

CORRUPCION Y MALA GESTION DE LA RES PUBLICA: EL PROBLEMA DE LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEÑO

Por
FÁBIO MEDINA OSÓRIO (1)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—PARTE PRIMERA: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA LUCHA CONTRA LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA: I. NOTICIA HISTÓRICA Y PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO BRASILEÑO. II. LA NUEVA LEY 8429/92, DE 2 DE JUNIO, LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA (LIA). III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SANCIONES DE LA LIA Y EL CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO BRASILEÑO: A) *Planteamiento general*. B) *La tesis penalista*. C) *La tesis administrativista*. D) *La solución del Derecho brasileño*. IV. LOS SUJETOS DE LA LIA: A) *Jueces, parlamentarios y fiscales*. B) *Los particulares*.—PARTE SEGUNDA: LA APLICACIÓN DE LA LIA Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: V. LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA: *Cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y principios constitucionales: el alcance de la legalidad y de la tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. VI. LA PROPORCIONALIDAD. VII. LA CULPABILIDAD. VIII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: *Presunción de inocencia y enriquecimiento sin causa aparente como acto de improbidad administrativa*. IX. EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*: A) *Concurso aparente de normas*. B) *Sanciones aplicadas por distintas autoridades*. C) *Los efectos de las sentencias penales en otras esferas*. X. LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA: A) *Las medidas procesales cautelares*. B) *Derechos de defensa*.—CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

La idea de *probidad administrativa* es antigua (2) y, sin embargo, actual. Corresponde a un orden superior al de la simple legalidad, es decir,

(1) Fiscal en el Estado de Río Grande del Sur (RS), Brasil. Master en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad Federal del Río Grande del Sur (RS). Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica-RS, Escuela Superior de la Magistratura-RS y Escuela Superior del Ministerio Público-RS. Doctorando en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España. Becario de la CAPES, órgano del Gobierno Federal brasileño.

(2) Véase, en la doctrina brasileña, la noticia histórica en el trabajo de JUAREZ FREITAS, *Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação*, en «Revista Jurídica», núm. 221, Síntese, Porto Alegre, marzo de 1996, págs. 22 y ss., el cual afirma que Cicerón en *De Officiis*, *Oeuvres Complètes*, París, Librairie de Firmin-Didot et Cie., 1927, vol. IV, pág. 483, sostiene que la primera ley que ha tenido el objetivo de reprimir delitos ligados a la improbidad de los administradores públicos —*lex de repetundis*— tiene sus orígenes en los esfuerzos de L. Calpurnio Pisone, tribuno del pueblo en 149 a.C. En virtud de esta ley, los administradores deshonestos eran compelidos a resarcir los daños al erario. No logrando, sin embargo, frenar las prácticas ilícitas arraigadas y consuetudina-

pertenece a la esfera de la moral administrativa. La violación del deber de probidad administrativa indica, por lo tanto, un grado de ilicitud más grave que el grado de ilicitud de la simple ilegalidad, e incluso que la propia inmoralidad. La «improbidad administrativa» es una «inmoralidad administrativa calificada».

La actualidad de este asunto es ineludible. La probidad administrativa es un tema ligado al problema de la corrupción y de la mala gestión de la *res publica*, por lo que se reconoce que se trata de un asunto muy vivo y presente en las sociedades europeas o americanas, occidentales u orientales, de cualquier matiz ideológico, político o jurídico. El tema de la corrupción y de la mala gestión de la *res publica* es universal y presente en toda y cualquier sociedad mínimamente civilizada.

En Estados Unidos de América, la probidad está ligada a una Ética Gubernamental (3). Hay un intento de fijar obligaciones éticas inherentes al servicio público, las sanciones y las acciones correctivas. Existen, en este campo, normas sobre recepción de regalos por los funcionarios públicos que provengan de fuentes externas, normas sobre conflictos entre intereses económicos, sobre imparcialidad en el cumplimiento de los deberes oficiales, sobre abuso del puesto, el uso de la propiedad gubernamental, del tiempo de trabajo, de la información privada, del uso del puesto gubernamental en beneficio propio, sobre compatibilidades y otros aspectos de la vida pública.

En Francia existe toda una gama de infracciones previstas en el Código Penal bajo el título «las faltas al deber de probidad», como la concusión, la corrupción, el tráfico de influencias, la toma ilegal de interés, la sustracción o desviación de bienes. En el ámbito disciplinario o administrativo, las definiciones son todavía más genéricas.

En España, la idea de probidad administrativa está íntimamente relacionada con el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pero también está conectada al concepto de corrupción administrativa. El componente anímico de la conducta corrupta es la deslealtad, entendida ésta

rias, otras leyes, destacándose la *lege Julia*, fueron editadas, previendo nuevas y drásticas penas, tales como la devolución en cuádruplo de los perjuicios, el exilio, así como la pérdida de los derechos civiles. Esto es lo que se recoge en las lecturas de las fuentes del Derecho Romano: *Digesto*, Libro XLVIII, Títulos XI y XIII; *Código de Justiniano*, Libro IX, Títulos XXVI, XXVII y XXVIII. Sobre la contribución romana, véanse, además, Théodore MOMMSEN, en *Manuel des Antiquités Romaines*, París, Ernest Thorin Éditeur, 1892, págs. 382-394, y William BLACKSTONE, en sus *Commentaries on the Laws of England*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979, vol. IV, pág. 121, el cual, afrontando el tema del *Public Wrongs*, también presenta precedentes interesantes, además de aludir al impulso pionero recibido del Derecho Romano.

(3) La Oficina de la Ética Gubernamental fue creada en octubre de 1989. Se citan, además, Leyes y Ordenes Ejecutivas que son fuentes de importantes normas que tratan del deber de probidad administrativa: 5-USC7351; 7353; 5-USC App. (*Ethics in Government Act*); Executive Order 12874, 54, FR 15159, 3CFR, 1989 Comp., pág. 215, como modificado por EO 12731, 55FR 42547, 3 CFR, 1990 Comp., pág. 306; 18 USC 201, 203, 205, 208 y 209. Sobre esto, véase Office of Government Ethics, *Standards for ethical conduct for employees of the Executive branch*, Federal Register (Washington, DC), vol. 57, núm. 153, august 7, 1992, págs. 35006/35067, en Patricia CANALES NETTLE et alii, *El deber de probidad de los funcionarios de la Administración Pública en la legislación comparada*, Internet.

como la actuación en contra de los intereses cuya defensa viene confiada a determinadas instituciones, criterio que asumió expresamente el Tribunal Supremo español en la sentencia de 20-9-1990, cuando la definió como una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública.

En efecto, la falta de probidad está conectada al concepto *lato sensu* de corrupción. La corrupción, dice el Consejo de Europa, es sobre todo un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones. Asimismo, afirma que «la corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas vestidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas ya para sí, ya para terceros». Afirma, además, que la corrupción «debilita gravemente los valores fundamentales de una sociedad. Anula la buena fe indispensable para el funcionamiento correcto de las instituciones gubernamentales, políticas y comerciales» (4).

La irrupción pública en la sociedad española de casos calificados por la Fiscalía Anticorrupción, en su memoria de 1996, como «evidentes» de corrupción —los casos apuntados son los de Mariano Rubio, Fondos Reservados, Luis Roldán, Filesa, Renfe (San Sebastián de los Reyes), entre otros, y ahora, incluso después de tres años del gobierno del PP, hay otros, como el caso Piqué y tantos más, con la ofensiva socialista que encargó a empresas privadas de investigación que rastrearán todos los casos que pudieran afectar a cargos públicos del PP, resultando un «mapa de la corrupción» (documento de 73 páginas con 160 casos)— ha obligado a reflexiones sobre la dimensión de un fenómeno de inmensa gravedad, fenómeno calificado por el Consejo de Europa como «una amenaza grave, hasta potencialmente fatal, para el buen funcionamiento de la economía y de las instituciones democráticas».

Es posible decir que la corrupción y la falta de probidad administrativa son fenómenos universales, presentes en cualquier sociedad que cuente con un mínimo aparato estatal. Es necesario buscar fórmulas para atajar a la corrupción política y administrativa, así como a la mala gestión de la *res publica*. En este trabajo, mi objetivo será el examen del peculiar tratamiento constitucional y legal de la falta de probidad administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador brasileño, lo cual, desde luego, es, cuanto menos, polémico e interesante.

(4) Consejo de Europa, *Project de Programme d'action contre la corruption*, Estrasburgo, 1991.

PARTE PRIMERA: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA LUCHA CONTRA LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

I. NOTICIA HISTÓRICA Y PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO BRASILEÑO

La idea de «moral administrativa» está presente en preceptos constitucionales del sistema jurídico brasileño (5) y tiene una naturaleza objetiva, de moral institucional, pública, jurídica.

La Constitución brasileña de 1988 (CF/88) preveía el deber de probidad administrativa y las consecuencias de su violación, puesto que la «improbidad administrativa» es fuente de las sanciones de pérdida de la función pública, suspensión de derechos políticos, indisponibilidad (6) de los bienes, en la forma prevista por el legislador, independientemente de la acción penal (art. 37, párrafo 4.º, CF/88).

Históricamente, la falta de probidad administrativa no tenía previsión expresa en el texto constitucional antes de 1988. Además, la improbidad administrativa tenía una naturaleza formalmente penal, considerada como delito político del Presidente de la República. No había una Ley de improbidad administrativa, aunque hubiese otros instrumentos legales para atajar la corrupción administrativa, como el Derecho Penal (7), la Acción Popular (8), la Acción Civil Pública (9), la Ley de enriquecimiento ilícito (10).

(5) Además del artículo 37, *caput*, véanse el artículo 5.º, LXXIII; artículo 70, *caput* (que trata del principio de la «legitimidad»), y otros, todos de la CF/88. Sobre los orígenes teóricos de la moralidad administrativa es necesario consultar la obra de Maurice HAURIOU, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Quatrième Édition, Recueil Sirey, 1938, págs. 232 y ss., y, del mismo autor, *La jurisprudence administrative* (de 1892 a 1929), tomo II, Recueil Sirey, París, 1931, págs. 334 y ss., 378/380. Véase, en el Derecho brasileño, el fundamental trabajo de Diogo DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*, en «Revista de Direito Administrativo», núm. 190, octubre-diciembre de 1992, Río de Janeiro, págs. 25/26.

(6) La «indisponibilidad» es la forma de embargabilidad más amplia posible. Impide al sujeto cualquier acción sobre sus propios bienes, ya sean muebles, ya sean inmuebles.

(7) Además de los muchos delitos contra la Administración Pública previstos en el Código Penal (arts. 312 y ss.) brasileño, algunas Leyes específicas tienen todavía hoy una intensa incidencia en la vida de relaciones. Un ejemplo es el Decreto-Ley número 201, de 27 de febrero de 1967, con sanciones privativas de libertad de hasta 12 (doce) años para los delitos más graves, es decir, cohecho, corrupción y otros, además de las sanciones de pérdida de función pública y suspensión de derechos políticos. La prevaricación tiene unas sanciones entre 3 (tres) meses hasta 3 (tres) años.

(8) Véase la Ley 4717, de 29 de junio de 1965, que otorga al ciudadano la posibilidad de ingresar en juicio contra los actos administrativos nulos, practicados con incompetencia, vicio de forma, ilegalidad de objeto, inexistencia de motivos, desviación de finalidad. En esos supuestos, el ciudadano puede exigir directamente del agente público responsable el resarcimiento al erario. Todavía es una Ley muy frecuentemente utilizada en la vida forense. La garantía de la acción popular está, además, recogida en la CF/88, para la protección de la legalidad y moralidad administrativas.

(9) Véase la Ley 7347, de 2 de julio de 1985 (Ley de la Acción Civil Pública, LAP), que otorga al Ministerio Público y a otros entes la posibilidad de defensa judicial de cualquier interés difuso o colectivo, además de otros intereses expresamente previstos por el Legislador. El patrimonio público ha tenido protección a través de esa importante Ley.

