger con los medios sancionatorios. Tales decisiones de orden político son responsabilidad del parlamento, ya que es la autoridad competente para hacerlas, bajo la reserva de no introducir disposiciones irracionales. Se trata

23 Véase, por ejemplo, la decisión n.º 2018-736 QPC del 5 de octubre de 2018, JORF del 6 de octubre de 2018.

24 Por ejemplo, decisión n.º 2018-710 QPC del 1.º de junio de 2018, JORF, del 2 de junio de 2018.

25 Véase decisión n.º 2018-710 QPC del 1.º de junio de 2018.

precisamente de dispositivos que el control de la desproporcionalidad manifiesta permite censurar, como lo veremos más adelante.

Por tanto, no resulta inútil añadir que el Consejo de Estado no ejerce un control restringido de la proporcionalidad de las sanciones administrativas previstas en actos reglamentarios²⁶. Este conjunto de perspectivas entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado se constata también en cuanto a la interpretación flexible frente al principio de legalidad de las infracciones.

2.2. PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES Y LEGALIDAD DE LAS INFRACCIONES

Una estrecha relación que une la concepción del principio de legalidad de las infracciones y el alcance del principio de proporcionalidad puede ser caracterizado de la siguiente manera: la exigencia de proporcionalidad abstracta es a la vez menos rigurosa y más difícil de controlar por el juez respecto a sanciones administrativas con relación a las sanciones penales porque el principio de legalidad de las infracciones es concebido de manera más flexible en materia administrativa que en materia penal.

En esté último escenario, de manera esquemática, como lo vimos, en virtud de los principios de legalidad y de proporcionalidad, la ley, por regla general, deberá definir precisamente cada infracción y la(s) sanción(es) que le serían aplicables. Esto facilita evidentemente el control del juez constitucional sobre la proporcionalidad porque existe, en la regla sometida a su examen, una correlación entre tal conducta incriminada y la sanción correspondiente.

Tal configuración legal se encuentra algunas veces en materia de sanciones administrativas. Es el caso particular en el ámbito de las sanciones fiscales en el derecho francés. En este ámbito, las disposiciones legislativas establecen frecuentemente que tal tipo de comportamiento ilícito del contribuyente corresponde a una penalidad. Por ejemplo, según el artículo 1729 del Código General de Impuestos (CGI), las inexactitudes o las omisiones detectadas en una declaración o un acto (indican algunos elementos que pueden ser utilizados para efectos de la base imponible o la liquidación del impuesto –por ejemplo, declaración de ingresos–) cometidas de manera deliberada, da lugar a la aplicación de un incremento del 40% del impuesto debido.

Sin embargo, no es común que se aplique de manera mucho más estricta el principio de legalidad, y que en el ámbito de infracciones administrativas esta no sea controlada de igual forma. Ciertamente, este principio es actualmente reconocido y aplicable en la imposición de sanciones administrativas, contrario a la posición tradicional del derecho administrativo francés. Lo anterior implica, de manera particular, que sea mucho más flexible. En efecto, con

26 Véase Consejo de Estado francés, 8 de julio de 2016, n.º 389745, Federación de Promotores Inmobiliarios.

relación a la aplicación fuera del derecho penal y particularmente en materia administrativa y disciplinaria, tanto el Consejo de Estado como el Consejo Constitucional estiman que la exigencia de una definición de las faltas sancionadas se encuentra satisfecha dado que los textos aplicables hacen referencia a las obligaciones en cabeza de los individuos que se encuentran vinculados en razón de una actividad o profesión o de la institución a la cual pertenecen²⁷. Así, incluir el principio de legalidad es perfectamente compatible con la manera en la cual el derecho disciplinario define clásicamente las faltas y las penas. Es decir, que todo incumplimiento a las obligaciones es una falta.

A lo anterior debe agregarse que en el desarrollo de este principio se establece una lista enunciativa de las sanciones, puesto que no opera de manera exacta una correlación entre una infracción y una sanción correspondiente. Ahora bien, en este tipo de casos, el control de la observancia del principio de proporcionalidad, al estadio de la sanción de la pena establecida por la ley, es difícilmente aplicable en la práctica. En efecto, este control supone la posibilidad de relación exacta entre la falta y la sanción correspondiente, lo que, por hipótesis, es imposible en materia administrativa. Tal relación solamente se materializará en el momento donde una sanción sea efectivamente impuesta en razón de la comisión de una falta. Así las cosas, solo sería posible realizar un control de proporcionalidad concreto.

Por consiguiente, dado que el Consejo Constitucional afirma que, en el mismo caso considerado, se verifica que el legislador haya actuado de conformidad con el principio de proporcionalidad, asegurándose de "la ausencia de inadecuación manifiesta entre las penas disciplinarias impuestas y las obligaciones a las cuales tienden a castigar o sancionar el desconocimiento o la ignorancia"²⁸. Sin embargo, en realidad, en las decisiones donde se ha efectuado este supuesto control, se limita a afirmar que el principio de proporcionalidad no es desconocido sin demostrar propiamente la desproporcionalidad; es decir, se trata de un control aparente.

Desde luego, entre las dos hipótesis mencionadas (correlación precisa entre tal infracción y tal sanción/ausencia total de correlación) hay toda suerte de situaciones intermedias, donde las disposiciones normativas de carácter sancionatorio son menos precisas, lo que deja libertad de decisión a las autoridades administrativas sancionatorias. Por ejemplo, la ley puede establecer una lista de infracciones, definidas por referencias a las obligaciones que afectan intereses, y por cada infracción establecer una escala de sanciones o instituir una

27 Véase Consejo de Estado, 7 de julio de 2004, Ministerio del Interior c. Benkerrou, Rec. C.E., p. 297, concl. Gyuomar, AJDA, 2004, p. 1695

28 Decisión n.º 2011-199 QPC del 25 de noviembre de 2011, préc. n.º 2014-385 QPC del 28 de marzo de 2014, Rec. Cons. Const., p. 225.

pena en la cual el límite máximo es fijado²⁹. La configuración de disposiciones sancionatorias es en realidad muy diversa, lo cual facilita el control por el juez constitucional. Evidentemente, esta gran diversidad posibilita plantear criterios de apreciación de la proporcionalidad que se aplica a todas las sanciones.