(10) Consúltese la Ley 3502, de 21 de diciembre de 1958, inspirada en el Derecho

II. LA NUEVA LEY 8429/92, DE 2 DE JUNIO, LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA (LIA)

El artículo 37, párrafo 4.º, de la CF/88 fue regulado por la Ley 8429/92 (11) (LIA), que tipificó los actos de «improbidad administrativa» (arts. 9.º, 10.º y 11.º) y previó determinadas sanciones a esos actos, acciones u omisiones practicados por agentes públicos o incluso por particulares. Esas sanciones son la suspensión de derechos políticos; la prohibición de realizar, directa o indirectamente, contratos con los Poderes Públicos; prohibición de recibir beneficios fiscales o crediticios, subvenciones o préstamos públicos; multa civil (art. 12, I, II y III). Además, la Ley prevé el resarcimiento al erario, que es imprescriptible por fuerza constitucional (art. 37, párrafo 5.º, CF/88), además de no tener naturaleza jurídica de sanción (12), y la pérdida de los bienes adquiridos ilícitamente, la cual tampoco es, rigurosamente, una sanción (13). En el plan procesal, la Ley legitima al Ministerio Público y a los entes lesionados para la acción civil pública, en la cual se podrán imponer esas sanciones (art. 17 LIA).

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SANCIONES DE LA LIA Y EL CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO BRASILEÑO

A) *Planteamiento general*

Uno de los más graves problemas que se planteó la doctrina y la jurisprudencia brasileñas fue el de la naturaleza jurídica de esas normas sancionadoras.

norteamericano, hoy sustituida y derogada por la LIA. Sin embargo, esa Ley era claramente insuficiente, puesto que no preveía sanciones efectivamente rigurosas. Era solamente un instrumento para imponer el secuestro y pérdida de los bienes de los agentes públicos que se enriquecieran ilícitamente.

(11) Parece una pequeña paradoja que esta Ley haya sido sancionada por el ex Presidente de la República Fernando Collor de Mello, el cual, posteriormente, además de haber sido encuadrado en los tipos sancionadores de este mismo diploma normativo, fue destituido de su cargo por el Congreso Nacional, a través de proceso de *impeachment*. Fue el único caso de *impeachment* de un Presidente en la historia nacional.

(12) El resarcimiento al erario no es una sanción administrativa, puesto que su finalidad es reparadora, no punitiva. Hay, de hecho (cuasi), unanimidad sobre esto en la doctrina europea. En el Derecho español, consúltese Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, 1998, págs. 81 ss. La doctrina y jurisprudencia brasileñas no discrepan de esa línea de entendimiento.

(13) Se trata de una medida reparadora y bastante próxima del resarcimiento al erario, la cual está también prevista en la LIA.

B) *La tesis penalista*

La suspensión de derechos políticos, que es la principal sanción de la LIA, tenía una tradición de «sanción penal» en el Derecho brasileño, aunque accesoria. Además, se trata de una sanción que afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos. Es una inhabilitación absoluta que afecta al derecho de sufragio activo y pasivo, además de producir una radical restricción al agente condenado, el cual no puede ocupar cargos públicos y otros altos cargos mientras sus derechos políticos estén suspendidos. ¿Sería, entonces, una sanción penal? La discusión es importante, puesto que, siendo penal, esa acción prevista en la LIA tendría su lugar ante un juez «penal» (14), importando poco el nombre de «acción civil pública», a la luz de las garantías clásicas del proceso y del derecho penales.

C) *La tesis administrativista*

A lo largo de este importante debate en la doctrina y jurisprudencia brasileñas, prevaleció la tesis de que no se trataba de sanciones penales (15). Empero, la CF/88 versa sobre la falta de probidad (improbidad) y de las sanciones independientes de las medidas penales (art. 37, párrafo 4.º). Es más, la LIA tiene ese idéntico sentido (art. 12). La suspensión de derechos políticos no es una sanción típicamente penal, pues no se ajusta al criterio formal de las sanciones esencialmente penales, es decir, no tiene la previsión de una pena privativa de libertad. La CF/88 no le reserva ese estatus, no califica la suspensión de derechos políticos como una sanción exclusivamente penal. La única pena exclusivamente «criminal» es la privación de libertad (art. 1.º de la Ley de Introducción al Código Penal). Además, fuera del criterio formal, no hay posibilidad de identificar una sanción ontológicamente penal, sustancialmente criminal, ya que la idea dominante apunta la ausencia de distinción sustancial o de calidad entre los ilícitos penales y administrativos (16), lo que alcanza, por igual, a las san-

(14) Alguna que otra aislada decisión de los Tribunales brasileños adoptó la tesis penalista. Ejemplo de eso es el *habeas corpus* núm. 696803550, 4.ª Criminal del Tribunal de Justicia del Estado del Río Grande del Sur (TJRGS), Ponente D. Luiz Melibio Uiraçaba Machado, sentencia de 17-12-96, en la cual se reconoció una naturaleza penal a los tipos previstos en la LIA. Esa misma decisión fue, sin embargo, modificada por el mismo Tribunal, en el conflicto núm. 00597003714, órgano Pleno, Ponente D. João Aymore Barros, por mayoría, en sentencia de 22-12-97.

(15) En la doctrina, véanse Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 6.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pág. 135, y mi libro *Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*, Ed. Síntese, 2.ª ed., Porto Alegre, 1998, págs. 217 y ss.

(16) Por todos, véase Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed. ampliada, Tecnos Ed., Madrid, 1994, pág. 158/159, cuando dice, a propósito de las diferencias entre sanciones administrativas y penales, lo siguiente: «ya nadie puede dudar que las cualificaciones no dependen del contenido material de los ilícitos (ni de sus funciones, ni de sus fines) sino que son meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por

ciones, es decir, no hay sanciones sustancialmente penales. El único criterio válido es el formal. Es posible, por lo tanto, imponer esas sanciones por una vía extrapenal, puesto que hay una libertad de configuración legislativa de las diversas medidas sancionadoras posibles.

D) *La solución del Derecho brasileño*

¿Cuál es, entonces, la naturaleza jurídica de esas sanciones? La respuesta no es sencilla, puesto que la LIA es, cuanto menos, ambigua. Dice el Legislador que las sanciones a los actos de «improbidad administrativa» tienen su lugar independientemente de las sanciones «penales», «civiles» y «administrativas» (art. 12, *caput*, LIA), es decir, contempla esas sanciones como si fuesen otra categoría distinta de aquellas ya referidas. De este modo, en una primera lectura de la Ley, parece un verdadero misterio la calificación jurídica de las sanciones previstas en el artículo 12, I, II y III, de la LIA, puesto que ni serían administrativas ni civiles, tampoco penales... ¿Qué tipo de sanciones serán éstas? Pues se trata de sanciones de Derecho Administrativo Sancionador, es decir, son sanciones administrativas que están en juego.

En España, el concepto de «sanción administrativa» tiene unos elementos clásicos, es decir, un elemento subjetivo (17), que es la autoridad

razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como meros instrumentos. En definitiva: después de haber estado analizando y discutiendo durante más de cien años la naturaleza y la identidad o desigualdad ontológica de los delitos e infracciones administrativas, se ha llegado a la conclusión de que todo este trabajo ha sido (casi) inútil por estar mal planteado, al haberlo centrado en el terreno metanormativo, que para nada vincula al Legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios absolutamente coyunturales (...). La pretendida y harto magnificada identidad ontológica (entendida como una identidad de fenómenos reales no normativos o, más exactamente todavía, prenormativos): a) es jurídicamente casi irrelevante, dado que la hipotética identidad ontológica metanormativa no garantiza una correlativa identidad de regímenes legales; b) es incongruente con la tesis de la integración en una unidad superior; y c) además es inútil porque no resuelve el problema central y originario del Derecho aplicable. Desde el punto de vista pragmático, si lo que se pretende es la determinación del régimen jurídico, esta cuestión puede abordarse directamente —sin rodeos ontológicos confusionistas (...). El autor defiende la posibilidad y necesidad de desarrollo de una doctrina y teoría propias del Derecho Administrativo Sancionador, que es, antes de más nada, Derecho Administrativo. Trátase de una posición bastante crítica con relación al pensamiento en España. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias sostienen la discutible unidad estatal de la potestad punitiva del Estado, la identidad ontológica normativa entre ilícitos penales y administrativos, la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional es, quizás, contradictoria, ya que afirma esos supuestos y, simultáneamente, reconoce una aplicación de los principios penales con matices al ámbito administrativo sancionador. De modo que, en la práctica, los «matices» son más bien la regla general que la excepción, revelándose imposible sostener, desde un punto de vista dogmático, la unidad de régimen jurídico entre las dos formas del ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo cierto es que la libertad de configuración legislativa desarrolla un fundamental papel en ese campo.

(17) En cierto sentido, es comprensible la existencia de un elemento subjetivo en la definición de la sanción administrativa por la doctrina española, puesto que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España tiene un papel esencialmente revisor de los

administrativa, y otro formal, que es el procedimiento administrativo, además de los elementos telcológico (finalidad puramente represora) y objetivo (el efecto aflictivo de la medida sancionadora). En este sentido está de acuerdo la mayor parte de la doctrina española, e incluso del Derecho comparado en Europa (18).

La idea es que la expresión «sanciones administrativas», empleada en la LIA al lado de las sanciones que están fijadas en la propia Ley (art. 12, *caput*, LIA), lo es *stricto sensu*, es decir, significa «sanciones aplicadas por autoridades administrativas». La LIA adopta dos concepciones posibles de sanción administrativa: la concepción formal *stricto sensu* (que utiliza el elemento subjetivo en sentido estricto) y la concepción, más amplia, que conecta la naturaleza jurídica de la sanción a la naturaleza jurídica de las normas de Derecho material que la regulan.

actos administrativos, incluso de los actos que impliquen ejercicio de potestades sancionadoras de las autoridades administrativas. No hay un «juez administrativo» dotado de potestades directamente sancionadoras. Sin embargo, no veo en la Constitución española de 1978 (CE) un óbice a que el Legislador prevea un tratamiento puntual específicamente distinto para unos determinados supuestos, es decir, no hay prohibición a que la ley cree un sistema administrativo sancionador aplicable por los jueces administrativos. De ahí que el concepto de sanción administrativa sea un concepto estrictamente legal, no necesariamente científico. Puede haber diferencias entre conceptos legales y científicos, como ya ha puesto de manifiesto Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 53 y ss., al tratar del concepto legal y del concepto científico del Derecho Administrativo. Creo que un concepto científico de sanción administrativa no podría descartar la posibilidad de un distinto elemento subjetivo, es decir, la intervención de los jueces administrativos. Sin embargo, las peculiaridades del sistema español, especialmente una eventual lentitud de la Justicia Administrativa, tal vez no recomendase un cambio de tratamiento de la materia, puesto que quizás la Justicia Criminal sea más ágil y eficaz que la Justicia Administrativa; ésa es solamente una suposición. Se trata de un problema empírico, pragmático, que no influye en la elaboración de un concepto constitucional y científico de sanción administrativa. Desde el punto de vista constitucional, España podría adoptar una ley idéntica a ésta, vigente en Brasil, es decir, la LIA. Véase, además, la RJ 1986/6072, Sentencia de 14-7-1986, Tribunal Supremo, Sala 4.ª, Ponente D. Aurelio Botella Taza, cuando dice lo siguiente: «Por lo demás, si bien no cabe duda de que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial, y no podría estar nunca en manos de la Administración —como también precisa el propio Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983/77)—, nuestra Constitución, siguiendo una línea histórica, ha venido a admitir la existencia de una potestad sancionadora de la Administración (art. 25.3 de la Constitución), pero —obviamente— sometiéndola a las necesarias cautelas que preservan y garantizan los derechos de los administrados.» En este punto, creo que la LIA representa un avance considerable e importante, en la medida en que otorga al Poder Judicial una potestad sancionadora de gran relevancia pública. Resulta satisfactoria, por lo tanto, a la luz de la LIA, la exigencia de Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 3.ª ed., 1998, págs. 418 y ss., el cual defiende la imposición judicial de las penas privativas de derechos que afectan libertades fundamentales.

(18) Véanse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 4.ª ed., 1993, pág. 163; José SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Studi Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 55. Para una visión del Derecho comparado, consúltese Franck MODERNE, *Sancions Administratives et Justice Constitutionnelle. Contribution à l'étude du «jus puniendi» de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica Ed., París, 1993, págs. 150 y ss.; Heinz MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho Comparado*, trad. de José María RODRÍGUEZ DEVESA, ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, 538 págs.

Las sanciones de la LIA (art. 12, I, II y III) son aplicadas por autoridades judiciales, de ahí la distinción necesaria entre sanciones administrativas *stricto sensu* y sanciones administrativas *lato sensu*. De hecho, la LIA prevé sanciones de Derecho Administrativo, puesto que se trata de relaciones especiales de sujeción sometidas al Derecho Administrativo Sancionador. Son «ilícitos» practicados por funcionarios públicos o particulares contra los principios y reglas que presiden la Administración Pública. Se trata, sin lugar a dudas, de sanciones administrativas.

Jean RIVERO afirma, en esta línea, que es al Estado, a través del Derecho Administrativo, a quien compete sancionar a aquellos que violan los intereses del propio Estado, es decir, actúan en contra de los intereses protegidos por el Estado o la Administración Pública (19). La aplicación del Derecho Administrativo no ocurre solamente en supuestos de actos practicados por autoridades administrativas. En el Derecho francés, la doctrina admite sanciones administrativas aplicadas por Tribunales Administrativos (20). En el Derecho brasileño es común esa posibilidad (21). Las autoridades judiciales pueden, cuando están autorizadas por el legislador, aplicar sanciones administrativas. Esas sanciones se definen como administrativas por el hecho de que el Derecho Administrativo las regula y porque están material y formalmente sometidas a esa rama jurídica. Además, la Administración Pública es, por así decir, la víctima de los actos de improbidad administrativa. De ahí que el que haya un sometimiento de tales relaciones al Derecho Administrativo Sancionador es, por lo tanto, comprensible desde un punto de vista de la legítima opción legislativa.

Otro problema será el alcance de las garantías del Derecho Administrativo Sancionador brasileño, ya que la naturaleza administrativa de las sanciones de la LIA no significa, ni podría significar, un pasaporte al arbitrio o a la ausencia de un conjunto sólido e importante de garantías formales y materiales a los imputados o investigados. Examinaré los aspectos más polémicos respecto del alcance de este conjunto de garantías más adelante.

IV. LOS SUJETOS DE LA LIA

Son sujetos activos de la LIA los agentes públicos en general, dentro de un concepto *lato sensu* de agentes públicos (art. 2.º LIA), vinculado tal concepto al ámbito de los sujetos pasivos (art. 1.º, *caput* y párrafo único, LIA).

(19) Jean RIVERO, *Droit Administratif*, 3.ª ed., Dalloz, París, 1965, págs. 14/15, 260/261.

(20) Georges DELLIS, *Droit Pénal et Droit Administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, ed. LGDJ, París, 1997, pág. 10.

(21) Véase la Ley 8069, de 13 de julio de 1990, el conocido Estatuto de la Infancia y Adolescencia, que prevé sanciones administrativas aplicables por jueces.

A) *Jueces, parlamentarios y fiscales*

La doctrina se ha planteado algunas dudas importantes. Por ejemplo, ¿estarán los jueces, fiscales y parlamentarios sujetos a las sanciones de la LIA? La discusión está planteada y, desde mi punto de vista, tales autoridades deben someterse a los efectos de la LIA.

Mi opinión es ésta porque, en primer lugar, el artículo 1.º de la LIA trata muy ampliamente de los sujetos pasivos, contemplando la «Administración» de cualquiera de los Poderes de la República. Es necesario interpretar el término «Administración», que es un concepto jurídico indeterminado, a través de una visión generosa con los intereses generales, ya que una «Administración» de cualquiera de los Poderes Públicos ejerce un control de los actos de improbidad administrativa, es decir, mala gestión de la *res publica* y corrupción. Tanto es así que un acto de corrupción de un juez está, por ejemplo, sometido a la potestad sancionadora del Consejo General del Poder Judicial, tanto en Brasil como en España. La corrupción, en sí misma, no es un acto jurisdiccional, sino más bien un acto ilícito que ofende a la Administración de ese Poder del Estado. Los parlamentarios, sean diputados, sean senadores, están, de igual modo, sometidos a unas exigencias de probidad administrativa. Actos de mala gestión de la «cosa pública» acarrear sanciones administrativas, no exactamente disciplinarias ni tampoco sanciones impuestas por autoridades administrativas, pero sí unas sanciones judiciales regladas y delimitadas por el Derecho Administrativo Sancionador. La víctima, en todos estos supuestos, una vez más, es el Estado, es decir, la Administración del Poder Legislativo. En esta misma línea, el Ministerio Público sufre las consecuencias de la LIA, pues no está inmune a este tipo de control, aunque no pertenezca a ninguno de los Poderes de la República, ni mucho menos al Ejecutivo.

B) *Los particulares*

Los particulares, a su turno, tienen encaje específico en la LIA a través del artículo 3.º, el cual posee dos modalidades de participación: una que es previa al ilícito y otra que lo es posterior, es decir, consiste en el recibimiento de ventajas producidas por el acto de improbidad. En ese último supuesto, la exigencia de una actitud dolosa es ineludible.

Un poco más problemático es el caso de las empresas privadas que reciben recursos públicos, es decir, subvenciones, incentivos o beneficios, fiscales o crediticios, o aquellos casos en los cuales haya inversiones públicas de cualquier montante (art. 1.º, párrafo único, LIA). ¿En qué medida podrían los empresarios, los particulares de esas empresas practicar un acto de improbidad administrativa? ¿Quién sería el sujeto pasivo, es decir, la víctima del acto de improbidad? Es más, ¿podrían los particulares practicar actos esencialmente privados sometidos al Derecho Administrativo, es decir, a los principios que presiden la Administración Pública?

El tema es de bastante actualidad, ya que sufrimos en Brasil el drama de las llamadas «guerras fiscales» entre los Estados de la Federación. Para captar empresas privadas, generar empleos, fomentar la industria y el desarrollo económico, los Estados, en general cuando el Poder Ejecutivo sea de partidos políticos de derecha o centro, ofrecen, en competencia unos con los otros, a unas empresas privadas (la mayoría extranjeras) inmensas ventajas fiscales, préstamos públicos, inmuebles, todo tipo de regalos, para que esas empresas realicen inversiones en los respectivos territorios. Esas ventajas, de modo general, son autorizadas por leyes concretas de los Poderes Legislativos (22).

El problema puede surgir en varios supuestos. Es posible que la empresa no cumpla los compromisos pactados, sea por razones de mercado, sea por otras razones desconocidas. En uno u otro supuesto, lo que se discute es el control público de los actos de improbidad practicados por particulares directamente contra el Poder Público que les otorgó determinadas ventajas públicas.

El particular no encajaría en el artículo 3.º de la LIA, ya que no habría lugar a una responsabilidad del agente público, lo cual estaría dentro de la legalidad. La ilegalidad, en ese supuesto, se hallaría en la postura del particular, no en la actitud del agente público. De ahí que, de hecho, pueda ser necesario incluir al particular en el artículo 2.º de la LIA, como si fuera una especie de agente público actuando en el ámbito de los sujetos pasivos (art. 1.º, párrafo único, LIA), más específicamente en contra de sus intereses. La solución no es sencilla, ya que revolucionaría cualquier concepto normal de «agente público» en el Derecho brasileño. Sin embargo, bajo mi parecer, ésa es la solución correcta. Pienso que la clave está en la idea de rendición de cuentas a la que están obligadas las empresas privadas. Son esas empresas gestoras de los recursos públicos, en esa medida, responsables por su mala gestión. Los agentes particulares pueden, en ese caso, ser equiparados a los agentes públicos a los efectos de la LIA. En esta línea, los actos de falta de probidad serán así considerados a la luz del deber de prestar cuentas, teniendo en mente, por un lado, la indisponibilidad de los recursos públicos y, por otra parte, el incumplimiento de los compromisos pactados. Es posible la incidencia de la LIA en esos supuestos.

PARTE SEGUNDA: LA APLICACIÓN DE LA LIA Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

V. LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

El proceso de tipificación es consecuencia del principio de la legalidad del Derecho Administrativo Sancionador. Ese principio tiene su lugar en la CF/88, puesto que nadie está obligado a hacer o no hacer algo sino en vir-

(22) Cabe decir que muchas de esas leyes tienen efectos exclusivamente concretos y, por lo tanto, poseen una naturaleza materialmente administrativa.

tud de la ley (art. 5.º, II). La Administración Pública, a su turno, está obligada expresamente por el principio de la legalidad administrativa (art. 37, *caput*, CF/88). De otro lado, el principio del debido proceso legal (art. 5.º, LIV, CF/88), cuyas raíces en el Derecho norteamericano indican una vertiente formal y otra sustancial (23), obliga a que el Estado sólo ejerza sus potestades sancionadoras con arreglo en las leyes, es decir, en permisivos legales. La idea de seguridad jurídica y de Estado Democrático de Derecho (arts. 1.º, *caput*, y 5.º, *caput*, CF/88) se basan en la legalidad constitucional de las potestades públicas. Entonces, aunque no haya una específica previsión constitucional del principio de la legalidad de la potestad sancionadora administrativa del Estado, como lo hay en España (24), lo cierto es que tal principio tiene asiento constitucional en un conjunto de normas y principios que presiden la actividad pública en general.

Cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y principios constitucionales: el alcance de la legalidad y de la tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador

Las normas sancionadoras de la LIA son, en gran medida, cláusulas generales, es decir, normas de conducta dotadas de elevada generalidad, vaguedad semántica socialmente típica cuya concreción compete al juez, quien tiene una tarea de algún modo creadora del Derecho (25). La mayo-

(23) Véanse Eloísa CARBONELL y José Luis MUGA, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons Ed., Madrid, 1996, págs. 94 y ss.; US Supreme Court, *Davidson v. City of New Orleans*, 96 US 97 (1877); US Supreme Court, *Hurtado v. People of State of California*, 110 US 516 (1884); en el Derecho brasileño, consúltese Geraldo BRINDEIRO, *O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito*, en «Revista Trimestral de Direito Público», núm. 19/1997, Malheiros Ed., São Paulo, 1997, págs. 51 y ss. Son numerosas e importantes las consecuencias de la adopción de la cláusula del debido proceso legal en el constitucionalismo brasileño. De hecho, esa norma, además de englobar unas clásicas garantías de *non bis in idem*, prohibición de retroactividad de la *lex gravior*, interdicción a la arbitrariedad de los Poderes Públicos, entre otras, consagra la idea de lo razonable como pauta jurídica obligatoria, es decir, la lógica de lo razonable debe imperar en la tarea interpretativa de los jueces y Tribunales. Está consagrado, por lo tanto, el principio de la razonabilidad en la CF/88.

(24) Véase artículo 24.1 de la Constitución española.