2.3. LA DETERMINACIÓN DE CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD

Este último punto es seguramente el más delicado, ya que, en efecto, resulta mucho más difícil sintetizar la jurisprudencia constitucional por diversas razones. Ninguna decisión en principio ha determinado cuáles son los criterios que el juez debe tener en cuenta en la apreciación de la proporcionalidad. Algunas de estas decisiones que afirman la ausencia de desproporcionalidad manifiesta no son verdaderamente motivadas y el juez se limita a decir que en vista de la gravedad o de la naturaleza de la infracción, la sanción es o no manifiestamente desproporcional³⁰. Conforme a la (perjudicial) tradición francesa, la motivación, cuando se da, debe ser concisa; así como también ha conocido de diversos casos, lo cual se aplica por la gran diversidad de disposiciones normativas de carácter sancionatorio existentes que el juez está llamado a aplicar.

De conformidad con lo anterior, es posible aproximarse a dos lineamientos generales en la jurisprudencia de Consejo Constitucional. A título principal, en el ejercicio del control de la proporcionalidad de las sanciones, este último verifica que el legislador haya establecido una relación entre tres elementos de la sanción instituida: su naturaleza y su gravedad, la naturaleza y la gravedad de la infracción reprimida, y el objetivo de la sanción; es decir, el interés social que está destinado a proteger (2.3.1). Sin embargo, algunas decisiones –particularmente sanciones administrativas– pueden estar fundadas en otros criterios y elementos para el establecimiento e imposición de la sanción (2.3.2).

2.3.1. La exigencia de una relación racional entre la sanción, la infracción y la finalidad de la represión

Esta exigencia es base de diversos elementos de la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, cuando se motivan (verdaderamente) las decisiones, el Consejo Constitucional menciona los objetivos que busca y persigue la sanción establecida por la ley, es decir, los intereses sociales que tienen por objeto proteger. Por ejemplo, a propósito del poder sancionatorio de la autoridad de competencia, señala la ley que “al establecer una sanción pecuniaria destinada a reprimir las prácticas anticompetitivas implementadas por las empresas, el

29 Por ejemplo, es el caso en el derecho francés para las sanciones de la Autoridad de Mercados financieros (artículo L. 621-15 del Código Financiero).

30 Véase decisión n.º 2018-710 QPC del 1.º de junio de 2018, préc. §20.

legislador persiguió el objetivo de preservación del orden público económico³¹. Asimismo, de manera casi reiterada, las decisiones que establecen la proporcionalidad en las sanciones fiscales indican que "el legislador persiguió el objetivo del valor constitucional de lucha contra el fraude y la evasión fiscal"³².

En segundo lugar, la gravedad de la infracción se aprecia con relación al objetivo perseguido por la sanción: la infracción es mucho más seria cuando afecta un interés público importante. De forma más precisa, algunas decisiones aparecen cuando el juez debe considerar la importancia de la obligación en donde el desconocimiento es reprochado con relación al interés protegido. Esto es claro en materia fiscal, ya que aquí el juez jerarquiza las obligaciones en cabeza del contribuyente, de conformidad con la importancia de su rol en la imposición o recaudación del impuesto y de su importancia por la lucha contra el fraude y la evasión fiscal³³.

En tercer lugar, la naturaleza y la gravedad de la sanción son apreciadas en función no solamente de la gravedad de la infracción, sino también del objetivo perseguido, es decir, del interés protegido. Este método conoce diversas manifestaciones. Algunas veces, el juez indica explícitamente que el objetivo buscado tiene implicaciones sobre la severidad de la sanción. Por ejemplo, en la decisión anteriormente citada relativa a las sanciones pecuniarias de prácticas anticompetitivas, indica que la finalidad de la preservación del orden público económico "implica que la estimación de las sanciones fijadas por la ley debe ser lo suficientemente disuasiva para cumplir con la función de prevención de las infracciones atribuidas a la punición"³⁴. En efecto, estas prácticas pueden ser el hecho de que grandes empresas procuren ganancias muy importantes, por lo que solo las sanciones elevadas podrán ser sanciones disuasivas. En el mismo orden de ideas, para justificar la severidad de algunas sanciones fiscales, el juez insiste sobre la dificultad que presenta, para la Administración fiscal, la materialización del objetivo buscado por la sanción³⁵.

En cuarto lugar, en el marco del control de proporcionalidad, el juez se centra a verificar que exista un vínculo entre la naturaleza de la sanción y la naturaleza de la infracción. Por ejemplo, él censuró las multas fiscales porque el criterio de cálculo de la suma máxima no tenía relación con la naturaleza

31 Decisión n.º 2015-489 QPC del 14 de octubre de 2015, Rec. Cons. Const., p. 518, §14.

32 Decisión n.º 2017-636 QPC del 9 de junio de 2017, §14.

33 Véase, por ejemplo, decisión n.º 2016-618 QPC del 16 de marzo de 2017.

34 Decisión n.º 2015-489 QPC del 14 de octubre de 2015, préc.

35 Por ejemplo, decisión n.º 2016-618 QPC del 16 de marzo de 2017. La multa global que sanciona la ausencia o inexactitud de la información dada a la Administración fiscal con relación a los bienes retenidos por ser manifiestamente desproporcionales a la gravedad de los hechos que se esperan castigar o reprimir por el legislador "tiene en cuenta las dificultades propias de la identificación de la detención de activos, en Francia o en el extranjero a través de un fideicomiso".

de la infracción³⁶. En contrate, la sanción de la limitación del expendio de bebidas alcohólicas sin cumplir las exigencias legales, tiene una relación directa con esta infracción³⁷.