(25) La ambigüedad es un fenómeno inherente al lenguaje. En esta línea, interesantes los trabajos que integran la obra intitulada *Filosofía del lenguaje. I. Semántica*, ed. de Juan José ACERO, Editorial Trotta, Enciclopedia Ibero-Americana de Filosofía, Madrid, 1998, especialmente el artículo de Luis M. L. VALDÉS VILANUEVA, «El significado: los constructores», págs. 107 y ss., pues el autor analiza los diversos tipos de ambigüedades lingüísticas. Un ejemplo de ambigüedad sintáctica: «Borja busca corbatas y camisas azules». Es posible asignar dos estructuras distintas a esa expresión. Una primera lectura puede indicar que «Borja busca corbatas (de cualquier color) y camisas azules»; una segunda lectura puede revelar que «Borja busca corbatas azules y camisas del mismo color». Esa es una ambigüedad muy simple, básica, que solamente el contexto lingüístico puede solucionar. Hay numerosos tipos de ambigüedades. Parece evidente, en este punto, que el lenguaje legislativo, que tiene una pretensión de validez eterna, con una apertura intencional o no, remite al intérprete, muy frecuentemente, al contexto social, económico, cultural, histórico, autorizándole a elucidar y actualizar el correcto significado de la norma. El instrumento para ese proceso es antiguo, aunque su elaboración y comprensión teórica sea relativa-

ría de esas normas contienen conceptos jurídicos indeterminados, además de remitir al intérprete a principios jurídicos (26). La distinción entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados reside en que las primeras son normas de conducta, mientras los segundos son elementos de los tipos o de las normas jurídicas dotados de vaguedad semántica. Los principios, a su turno, además de constituir normas jurídicas, se diferencian de las reglas por su alcance y funcionalidad más flexible. Los principios pueden aparecer en cláusulas generales y normalmente están dotados de conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, la densidad normativa de los principios es bastante variable y la distinción reglas-principios no es clara en todos los supuestos (27).

Se pueden plantear muchas cuestiones respecto del alcance de las cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y principios jurídicos. Los principios jurídicos, por ejemplo, suelen tener, frecuentemente, unos conceptos de gran indeterminación jurídica y vaguedad semántica, lo que ha suscitado, incluso, un importante debate acerca del papel de los jueces, tribunales y legisladores en la aplicación o creación del Derecho. Es una discusión más profunda que pone de manifiesto un debate filosófico en torno al positivismo y principialismo jurídico no positivista, ambos contrapuestos (28).

mente reciente. Trátase de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales.

(26) Ejemplos: artículos 4.º y 11 de la LIA. Además, todos los otros tipos remiten al intérprete, implícitamente, a las ambiguas nociones de «ventaja patrimonial indebida» (art. 9.º), «acción u omisión, dolosa o culposa» (art. 10), las cuales, a su turno, carecen de una comprensión a la luz de los principios que presiden la Administración Pública (art. 4.º LIA; art. 37, *caput*, CF/88). De ahí que las cláusulas generales, los principios constitucionales y los conceptos jurídicos indeterminados estén conjuntamente implicados en la LIA.

(27) Utilizo la conocida clasificación de Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 82/87, que trata de principios y reglas como especies de normas jurídicas con una funcionalidad radicalmente distinta. Véase, sin embargo, sobre este asunto, Enoch ALBERTÍ, *El derecho por principios: algunas precauciones necesarias*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», Nueva época, tomos XIII y XIV, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, pág. 43, cuando advierte que la densidad normativa de los principios puede producir importantes distinciones en el ámbito funcional de los propios principios. La consecuencia de este planteamiento es que los principios podrían no tener una identidad funcional clara. Aunque sea verdad que existan principios con diferentes grados de densidad normativa, el papel de las reglas parece ocupar, en general, una posición radicalmente distinta en el juego de los conflictos de normas, motivo por el cual me parece, con matices, adecuada la clasificación propuesta por ALEXY. Para una crítica de esa clasificación, consúltese el trabajo de Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 185 y ss. De hecho, no utilizo, aquí, la teoría de ALEXY en su totalidad, sino solamente la división reglas-principios, la cual, además, no puede ser una distinción fuerte. Hay que matizarla suficientemente. Este no es el momento, sin embargo, para profundizar en un análisis sobre ese asunto.

(28) Creo que las doctrinas de Derecho Natural ya no tienen lugar en la Filosofía Jurídica contemporánea, al menos no en los términos históricamente considerados, como un conjunto de normas superiores al Estado, eternas, inmutables, con un origen religioso o en la razón de los hombres. Hay que considerar, sin embargo, la existencia de diversas y distintas clases de pensamientos iusnaturalistas, es decir, de muchas Escuelas del Iusnaturalismo, por lo que resultaría temerario hacer una crítica global a las doctrinas del Dere-

Parece ser que lo importante es establecer unos claros límites a los jueces y tribunales, puesto que éstos no deben transformarse en legisladores, so pena de quiebra del fundamental principio de división de poderes y de legitimidad democrática de la ley. La idea de sistema jurídico (29) funciona, en mi opinión, como un importante parámetro de referencia de las autoridades judiciales, las cuales también tienen prohibido actuar arbitrariamente. Una creación de un Derecho al margen de la Constitución objetivamente valorada o de las leyes carecería de legitimidad democrática y violentaría la idea fundamental de división de poderes, caracterizando francamente una insostenible arbitrariedad judicial. Los operadores jurídicos se mueven, por lo tanto, dentro del marco del sistema jurídico, el cual tiene unas pautas comportamentales objetivadas, sea en el plano formal o procesal, sea en el campo material.

En todo caso, hay normas jurídicas suficientemente claras que dispensan una tarea interpretativa (en sentido estricto) creadora, pero hay otras que reclaman una intensa intervención judicial. En cualquier hipótesis, la intervención judicial creadora tiene cabida en algunos supuestos, eso es indiscutible, pero creadora en qué medida y con qué alcance; ¿cómo pueden los intérpretes descubrir un sentido objetivo de los principios de la imparcialidad, honestidad, lealtad institucional, que están en el tipo del artículo 11, *caput*, de la LIA, de modo que mantienen una clara vinculación con el sistema legal? La expresión «cualquier acción u omisión, dolosa o culposa, que produzca una lesión ilícita al erario», prevista en el artículo 10, *caput*, de la LIA, ¿no será demasiado amplia o indeterminada? De igual modo, la

cho Natural. Consúltense los trabajos constantes de la obra «Anuario de Filosofía del Derecho», Nueva Época, tomos XIII y XIV, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Justicia, 1996-1997, sobre el positivismo, su significado y contraposición al iusnaturalismo, bien como las críticas a las doctrinas del «principalismo jurídico», el llamado «derecho por principios». Interesantes polémicas son abordadas en la obra, que se dedica, en variados artículos de distintos juristas, a discutir planteamientos de Gustavo ZAGREBELSKI (*El Derecho dúctil*), Robert ALEXY (*Teoría de los Derechos fundamentales*) y Ronald DWORKIN (*Los Derechos en serio*), entre otros. En todo caso, lo que interesa señalar, aquí, es que resulta indiscutible el hecho de que los jueces y Tribunales aplican y controlan conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales y principios jurídicos. Algunos ejemplos se pueden ver en la clásica obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 4.ª ed., 1998, págs. 134 y ss. y 219 y ss.

(29) Consúltense los trabajos de René POIRIER, *Rationalité juridique et rationalité scientifique*, en «Archives de Philosophie du Droit», Tome 23, Formes de Rationalité en Droit, Ed. Sirey, 1978, págs. 11/34; Chäin PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», Tome 23, Formes de Rationalité en Droit, Ed. Sirey, 1978, págs. 35/42; Georges KALINOWSKI, *Logique et méthodologie juridique: réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», Tome 23, Formes de Rationalité en Droit, Ed. Sirey, 1978, págs. 60/68; Julien FREUND, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, en «Archives de Philosophie du Droit», Tome 23, Formes de Rationalité en Droit, Ed. Sirey, 1978, págs. 69/92; Christophe GRZEGORCZYK, *La rationalité de la décision juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», Tome 23, Formes de Rationalité en Droit, Sirey, 1978, págs. 237/256. Una visión distinta se percibe en Niklas LUHMANN, *L'unité du système juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», Le système juridique, Sirey, 1986, págs. 164 y ss.; *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de Josetxo BERRIAIN y José María GARCÍA BLANCO, Ed. Trotta, 1998, 255 págs.

expresión «cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida», que está contemplada en el artículo 9.º, *caput*, de la LIA, ¿no será excesivamente vaga y peligrosa, en la medida en que otorgaría poderes indefinidos e ilimitados a las autoridades judiciales?

Se trata de cuestiones fundamentales que la LIA plantea, pero que, en realidad, no constituyen novedad en el mundo jurídico. El Derecho Penal está acostumbrado a los tipos sancionadores genéricos, y con poca frecuencia los Tribunales y la propia doctrina reconocen vulneración al principio de la legalidad o de tipicidad en esos supuestos (30). Entonces, ¿cuáles serían los límites a los intérpretes? Antes indicaba que el sistema jurídico es el marco fundamental de la actividad de concreción del Derecho, pero resulta necesario esclarecer en qué consiste el sistema referido. El sistema es el conjunto de normas jurídicas, decisiones de la jurisprudencia, opiniones de la doctrina, materiales legislativos, valores sociales objetivamente perceptibles, todo ello armonizado para evitar soluciones arbitrarias, sin razonabilidad o ilógicas, a los casos concretos, con protección de los principios de igualdad, justicia y seguridad jurídica.

La idea básica es que funcione el principio de proporcionalidad en los tipos sancionadores, de tal forma que se respete el principio de intervención mínima del Derecho Administrativo Sancionador y se observe la prohibición de alternativas sancionadoras excesivamente gravosas.

La falta de imparcialidad, por ejemplo, prevista como supuesto de un acto de improbidad administrativa (art. 11, *caput*, LIA), no significa que una procedencia de recusación de un juez o una autoridad administrativa produzca la configuración típica de un acto de improbidad administrativa. No es toda y cualquier falta de imparcialidad que está tipificada en la LIA. El análisis del contexto es fundamental, pues no toda ilegalidad será una

(30) Véase, por ejemplo, el Código Penal español de 1995: «Artículo 447: El Juez o Magistrado que por *imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta* incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.» Cabe decir, desde luego, que este tipo penal parece tan indeterminado y genérico como casi todos los tipos sancionadores de la LIA. Todavía más genérico e incierto que muchos de ellos. No creo que haya término más indeterminado que el «manifiestamente injusto» empleado por el Legislador. ¿Qué justicia será ésta? La clásica obra de Hans KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, Ariel Ed., Barcelona, 2.ª ed., 1992, 283 págs., plantea, por ejemplo, interesantes cuestiones. Lo que KELSEN pone de manifiesto, cuanto menos, es la compleja y ambigua relación entre Derecho y Justicia, además de resaltar la problemática del relativismo axiológico que puede tener lugar en numerosos supuestos. A mí parece evidente que no siempre el Derecho es o debe ser justo, ya que al valor justicia puede contraponerse, por ejemplo, el valor de la seguridad jurídica. Además, el concepto mismo de justicia puede sumergir, en algunas ocasiones, en la intensa ambigüedad de determinados valores. Todo esto torna claro que la idea de justicia es, cuanto menos, problemática. Sin embargo, el Código Penal español somete los jueces a la rigurosa pena de la inhabilitación para el cargo como consecuencia de un delito construido sobre bases altamente indeterminadas. Se podría indagar: ¿es posible que un juez aplique la ley, por un ángulo literal, y practique una injusticia manifiesta? Desde un punto de vista estrictamente jurídico, creo que existe tal posibilidad. ¿Qué puede hacer el intérprete? La única solución viable es delimitar lo más claramente posible, en el marco de un sistema jurídico que respeta los principios de la seguridad jurídica y de la legalidad, el contenido normativo de ese tipo sancionador.

improbidad (31), ya que ésta revela un grado más elevado de ilicitud. Ni siquiera toda la inmoralidad administrativa será una improbidad, puesto que ésta es una inmoralidad calificada por su especial gravedad.

Dicho esto, entonces, aunque sean indeterminados los términos y elementos de los tipos sancionadores de la LIA, no obstante haya principios y cláusulas generales en juego, no hay, a mi modo de ver, inconstitucionalidad por ofensa a la legalidad o tipicidad. Sin embargo, es posible que, en un caso concreto determinado, el Tribunal reconozca que una interpretación dada se revele arbitraria, irrazonable o incompatible con las garantías de legalidad o tipicidad vigentes en el campo sancionador (32).