Un último elemento merece ser mencionado por su relación con una de las dificultades que presenta el control de proporcionalidad en sentido abstracto. Esta hipótesis se refiere no a una sanción que fue efectivamente impuesta, sino a una sanción que será impuesta. Esto conduce al juez a tener en cuenta los efectos potenciales de la sanción en la apreciación de su gravedad y, por ende, de su proporcionalidad. Por ejemplo, cuando una sanción es susceptible de su aplicación repetitiva, el juez deberá tener en cuenta esta circunstancia. Así, en el escenario de imponer una multa por la no presentación de facturas, que de hecho se aplica por cada factura no presentada, deberá ser impuesta de manera repetitiva sin que la suma total de sanciones desborde el límite máximo de las mismas, ya que "podría en un número de casos dar lugar a la aplicación de sanciones" manifiestamente desproporcionales, desconociendo así el principio de proporcionalidad³⁸.

2.3.2. La consideración de otros elementos para algunas decisiones administrativas

Sin pretender ser exhaustivos, daremos aquí dos ejemplos con relación a las sanciones fiscales y las sanciones impuestas por autoridades independientes de una misión de regulación económica.

Algunas decisiones muestran que el legislador puede tener en consideración el daño susceptible de ser causado por la infracción. Por ejemplo, la fijación del *quantum* de las sanciones fiscales puede determinarse por la infracción sobre los impuestos a pagar por el contribuyente y por el perjuicio causado al Tesoro público³⁹. Del mismo modo, el Consejo Constitucional estimó que

36 Decisión n.º 2013-679 DC del 4 de diciembre de 2013, Rec. Cons. Const., p. 1060: "límite máximo de la multa que reprime la denegación de acceso a la administración a copiar ciertos documentos sometidos al derecho de comunicación, calculado el porcentaje de la cifra de negocios".

37 Decisión n.º 2015-493 QPC del 16 de octubre de 2015, Rec. Cons. Const., p. 540.

38 Decisión n.º 97-395 DC del 30 de diciembre de 1997, Rec. Cons. Const., p. 333.

39 Decisión n.º 2016-743 DC del 29 de diciembre 2016, JORF del 30 de diciembre de 2016: "Al reprimir la falta de presentación o de disponibilidad de elementos necesarios a la realización de tratamientos informáticos en el marco de una verificación de contabilidad de una multa de 5.000 euros o en el caso de rectificación y si el monto es más elevado, un incremento del 10% de los derechos, el legislador no estableció una multa fiscal manifiestamente desproporcional en relación a las faltas y sus consecuencias sobre los impuestos a pagar por el contribuyente".

la represión de las infracciones que llegasen a menoscabar la protección a los inversionistas o el buen funcionamiento del mercado, con multa cuyo monto máximo puede ser de hasta cien millones de euros, no constituye una pena manifiestamente desproporcional, no solamente por "la naturaleza de las infracciones sancionadas", sino también al considerar otros factores como, por ejemplo, los "riesgos de perturbación de los mercados financieros y de las pérdidas que pueden sufrirse por los inversionistas"⁴⁰.

En la determinación de la sanción, el legislador puede igualmente tomar en consideración el beneficio que el autor de la infracción pudo haber obtenido de ella. Por ejemplo, en materia de regulación económica, puede tratarse de la ganancia obtenida de la realización de una práctica ilícita en el mercado⁴¹. En conclusión, podemos afirmar que el Consejo Constitucional deja al legislador un margen de apreciación en la determinación del régimen sancionatorio, ya que su finalidad se centra en censurar disposiciones irracionales. Las censuras son, sin embargo, relativamente diversas en materia fiscal, ámbito en el cual el legislador, en realidad, la Administración fiscal, tienen voluntariamente "*la main très lourde*".

3. LA PROPORCIONALIDAD CONCRETA DE LA SANCIÓN IMPUESTA

El principio de proporcionalidad da a toda autoridad administrativa investida por la ley (o el reglamento) un poder para imponer solamente sanciones proporcionales a infracciones cometidas por el infractor. El principio impone a las decisiones administrativas individuales que se pronuncian frente a una sanción y su respecto es controlado por el juez administrativo cuando conoce de un recurso contra dicha decisión.

Como está regulada la aplicación de las sanciones administrativas, el principio de proporcionalidad es susceptible, de manera general, de dos tipos de estudio que ya mencionamos anteriormente. Como las disposiciones represivas dejan al órgano administrativo competente cierta libertad en la decisión de la sanción, es concebible examinar cómo hace uso de esta libertad, es decir, analizar su política represiva. Sin embargo, este tipo de investigación se llevará a cabo a propósito del poder represivo de una u otra autoridad, y no solamente sectorial. Si atribuimos a las cuestiones generales relativas a la proporcionalidad, es otro tema que deberemos abordar, sobre el alcance de la obligación de la autoridad sancionatoria de escoger una sanción adaptada a la infracción cometida. Ahora bien, es cierto que este alcance dependerá de

40 Decisión 2017-634 QPC del 2 de junio de 2017, JORF del 4 de junio de 2017.

41 Decisión 2017-634 QPC del 2 de junio de 2017, préc.

la manera en la cual el juez administrativo interpreta y aplica el principio de proporcionalidad. A este respecto, una distinción se realiza desde el inicio.