(31) Es cierto que una lectura puramente literal del artículo 11 de la LIA podría inducir a la idea de que la violación del deber de legalidad sería causa suficiente para incidencia del tipo sancionador. Sin embargo, parece indiscutible que la mera ilegalidad, por sí sola, no produce la improbidad administrativa, ya que es necesario percibir un grado de ilicitud más acentuadamente grave en los supuestos previstos, explícita o implícitamente, en la LIA.

(32) Véase, analógicamente, la orientación teórica del Tribunal Constitucional español, Sala 2.ª, RTC 1996/120, Sentencia de 8-7-1996, núm. 120/1996, Recurso de Amparo núm. 3205/1993, Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer: «*El principio de legalidad no somete al ordenamiento sancionador administrativo sólo a una reserva de ley, sino que conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa* (SSTC 42/1987 [RTC 1987/42], 219/1989 [RTC 1989/219] y 93/1992 [RTC 1992/93])» (STC 116/1993 [RTC 1993/116], fundamento jurídico 3.ª). *La garantía de determinación tiene como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora* (por todas, SSTC 61/1990 [RTC 1990/61] y 306/1994 [RTC 1994/306]). *Y como dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa —por razones, ya, de carácter abstracto de la norma y de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje—, el respeto del órgano administrativo sancionador del irrenunciable postulado del artículo 25.1 CE deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad* (SSTC 133/1987 [RTC 1987/133], 150/1989 [RTC 1989/150] y 111/1993 [RTC 1993/111]). En otro caso, el Tribunal Constitucional entendió que una determinada interpretación de un tipo sancionador era claramente incompatible con el alcance razonable y previsible de la norma prohibitiva. Véase decisión de la Sala 2.ª, RTC 1997/151, Sentencia de 29-9-1997, núm. 151/1997, Recurso de Amparo núm. 3983/1994, Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer: «*El recurrente era Capitán de Artillería cuando a raíz de una imputación de consentimiento en la relación adúltera que mantenía su cónyuge fue sancionado por un Tribunal de Honor con la separación del servicio y con el pase a la situación de retirado. La correspondiente Orden Ministerial fue declarada válida y conforme a Derecho por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (...). Este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar que el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de ley certa, praevia, scripta et stricta, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el "máximo esfuerzo posible" (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Como consecuencia o concreción directa de este mandato surgen una serie de prohibiciones entre las que destacan, por lo que aquí interesa, la interdicción de que el derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que unas y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, final-*

VI. LA PROPORCIONALIDAD

El principio de la proporcionalidad tiene sus raíces en la idea de Estado Democrático de Derecho, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona humana. Se trata de un principio extremadamente complejo, de contenido altamente indeterminado, que funciona desde el punto de vista

mente, que el derecho sancionador pueda ser creado por los Jueces. Con todo, como también hemos dicho en repetidas ocasiones, y en concreto como veremos de inmediato respecto del precepto aquí aplicado, *las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad es preciso que la complementación exista realmente*. En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que *el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada* (SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1.º; 219/1989 [RTC 1989/219], fundamento jurídico 5.º; 116/1993 fundamento jurídico 3.º; 305/1993 [RTC 1993/305], fundamento jurídico 5.º; 26/1994 [RTC 1994/26], fundamento jurídico 4.º; 306/1994 [RTC 1993/306], fundamento jurídico 3.º; 184/1995 [RTC 1995/184], fundamento jurídico 3.º). Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción. En todo caso, *admitir la compatibilidad entre el artículo 25.1 CE y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela*, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos. La aplicación de esta doctrina a los conceptos ahora cuestionados por su abstracción fue realizada ya por la STC 270/1994. Su conclusión fue la siguiente: «Cuando el artículo 59.3 de la LORDF se refiere como fundamento de la sanción extraordinaria que en él se prevé al comportamiento consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito”, está definiendo como motivo de la indicada sanción la realización de actos externos e individualizables que sean constitutivos de un grave atentado a la “disciplina, servicio o dignidad militar”. Así entendido, el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, ya que, pese a su aparente inconcreción, los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables» (fundamento jurídico 6.º). Sin embargo, *si se admitió la constitucionalidad del precepto aquí enjuiciado a pesar de incorporar conceptos normativos abiertos, fue porque esos conceptos eran «determinables», de modo que el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma. Este debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma. Atendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del Juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución*. Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el artículo 25 CE es *hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo*. Ello significa que, como sucede en el

constitucional en múltiples direcciones. Indiscutiblemente, se trata de un principio constitucional implícito y que proyecta importantes efectos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, particularmente en la LIA.

La primera gran consecuencia de la proporcionalidad es la exigencia de una tipicidad material del acto ilícito, es decir, este principio exige una efectiva ofensa al bien jurídico tutelado por la norma sancionadora. Tiene cabida, aquí, el famoso principio de la insignificancia jurídica, trabajado por Claus ROXIN en el Derecho Penal alemán (33). La jurisprudencia brasileña utiliza el principio de la insignificancia en materia de delitos contra la Administración Pública, excluyendo la tipicidad material del delito por ausencia de ofensa al bien jurídico protegido. La doctrina lo admite también (34). Significa eso que lesiones ínfimas, de muy pequeña repercusión, de ninguna o excesivamente escasa potencialidad ofensiva, no suelen ser materialmente prohibidas por la norma sancionadora, aunque lo sean desde un punto de vista estrictamente formal.

La segunda gran función de la proporcionalidad consiste en reducir la severidad abstracta de las sanciones. Véase, por ejemplo, el problema planteado por la LIA, la cual, en su artículo 12, I, II y III, contempla sanciones aparentemente aplicables al agente de forma acumulativa, es decir, en bloque. Sin embargo, si determinadas circunstancias recomiendan una reducción de la severidad de la respuesta pública al ilícito, es necesario matizar. Ahí la LIA carece de una interpretación a la luz de la proporcionalidad y al juez competirá fijar las sanciones en conformidad con el principio de la individualización de las penas, atendiendo a la idea de imponer medidas que no sean excesivamente gravosas (35).

ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias. Podemos avanzar ya que en las resoluciones enjuiciadas no se explicita suficientemente el proceso de concreción de los conceptos indeterminados de honor contenidos en el artículo 1025 del CJM vigente en el momento de producirse los hechos objeto de sanción».

(33) Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, tomo I, trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 296/297. El autor construye su teoría a partir de la idea de bien jurídico. La solución correcta, dice él, «se produce en cada caso mediante una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido».

(34) En la doctrina brasileña, véase Maurício Antonio RIBEIRO LOPES, *O princípio da insignificância no direito penal brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 1997, págs. 51/65. La jurisprudencia es abundante en la aceptación general del principio de insignificancia jurídica: Tribunal Regional Federal (TRF), 5.ª R. - ACr. 970 - RN - 3.ª T. - Ponente D. Rivalvo Costa - DJU 02.09.1994; Superior Tribunal de Justicia (STJ), que es equivalente al Tribunal Supremo español, - RHC 5.920 - RJ - 5.ª T. - Ponente D. Cid Flaquer Scartezzini - DJU 16.12.1996; Supremo Tribunal Federal (STF), equivalente, en España, al Tribunal Constitucional, - RHC 66.869 - PR - 2.ª T. - Ponente D. Aldir Passarinho - DJU 28.04.1989.

(35) Sobre la alternativa excesivamente gravosa, consúltese Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 226/230.

VII. LA CULPABILIDAD

Los tipos previstos en los artículos 9.º y 11 de la LIA exigen actuación dolosa, mientras los tipos del artículo 10 del mismo diploma admiten actuaciones dolosas o culposas.

El viejo problema que se plantea la doctrina es, en primer lugar, respecto del concepto del dolo. Ni en el Derecho Penal hay un acuerdo sobre el contenido del dolo, y mucho menos lo hay en el Derecho Administrativo. En todo caso, la mayor parte de la doctrina acepta la idea de que el dolo abarca los elementos del tipo, es decir, significa consciencia y voluntad del agente en practicar el tipo sancionador. Está claro que el tipo sancionador puede tener unos elementos altamente indeterminados, pero ése es otro problema, de sobra ya tratado en este trabajo. La cuestión básica es que el dolo no es, necesariamente, identificable con la mala fe, el *dolus malus* de los romanos, puesto que el agente puede, por ejemplo, buscar un interés público distinto de aquel previsto en la regla de competencia. En ese caso, habrá una actuación dolosa en relación con el tipo sancionador que describe exactamente esa conducta. El dolo, por lo tanto, es el elemento subjetivo de la conducta.

La culpa, a su vez, es compleja. En general, significa la violación de deberes objetivos de cuidado, es la negligencia. El agente imagina actuar correctamente, por un error vencible, y, sin embargo, practica un ilícito culposo. Es necesario indagar si la culpa prevista en la LIA es una culpa leve, normal o grave. Creo que se trata de culpa normal, ni leve, que es más propia al Derecho Privado, ni grave, que no tiene previsión en el sistema constitucional o legal (36). En realidad, la culpa grave puede ser considerada a efectos de fijación de la pena, pero no con el fin de excluir la incidencia del tipo sancionador. Sólo la culpa leve, en mi opinión, puede excluir el tipo prohibitivo.

La evitabilidad del hecho punible es un supuesto de la culpabilidad. Es necesario que haya una posibilidad de que el agente público evite el cometimiento del acto de improbidad. Resulta inadmisibles, en este punto, la responsabilidad objetiva, solidaria, o por hecho ajeno. El artículo 3.º de la LIA, por ejemplo, prevé la ilicitud del comportamiento del agente que se beneficia de los efectos de la improbidad administrativa. No se trata, por evidente, de responsabilidad objetiva, sino más bien lo contrario, o sea, es exigible el dolo o, por lo menos, la culpa en los supuestos de lesión al erario. La pena es personal, intransferible, sólo puede ser cumplida por el infractor.

(36) En España, al revés, la culpa grave es tratada explícitamente por el Legislador.

VIII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Es complejo y dudoso el alcance formal y material del principio de presunción de inocencia, aunque no se puede dudar de su importancia teórica y política. La doctrina francesa ya planteó sus dudas, sin embargo, respecto a la eficacia jurídica de ese principio, puesto que no protege al imputado contra todas las posibles apariencias de culpabilidad. Sería un principio «enfermo», con discutible fuerza procesal (37). En Brasil, la presunción de inocencia tiene cabida expresa en el Derecho Procesal Penal, conforme previsión de la CF/88. Sin embargo, parece cierto que alcanza también al Derecho Administrativo Sancionador, ya que integra el debido proceso legal sustancial. De otro lado, el problema es que incluso en el ámbito penal la fuerza de la presunción de inocencia es de reducida importancia jurídica.

La primera función de la presunción de inocencia, en el sistema brasileño, es impedir la anticipación de los efectos de las sentencias condenatorias, es decir, obstaculizar la inclusión de los nombres de los reos en el libro de los culpables. Asimismo, impide prisiones procesales automáticas, como mera consecuencia de un hecho delictivo dado. No basta con invocar una norma jurídica o decir que el agente violara un determinado tipo penal para mandarle a la cárcel provisoriamente. De otro lado, el *onus probatorio* es de la acusación, que debe demostrar los hechos constitutivos del delito, es decir, del tipo penal. La defensa debe probar las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad. En el campo del Derecho Administrativo Sancionador, la presunción de inocencia tiene un efecto aún más reducido. En el plan probatorio se admite la validez o la presunción de veracidad de determinadas actas administrativas, aunque a la defensa siempre se asegure la posibilidad de producir prueba contraria. Son francamente admisibles medidas cautelares para la protección del orden público o de los intereses generales afectados por el acto ilícito. Se trata, de cualquier modo, de una presunción relativa, que opera en el campo procesal de la distribución de los *onus probatorios*; ésa es su principal consecuencia. El intérprete debe partir de una presunción *pro libertate*, pero eso no significa que las circunstancias, las particularidades del caso concreto, no puedan cambiar el encargo probatorio y exigir de la defensa determinados esfuerzos.

El principio del *in dubio pro reo* tiene algún alcance, pero no es radical. Ni todas las dudas favorecen a los intereses de los acusados, porque, en realidad, el problema de la duda es un problema de distribución del *onus probatorio*. En consecuencia, es posible que el imputado no produzca pruebas suficientes para rechazar los indicios condenatorios. De hecho, los indicios son admisibles como medios de prueba condenatoria.

(37) Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. EJA, París, 1.^a ed., 1997, págs. 347 y ss.

Presunción de inocencia y enriquecimiento sin causa aparente como acto de improbidad administrativa

Uno de los más polémicos tipos de la LIA es el del artículo 9.º, VII, que prevé el enriquecimiento sin causa aparente del agente público mientras estuviera en el ejercicio de sus funciones o cargo como un puro acto de improbidad administrativa. Parte de la doctrina apunta una posible vulneración del principio de presunción de inocencia como fundamental argumento para calificar de inconstitucional ese dispositivo (38). Sin embargo, hay otra línea doctrinal, en la cual me incluyo, que sostiene la compatibilidad de esa norma sancionadora con la presunción de inocencia (39).

En primer lugar, es necesario recordar que el sujeto activo del ilícito es un agente público, el cual tiene obligación legal de declarar sus bienes y rendimientos, con actualización anual (art. 13 LIA), so pena de pérdida de su función y otras sanciones pertinentes.

De otro lado, solamente un enriquecimiento desproporcionado, basado en signos externos de riqueza material absurda y francamente incompatible con la situación formal del agente público, puede encuadrar al sujeto activo en el tipo sancionador. Además, cabe insistir en la idea de que la presunción de inocencia jamás será una presunción absoluta.

Se trata de establecer razonables reglas procesales en el plano probatorio. En este supuesto, no hay ninguna prueba diabólica exigible del imputado, puesto que se presume que no existen mayores dificultades en llevar al conocimiento de las autoridades el origen de su riqueza material. El análisis de las pruebas debe presidir criterios de razonabilidad, inclusive para las justificativas de los acusados. El juez puede aceptar como razonable y racional la justificación o las alegaciones defensivas y, en ese supuesto, puede exigir de la acusación la prueba de la conexión del enriquecimiento con el ejercicio indebido de la función pública o, lo que sería más correcto y conforme al espíritu de la LIA, la prueba de que la justificativa defensiva no es verdadera.

Sin embargo, se plantea aquí la duda sobre la posibilidad de que se exija al acusado que produzca pruebas contra sus propios intereses, en la medida que tendría que probar el origen, aunque ilícito, de su patrimonio, demostrando ausencia de origen prohibida por la LIA. ¿Es posible que el patrimonio tenga un origen ilícito que no sea incompatible con la LIA? Esta es una cuestión interesante, pero no se puede descartar tal posibilidad. La LIA protege el sector público como un todo, por lo que un origen ilícito de enriquecimiento que no tenga ninguna relación con la función pública puede no encajarse en los tipos sancionadores. No creo que haya vulnera-

(38) Marino PAZZAGLINI FILHO *et alii*, *Improbidade administrativa - Aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público*, Ed. Atlas SA, São Paulo, 1996, pág. 62.

(39) Luiz Fabião GUASQUE, *A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito*, en «RT» 712, ano 84, fevereiro de 1995, pág. 359; JUAREZ FREITAS, «Ilustração do papel concretizador da interpretação jurídica», en *O ensino jurídico no limiar do novo século*, Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1997, pág. 76.

ción del principio de que el agente no puede verse obligado a producir pruebas contra sus propios intereses. No hay, en primer lugar, obligación alguna de que el agente entre en el sector público y acepte las condiciones generales inherentes a esas funciones públicas. Son *onus* consecuentes de esa situación el sometimiento a un riguroso régimen legal de control de los bienes y rendimientos y la sumisión a la propia LIA, en un sistema de relación de especial sujeción al Estado. El enriquecimiento sin causa, en tales circunstancias asumidas por los agentes públicos, pasa a ser un hecho de gran gravedad sujeto a severas penas. Esa es la realidad, pura y simple. No hay pruebas diabólicas en juego, ya que debe ser posible probar al agente público el origen de sus bienes y rendimientos. No hay obligación de que el agente produzca pruebas contra sus intereses, porque se trata solamente de demostrar el origen de sus bienes y rendimientos, nada más. Si ese origen es un hecho ilícito de gran gravedad, el agente puede quedarse en silencio, pero ya será inaceptable tal situación en el ámbito público, lo que me parece razonable. Otro problema será si el agente va a merecer todas las sanciones previstas en la LIA o solamente algunas de ellas, puesto que se trata de la aplicación del artículo 12, I, II y III, de la LIA, pero sobre esto ya he dicho que el principio de la proporcionalidad debe incidir.

IX. EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*

Es sabido que el principio del *non bis in idem* tiene íntima vinculación con la legalidad y la proporcionalidad, además de poseer conexión profunda con el debido proceso legal. Significa este principio que un agente no puede ser castigado doblemente por el mismo hecho. De ahí surgen las teorías de concurso aparente de normas represivas y concurso real de normas, además de unas reglas procesales de superioridad de la jurisdicción penal sobre la administrativa. En todo caso, se trata de un principio aceptado y desarrollado en el Derecho brasileño, pero no con el mismo alcance que tiene en el sistema español, aunque en España también existen supuestos polémicos, acentuadamente en materia de ilícitos administrativos que protejan relaciones de especial sujeción del individuo con el Estado (40).

(40) Siempre se ha matizado, en el sistema español, el principio del *non bis in idem* en materia disciplinaria, aunque se constate, actualmente, una creciente aplicación de las clásicas garantías del Derecho Administrativo Sancionador al ámbito de las sanciones disciplinarias. En esta línea, véase la reciente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que establece el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Dice el Legislador lo siguiente: «Artículo 4. La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido. El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la comunicación a la autoridad disciplinaria de su resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria.» La cuestión de la identidad de

A) *Concurso aparente de normas*

Lo cierto es que hay una teoría del concurso aparente de normas sancionadoras para la aplicación de los tipos de la LIA. Una sola conducta puede encajarse en varios tipos prohibitivos. El tipo especial es aplicable en detrimento del tipo general, ésa es la regla (41). Los criterios de especialidad pueden aparecer bajo la forma de subsidiariedad, alternatividad, consunción. De otro lado, se admite la descalificación de un tipo especial a favor de otro general.

B) *Sanciones aplicadas por distintas autoridades*

Un mismo hecho puede ser sancionado simultáneamente por autoridades judiciales administrativas (jueces administrativos) y penales (jueces penales), además de merecer sanciones de autoridades administrativas. La multiplicidad de sanciones es admisible desde el momento en que se valore el bien jurídico por perspectivas distintas. La multa civil prevista en el artículo 12 de la LIA convive con una multa impuesta por autoridad administrativa u otra multa impuesta por una autoridad judicial penal. La suspensión de derechos políticos puede ser impuesta por autoridades judiciales distintas, como lo son los jueces penal y administrativo. Será considerada válida la medida que tenga el mayor plazo. Los plazos no se suman. También la prohibición de contratar con la Administración Pública o de recibir beneficios *lato sensu* puede ser aplicada por autoridades administrativas y judiciales. El mayor plazo es el que vale.

C) *Los efectos de las sentencias penales en otras esferas*

Problema más complejo es el relativo a los efectos de las sentencias penales absolutorias en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, es decir, en la LIA. En primer lugar, si un mismo hecho sufre la persecución penal y administrativa, resulta claro que una decisión penal puede tener algunos efectos imperativos en la jurisdicción administrativa. Absoluciones por carencia de pruebas no tienen ningún efecto fuera del ámbito penal, puesto que se presume que otra valoración de las pruebas es posible desde un punto de vista menos formalista y ni tan comprometido exclusi-

bien jurídico protegido, sin embargo, puede plantear muchos problemas interpretativos. Consúltese, por ejemplo, RJ 1991/1667, Sentencia de 21-1-1991, Militar, Contencioso-Disciplinario, Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Ponente D. José Jiménez Villarejo.

(41) Sobre concurso aparente de normas, véase Günther JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 1048 y ss. Es interesante observar que el autor engloba los criterios normalmente utilizados para resolver el concurso aparente de normas en el principio de la especialidad. De ahí resulta que los otros criterios son formas de manifestación de una «especialidad».

vamente con los derechos individuales, es decir, en una jurisdicción administrativa. Si no hay pruebas de la autoría del acto ilícito, por ejemplo, para el juez penal, eso no significa que no puedan esas mismas pruebas ser suficientes para el juez administrativo. El juez penal es la expresión máxima del poder punitivo del Estado y, por lo tanto, ha de ser el más exigente protector de los derechos individuales. Un acto puede ser ilícito para el Derecho Administrativo Sancionador y no serlo para el Derecho Penal. Esto resulta de la naturaleza más grave de esta última rama jurídica. De ahí que resulte obvia la posibilidad de que el juez administrativo valore las pruebas y los hechos desde una perspectiva bastante distinta de la que fuera utilizada por el juez penal. Este, sin embargo, puede fijar los hechos probados. En ese sentido, si un hecho resulta plenamente probado para el juez penal, no puede dejar de estarlo para el juez administrativo. Pero si el juez penal tiene dudas para emitir una decisión condenatoria, esto no quiere decir que el juez administrativo tenga que compartir esas idénticas dudas. Por otra parte, cabe traer a colación la idea de que algunas causas justificantes reconocidas por el juez penal producen efectos poderosos en la esfera del juez administrativo y, por supuesto, también en el ámbito de competencias de las autoridades administrativas. Por ejemplo, el reconocimiento de un ejercicio regular de un derecho o del cumplimiento del deber legal por el juez penal es un reconocimiento con plena eficacia ante el juez o autoridad administrativos.

X. LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA

La acción civil pública es un poderoso instrumento previsto en la Ley 7347/1985, conocida como Ley de la Acción Civil Pública (LAP), de 2 de julio, para la protección de los intereses difusos y colectivos ante un juez civil o administrativo. La LIA prevé la acción civil (art. 17) como idóneo instrumento para imponer las sanciones directamente previstas en el artículo 12, I, II y III. Esa acción civil puede estar precedida de una investigación del Ministerio Público, investigación que se realiza a través de un expediente propio, o de cualquier averiguación administrativa llevada a efecto por la autoridad competente, pero el expediente previo no es un requisito imprescindible. El objeto de esa acción puede ser bastante amplio, no restringiéndose a las sanciones previstas en la LIA. Es posible solicitar la nulidad de actos administrativos, obligaciones de hacer o de no hacer, además de cualquier otra medida procesal compatible con los fundamentos de la demanda y pedidos de la parte, puesto que la LAP así lo permite. Se trata de una acción regulada también por la Ley de Enjuiciamiento Civil y los principios procesales correspondientes a esa esfera.

A) *Las medidas procesales cautelares*

Es posible solicitar la separación cautelar del agente público de su cargo (art. 20, párrafo único, LIA) para garantía de la fase de producción de las pruebas procesales. También son posibles medidas suspensivas de los actos administrativos relacionados con la improbidad (art. 12 LAP). De otro lado, la quiebra del sigilo bancario y fiscal del imputado, además de la indisponibilidad de sus bienes, son medidas viables y admitidas por la LIA (art. 16, *caput* y párrafo 2.º).

B) *Derechos de defensa*

Los derechos de defensa y contradictorio procesal son ampliamente admitidos en el sistema brasileño, por lo que no hay lugar a dudas respecto a su incidencia en los procesos regulados por la LIA. Esos derechos comprenden el derecho a la información, derecho a la producción de pruebas y de alegaciones, contradictorio procesal, plazos razonables, asistencia de letrado, observancia de formalidades procesales.