En efecto, a primera vista, para que la cuestión de la proporcionalidad de la sanción escogida por la Administración sea aplicable, el texto sancionatorio deberá otorgar a la autoridad administrativa competente una facultad de decisión entre al menos dos sanciones. Es así como, por ejemplo, ante la existencia de tal comportamiento facultativo la ley prevé que la Administración pueda imponer una pena pecuniaria donde se imponga solamente el monto máximo. Esto implica evidentemente que, dentro del límite máximo, es el órgano sancionatorio quien decide la sanción que le parezca más idónea. En este caso, el juez administrativo podrá conocer de un recurso contra la decisión sancionatoria (si el medio ha sido previsto) y así verificar que esta no desconoce el principio de proporcionalidad. Por el contrario, si el texto sancionatorio no deja ninguna facultad de decisión a la autoridad administrativa, la cuestión de saber si aquello utilizó su poder sancionador respetando el principio de proporcionalidad, no puede, *a priori* plantearse. Tal es el caso cuando el legislador establece un régimen de penas fijas. Bajo este régimen, la ley dispone sustancialmente que a tal infracción corresponde tal sanción, la cual no es susceptible de ninguna variación. El artículo 1729 del CGI, ya mencionado, da un ejemplo en caso de insuficiencia de la declaración de la base gravable que ha sido cometida deliberadamente, la cual conlleva a un aumento en un 40% de los montos debidos. En este tipo de casos, es necesario de todos modos saber si la sanción implementada por el texto y, que la Administración puede imponer, es desproporcionada o no. Hay lugar, en efecto, a una cuestión de proporcionalidad abstracta y no a una cuestión de proporcionalidad concreta. De hecho, en el caso estudiado, una cuestión de proporcionalidad concreta puede plantearse en condiciones diferentes de aquellas del caso precedente porque supone que el juez acepte descartar la ley que sirve de fundamento para la única sanción prevista.

Estos dos casos los examinaremos a continuación:

3.1. PRIMER CASO: LA LEY DEJA A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA UNA FACULTAD DE DECISIÓN DE LA SANCIÓN

Se trata de determinar el alcance de la obligación para la autoridad administrativa de determinar una sanción proporcionada, tal como resulta de la jurisprudencia administrativa. Tres cuestiones pueden plantearse, dos de los cuales han sido objeto de estudio en Francia y son bastante fáciles en su tratamiento: ¿cuál es el alcance del control del juez sobre el respeto por la autoridad administrativa del principio de proporcionalidad?, y ¿cuál es el alcance de los poderes del juez cuando estima que una sanción es ilegal porque es desproporcionada? Una tercera cuestión, que ha sido pasada por alto, corresponde a los criterios en función de los cuales la proporcionalidad de la sanción es

controlada por el juez administrativo y debe entonces ser determinada por la autoridad administrativa.

3.1.1. El alcance del control jurisdiccional de la proporcionalidad de la sanción administrativa

Sobre este punto, el derecho administrativo francés conoció una evolución muy clara con relación a las sanciones administrativas y la extensión del control. Inicialmente, el juez administrativo no ejercía ningún control sobre la proporcionalidad de la sanción, particularmente en materia sancionadora disciplinaria de los agentes públicos. En 1978^[42] sucedió un reconocimiento dentro del error manifiesto de apreciación, que sería luego explícitamente calificado a partir de 2006 como control de "desproporcionalidad manifiesta"⁴³. Este control fue enseguida generalizado al conjunto de sanciones. Sin embargo, la primera etapa había sido superada desde el inicio de la década de 1990^[44]. El Consejo de Estado había establecido un pleno control de proporcionalidad para el conjunto de sanciones administrativas. Las dos soluciones más recientes en este asunto merecen ser mencionadas. En 2013, el Consejo de Estado abandonó la jurisprudencia Lebon y decidió ejercer pleno control de proporcionalidad sobre las sanciones disciplinarias establecidas⁴⁵.

El significado general de esta evolución es claro. La preocupación de dejar a la Administración un gran margen de maniobra en la decisión de la sanción adoptada era inicialmente preponderante; pero progresivamente fue contrarrestada por aquella de asegurar una mejor garantía a las personas destinatarias de la sanción. Este cambio estuvo en gran medida ligado a la influencia de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, como lo vimos para las sanciones administrativas que son penales o civiles en el sentido del artículo 6 de la Convención EDH (que es prácticamente el caso de todas). Esta jurisprudencia consagra el derecho al debido proceso, el cual supone la existencia de un pleno control de proporcionalidad.

Es importante no exagerar el alcance de la unificación en la extensión del control. Evidentemente, el principio es aquel de pleno control de proporcionalidad por el conjunto de sanciones, cualquiera que sea. Sin embargo, en realidad, el control es más o menos estricto en función de dos parámetros (que se superponen considerablemente): la naturaleza de la sanción, porque el control sigue siendo más flexible en materia disciplinaria que en otras materias; y el hecho de que el texto confiera un poder de sanción, lo que deja gran

42 CE sect. del 9 de junio de 1978, Lebon, préc.

43 CE sect. del 1.º de febrero de 2006, M. Touzard, Rec. CE, p. 38.

44 CE, ass. del 1.º de marzo de 1991, Le Cun, Rec. CE, p. 70, AJDA 1991, chron. Shwartz et C. Maugüé, RFDA 1991, p. 613, concl. M. de Saint-Pulgent.

45 CE, del 1.º de junio de 2015, n.º 380449, AJDA 2015, p. 1596, concl. Bretonneau.

libertad de apreciación a la autoridad competente, particularmente precisando o no los criterios que ella toma en cuenta para la determinación de la sanción adicionales al texto vinculante y el control es forzado.