CONSIDERACIONES FINALES

Un balance actual de los resultados prácticos obtenidos con la utilización de la LIA es notable. La impunidad disminuye sensiblemente, puesto que especialmente los agentes públicos tienen miedo a que sus bienes, su patrimonio moral y material, sus derechos políticos, sean alcanzados por las sanciones de la LIA. De hecho, alcaldes y gobernadores importantes tienen, hoy, sus bienes indisponibles por medidas judiciales cautelares, sus sigilos fiscales y bancarios quebrados. Además, los practicantes de actos de improbidad administrativa tienen que afrontar procesos ágiles, eficaces, que siguen el ritmo de la justicia administrativa brasileña, la cual es, en general, más dinámica que la justicia penal. Ya hay resultados concretos como consecuencia de la aplicación de la LIA.

Por otra parte, está claro que ocurrieron y todavía ocurren abusos en el manejo de la LIA. Esto es así, sobre todo, porque las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios jurídicos empleados por el Legislador suelen producir perplejidades y alguna inseguridad jurídica. Resulta indiscutible que hubo y hay acciones abusivas contra agentes públicos, alcanzándose conductas de reducida nocividad social o aplicándose la LIA de forma desproporcionada. Sin embargo, esos supuestos son más bien la excepción que la regla general. Son riesgos inherentes a una nueva y moderna normativa administrativa.

Creo que el Derecho Administrativo Sancionador puede jugar un importante papel en la lucha contra la corrupción o la improbidad administrativa. Los jueces penales, por lo menos en Brasil, están, muchas veces,

impregnados por una ideología excesivamente comprometida con los intereses individuales de los acusados (42). Concepciones rotuladas de garantismo penal no logran esconder, en numerosas ocasiones, el prejuicio hacia los intereses generales o la lógica de lo razonable, exigiendo certezas absolutas o imposibles para medidas condenatorias. El Derecho Penal sufre, además, el crónico problema de los cortos plazos de prescripción. Una alternativa válida, pues, que emerge en el escenario brasileño es la utilización de un Derecho Administrativo Sancionador aplicado por jueces, una solución ecléctica entre las tradicionales opciones del juez penal o la autoadministrativa.

La clave para esas transformaciones reside, también, en el nuevo papel del Ministerio Público brasileño (43), que es el principal legitimado para las acciones civiles públicas apuradoras de los actos de improbidad administrativa (art. 17, *caput*, LIA) y es la Institución que, de hecho, está utilizando intensamente la LIA. En realidad, son extremadamente amplias las funciones del Ministerio Público brasileño, que no tienen, creo, similar en otro sistema jurídico occidental. Se trata de un Ministerio Público con raíces en el Derecho francés, pero que evolucionó hacia un mixto de *Ombudsman* y *Public Prosecutor* de los sistemas nórdico y anglosajón, además de poseer peculiaridades fundamentales.

Cabe aludir, ahora, solamente a dos importantes aspectos: el Ministerio Público tiene, en su Jefe, la garantía de mandato fijo, dotado de inamovilidad e independencia funcional, mientras sus miembros ingresan, todos, por oposiciones, asegurándoles el sistema jurídico las mismas garantías otorgadas a los jueces; de otro lado, el Ministerio Público tiene fundamentales atribuciones, dentro de las cuales está la protección del patrimonio público, moralidad y probidad administrativas.

Es el Ministerio Público el órgano que, no perteneciendo a ninguno de

(42) Consúltase Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed. ampliada, Tecnos Ed., Madrid, 1994, pág. 176, cuando dice que la aplicación de principios penalistas al Derecho Administrativo Sancionador es «inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos. Acentuar una de estas dos vertientes con olvido de la otra es crear un monstruo jurídico: o un Estado sin Derecho o un Derecho en el que se marginen los intereses que encarna el Estado. Pues bien, la influencia del Derecho Penal ha supuesto una exacerbación garantista individual a costa de una marginación de los intereses generales y, en definitiva, del equilibrio entre una y otros, que es el secreto de todo Derecho».

(43) El Ministerio Público es definido por la CF/88 como institución permanente, esencial a la función judicial del Estado, al cual compete la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles (art. 127, *caput*). Además, son funciones constitucionales del Ministerio Público, recogidas expresamente en la CF/88, promover, privativamente, la acción penal pública, en la forma de la ley (art. 129, I); velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública por los derechos consagrados en la Constitución, promoviendo las medidas necesarias a su garantía (art. 129, II); promover el expediente civil público y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos o colectivos (art. 129, III), además de otras atribuciones previstas en la misma CF/88.

los Poderes del Estado, está actuando firmemente en el cumplimiento de la Ley 8429/92, enjuiciando, con imparcialidad e independencia funcional, los agentes públicos corruptos e ímprobos a la luz del nuevo Derecho Administrativo Sancionador, sin perjuicio de las querellas criminales y administrativas pertinentes.

LEY NUMERO 8429, DE 2 DE JUNIO DE 1992

Regula las penas (44) aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito (45) en el ejercicio de mandato, cargo, empleo u oficio en la Administración Pública directa, indirecta o fundacional (46) y dispone otras medidas.

CAPÍTULO I

DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º Los actos de improbidad realizados por cualquier agente público, servidor o no (47), contra la Administración directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes del Estado Federal, de los Estados Federados, del Distrito Federal, de los Municipios, de Territorio, de empresa incorporada al patrimonio público o de entidad para cuya creación o mantenimiento el erario haya concurrido o concurra con más de 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio o de los ingresos anuales, serán sancionados en la forma establecida por esta Ley.

Párrafo único (48). Están también sujetos a las penas de esta Ley los actos de improbidad practicados contra el patrimonio de cualquier entidad

(44) El vocablo «pena», en el Derecho brasileño, no significa, necesariamente, «penas criminales». Trátase de un término ambiguo, que comporta la idea de «penas administrativas», «penas privadas», «penas de derecho civil», «penas de derecho procesal» y otras. La Constitución brasileña de 1988 (CF/88), desde luego, al tratar de ese asunto, no se limita a las «penas criminales». Además, «sanción» y «pena» son sinónimas.

(45) El legislador, en un primer momento, parece indicar que su objeto sería el tratamiento exclusivo o primordial del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, la cláusula «dispone otras medidas» autorizó, de hecho, una amplia tipificación de los actos de improbidad administrativa, los cuales fueron agrupados en tres grandes categorías, es decir, los actos que están descritos en los artículos 9.º, 10 y 11 de la Ley. Esta Ley también es conocida como «Ley Anticorrupción», pero lo cierto es que su objeto es más amplio que el combate a la corrupción, ya que alcanza fundamentalmente la mala gestión administrativa.

(46) Esa Administración equivale a la Administración Territorial española. Ya la Administración indirecta es más o menos equivalente a la Administración Institucional de España.

(47) La expresión «servidor o no» significa que no todos los agentes públicos *lato sensu* son servidores públicos en sentido estricto. Los servidores son más o menos equivalentes a los funcionarios públicos de España. La idea de agente público es más amplia.

(48) La Ley se divide en *caput*, que es la «cabeza» de cada artículo; los párrafos, que son partes relativamente autónomas; y los «incisos» (I, II, III...), que son partes del artículo. No hay una sólida distinción científica entre «párrafos» e «incisos», por lo que ambos pueden, en la práctica, cumplir funciones semejantes.

que reciba subvención, beneficio o incentivo, fiscal o crediticio, de órgano público, así como aquellas para cuya creación o mantenimiento el erario haya concurrido o concorra con menos de 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio o de la receta anual, limitándose, en estos casos, la sanción patrimonial a la repercusión del ilícito sobre la contribución de las arcas públicas.

Artículo 2.º Se considera agente público, a los efectos de esta Ley, todo aquel que ejerce, incluso transitoriamente o sin remuneración, por elección, nombramiento, designación, contratación, o cualquier otra forma de investidura o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en las entidades mencionadas en el artículo anterior.

Artículo 3.º Las disposiciones de esta Ley son aplicables, cuando proceda, a aquel que, aun no siendo agente público, induzca o concorra para la práctica del acto de improbidad o se beneficie del mismo de cualquier forma directa o indirecta.

Artículo 4.º Los agentes públicos de cualquier nivel o jerarquía están obligados a velar por la estricta observación de los principios de legalidad, impersonalidad (49), moralidad y publicidad en el trato de los asuntos que les son afectos.

Artículo 5.º Concurriendo lesión al patrimonio público por acción u omisión, dolosa o culposa, del agente o de tercero, procederá el integral resarcimiento del daño.

Artículo 6.º En el caso de enriquecimiento ilícito, perderá el agente público o tercero beneficiario los bienes o valores acrecidos a su patrimonio.

Artículo 7.º Cuando el acto de improbidad cause lesión al patrimonio público o produzca enriquecimiento ilícito, la autoridad administrativa competente deberá de denunciar los hechos al Ministerio Público, a fin de que éste solicite la indisponibilidad de los bienes del agente o tercero responsable.

Párrafo único. La indisponibilidad a que se refiere el *caput* de este artículo recaerá sobre bienes necesarios para asegurar el integral resarcimiento del daño, o sobre el acrecimiento patrimonial resultante de enriquecimiento ilícito.

Artículo 8.º El sucesor de aquel que cause lesión al patrimonio público o se enriquezca ilícitamente está sujeto a las previsiones de esta Ley hasta el límite del valor de la herencia.

(49) El principio de la «impersonalidad» está previsto en el artículo 37, *caput*, de la CF/88. La Administración Pública tiene que ser «impersonal», es decir, objetiva, imparcial, impregnada por la idea de interés general. El Administrador Público actúa en nombre de los intereses de la colectividad, jamás en el marco de sus intereses privados y personales. Además, moralidad administrativa, legalidad, publicidad, eficiencia, legitimidad, son otros principios constitucionales que presiden la Administración Pública.

CAPÍTULO II

DE LOS ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

Sección I. De los actos de improbidad administrativa que producen enriquecimiento ilícito

Artículo 9.º Constituye acto de improbidad administrativa, que produce enriquecimiento ilícito, obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley y especialmente:

- I. recibir, para sí o para otro, dinero, bien mueble o inmueble, o cualquier otra ventaja económica, directa o indirecta, a título de comisión, porcentaje, gratificación o regalo de quien tenga interés directo o indirecto, que pueda ser afectado o amparado por acción u omisión del agente público realizada en el ejercicio o en razón de sus atribuciones;
- II. percibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la adquisición, permuta o alquiler de bien mueble o inmueble, o la contratación de servicios por las entidades referidas en el artículo 1.º por precio superior al valor del mercado;
- III. percibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la alienación, permuta o locación de bien público o la prestación de servicio por ente público por precio inferior al valor del mercado;
- IV. utilizar, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley, así como el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por esas entidades;
- V. recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para tolerar la explotación o la práctica de juegos de azar, de lenocinio, de narcotráfico, de contrabando, de usura, o de cualquier otra actividad ilícita, o aceptar promesa de tal ventaja;
- VI. recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para hacer declaración falsa acerca de medición o valoración en obras públicas o cualquier otro servicio, o acerca de cantidad, peso, medida, calidad o característica de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley;
- VII. obtener, para sí o para otro, en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función pública, bienes de cualquier naturaleza cuyo

- valor sea desproporcionado en relación a la evolución del patrimonio o a la renta del agente público;
- VIII. aceptar empleo, comisión o ejercer actividad de consultoría o asesoramiento para persona física o jurídica que tenga interés susceptible de ser obtenido o amparado por acción u omisión inherentes a las atribuciones del agente público durante su actividad;
 - IX. percibir ventaja económica para interferir la autorización o aplicación de importe público de cualquier naturaleza;
 - X. recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirectamente, para omitir acto de oficio, providencia o declaración a que esté obligado;
 - XI. incorporar, por cualquier forma, a su patrimonio, bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley;
 - XII. usar, en beneficio propio, bienes, rentas, importes o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley.