3.1.2. El alcance de los poderes del juez administrativo en caso de sanción desproporcional

Esta segunda cuestión se presenta de la siguiente manera: cuando se considera que una sanción es ilegal porque es desproporcional, ¿el juez puede solamente anularla y enviar al interesado ante la Administración para que decida nuevamente?, o ¿tiene el poder de modificar o reformar la sanción, es decir, pronunciarse en lugar de la Administración e imponer la sanción más adecuada? En el derecho administrativo francés, esta cuestión corresponde preguntarse cuál es el recurso que puede ser ejercido contra una medida sancionadora: el recurso por exceso de poder o el recurso contencioso. En el primer caso, el juez solamente podrá anular, y en el segundo, podrá reformar, ya que el rol del juez contencioso administrativo es esencialmente reconstruir o (re)hacer la decisión de la administración.

De manera esquemática, las dos soluciones tienen ventajas e inconvenientes. El recurso por exceso de poder evita que el juez sustituya a la Administración para tomar la sanción adaptada, pero existe el riesgo de no poner fin a la vía contenciosa: si una segunda sanción es tomada después de la anulación de la primera, ella podrá ser llevada de nuevo ante el juez. El juez contencioso sustituye a la Administración, pronunciando la sanción conveniente, y pone fin al procedimiento sancionatorio.

Sobre este asunto, el derecho francés recientemente evolucionó. Tradicionalmente, en principio, las sanciones administrativas, como todas las decisiones administrativas, son susceptibles del recurso por exceso de poder, salvo que disposición en contrario instituya un recurso contencioso administrativo (lo que era clásicamente el caso en materia de sanciones fiscales). Esta situación evolucionó a partir de la mitad de la década de 1980 en dos etapas. A partir de esta época, el legislador, cuando instituía sanciones administrativas (particularmente en provecho de autoridades administrativas independientes), tomó el hábito de abrir contra ellas un recurso contencioso administrativo. Esta política legislativa estaba destinada a evitar toda censura de la Corte EDH. La jurisprudencia de esta última relativa al derecho al debido proceso fue interpretada como una imposición a la vez de un control de proporcionalidad, que no existía en esta época en el contencioso por exceso de poder (estábamos en el estadio de censura de las solas desproporciones manifiestas), sino también un poder de reforma (aunque este último punto se presta para discusión). En un primer tiempo, esta política legislativa no convenció al Consejo de Estado de cambiar de

posición: su fallo Le Cun⁴⁶ reafirma que, salvo ley en contrario, el recurso cabe contra las sanciones administrativas, marcando una primera etapa hacia el pleno control de proporcionalidad. Sin embargo, en un segundo tiempo, el Consejo de Estado abandonó parcialmente esta jurisprudencia en su decisión Société Atom⁴⁷. Esta última establece como principio que el recurso que cabe contra "las sanciones tomadas por la Administración contra los administrados" es un recurso contencioso administrativo. Esta formula no engloba todas las sanciones administrativas. *Grosso modo*, este corresponde a las sanciones administrativas no disciplinarias. Las sanciones disciplinarias continúan abordando el recurso contencioso de exceso de poder, cuando sean tomadas contra los agentes públicos o relacionados con usuarios de servicios públicos. En materia disciplinaria, en efecto, el juez no estima como deseable sustituir a la Administración en la apreciación de la sanción proporcionada.

3.1.3. Los criterios de la proporcionalidad de la sanción impuesta

Esta cuestión, poco estudiada en Francia, resulta bastante compleja por dos razones.

La primera es que, en materia de proporcionalidad concreta, los criterios son definidos sea por los textos, sea por la jurisprudencia administrativa. Algunas veces los textos enmarcan la libertad de apreciación que dejan a la autoridad administrativa sancionatoria, precisando, de manera limitativa o indicativa (en este último, el enunciado de criterios est   precedido del adverbio "particularmente"), los criterios que pueden tomarse en consideración en la decisión de la sanción. Es particular el caso de las disposiciones relativas a los poderes de sanción de autoridades administrativas encargadas de la función de regulación económica. Por ejemplo, en lo que concierne a la Autoridad de Mercados Financieros (AMF), la ley (artículo L. 464-2 del Código de Comercio) fija el límite máximo de las sanciones pecuniarias que ella est   habilitada a imponer y añade que estas sanciones deber ser proporcionales "dependiendo de la gravedad de los hechos reprochados, la importancia del daño causado a la económica, la situación del organismo o de la empresa sancionada o del grupo a que la empresa pertenece y la eventual reiteración de prácticas prohibidas". En la ausencia de texto, es el juez administrativo quien es llevado a precisar los criterios en función de los cuales la proporcionalidad debe ser apreciada tanto como por la Administración.

46 CE, ass., 1.   de marzo de 1991, pr  c.

47 CE ass. 16 de febrero de 2009, AJDA 2009, p. 583, chron. Lieber et Botteghi, RFDA 2009, p. 259, concl. Legras.

Ahora bien, la segunda razón anunciada es que se trata de una jurisprudencia que no es fácil de sintetizar por las mismas razones que fueron indicadas a propósito de la jurisprudencia del Consejo constitucional: no existe decisión de principio; la motivación, algunas veces inexistente, es siempre lacónica; y hay variaciones de un caso al otro. Sin embargo, dos lineamientos generales pueden ser extraídos de los textos y la jurisprudencia. En primer lugar, el principio seguro es que la proporcionalidad debe apreciarse, ante todo, en función de la gravedad de la infracción administrativa. Partiendo de allí, los textos y sobre todo la jurisprudencia precisaron los criterios en función de los cuales esta gravedad debe ser evaluada (3.1.3.1). En segundo lugar, el derecho positivo admite que la autoridad administrativa, en la determinación de la sanción impuesta, tome en consideración otros criterios adicionales a aquel de la gravedad de la infracción (3.1.3.2).

3.1.3.1. Los criterios de apreciación de la gravedad de la infracción

Aquí dos puntos ameritan ser mencionados.

En primer lugar, la gravedad de la infracción es apreciada en relación con el objetivo de la represión, es decir, del interés público que esta protege. Esto conduce a que el juez considere la importancia de la obligación desconocida en relación con este interés. Por ejemplo, en el fallo *Société COPAGEF*⁴⁸, el Consejo de Estado juzga que una

falta a la obligación de notificación de una operación de concentración realizada [a la Autoridad de Competencia], cualquiera que sea la importancia de los efectos anticompetitivos de esta operación sobre uno o los mercados pertinentes, es una falta grave, dado que obstaculiza el control de las operaciones de concentración que incumben a esta autoridad.

Es importante añadir que debe tenerse en cuenta el interés público protegido dando un buen ejemplo. Según la jurisprudencia, el juez, en la apreciación de la gravedad de las faltas, tiene en cuenta el rango jerárquico del destinatario y la naturaleza de sus funciones. Así, un funcionario de un grado superior, que tiene beneficios y responsabilidades, y sobre el cual pesa un deber de ejemplo, podrá ser sancionado más severamente que un subalterno por los mismos hechos⁴⁹. Esta misma referencia con el ejemplo puede igualmente concernir la naturaleza de las funciones, ciertas funciones tienen ventajas que otras

48 CE 15 de abril de 2016, n.º 375658.

49 CAA Bordeaux, 18 de octubre de 2007, M. X c. Commune de Niort, n.º 05BX01005: "en relación con el rango jerárquico de MX, y la gravedad de sus hechos, además de la reincidencia en la que incurrió la Commune de Niort, no cometió error manifiesto de apreciación resolviendo su revocación".

ejercidas de manera irreprochable. Es el caso, por ejemplo, de la Policía⁵⁰ o de los jueces⁵¹. Algunas veces una misma relación se hace entre la naturaleza de las funciones y la naturaleza de la falta o infracción⁵². Incluso, la jurisprudencia no lo dice de manera explícita, pero debe tomarse en cuenta estos datos ya que están relacionados con la finalidad del castigo o sanción disciplinaria de los agentes públicos, para así garantizar la ejecución de las obligaciones que les son impuestas en vista de asegurar el buen cumplimiento de la administración en sus funciones.

En segundo lugar, al tratarse igualmente de la proporcionalidad en sentido concreto, el juez tiene en cuenta las características de la infracción cometida en sí misma. En este sentido, son, por ejemplo, tomados en consideración el carácter intencional de la falta⁵³, el carácter reincidente de la misma⁵⁴ o el hecho de que el interesado hubiera sido ya sancionado anteriormente por hechos idénticos⁵⁵. Sobre este último punto, debe resaltarse que ninguna regla específica relativa a la reincidencia fue prevista por la ley en materia de sanciones administrativas –al contrario de lo que sucede en derecho penal–, esta posibilidad fue el resultado de la jurisprudencia, así como enmarcado por ella. Sin embargo, algunos textos relativos a los poderes de sanción de autoridades administrativas independientes se preocuparon por esta cuestión y previeron una escala específica de sanciones en el caso de reincidencia, para ofrecer ventajas

50 CE Sect. 1.º de febrero de 2006 Touzard, n.º 271676. La decisión constata la calidad de comisario de policía asistente del interesado, y utiliza la expresión "obligaciones deontológicas de dignidad y ejemplaridad".

51 Cfr. CE del 7 de abril de 2006 M. Rodríguez, n.º 257624, et CE 27 de mayo de 2009 M. Hontang, n.º 310493 mencionan que la dignidad y la delicadeza deben mostrar los jueces.

52 CE del 26 de enero de 2000, La Poste, n.º 187182, Rec. CE p. 22: no hay error manifiesto en haber revocado a un agente postal culpable de destrucción y desviaciones repetidas de paquetes postales, "en relación a la naturaleza de su misión en la agencia postal y las obligaciones que incumben a sus agentes en lo que concierne a la inviolabilidad de la correspondencia".

53 Por ejemplo, CE del 15 de abril de 2016, Société COPAGEF, n.º 375658, préc.

54 Por ejemplo, CE del 6 de enero de 2006 société Lebanese Communication Group, n.º 279596, Rec. CE p. 1: "En razón de las faltas repetidas del canal "Al Manar" a sus obligaciones legales y convencionales y la incapacidad probada del servicio a cumplir sus compromisos, la sanción de la terminación unilateral de la convención firmada el 19 de noviembre de 2004 por el Consejo Superior Audiovisual no resulta excesiva".

55 Es lo que se desprende de la lectura de la decisión CE del 20 de febrero de 2008, M.A., n.º 272431, en la cual el Consejo de Estado constata que "la misma falta había sido revisada durante un procedimiento disciplinario anterior que había conducido a una primera sanción", para estimar que "los hechos observados presentaron, en razón de su gravedad, por alguno de ellos, su carácter habitual, el carácter de las faltas al honor profesional e integridad", antes de fijar la sanción a un nivel superior a aquel que había sido impuesta anteriormente por la autoridad administrativa.

y beneficios de previsibilidad a los actores del sector y de credibilidad a la acción de estas autoridades⁵⁶.

3.1.3.2. Los otros criterios sobre la gravedad de la infracción

Tres puntos pueden ser abordados.