Sección II. De los actos de improbidad administrativa que causan perjuicio al erario público

Artículo 10. Constituye acto de improbidad administrativa que causa lesión al erario público cualquier acción u omisión, dolosa o culposa, que produzca pérdida patrimonial, desvío, apropiación, maltrato o dilapidación de los bienes o haberes de las entidades referidas en el artículo 1.º de esta Ley, y especialmente:

- I. facilitar o concurrir, por cualquier forma, para la incorporación al patrimonio particular de persona física o jurídica, bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley;
- II. permitir o concurrir para que persona física o jurídica privada utilice bienes, rentas, importes o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley, sin la observancia de las formalidades legales o reglamentarias aplicables al caso;
- III. donar a persona física o jurídica, así como al ente despersonalizado (50), incluso de fines educativos o asistenciales, bienes, rentas, importes o valores del patrimonio de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley, sin observancia de las formalidades legales y reglamentarias aplicables al caso;

(50) Se trata de una ampliación del alcance de la Ley. Organismos públicos despersonalizados pueden tener patrimonio público y, por lo tanto, pueden ser afectados por actos de improbidad administrativa.

- IV. permitir o facilitar la alienación, permuta o alquiler de bien integrante del patrimonio de cualquiera de las entidades referidas en el artículo 1.º de esta Ley, así como la prestación de servicio por parte de ellas, por precio inferior al de mercado;
- V. permitir o facilitar la adquisición, permuta o locación de bienes o servicios por precio superior al de mercado;
- VI. realizar operación financiera sin observancia de las normas legales y reglamentarias o aceptar garantía insuficiente o no idónea;
- VII. conceder beneficio administrativo o fiscal sin la observancia de las formalidades legales o reglamentarias aplicables al caso;
- VIII. frustrar la licitud de procesos de licitación o dispensarlos indebidamente;
- IX. ordenar o permitir la realización de gastos no autorizados;
- X. actuar negligentemente en la recaudación de tributos o rentas, así como en lo que atañe al mantenimiento del patrimonio público;
- XI. liberar importe público sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular;
- XII. permitir, facilitar o concurrir para que un tercero se enriquezca ilícitamente;
- XIII. permitir que se utilicen, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1.º de esta Ley, bien como el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por esas entidades.

Sección III. De los actos de improbidad administrativa que atentan contra los principios de la Administración Pública

Artículo 11. Constituye acto de improbidad administrativa que atenta contra los principios de la Administración Pública cualquier acción u omisión que viole los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad a las instituciones, y especialmente:

- I. practicar acto persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento o distinto de aquel previsto en la regla de competencia;
- II. retardar o dejar de practicar, indebidamente, acto de oficio;
- III. revelar hecho o circunstancia que deba permanecer en secreto, y del cual tiene conocimiento en razón de las atribuciones;
- IV. negar publicidad a los actos oficiales;
- V. frustrar la licitud de oposiciones públicas;
- VI. dejar de rendir cuentas cuando esté obligado a hacerlo;

- VII. revelar o permitir que llegue a conocimiento de tercero, antes de la respectiva divulgación oficial, tenor de medida política o económica capaz de afectar el precio de mercancía, bien o servicio.

CAPÍTULO III

DE LAS PENAS

Artículo 12. Independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas previstas en la legislación específica, el responsable del acto de improbidad está sujeto a las siguientes penas:

- I. en la hipótesis del artículo 9.º, pérdida de los bienes o importes acrecidos ilícitamente al patrimonio, resarcimiento integral del daño, cuando hubiere, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de 8 (ocho) a 10 (diez) años, pago de multa civil de hasta tres veces el importe del añadido al patrimonio y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, incluso por intermedio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario por el plazo de 10 (diez) años;
- II. en la hipótesis del artículo 10, resarcimiento integral del daño, pérdida de los bienes o importes añadidos ilícitamente al patrimonio, si concurre esta circunstancia, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de 5 (cinco) a 8 (ocho) años, pago de multa civil de hasta 2 (dos) veces el importe del daño causado y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, incluso por intermedio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 5 (cinco) años;
- III. en la hipótesis del artículo 11, resarcimiento integral del daño, si hubiere, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de 3 (tres) a 5 (cinco) años, pago de multa civil de hasta 100 (cien) veces el valor de la remuneración obtenida por el agente y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficio o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, incluso por intermedio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por plazo de 3 (tres) años.

Párrafo único. En la fijación de las penas previstas en esta Ley, el Juez tendrá en cuenta la extensión del daño causado, así como el provecho patrimonial obtenido por el agente.

CAPÍTULO IV

DE LA DECLARACIÓN DE BIENES

Artículo 13. La condición y el ejercicio del agente público quedan condicionados a la presentación de declaración de los bienes e importes que componen su patrimonio privado, a fin de ser archivada en el sector de personal competente.

Párrafo primero. La declaración comprenderá bienes inmuebles, semovientes, dinero, títulos, acciones y cualquier otra especie de bienes y valores patrimoniales, localizados en el País o en el exterior, y, cuando sea necesario, alcanzará los bienes y valores patrimoniales del cónyuge o compañero, de los hijos y de otras personas que vivan bajo la dependencia económica del declarante, excluidos solamente los objetos y utensilios de uso doméstico.

Párrafo segundo. La declaración de bienes será anualmente actualizada y en la fecha en que el agente público deje el ejercicio del mandato, cargo, empleo o función.

Párrafo tercero. Será sancionado con la pena de separación del servicio, para el bien del servicio público, sin perjuicio de otras sanciones oportunas, el agente público que se niegue a prestar declaración de los bienes, dentro del plazo determinado, o sea falsa la que preste.

Párrafo cuarto. El declarante, a su criterio, podrá entregar copia de la declaración anual de bienes presentada a la comisaría de réditos federales, en conformidad con la legislación del impuesto sobre la renta y provenientes de cualquier naturaleza, con las necesarias actualizaciones, para suplir la exigencia contenida en el *caput* y en el párrafo segundo de este artículo.

CAPÍTULO V

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL PROCESO JUDICIAL

Artículo 14. Cualquier persona podrá denunciar a la autoridad administrativa competente para que sea realizada investigación destinada a esclarecer actos de improbidad.

Párrafo primero. La denuncia, que será escrita por el denunciante o manifestada oralmente a la autoridad competente, que la escribirá, y firmada, contendrá la calificación del denunciante, las informaciones sobre el hecho y su autoría y la indicación de las pruebas de que tenga conocimiento.

Párrafo segundo. La autoridad administrativa rechazará la denuncia, en expediente fundamentado, si ésta no contuviere las formalidades esta-

blecidas en el párrafo primero de este artículo. El rechazo no impide la denuncia al Ministerio Público, en los términos del artículo 22 de esta Ley.

Párrafo tercero. Atendidos los requisitos de la denuncia, la autoridad determinará la inmediata apuración de los hechos que, tratándose de servidores federales, será procesada en la forma prevista en los artículos 148 a 182 de la Ley núm. 8112, de 11 de diciembre de 1990, y, tratándose de servidor militar, de acuerdo con los respectivos reglamentos disciplinarios.

Artículo 15. La Comisión investigadora dará conocimiento al Ministerio Público y al Tribunal o Consejo de Cuentas de la existencia de procedimiento o expediente administrativo para investigar la práctica de acto de improbidad.

Párrafo único. El Ministerio Público, el Tribunal o Consejo de Cuentas podrá, a requerimiento, designar representante para acompañar el procedimiento o expediente administrativo.

Artículo 16. Habiendo fundados indicios de responsabilidad, la Comisión denunciará al Ministerio Público o al Abogado del organismo afectado por el acto de improbidad para que requiera a la autoridad judicial competente la declaración del secuestro de los bienes del agente o tercero que se haya enriquecido ilícitamente o causado daño al patrimonio público.

Párrafo primero. La petición de secuestro será procesada de acuerdo con el dispuesto en los artículos 22 y 825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Párrafo segundo. Cuando sea necesario, la petición incluirá las investigaciones, el examen y el bloqueo de bienes, cuentas bancarias e inversiones financieras mantenidas por el imputado en el exterior, en los términos de la ley de los tratados internacionales.

Artículo 17. La acción principal, que se tramitará por el procedimiento ordinario, será propuesta por el Ministerio Público o la Persona Jurídica interesada, dentro de los 30 (treinta) días siguientes al cumplimiento de la medida cautelar.

Párrafo primero. Están vedadas la transacción, acuerdo o conciliación en las acciones de que trata el *caput*.

Párrafo segundo. La Hacienda Pública, cuando sea oportuno, promoverá las acciones necesarias para complementar el resarcimiento del patrimonio público.

Párrafo tercero. En el caso de que la acción principal haya sido propuesta por el Ministerio Público, la Persona Jurídica interesada participará del proceso en calidad de litisconsorte, debiendo suplir las omisiones y faltas de la petición inicial y presentar o indicar los medios de prueba de que disponga.

Párrafo cuarto. El Ministerio Público, si no intervinere en el proceso como parte, actuará, obligatoriamente, como fiscal de la ley, so pena de nulidad.

Artículo 18. La sentencia que juzgara procedente la acción civil de reparación de daño o decretara la pérdida de los bienes habidos ilícitamente determinará el pago o la reversión de los bienes, conforme el caso, a favor de la persona jurídica perjudicada por el ilícito.

CAPÍTULO VI

DE LAS DISPOSICIONES PENALES (51)

Artículo 19. Constituye delito la denuncia por acto de improbidad contra agente público o tercero beneficiario cuando el autor de la denuncia lo sabe inocente.

Pena. Detención de 6 (seis) a 10 (diez) meses y multa.

Párrafo único. Además de la pena, el denunciante está sujeto a indemnizar al denunciado por los daños materiales, morales o a la imagen que hubiere provocado.

Artículo 20. La pérdida de la función pública y la suspensión de los derechos políticos sólo tendrán eficacia cuando la sentencia condenatoria sea firme.

Párrafo único. La autoridad judicial o administrativa competente podrá determinar la separación cautelar del agente público del ejercicio del cargo, empleo o función, sin perjuicio de la remuneración, cuando la medida fuere necesaria para la producción de las pruebas.

Artículo 21. La aplicación de las penas previstas en esta Ley es independiente:

- I. de la efectiva producción de daños al patrimonio público;
- II. de la aprobación o rechazo de las cuentas por el órgano de control interno o por el Tribunal o Consejo de Cuentas.

Artículo 22. Para investigar cualquier ilícito previsto en esta Ley, el Ministerio Público, de oficio, por requerimiento de autoridad administrativa o por denuncia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14, podrá determinar la iniciación de expediente criminal o procedimiento administrativo.

(51) El único delito previsto en la Ley está en este artículo 19. Lo irónico es que la pena prevista para este delito puede fácilmente ser sustituida por una «pena alternativa» de privación de derechos mucho menos grave que las penas previstas para los tipos sancionadores contemplados en los artículos 9.º, 10 y 11 de la Ley.

CAPÍTULO VII

DE LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 23. Las acciones destinadas a llevar a efecto las sanciones previstas en esta Ley pueden ser propuestas:

- I. hasta cinco años después del fin del ejercicio del mandato, del cargo o de la función de confianza;
- II. dentro del plazo de prescripción previsto en la ley específica para faltas disciplinarias que sean punibles con separación del servicio para el bien del servicio público, en los supuestos de ejercicio del cargo efectivo o empleo.

CAPÍTULO VIII

DE LAS DISPOSICIONES FINALES

Artículo 24. Esta Ley tiene su vigencia a partir de la fecha de su publicación.

Artículo 25. Quedan revocadas las Leyes núm. 3164, de 1 de junio de 1957, y núm. 3502, de 21 de diciembre de 1958, y las demás disposiciones en contra.

Río de Janeiro, 2 de junio de 1992.

Fernando COLLOR

«DOU» (Diario Oficial de la Unión Federal) de 3 de junio de 1992

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