En primer lugar, considerar el interés público, que es garantizado por la represión, conduce a admitir que la proporcionalidad de la sanción puede ser apreciada en función de otros elementos distintos a la gravedad de la infracción. El fallo *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal* es un buen ejemplo⁵⁷. Se trata de un caso en el que la Autoridad de Competencia impone unas sanciones a unas empresas por incumplir los compromisos que ellas habían realizado con la finalidad de limitar los efectos que una fusión podría tener en contra de la competencia en el mercado. Sobre estas sanciones, el Consejo de Estado señala que "además de su alcance punitivo, su objetivo es preservar el orden público económico, de modo que deben ser proporcionales a la gravedad de las infracciones probadas y a las exigencias de mantenimiento o de restablecimiento de un nivel de competencia suficiente en los respectivos mercados".

De modo que el daño causado por la infracción es un elemento para considerar en la elección de la sanción, que la mayoría de las veces está señalado en las disposiciones legislativas. En efecto, no es habitual que el juez administrativo, en su control de legalidad, tome en cuenta el perjuicio causado por una decisión administrativa. Y bien, este criterio es utilizado muy frecuentemente en casos que son de naturaleza económica. Muchos textos imponen a la autoridad dotada de poder sancionatorio que determine la sanción a imponer por el daño causado con la infracción. Claramente este es el caso de la Autoridad de Competencia, por cuanto sus sanciones pecuniarias deben ser "proporcionales a la gravedad de los hechos reprochados, a la importancia del daño causado en la economía, a la situación del organismo o de la empresa sancionada o del grupo al que la empresa pertenece y a la eventual reiteración de prácticas prohibidas"⁵⁸. Lo mismo respecto a las sanciones pecuniarias de la Autoridad de Regulación de Comunicaciones Electrónicas y de Correos Postales (ARCEP): el artículo L. 5-3 del Código de Correo Postal y de Comunicaciones Electrónicas indica que, en efecto, la ARCEP puede imponer "una sanción pecuniaria cuyo monto sea proporcional a la gravedad de la infracción, a la situación del

56 Por ejemplo, el límite máximo de estas sanciones pecuniarias de la Autoridad de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas y de Correos son más los casos que se presentan de reincidencia, pasando del 5% de la cifra de negocios HT del último ejercicio cerrado o 150.000 euros, al 10% de la cifra de negocios HT o 375.000 euros (artículo L. 5-3 del Código de Correos Postales y Comunicaciones Electrónicas).

57 CE, ass., del 21 de diciembre de 2012, *AJDA* 2013, p. 215, *chron.* Domino et Bretonneau.

58 Artículo L 464-2 del Código de Comercio.

implicado, a la amplitud del daño y a los beneficios que se obtengan con ella". La aplicación de tales disposiciones no es fácil, bien sea porque el daño es difícil de identificar (respecto a un daño causado a la economía, por ejemplo, el juez tiene pocos elementos para apreciar las consecuencias que una práctica anticompetitiva puede tener en el mercado, él solamente puede basarse en proyecciones, estimaciones e hipótesis), bien sea porque la víctima del daño no está presente en dicha instancia para poder exponer su situación. Por analogía con estos textos, el Consejo de Estado consideró las consecuencias de la infracción cometida por una sociedad sancionada por la Autoridad Financiera sobre sus clientes⁵⁹.

Por lo demás, en virtud de estos textos o de la jurisprudencia, la proporcionalidad de la sanción es a veces apreciada en función de datos relativos al autor de la infracción que no tienen relación con la gravedad de esta. Por ejemplo, la situación financiera del interesado podría justificar una moderación o severidad en el monto de la sanción pecuniaria. El Consejo de Estado juzgó como legal la sanción impuesta por la comisión de sanciones AMF de 200.000 euros en el caso de una persona natural, señalando que "la comisión pudo tener en cuenta, para determinar el monto de la sanción pecuniaria, la situación financiera de MB"⁶⁰. En otro caso, en cambio, se consideró que la sanción impuesta no ocasionara "dificultades financieras graves para la sociedad sancionada"⁶¹.

3.2. SEGUNDO CASO: LA LEY NO PERMITE LA FACULTAD DE DECISIÓN A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Aquí se expone a grandes rasgos esta cuestión compleja⁶², como un problema que está relacionado con las sanciones fiscales, por lo menos en el derecho francés. Como se ha dicho anteriormente, en efecto, para los casos de derecho tributario frecuentemente la ley establece un régimen de penas fijas que privan a la autoridad sancionatoria toda facultad de elegir la pena aplicable. En este régimen, en efecto, la ley dispone que a tal infracción le corresponde una sola sanción, cuya naturaleza y amplitud está determinada por ella, sin ninguna posibilidad de variación. Cuando esta infracción está probada, la autoridad

59 CE del 2 de noviembre de 2005 M. Y., n.º 270825: "se tiene en cuenta la gravedad de las faltas cometidas, particularmente de las consecuencias que se derivaron para sus clientes, la sanción impuesta no fue considerada con un carácter excesivo".

60 CE del 18 de febrero de 2011, M. Beslay, n.º 321056. En el mismo sentido: Voir également CE del 29 de marzo de 2010, M. Piard et M. Boyer, n.º 323354: "*la commission des sanctions peut, dans la sanction qu'elle prononce effectivement à l'encontre d'un prestataire, tenir compte de la situation financière et comptable de celui-ci*".

61 CE del 30 de diciembre de 2010, Société Ferrigestion, n.º 318737, en cuanto a una sanción de 15.000 euros impuesta por la autoridad de mercados financieros.

62 Para más detalles, véase CHARLES FROGER, "La sanction fiscale dans les jurisprudences constitutionnelle et européenne", *Revue du Droit Public*, n.º 4, 2013, pp. 929 y ss.

administrativa que tiene que aplicar la ley puede imponer únicamente tal sanción, sin que pueda adaptarla a circunstancias específicas del caso ni, obvio, aminorar la sanción prescrita por la ley cuando debido a las circunstancias ella pareciera excesiva

Si bien es este el respeto de la ley que ordena a la Administración, ¿qué sucede con el juez fiscal que conoce de un recurso contencioso contra la sanción impuesta? Dos respuestas son posibles. Podemos, en principio, considerar que el juez contencioso administrativo podrá (re)hacer la decisión de la Administración, la cual se ubica en la misma situación jurídica que esta, o que, por el contrario, el juez deberá acatar estrictamente lo previsto en la ley sancionatoria. Así, sea que el juez estime que la infracción estaba bien constituida, él podrá mantener la sanción impuesta por la Administración; o sea que él considere la infracción no debía ser impuesta, el juez anulara la sanción. No existe una solución intermedia consistente en reducir el monto de la sanción a un nivel que el juez estimaría idóneo o adaptado a la gravedad de la falta cometida por el contribuyente. Como lo vimos, esta primera solución se basa en el respeto de la ley por el juez. No obstante, este respeto solo se impone en la medida que la ley no sea juzgada como inconstitucional (por el Consejo Constitucional, en el caso francés) o convencional (el control de convencionalidad es realizado en Francia por el juez ordinario, administrativo o judicial). De esto se deriva una segunda respuesta a la cuestión planteada, la cual consiste a decir en sustancia que la ley que impida al juez de proporcionar la sanción en el caso que se encuentre sometido al principio constitucional y convencional de proporcionalidad, dado que este exige una proporcionalidad en sentido concreto. En esta medida, debe ser descartada y el juez debe reconocer el poder de modular la sanción en función de las circunstancias de la especie y, entonces, imponer eventualmente una sanción inferior a aquella establecida por la ley.

Esta argumentación fue presentada al Consejo Constitucional sobre el terreno del principio constitucional de proporcionalidad; la cual fue rechazada⁶³. De igual forma, tal posición fue sostenida ante el Consejo de Estado y la Corte EDH, con el fundamento de la exigencia de proporcionalidad que se desprende del artículo 6-1 de la Convención EDH, la cual fue también rechazada⁶⁴. El razonamiento es en sustancia el siguiente: a partir del momento en el cual la sanción prevista por la ley no parece desproporcionada y en el que el juez ejerce pleno control sobre la calificación del comportamiento del

63 Decisión n.º 2011-103 QPC, n.º 2011-104 QPC, n.º 2011-105/106 QPC, *Constitutions*, 2011, n.º 3, p. 378, note Barilari, *DF*, 2011, n.º 27, comm. 416, note Le Subra et Le Tacon, *RFDC*, 2011, n.º 87, p. 635, note Oliva.

64 CE avis, del 8 de julio de 1998, Fattell, *Rec. CE*; tables p. 849, *RJF*, 8-9/98, comm. 970, concl. Arrighi de Casanova; *Proc.*, 1999, n.º 1, comm. 22, note Pierre.; Cour EDH, del 7 de junio de 2012, *Ségame c/ France*, req. n.º 4837/06, *DF*, 2012, n.º 29, comm. 387, note Ayrault, *RJF*, 8-9/12, comm. 888, note Bokdam-Tognetti, *JCP G*, 2012, 922, note Milano.

contribuyente (es decir, sobre la existencia de la infracción), esto es suficiente para que el principio de proporcionalidad sea satisfecho. La Corte EDH justifica su posición por otras dos consideraciones: las sanciones fiscales son distintas a las sanciones penales propiamente dichas, una exigencia de eficacia de la represión fiscal que se impone para preservar los intereses del Estado.

Esta posición puede ser no del todo convincente, ya que es notorio que no es seguida por el juez ordinario, quien es el competente en Francia sobre las controversias fiscales. La Corte de Casación estima que, en efecto, una ley que impide al juez modular las penalidades o penas fiscales es incompatible con el artículo 6-1 de la Convención EDH y no debe ser aplicada⁶⁵.

Esta cuestión de modulación conduce a una breve conclusión:

Es evidente que en el derecho administrativo francés la exigencia de proporcionalidad es considerablemente consolidada bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional y de aquella de la Corte EDH. Desde este punto de vista, el derecho administrativo sancionatorio ventajosamente se parece al derecho penal, sin que se identifique con el. Esta consolidación es inevitablemente una fuente de perturbación porque modifica los equilibrios anteriores: el equilibrio entre la eficacia de la sanción y la protección de derechos individuales, y el equilibrio entre los poderes de los jueces (constitucional y administrativo), por una parte, y el legislador y la autoridad administrativa de la otra.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, CESARE. *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], nueva traducción francesa, París: Cujas, introducción de Marc Ancel y Georges Levasseur, 1966.

BRAIBANT, GUY. "El principio de proporcionalidad", en *Mélanges Marcel Waline*, t. II, París: LGDJ, 1974.

DE MOOR-VAN VUGHT, ADRIENNE. "Administrative sanctions in EU law", en *Administrative sanctions in the European Union*, Cambridge: Intersentia, Oswald Jansen (dir.), 2013.

DELLIS, GEORGES. *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, París: LGDJ, prefacio de Yves Gaudemet, 1997.

FROGER, CHARLES. "La sanction fiscale dans les jurisprudences constitutionnelle et européenne", *Revue du Droit Public*, n.º 4, 2013.

65 Cass. com., del 29 de abril de 1997, Ferreira, Bull. civ., IV, n.º 110, JCP G, II, 1997, 22935, note Sudre, RTDH, 1998, n.º 33, p. 171, note Louis, LPA, del 1.º de diciembre de 1997, n.º 144, p. 6, note Tixier.